

N. 02513/2011 REG.PROV.COLL.
N. 02963/2009 REG.RIC.
N. 00451/2010 REG.RIC.
N. 00519/2010 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2963 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Mengozzi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cristina Amadori, Vittorio Biagetti, Alberto Gamberini e Mauro Renna, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Corso Magenta, 63

contro

Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cannone, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso Porta Romana, 116/A

nei confronti di

H3 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandra Clerici e Attilio Pellegrini Sica, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Durini, 25;

Team Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano Brugnoletti e Riccardo Marletta, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Piazza Duse, 3

sul ricorso numero di registro generale 451 del 2010, proposto da:

H3 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandra Clerici e Attilio Pellegrini Sica, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Via Durini, 25

contro

Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cannone, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso Porta Romana, 116/A

nei confronti di

Team Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano Brugnoletti e Riccardo Marletta, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Piazza Duse, 3;

Mengozzi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cristina Amadori, Vittorio Biagetti,

Alberto Gamberini e Mauro Renna, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Corso Magenta, 63

sul ricorso numero di registro generale 519 del 2010, proposto da:

Mengozzi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Cristina Amadori, Vittorio Biagetti, Alberto Gamberini e Mauro Renna, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Corso Magenta, 63

contro

Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandro Cannone, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso Porta Romana, 116/A

nei confronti di

Team Ambiente S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano Brugnoletti e Riccardo Marletta, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Piazza Duse, 3;
H3 S.r.l., non costituita in giudizio

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 2963 del 2009:

- del provvedimento con il quale l'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate ha aggiudicato alla H3 S.r.l. la "procedura aperta per l'affidamento del servizio di ritiro, trasporto, smaltimento dei rifiuti

sanitari presso i diversi PP.OO. e centri territoriali esterni dell'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate" per una durata di 36 mesi, oltre ad eventuali ulteriori 24 mesi;

- dei verbali di gara, di contenuto ed estremi sconosciuti;
- di ogni atto preordinato, connesso, consequenziale ai precedenti;

nonché per il risarcimento del danno ingiustamente patito dalla Mengozzi S.p.A. per effetto della mancata aggiudicazione dell'appalto;

<domande di cui al ricorso introduttivo>

- della deliberazione dell'A.O. n. 1333 del 23 dicembre 2009 di aggiudicazione dell'appalto de quo alla Team Ambiente S.p.A.;

- dei verbali di gara;
- di ogni atto preordinato, connesso o consequenziale;

<atti impugnati con motivi aggiunti>

quanto al ricorso n. 451 del 2010:

- della nota del 28 dicembre 2009 con la quale l'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate ha reso noto alla società H3 S.r.l. di aver determinato - con delibera n. 1333 del 23 dicembre 2009 - la sua esclusione dalla procedura di gara, con conseguente revoca della graduatoria che la vedeva aggiudicataria provvisoria dell'appalto de quo, di aver disposto l'incameramento del deposito cauzionale ed, infine, di aver aggiudicato l'appalto alla Team Ambiente S.p.A.;

- della deliberazione dell'A.O. n. 1333 del 23 dicembre 2009;
- dell'eventuale contratto d'appalto stipulato fra le parti;
- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto, e/o comunque consequenziale;

nonché per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica mediante l'affidamento dell'appalto in questione alla ricorrente ovvero, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare in corso di giudizio;

quanto al ricorso n. 519 del 2010:

- della deliberazione dell'A.O. n. 1333 del 23 dicembre 2009 di aggiudicazione dell'appalto de quo alla Team Ambiente S.p.A.;
- dei verbali di gara;
- di ogni atto preordinato, connesso o consequenziale e per il risarcimento del danno.

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate e delle controinteressate in ciascun giudizio;

Visti, nei rispettivi ricorsi, i ricorsi incidentali di Team Ambiente S.p.A. e di Mengozzi S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo n. 2389/2011;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2011 i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 24 giugno 2009 l'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di ritiro e smaltimento dei rifiuti sanitari presso i diversi presidi ospedalieri e centri territoriali esterni dell'Azienda per una durata di 36 mesi prorogabili.

Alla gara hanno partecipato tre concorrenti: H3 S.r.l., Team Ambiente S.p.A. e Mengozzi S.p.A. classificatesi rispettivamente prima, seconda e terza in graduatoria.

- Con ricorso iscritto al n. 2963/2009 R.G. Mengozzi S.p.A. ha impugnato dapprima il provvedimento di aggiudicazione della gara ad H3 S.r.l. per l'asserita illegittima ammissione di quest'ultima alla gara, deducendo, altresì, l'illegittimità dell'ammissione alla gara anche della seconda classificata Team Ambiente S.p.A. e, con motivi aggiunti, ha impugnato la successiva aggiudicazione in favore di Team Ambiente S.p.A. disposta con deliberazione n. 1333 del 23 dicembre 2009 a seguito dell'esclusione della prima classificata.

Al ricorso hanno resistito, chiedendone la reiezione, tutte le altre parti; Team Ambiente S.p.A. ha, inoltre, proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione di Mengozzi S.p.A. la quale avrebbe presentato un'offerta asseritamente difforme da quanto prescritto negli atti di gara.

Alla camera di consiglio del 10 febbraio 2010 la ricorrente ha

rinunciato all'istanza cautelare.

- Con ricorso iscritto al n. 451/2010 R.G. H3 S.r.l. ha impugnato la deliberazione n. 1333 del 23 dicembre 2009 con cui è stata disposta la sua esclusione dalla gara per accertata irregolarità contributiva, con conseguente revoca dell'aggiudicazione provvisoria, incameramento della cauzione ed aggiudicazione in favore di Team Ambiente S.p.A., seconda classificata.

Si sono costituite tutte le altre parti, chiedendo la reiezione del ricorso.

Inoltre sia Mengozzi S.p.A. che Team Ambiente S.p.A. hanno proposto ciascuna ricorso incidentale deducendo ulteriori e differenti profili di illegittimità dell'ammissione alla gara di H3 S.r.l. asseritamente non rilevati dalla stazione appaltante.

Alla camera di consiglio del 24 marzo 2010 la causa è stata rinviata al merito.

- Con ricorso iscritto al n. 519/2010 R.G. Mengozzi S.p.A. ha autonomamente impugnato per ulteriori motivi la deliberazione n. 1333 del 23 dicembre 2009 di aggiudicazione in favore di Team Ambiente S.p.A. - già impugnata con motivi aggiunti nel ricorso iscritto al n. 2963/2009 R.G. - senza tuttavia proporre istanza cautelare.

Hanno resistito al ricorso, chiedendone la reiezione, sia l'Azienda ospedaliera intimata che Team Ambiente S.p.A. che ha, altresì, proposto ricorso incidentale impugnando la mancata esclusione della ricorrente dalla gara, la quale avrebbe presentato un'offerta difforme

da quanto prescritto nel capitolato (censura identica a quella formulata col ricorso incidentale proposto nel ricorso n. 2963/2009 R.G.) nonché, subordinatamente all'accoglimento del relativo motivo del ricorso principale, la lettera G) del regolamento di gara, ove interpretato nel senso che i concorrenti dovessero essere, al momento della partecipazione alla gara, già in possesso del modello organizzativo di cui al D.Lgs. 231/2001 e dovessero aver già provveduto alla costituzione dell'organismo di vigilanza.

H3 S.r.l. non si è costituita in giudizio.

Con ordinanza n. 1009 del 19 aprile 2011 i tre ricorsi, chiamati congiuntamente all'udienza pubblica del 6 aprile 2011, previa riunione per connessione oggettiva e soggettiva, sono stati istruiti mediante acquisizione di documentazione relativa alla posizione contributiva di H3 S.r.l..

Espletata l'istruttoria, all'udienza pubblica del 5 ottobre 2011, le cause riunite sono state discusse e trattenute in decisione.

DIRITTO

Premette il Collegio che, nella delibazione degli atti di impugnazione, si seguirà la sequenza delle fasi di gara e, nell'ordine di esame del ricorso principale e di quello incidentale, si darà la precedenza al ricorso che attacca la fase di ammissione dei concorrenti soltanto ove esso presenti *ictu oculi* possibili profili paralizzanti, dando viceversa priorità allo scrutinio del ricorso principale negli altri casi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577).

1. Sebbene i tre ricorsi siano diretti ad impugnare lo stesso atto, ossia

la deliberazione n. 1333 del 23 dicembre 2009, ragioni di ordine logico impongono di esaminare con priorità il ricorso n. 451/2010 R.G. proposto da H3 S.r.l. avverso la sua esclusione dalla gara per accertata irregolarità contributiva con conseguente revoca dell'aggiudicazione provvisoria, incameramento della cauzione ed aggiudicazione in favore di Team Ambiente S.p.A., seconda classificata.

Il provvedimento di esclusione impugnato si fonda sul dato che dal DURC della H3 S.r.l., emesso il 28 ottobre 2009 e richiesto in sede di verifica dei requisiti, la società non sarebbe risultata in regola col versamento dei contributi INPS e sulla conseguente considerazione che la regolarità contributiva sarebbe un requisito imprescindibile che la concorrente doveva possedere al momento della partecipazione alla gara e per tutta la durata di essa non disponendo, in proposito, la stazione appaltante di alcuna discrezionalità.

La circostanza dell'irregolarità contributiva non è stata contestata dalla ricorrente, che ha ammesso di essersi trovata "in una situazione di temporanea carenza di liquidità" (testualmente a pag. 5 del ricorso); tuttavia essa ne ha posto in dubbio la gravità, asserendo di aver provveduto tempestivamente alla regolarizzazione della propria posizione in data 27 ottobre 2009 e cioè prima dell'aggiudicazione provvisoria avvenuta il 28 ottobre 2009.

Con ordinanza n. 1009/2011 il Collegio ha disposto l'acquisizione di:
1) copia dei DURC di H3 S.r.l. relativi all'intero anno 2009; 2) attestazioni dei versamenti mensili rispettivamente all'INPS e

all'INAIL effettuati da H3 S.r.l. nel corso dell'intero anno 2009 con evidenziazione dettagliata dei relativi importi; 3) attestazione di versamento dell'importo dovuto all'INPS – sede di Monza, la cui irregolarità al 28 ottobre 2009 è stata certificata nel DURC del 24 novembre 2009; 4) relazione dettagliata da cui risultino, per il periodo compreso tra il termine di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara e la data di aggiudicazione provvisoria in favore di H3 S.r.l., i giorni di effettiva irregolarità contributiva di quest'ultima, l'Ente creditore (INPS o INAIL) e il relativo ammontare distinto per mesi di competenza; ponendo il relativo adempimento a carico dell'Amministrazione e di H3 S.r.l., ciascuna per la parte di sua competenza.

Dalla dichiarazione resa dall'INPS, Direzione provinciale di Monza (doc. n. 5 del fascicolo dell'Azienda ospedaliera), emerge che nel periodo compreso tra il 24 agosto 2009 e il 28 ottobre 2009, la società H3 S.r.l. iscritta all'INPS sede di Monza, risulta non regolare con il versamento di parte dei contributi dei mesi di luglio, agosto e settembre per un totale complessivo di 56.469,00 per contributi e di € 943,87 per sanzioni per ritardato pagamento, essendo avvenuta l'estinzione del debito contributivo soltanto in data 28 ottobre 2009.

Anche l'INAIL sede di Milano ha attestato che la ditta H3 S.r.l. non era in regola con il versamento dei premi ed accessori dal 24 agosto al 26 ottobre 2009, data in cui ha regolarizzato la propria posizione versando un saldo di € 33.076,90 (doc. 4 id.).

Tali situazioni debitorie sono confermate dalla relazione a firma del

Presidente del Consiglio di Amministrazione ing. Giorgio Mario Ebner e dalla ulteriore documentazione prodotta, in ottemperanza all'ordinanza istruttoria, dalla stessa H3 S.r.l..

1.1. In ricorso H3 S.r.l. ha articolato due motivi.

Con il primo motivo ha dedotto la violazione dell'art. 38, lett. i, del D.Lgs. 163/2006 in quanto la stazione appaltante si sarebbe illegittimamente fermata alle risultanze del DURC senza compiere ulteriori accertamenti e senza instaurare il contraddittorio con l'aggiudicataria onde consentirle di dimostrare di aver sanato la sua posizione prima della data di aggiudicazione e, dunque, di non essere incorsa in alcuna violazione né grave né definitivamente accertata.

Con il secondo motivo ha dedotto la violazione di legge per carenza di motivazione, avendo l'amministrazione disposto l'incameramento della cauzione in assenza di qualsivoglia falsa dichiarazione.

1.2. L'esame delle censure della ricorrente deve necessariamente trarre l'*incipit* dalle prescrizioni della *lex specialis* che non hanno costituito oggetto di impugnazione.

La lettera B) del regolamento di gara prescriveva, tra gli adempimenti a corredo della domanda di partecipazione, la presentazione del DURC in data non anteriore ad un mese senza richiedere alcuna dichiarazione di essere in regola con il versamento dei contributi.

H3 S.r.l. ha prodotto copia di un DURC, di cui ha autocertificato la conformità all'originale, in cui risultava in regola con i versamenti alla data del 13 luglio 2009, rilasciato in data 27 luglio 2009.

Sulla base di tale documentazione amministrativa H3 S.r.l. è stata

ammessa alla fase successiva di gara.

Tuttavia, la ricorrente incidentale Team Ambiente S.p.A., ha impugnato la mancata esclusione di H3 S.r.l. per aver prodotto un DURC attestante la regolarità contributiva riferita ad un periodo antecedente un mese dalla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande, fissato al 24 agosto.

Sul punto il Collegio, in disparte le ragioni di improcedibilità del ricorso incidentale di cui si dirà nel prosieguo, osserva che la censura, sebbene possa apparire astrattamente fondata, nel caso di specie non appare condivisibile, atteso che, in presenza di una clausola del Regolamento di gara poco chiara, può ritenersi corretto l'operato dell'amministrazione che, in omaggio al principio del *favor participationis*, ha ritenuto valida la certificazione "rilasciata" in data non anteriore ad un mese (27 luglio) sebbene "attestante la regolarità" ad una data di qualche giorno superiore al mese (13 luglio).

1.3. Passando, dunque, ad esaminare il primo motivo del ricorso principale deve darsi atto che, a tenore del Regolamento di gara, ai concorrenti era richiesta la sola produzione del DURC senza alcuna dichiarazione.

In sede di verifica dei requisiti la stazione appaltante ha acquisito dai competenti Enti il DURC aggiornato dal quale è risultata l'irregolarità contributiva di H3 S.r.l., iniziata prima della scadenza del termine di presentazione della domanda e perdurata fino al giorno prima dell'aggiudicazione provvisoria: sulla base di tale dato ha disposto l'esclusione della concorrente.

Osserva il Collegio che la censura formulata dalla ricorrente, pur condivisibile sotto il profilo meramente formale, non supera, tuttavia, la prova di resistenza.

Invero, sebbene nel provvedimento impugnato non si dia conto né dell'ammontare del debito contributivo né della conseguente valutazione di gravità della rilevata violazione, tuttavia, stando alle risultanze documentali acquisite in giudizio, non può porsi in dubbio la gravità della violazione degli obblighi contributivi posta in essere dalla H3 S.r.l. tale da giustificare l'esclusione dalla gara.

Come innanzi riportato, infatti, il debito contributivo della ricorrente nel periodo esaminato ammontava a € 57.412,87 nei confronti dell'INPS di Monza e ad € 33.076,90 nei confronti dell'INAIL di Milano e rispecchiava una situazione ripetutasi nel tempo.

Si tratta, con tutta evidenza, di somme che vanno ben oltre lo scostamento previsto dall'art. 8, comma 3 del DM 24/10/2007 n. 28578 a tenore del quale "3. Ai soli fini della partecipazione a gare di appalto non osta al rilascio del DURC uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun Istituto previdenziale ed a ciascuna Cassa edile. Non si considera grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o, comunque, uno scostamento inferiore ad Euro 100,00, fermo restando l'obbligo di versamento del predetto importo entro i trenta giorni successivi al rilascio del DURC".

Nel caso di specie l'INPS ha certificato che nell'indicato periodo, a

fronte di un ammontare complessivo di contributi dovuti, pari a € 112.779,00, H3 S.r.l. era in debito, per la sola sorte capitale, di € 56.469,00: si tratta di uno scostamento che supera il 50%.

Tali considerazioni consentono di ritenere che nel caso in esame, al di là della motivazione scarna adottata dall'amministrazione, si fosse effettivamente in presenza di un debito previdenziale grave.

Ad analoga conclusione deve, poi, pervenire il Collegio anche in punto di diritto, alla stregua delle seguenti ulteriori considerazioni.

L'art. 38, comma 1, lettera i), del D.Lgs. n. 163 del 2006 dispone che "... Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti ... (omissis) ... che hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti...".

Ritiene il Collegio, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 1228; Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906) in tema di interpretazione del citato art. 38, che il concorrente, in disparte le prescrizioni della *lex specialis*, possa essere escluso qualora sia oggettivamente certo che l'eventuale debito contributivo sia "grave", tenuto conto delle disposizioni del DM 24 ottobre 2007, e che la violazione possa ritenersi definitivamente accertata.

Nel caso di specie la ricorrente non ha contestato che la violazione vi

fosse, né ne è stato in alcun modo contestato il relativo ammontare.

Se ne deve inferire che, sebbene debba escludersi, come chiarito dalla citata giurisprudenza, ogni automatismo valutativo specialmente in ordine alla gravità, atteso che la norma richiamata rimette ogni apprezzamento all'amministrazione senza che la stessa possa ritenersi vincolata a valutare la gravità dell'omissione con gli stessi parametri utilizzati dal DM del 27 ottobre 2007, non costituendo esso atto attuativo del codice dei contratti, tuttavia, nel caso di specie, la violazione è di entità tale da essere oggettivamente grave sì da non lasciare, effettivamente, alcun margine residuale di discrezionalità in capo all'amministrazione.

Per quanto precede il motivo è infondato e va respinto.

1.4. Con il secondo motivo la ricorrente ha impugnato il provvedimento nella parte in cui dispone l'incameramento della cauzione provvisoria in quanto, a suo dire, essa non avrebbe reso alcuna falsa dichiarazione.

L'assunto non può essere condiviso.

Invero, come di recente chiarito anche dal Giudice delle leggi, l'incameramento della cauzione provvisoria previsto dall'art. 48, comma 1, seconda parte, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in primo luogo risulta coerente con la circostanza che detta cauzione "si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche"; in secondo luogo, è congruente rispetto alla funzione di garantire la serietà e l'affidabilità dell'offerta, sanzionando la violazione dell'obbligo di diligenza gravante

sull'offerente, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante, tenuto conto che l'operatore economico, con la domanda di partecipazione, sottoscrive e si impegna ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali ha, dunque, contezza. Inoltre il citato art. 48, comma 1, è preordinato ad assicurare il regolare e rapido espletamento della procedura e la tempestiva liquidazione dei danni prodotti dalla alterazione della stessa a causa della mancanza dei requisiti da parte dell'offerente e, quindi, la norma è strumentale rispetto all'esigenza di garantire imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (Corte cost., 13 luglio 2011, n. 211; sul punto v. anche, *ex multis*, T.A.R. Sardegna, sez. I, 17 giugno 2011, n. 594; T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 18 marzo 2011, n. 504). Nel caso di specie è evidente che la ricorrente si sia resa inadempiente al patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche, essendo influente il fatto che, in luogo di una "dichiarazione" non veritiera, essa abbia prodotto un documento che, in quanto riferito ad un limitato segmento temporale, di fatto non rappresentava in modo veritiero la sua situazione debitoria; situazione peraltro ben nota alla ricorrente in quanto perdurante per essersi già verificata negli anni 2008/2009, come si evince dai DURC acquisiti agli atti in istruttoria. Conclusivamente il ricorso principale deve essere respinto con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale sia di Team Ambiente S.p.A. che di Mengozzi S.p.A..

2. Con il ricorso iscritto al n. 2963/2009 R.G. Mengozzi S.p.A. ha impugnato dapprima il provvedimento di aggiudicazione della gara ad

H3 S.r.l. e con motivi aggiunti, ha impugnato la successiva aggiudicazione in favore di Team Ambiente S.p.A., disposta con deliberazione n. 1333 del 23 dicembre 2009 a seguito dell'esclusione della prima classificata.

La legittimità dell'esclusione della prima classificata H3 S.r.l. se, da una parte, rende improcedibile il ricorso introduttivo nella parte diretta avverso l'aggiudicazione provvisoria in favore di quest'ultima, dall'altra attualizza l'interesse di Mengozzi S.p.A., seconda classificata, a ricorrere avverso la mancata esclusione di Team Ambiente S.p.A., impugnata con il terzo motivo del ricorso introduttivo e contro l'aggiudicazione della gara alla stessa, impugnata con motivi aggiunti.

2.1. Ragioni di ordine logico impongono l'esame, in via prioritaria, del terzo motivo del ricorso introduttivo, riproposto nel punto IX dei motivi aggiunti, con cui la ricorrente ha censurato la mancata esclusione dalla gara di Team Ambiente S.p.A. in quanto la sua offerta sarebbe stata sottoscritta dal Sig. Patrizio Giacomini, già procuratore della concorrente, ma privo di poteri rappresentativi all'atto della presentazione dell'offerta.

La censura è infondata.

La controinteressata ha, infatti, prodotto la procura speciale rilasciata dall'amministratore delegato della società al Giacomini, nella firma autenticata dal notaio dott.ssa Monica De Paoli di Milano in data 25 maggio 2006 (doc. n. 11 del fascicolo di Team Ambiente S.p.A.); né tale procura risulta essere mai stata revocata.

2.2. Con i motivi aggiunti la ricorrente ha formulato un gruppo di

censure, tutte contenute nel VI motivo, con cui ha dedotto l'erronea valutazione della propria offerta tecnica senza, tuttavia, contestare la valutazione data all'offerta di Team Ambiente S.p.A.; con il VII motivo ha dedotto il difetto di istruttoria in quanto, a suo dire, il tempo impiegato dalla commissione per valutare le tre offerte tecniche sarebbe stato insufficiente; con l'VIII motivo ha dedotto l'eccesso di potere per aver la commissione errato nella valutazione della componente economica.

2.3. Innanzitutto il Collegio rileva che, dall'esame dei verbali di gara, risulta che la commissione, come peraltro riconosciuto dalla stessa ricorrente, ha impiegato più di cinque ore per valutare le offerte tecniche delle tre concorrenti, ossia i campioni e la documentazione tecnica da scomporre in 5 elementi come previsto nella legge di gara. Ciò posto, la censura formulata con il VII dei motivi aggiunti, oltre che generica, è infondata.

Va richiamato, in proposito, il condivisibile orientamento secondo cui l'asserita insufficienza del tempo dedicato dalla commissione alla valutazione delle offerte presentate, salvo che non sia assolutamente macroscopica, non può costituire di per sé un vizio della valutazione stessa, ma può eventualmente rappresentare solo un elemento sintomatico dell'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento ovvero della carenza di istruttoria, qualora si accompagni ad altri elementi indizianti, come l'omessa valutazione di alcuni parametri qualitativi stabiliti dalla *lex specialis* della gara (Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259).

Nel caso di specie da una parte non è dato evincere elementi obiettivi sulla base dei quali ritenere che, per la valutazione delle tre offerte, fosse necessario un tempo superiore a quello impiegato; dall'altra la censura formulata dalla ricorrente non poggia sulla affermazione e tanto meno sulla dimostrazione che la commissione abbia ommesso di valutare alcuni parametri qualitativi.

Il motivo è, pertanto, infondato.

2.4. Quanto alle censure inerenti all'errata valutazione della propria offerta tecnica il Collegio osserva che la ricorrente non ha evidenziato omissioni o macroscopiche irragionevolezza nell'attribuzione dei punteggi, essendosi limitata a sostituire il proprio giudizio soggettivo a quello della commissione, peraltro sulla base di affermazioni che risultano smentite dalla lettura dei verbali di gara: tali censure sono, dunque, inammissibili oltre che infondate.

Peraltro le suddette censure, come quelle formulate con l'VIII motivo in ordine alla valutazione dell'offerta economica appaiono inammissibili anche sotto un diverso ed ulteriore profilo.

Invero, in mancanza di rilievi critici in ordine alla valutazione data all'offerta tecnica di Team Ambiente S.p.A. che ha conseguito il punteggio massimo attribuibile pari a 50, pur simulando l'attribuzione anche alla ricorrente del massimo punteggio all'offerta tecnica, essa risulterebbe comunque seconda in graduatoria, avendo offerto un prezzo più alto di quello offerto da Team Ambiente S.p.A..

Il punto G) del Regolamento di gara stabiliva, infatti, che quanto all'offerta economica il punteggio massimo di 50 punti sarebbe stato

attribuito alla concorrente che avesse offerto l'importo complessivo annuo più basso e alle altre sarebbe stato attribuito il punteggio, a decrescere, secondo la formula matematica ivi riportata.

Delle due concorrenti in esame, dunque anche prescindendo dall'offerta della prima classificata esclusa, Team Ambiente S.p.A. ha offerto il prezzo più basso, ossia € 352.837,00, mentre Mengozzi S.p.A. ha offerto € 354.624,00 (cfr. docc. 2 e 14 del fascicolo della ricorrente allegato ai motivi aggiunti).

Per le esposte ragioni i suddetti motivi sono inammissibili.

Conclusivamente il ricorso, integrato da motivi aggiunti, iscritto al n. 2963/2009 R.G. va in parte dichiarato improcedibile, in parte respinto e in altra parte dichiarato inammissibile.

A tale pronuncia consegue la declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale proposto da Team Ambiente S.p.A. per sopravvenuta carenza di interesse.

3. Deve infine esaminarsi il ricorso iscritto al n. 519/2010 R.G. con cui Mengozzi S.p.A. ha autonomamente impugnato per ulteriori motivi, la deliberazione n. 1333 del 23 dicembre 2009 di aggiudicazione in favore di Team Ambiente S.p.A., già impugnata con motivi aggiunti nel ricorso iscritto al n. 2963/2009 R.G..

In tale giudizio Team Ambiente S.p.A. ha proposto ricorso incidentale, impugnando la mancata esclusione della ricorrente dalla gara, la quale avrebbe presentato un'offerta difforme da quanto prescritto nel capitolato (censura identica a quella formulata col ricorso incidentale proposto nel ricorso n. 2963/2009 R.G.), nonché,

subordinatamente all'accoglimento del relativo motivo del ricorso principale, la lettera G) del regolamento di gara ove interpretato nel senso che i concorrenti dovessero essere, al momento della partecipazione alla gara, già in possesso del modello organizzativo di cui al D.Lgs. 231/2001 e dovessero aver già provveduto alla costituzione dell'organismo di vigilanza.

La ricorrente ha affermato di aver proposto l'ulteriore ricorso all'esito dell'esame delle offerte tecniche delle altre concorrenti.

3.1. In ricorso sono stati articolati cinque motivi contenenti, in sintesi, tre censure con le quali la ricorrente ha affermato l'illegittimità dell'ammissione alla gara della controinteressata: la prima perché avrebbe presentato un DURC non valido alla data di scadenza del bando; la seconda perché, nella dichiarazione da inserire nella busta 2, avrebbe effettuato la dichiarazione di cui alla lettera G) in modo non conforme al Regolamento di gara; la terza perché la campionatura offerta in visione sarebbe stata priva di omologazione valida.

Le censure sono tutte infondate.

3.2. Quanto alla prima è sufficiente rilevare che Team Ambiente S.p.A. ha prodotto un DURC rilasciato in data 30 luglio 2009 ed attestante la regolarità contributiva al 27 luglio, sicché entrambe le date risultano ricadenti entro il mese precedente la scadenza del bando, come previsto dalla *lex specialis*.

3.3. Con la seconda censura la ricorrente sostiene che la dichiarazione prescritta al punto G) della dichiarazione da inserire nella busta 2, di aver adottato il modello organizzativo di cui al D.Lgs. 231/2001 e di

aver già provveduto alla costituzione dell'organismo di vigilanza, non ammetterebbe equipollenti con la conseguenza che Team Ambiente S.p.A. sarebbe stata passibile di esclusione avendo, invece, dichiarato di avere “in corso le procedure per adottare un modello organizzativo secondo quanto previsto dal D.Lgs. n. 231/2001 e che prevede di concludere l'iter entro il 29 novembre 2009 e che entro tale data procederà alla costituzione dell'organismo di vigilanza e controllo” (doc. 4 del fascicolo della controinteressata).

Sul punto il Collegio osserva che tale prescrizione della *lex specialis* non era assistita da esplicita comminatoria di esclusione, come invece previsto per altre dichiarazioni o produzioni documentali (si tratta, invero, di fattispecie ricadente, *ratione temporis*, sotto la disciplina previgente al D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, nella L. 12 luglio 2011, n. 106, che ha novellato l'art. 46 del codice dei contratti, introducendovi il comma 1 *bis*).

Ne consegue che era nella facoltà della commissione ritenere detta dichiarazione idonea a consentire l'ammissione della concorrente al prosieguo della gara.

3.4. Con l'ultima delle indicate censure la ricorrente contesta l'operato della commissione di gara per non aver escluso Team Ambiente S.p.A. dalla gara nonostante la campionatura prodotta fosse priva di omologazione.

Anche in questo caso deve rilevarsi come la disciplina di gara non richiedesse affatto che i campioni offerti in valutazione alla commissione dovessero essere omologati.

Invero, proprio perché campioni, essi dovevano essere corredati dalla documentazione richiesta al punto C) del Regolamento di gara, finalizzata a valutarne la rispondenza alle esigenze tecniche dell'Azienda, tra cui evidentemente non è compresa l'omologazione.

D'altra parte lo stesso Regolamento, alla lettera F), concernente lo svolgimento della procedura di gara, prevedeva espressamente l'attivazione del cosiddetto dovere di soccorso da parte del seggio di gara in caso di presentazione di campionatura inidonea, con la conseguenza che, al più, la commissione avrebbe potuto chiedere l'integrazione documentale, ma non certo escludere dalla gara Team Ambiente S.p.A..

Né è condivisibile la tesi della ricorrente per cui i campioni prodotti dalla controinteressata sarebbero stati inidonei alla stregua dell'art. 5 del Capitolato Speciale d'appalto, atteso che detta prescrizione riguarda i "contenitori" che la ditta "aggiudicataria" deve fornire e non certo i "campioni" che la "concorrente" deve offrire in valutazione.

Invero solo per detti contenitori e con riferimento alla fase di esecuzione del contratto la suddetta clausola del capitolato speciale richiedeva la conformità "al trasporto A.D.R. dove richiesto dalle normative vigenti".

Per quanto precede il ricorso principale deve essere respinto e, conseguentemente, il ricorso incidentale proposto da Team Ambiente S.p.A. deve essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

4. Quanto alla regolamentazione delle spese il Collegio, secondo la soccombenza, condanna H3 S.r.l. e Mengozzi S.p.A. in solido tra di loro al pagamento delle stesse in favore dell'Azienda Ospedaliera e di Team Ambiente S.p.A., in ragione del 50% a ciascuna, nella misura di seguito liquidata: € 5.000,00 (cinquemila) a carico di H3 S.r.l. e € 10.000,00 (diecimila) a carico di Mengozzi S.p.A..

Viceversa, in ragione della sostanziale soccombenza reciproca, le spese possono integralmente compensarsi fra le altre parti.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione I, definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe riuniti, per le ragioni di cui in motivazione, così provvede:

- 1) quanto al ricorso, integrato da motivi aggiunti, iscritto al n. 2963/2009 R.G., in parte lo dichiara improcedibile, in parte lo respinge e in altra parte lo dichiara inammissibile; dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto da Team Ambiente S.p.A.;
- 2) quanto al ricorso iscritto al n. 451/2010, lo respinge e dichiara improcedibili i ricorsi incidentali proposti da Team Ambiente S.p.A. e da di Mengozzi S.p.A.;
- 3) quanto al ricorso iscritto al n. 519/2010 lo respinge e dichiara improcedibile il ricorso incidentale proposto da Team Ambiente S.p.A.;
- 4) spese a carico di H3 S.r.l. e Mengozzi S.p.A. come da motivazione; compensate fra tutte le altre parti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre
2011 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Marco Bignami, Consigliere

Laura Marzano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/10/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)