

Publicato il 28/04/2017

N. 00970/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01878/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1878 del 2016, proposto da:
Tekra S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Gianni' C.F.
GNNGPP60P06F258J, con domicilio eletto presso il suo studio in
Milano, corso Monforte 21;

contro

Comune di Mediglia, in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Franco
Ferrari C.F. FRRGPP50B08M109X, con domicilio eletto presso il
suo studio in Milano, via Larga, 23;

nei confronti di

Amsa S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti C.F.
PRFLRF64A19I819S, Alessandro Rosi C.F. RSOLSN78H08E230R,
con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via

Michele Barozzi, 1;

La Bi.Co. Due S.r.l. non costituito in giudizio;

Impresa Sangalli Giancarlo & C. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Boifava C.F. BFVMRZ64P23F205K, Valeria Catalano C.F. CTLVLR75M58L063D, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del Tribunale in Milano, via Corridoni 39;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della comunicazione ex art. 79, commi 5, 5-bis e 5-ter, D.Lgs. n.163/2006, pubblicata su Sintel il 06/07/2016, di aggiudicazione definitiva della procedura aperta (CIG 661237614C) indetta dal Comune di Mediglia per l'affidamento in appalto, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, delle seguenti prestazioni: "a. Servizio di raccolta differenziata, compreso trasporto ad impianti finali, dei rifiuti urbani di cui all'art.184 comma 2 del D.Lgs. n. 152/2006, prodotti o abbandonati nel territorio compreso nei confini comunali di Mediglia, con esclusione dei rifiuti provenienti da esumazioni ed estumulazione di cui all'art. 184 comma 2 del D.Lgs. n. 152/2006 lettera f; b. Pulizia manuale e meccanizzata del suolo pubblico e di uso pubblico";
- della determinazione del Responsabile del Settore gestione del Territorio n. 13 del 05/07/2016 (numero generale 243) di aggiudicazione dell'appalto in favore di Amsa SpA pubblicata su Sintel lo stesso 06/07/2016 in allegata alla relativa comunicazione;
- dei verbali della commissione di gara del 02/05/2016 e del 06/05/2016, del 17/05/2016, del 24/05/2016, del 01/06-07/06, del

17/06/2016 e dei giudizi ivi contenuti sulla sussistenza in capo ai concorrenti Amsa SpA e Sangalli srl;
nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato dall'amministrazione con la controinteressata, con richiesta di subentro nella gestione del rapporto;
nonché, in via subordinata, per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente pecuniario;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Mediglia e di Amsa S.p.A. e di Sangalli Giancarlo & C. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2017 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Tekra S.r.l. impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e ne chiede l'annullamento.

Contestualmente chiede che venga dichiarata l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata, con conseguente subentro nella gestione del rapporto; in via subordinata, chiede la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente monetario.

Si costituiscono in giudizio il Comune di Mediglia, A.M.S.A. S.p.A. - Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.A. e Impresa Sangalli

Giancarlo & C. S.r.l., eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso avverso, di cui chiedono il rigetto.

Con ordinanza depositata in data 30 settembre 2016, il Tribunale respinge la domanda cautelare formulata con il ricorso principale.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del 23 marzo 2017, la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che: a) con bando pubblicato in GUCE in data 10.3.2016 e in GURI in data 16.3.2016, il Comune di Mediglia avviava una procedura aperta, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e da svolgere sulla piattaforma SINTEL, per l'affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani, con importo a base di gara di 5.427.059,20 euro ; b) entro il termine previsto dalla lex specialis pervenivano 6 offerte, presentate, rispettivamente, dalle società AMSA s.p.a., Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., Tekra Srl, Pizzamiglio Andrea s.r.l., SELE NOL s.r.l. e AGESP s.p.a.; c) la commissione di gara, all'esito della fase di apertura delle buste amministrative, procedeva ammetteva tutti i concorrenti tranne SELE NOL s.r.l. e AGESP s.p.a., d) la procedura proseguiva con l'apertura delle buste tecniche e la valutazione delle relative offerte; e) seguiva l'apertura delle buste economiche e all'esito delle operazioni di gara veniva predisposta la graduatoria provvisoria, che vedeva AMSA s.p.a. classificarsi al primo posto, con un punteggio complessivo pari a 96.65, seguivano Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., con un punteggio complessivo pari a 93.92, Tekra s.r.l., con un punteggio complessivo pari a 46.14 e Pizzamiglio Andrea s.r.l. con un punteggio complessivo pari a 43.74;

f) la stazione appaltante apriva la verifica di anomalia rispetto all'offerta della prima classificata, che si concludeva positivamente con espressione di giudizio di congruità e conseguente aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla Società AMSA s.p.a.; g) con determinazione del Responsabile del Settore Gestione del territorio del Comune di Mediglia n. 13 del 5.7.2016 veniva disposta l'aggiudicazione definitiva dell'appalto de quo in capo ad AMSA s.p.a., successivamente comunicata ai sensi dell'art. 79, del d.l.vo n. 163/2006, mediante piattaforma SINTEL in data 6.7.2016.

Tekra Srl, collocatasi al terzo posto della graduatoria, impugna gli atti ora indicati, contestando le determinazioni amministrative concernenti sia la posizione di AMSA spa, sia quella di Impresa Sangalli srl.

2) La ricorrente contesta, in termini di violazione di legge e di eccesso di potere, le determinazioni con le quali l'amministrazione ha ammesso alla procedura AMSA spa, senza rilevare - a suo dire - sia la genericità del contratto di avvalimento prodotto da AMSA spa ai fini della dimostrazione del requisito di capacità previsto dall'art. 12 del disciplinare di gara, sia la violazione dell'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163, con riferimento alle dichiarazioni cui, in ipotesi, sarebbe stata tenuta la società LA BI.CO. DUE s.r.l. a s.u. di cui l'aggiudicataria si è avvalsa per la dimostrazione del requisito di capacità. Infine, la ricorrente censura la valutazione di anomalia svolta nei confronti dell'offerta di AMSA spa.

2.1) Con riferimento alla prima censura, il Tribunale ritiene di dover confermare le valutazioni già espresse in sede di valutazione della domanda cautelare, per le seguenti ragioni:

- l'articolo 12 del Disciplinare di gara richiedeva il possesso di alcuni requisiti di idoneità professionale, capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, tra i quali l'esecuzione:

a) “nel triennio 2013-2014-2015 di servizi di gestione dei rifiuti urbani analogo a quello oggetto della presente procedura (servizio unico di raccolta differenziata domiciliare e di pulizia meccanicizzata e manuale del suolo pubblico), per una popolazione servita complessiva servita pari o superiore a 12.215 abitanti in un unico comune” (art. 12 comma 1 punto 5); b) “nel biennio 2013-2014 di servizi di raccolta differenziata dei rifiuti urbani con raggiungimento, in un unico comune e per ciascun anno, di una percentuale di raccolta differenziata pari o superiore al 65% calcolata secondo il metodo ISPRA” (art. 12 comma 1 punto 6);

- in coerenza con i principi comunitari, l'art. 12 del Disciplinare ammetteva la dimostrazione dei requisiti ora indicati per mezzo dell'istituto dell'avvalimento, ai sensi dell'art. 49 del d.l.vo 163/2006, con la conseguente responsabilità solidale da parte del concorrente e dell'ausiliaria nei confronti della Stazione Appaltante (articolo 12.2 del disciplinare);

- AMSA spa dimostrava direttamente il possesso del primo requisito, consistente nell'esecuzione nel triennio 2013-2015 di servizi di gestione dei rifiuti urbani analoghi a quello oggetto della procedura, mentre ricorreva all'avvalimento, mediante il contratto stipulato con la società LA BI.CO. DUE s.r.l. a s.u., ai fini della dimostrazione del requisito dell'esecuzione del servizio di raccolta differenziata, nel biennio 2013-2014, con raggiungimento della percentuale 65% calcolata secondo il metodo ISPRA, producendo le dichiarazioni

proprie e dell'ausiliaria attestanti i requisiti e gli obblighi richiesti dalla legge e dal disciplinare oltre al contratto di avvalimento;

- in particolare, l'aggiudicataria produceva: a) la dichiarazione di AMSA di avvalersi di LA BICO per il requisito relativo all'esecuzione, nel biennio 2013-2014, di servizi di raccolta differenziata dei rifiuti urbani con raggiungimento, in un unico comune e per ciascun anno, di una percentuale di raccolta differenziata pari o superiore al 65% calcolata secondo il metodo ISPRA; b) la dichiarazione di LA BICO del possesso del requisito in parola, con indicazione, come previsto al punto 14.1.14 del Disciplinare, del servizio svolto, dell'annualità di riferimento, del Comune committente e con la descrizione del servizio svolto, nonché con dichiarazione di assunzione dell'obbligo a mettere a disposizione il requisito nei confronti di AMSA e della Stazione Appaltante e di mettere a disposizione tutte le necessarie risorse; c) la dichiarazione di LA BICO del possesso dei requisiti di cui all'articolo 38 del d.l.vo n. 163/2006, di assenza delle preclusioni previste dalla normativa antimafia e dichiarazione di non partecipazione alla procedura; d) il contratto di avvalimento, con precisa indicazione dell'obbligo contrattuale assunto, consistente nel prestito del requisito anzidetto, con "piena assicurazione" di LA BICO circa il possesso del requisito, a dimostrazione della concretezza e serietà dell'impegno assunto;

- come già evidenziato in sede cautelare, il requisito richiesto dall'art. 12.1.6 del Disciplinare di gara (oggetto dell'avvalimento di cui si tratta ai sensi dell'art. 12.2 del medesimo Disciplinare), integra un requisito di esperienza specifica, pertanto, può essere oggetto di un avvalimento "di garanzia" e non "operativo", sicché il contratto di

avvalimento in contestazione, seppure connotato da un contenuto espresso in modo molto sintetico, risulta dotato dei requisiti di validità per esso prescritti, fermo restando che non è comunque posta in discussione la lunga operatività di Amsa Spa nel settore della raccolta differenziata;

- in particolare, il requisito in esame, riguardando un'esperienza precisa, pare qualificabile come "immateriale", intendendosi per tale un requisito diverso da quelli "operativi" consistenti nella messa a disposizione di risorse e nei mezzi per l'esecuzione dell'appalto (cfr. articolo 42 comma 1, lettere g e h, del D.Lgs. 163/2006);

- sul punto, va richiamato il dibattito sviluppatosi nella prassi e giurisprudenza amministrativa in ordine alla distinzione tra avvalimento operativo e di garanzia, sicché la presenza di un vincolo puntuale ed univoco alla messa a disposizione dei requisiti organizzativi, tecnici o finanziari di cui difetta l'impresa ausiliata per la partecipazione alla procedura, è richiesto in caso di avvalimento operativo in senso proprio e non nei casi di avvalimento di garanzia, cui pare riconducibile l'ipotesi in esame, siccome relativa alla messa a disposizione di un mero requisito di esperienza (cfr. in argomento TAR Puglia, Lecce, sez. III, 23 aprile 2015, n. 1343);

- in aggiunta, va evidenziato che AMSA e LA BICO fanno parte dello stesso gruppo di imprese a far data dal 20 aprile 2016 (comunicazione di A2A S.p.A. di acquisizione dell'ausiliaria), circostanza che conferma ulteriormente la disponibilità, anche ai sensi dell'art. 49 del D.lgs. n. 163/2006, da parte di AMSA spa del requisito in esame.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza della censura in esame.

2.2) Con riferimento alla seconda censura, sempre relativa alle determinazioni concernenti l'aggiudicataria, il Tribunale evidenzia che:

- la ricorrente sostiene che la società ausiliaria di AMSA, ossia LA BI.CO. DUE s.r.l. a s.u., avrebbe reso delle dichiarazioni non veritiere, ex art. 38, comma 1 lett. c), del d.l.vo 2006 n. 163, in ragione delle modificazioni della propria compagine societaria intervenute nelle more dell'aggiudicazione;

- sul punto va evidenziato che l'impostazione della ricorrente non può essere seguita, giacché

la modifica societaria è intervenuta solo in data successiva al tempo della dichiarazione ex art. 38 resa dalla società LA BICO, sicché non vi sono elementi per ritenere non veritiera la dichiarazione stessa, poiché riflette la situazione esistente al momento in cui è stata resa, con la conseguenza che è destituita di fondamento la tesi per cui sarebbero applicabili gli effetti decadenziali previsti dal D.P.R. n. 445/2000;

- non solo, va evidenziato che le norme richiamate dalla ricorrente in tema di immodificabilità della compagine del concorrente ed in particolare l'art. 51 del d.l.vo n. 163/2006, riguardano le vicende soggettive del candidato e dell'aggiudicatario, mentre non prendono in considerazione il soggetto ausiliario, che non è parte della procedura ad evidenza pubblica;

- in ogni caso, l'art. 51 non esclude in radice la possibilità di modifiche soggettive, ma le consente, seppure entro i limiti in esso indicati, fino al momento della stipulazione del contratto, sulla base di una mera comunicazione alla Stazione Appaltante, che procederà alla verifica dei requisiti;

- quindi, se anche si segue l'impostazione ermeneutica prospettata dalla ricorrente e si riferisce la disciplina dell'art. 51 all'ausiliaria, sarebbe comunque possibile per l'aggiudicataria comunicare al Comune di Mediglia la modifica della compagine sociale di LA BICO, al fine di consentire le verifiche sul possesso dei requisiti;
- sempre sul piano fattuale, va comunque osservato che i soggetti muniti di potere di rappresentanza, cui si riferisce l'obbligo di rendere le dichiarazioni ex art. 38, comma 1 lettere b), le hanno presentate;
- invero, con riferimento ai soggetti cui si riferiscono le contestazioni, va osservato che la Sig.ra Romina Pansi, Presidente del Consiglio di Amministrazione, ha reso le dichiarazioni in sede di gara, viceversa il Sig. Pasquali è consigliere sprovvisto di poteri di rappresentanza, sicché resta estraneo agli obblighi dichiarativi in esame, mentre il Sig. Cancelli è stato iscritto come consigliere delegato in data 5 maggio 2016, ossia in epoca successiva alla scadenza della presentazione delle offerte, con la conseguenza che, al momento della presentazione della domanda di partecipazione, le dichiarazioni ex art. 38 erano state correttamente rese da LA BICO, non risultando sussistere alcun ulteriore soggetto obbligato;
- in ogni caso, vale evidenziare che eventuali carenze nelle dichiarazioni di cui all'art. 38 cit. non comportano l'esclusione automatica dalla gara, poiché deve esercitarsi il soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2 bis, del d.l.vo 12 aprile 2006 n. 163, specie considerando che la ricorrente imposta la censura in modo formalistico, senza allegare l'effettiva esistenza di taluna delle situazioni ostative previste dalla norma in esame.

2.3) Con altre censure, da trattare congiuntamente perché strettamente connesse sul piano logico e giuridico, la ricorrente contesta la valutazione di anomalia effettuata rispetto all'offerta di AMSA spa, in quanto sarebbe incerta la consistenza dell'offerta economica presentata da tale società e, comunque, le giustificazioni sarebbero limitate all'allegazione dell'esistenza di economie di scala.

Anche queste censure sono prive di fondamento.

In particolare va osservato che:

- la lex specialis disciplinava in modo puntuale le modalità di presentazione dell'offerta economica, stabilendo, ex art. 16 del Disciplinare di gara, che ai fini della predisposizione dell'offerta economica il concorrente utilizzasse “gli appositi campi predisposti su SINTEL”, inserendo: (a) il prezzo ribassato rispetto al prezzo posto a base di gara di cui al precedente paragrafo 1.3; la piattaforma SINTEL calcolerà automaticamente la percentuale di sconto di offerta; (b) il valore complessivo dei costi non soggetti a ribasso di cui al precedente paragrafo 1.3; inoltre si prevedeva che “nella busta economica deve essere contenuto inoltre, a pena di esclusione, un documento che illustri la stima degli oneri relativi alla sicurezza aziendale”, con la precisazione che “tali costi non sono aggiuntivi rispetto all'offerta economica di cui al paragrafo 16.1”;

- dalla documentazione prodotta in giudizio risulta che AMSA spa ha presentato l'offerta economica uniformandosi alla disciplina dettata dalla lex specialis, compilando gli appositi campi presenti sulla piattaforma SINTEL, con inserimento del prezzo in base al quale il sistema ha calcolato automaticamente la percentuale di sconto, nonché allegando il file relativo agli oneri di sicurezza aziendale;

- ne deriva che, contrariamente a quanto dedotto nel ricorso, AMSA spa ha rispettato la disciplina di gara in ordine alle modalità di presentazione dell'offerta economica, senza generare alcuna incertezza in ordine alla sua consistenza;
- quanto alla contestazione della valutazione di anomalia, va osservato che si tratta di una doglianza del tutto generica, che non tiene conto, da un lato, delle reali giustificazioni prodotte da AMSA spa in sede di gara, non solo in relazione alle economie di scala, ma anche rispetto al personale utilizzato, agli automezzi impiegati, all'ammortamento di mezzi e attrezzature e ai costi generali, dall'altro, della necessità di valutare l'affidabilità dell'offerta in modo complessivo e non centrato su una particolare voce di costo, specie in ragione del tutt'altro che tenue valore dell'appalto di cui si tratta;
- in proposito è sufficiente ribadire che la valutazione di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare che l'offerta sia attendibile e affidabile nel suo complesso (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770).

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza delle censure in esame.

3) La ricorrente, collocatasi al terzo posto della graduatoria, formula censure relative alla posizione anche della seconda classificata, di cui contesta l'ammissione alla procedura.

Nondimeno, in applicazione di consolidati principi giurisprudenziali, va precisato che, laddove risultino infondate le contestazioni dedotte avverso la posizione della prima classificata, la ricorrente non potrebbe vantare alcun interesse rilevante alla valutazione di merito delle doglianze articolate avverso la seconda classificata, atteso che,

anche in caso di loro ipotetica fondatezza, il primo posto nella graduatoria spetterebbe comunque all'aggiudicataria, sicché la terza classificata – ricorrente nel presente giudizio - non potrebbe comunque soddisfare la propria pretesa sostanziale al conseguimento dell'aggiudicazione (cfr. in argomento, tra le tante Consiglio di Stato, ad. plen., 03 febbraio 2014, n. 8).

Tale situazione si verifica nel caso di specie, atteso che le doglianze formulate avverso la posizione della prima classificata sono infondate, sicché non residua alcun interesse alla valutazione di quelle articolate avverso la posizione di Impresa Sangalli srl, collocatasi al secondo posto della graduatoria.

Insomma, l'insussistenza dei profili di illegittimità denunciati nei confronti della prima classificata esclude la sussistenza di un interesse concreto ed attuale della ricorrente alla valutazione delle doglianze proposte avverso la posizione della seconda classificata, secondo quanto già precisato.

4) In definitiva, il ricorso è in parte infondato, con riferimento alle contestazioni rivolte avverso le determinazioni concernenti AMSA spa, mentre è improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, rispetto alle contestazioni avanzate avverso le determinazioni inerenti Impresa Sangalli Gianfranco & C. Srl.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando:

1) respinge il ricorso con riferimento alle contestazioni rivolte avverso le determinazioni concernenti AMSA spa, indicate in epigrafe;

2) dichiara improcedibile il ricorso con riferimento alle contestazioni rivolte avverso le determinazioni concernenti Impresa Sangalli Gianfranco & C. Srl, indicate in epigrafe;

3) condanna Tekra S.r.l al pagamento delle spese processuali, liquidandole in euro 9.000,00 (novemila), oltre accessori di legge, da dividere in uguale misura tra le altre parti costituite.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO