



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 886 del 2013, proposto da:

Consorzio Stabile G.I.S.A. Gestione Integrata Servizi Aziendali, rappresentato e difeso dagli avv. Elena Tanzarella, Massimiliano Napoli, Giancarlo Tanzarella, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Milano, piazza Velasca, 5;

***contro***

Azienda Trasporti Milanesi S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Rho, Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Milano, via Dante, 16;

***per l'annullamento***

del bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 27 febbraio 2013, concernente l'appalto quadriennale del servizio di Facility Management relativo a stabili, depositi stazioni metropolitane, parcheggi e rotabili, nonché del disciplinare di gara, dei chiarimenti, di tutti gli atti di gara e di qualsiasi altro atto o provvedimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Azienda Trasporti Milanesi S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

L'azienda (da ora anche solo ATM), ha indetto la gara per l'affidamento del servizio di "Facility management" delle proprie strutture (stabili, depositi, stazioni metropolitane, parcheggi e mezzi), pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 27 febbraio 2013.

L'appalto è suddiviso in cinque lotti, per ciascuno dei quali è individuato il valore complessivo.

Rispetto al servizio gestito nel precedente quinquennio, l'attuale servizio include una nuova linea metropolitana

(la n. 5), con le relative stazioni e i parcheggi, per una superficie aggiuntiva di mq 50.000.

La base d'asta complessiva è analoga a quella di cinque anni fa: € 124.500.000,00 contro € 123.350.0000 stabiliti nel 2008.

La ricorrente, gestore uscente, nell'esaminare gli allegati tecnici, ha rilevato che la base d'asta non permette di formulare un'offerta che rispetti il costo del lavoro.

Per tale ragione ha proposto il presente ricorso, articolando le seguenti censure:

violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 86 e 89 d. lgs. 163/2006, dei principi generali in materia di buona amministrazione e di pubbliche gare; eccesso di potere per illogicità manifesta, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; difetto di istruttoria:

la stazione appaltante deve svolgere adeguata istruttoria nella predisposizione del bando, nel rispetto dei diritti dei lavoratori e delle previsioni dei contratti collettivi: nel caso di specie l'ammontare a base d'asta è rimasto sostanzialmente invariato rispetto a cinque anni fa, nonostante l'aumento dei costi dei materiali per l'esecuzione dell'appalto e gli aumenti contrattuali del CCNL multi servizi, per una incidenza di 11,78%.

A fronte del monte ore richiesto per lo svolgimento dei servizi, rispettando la base d'asta, il costo orario del personale sarebbe di € 13,00/ora, mentre le tabelle ministeriali configurano un costo orario di € 15,71 per il secondo livello, che sale a € 16,45 per il terzo e € 17,30 per IV, livello questo in cui si inquadrano

Le prestazioni sono da svolgersi in orario notturno, e nelle giornate di sabato e domenica, quindi con un costo aggiuntivo.

Si è costituita in giudizio l'ATM chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 463 del 24/04/2013 la domanda cautelare veniva accolta, ritenendo fondata la censura relativa al costo del lavoro "indicato in modo generico, senza tenere in considerazione i servizi da svolgere, le qualificazioni professionali e la relativa dimensione temporale", per cui "il bando di gara si presenta di per sé già manifestamente preclusivo della partecipazione, dal momento che impedisce all'impresa di presentare una offerta remunerativa e tale da coprire i costi del lavoro".

L'ordinanza, appellata in Consiglio di Stato, veniva riformata "nella parte in cui inibisce la prosecuzione del procedimento di cui si tratta, ferma restando l'inibizione alla stipula del contratto" (ordinanza n. 2306 del 19/06/2013).

Alla pubblica udienza del 3 dicembre il ricorso veniva trattenuto in decisione dal Collegio.

In data 6.12.2013, veniva depositato il dispositivo della sentenza.

#### DIRITTO

1) Il presente ricorso è stato proposto avverso il bando per la gara indetta da ATM, per l'affidamento del servizio di Facility Management relativo a stabili, depositi stazioni metropolitane, parcheggi e rotabili.

Il principale profilo di illegittimità fatto valere attiene alla non remunerabilità dell'appalto, in quanto la base d'asta non permette di formulare un'offerta che rispetti il costo del lavoro.

2) L'eccezione preliminare sollevata dall'ATM è infondata.

L'eccezione si fonda sul principio elaborato da un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui i bandi, i disciplinari, i capitolati speciali di gara e le relative lettere di invito devono essere impugnati, di regola, unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, poiché solo in tale momento diventa attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

In via di eccezione, si afferma che devono essere impugnati immediatamente i bandi contenenti clausole cosiddette "escludenti", correlate cioè all'illegittima richiesta del possesso di determinati requisiti di qualificazione la cui mancanza inibisce o rende vana la partecipazione.

Secondo la difesa della stazione appaltante il bando può essere impugnato solo nell'ipotesi in cui la presunta non remunerabilità dell'appalto impedisca la partecipazione degli operatori del settore e costituisca una "universale preclusione", con riferimento alla generalità degli operatori, presupposto che nel caso di specie non è ravvisabile, dal momento che sono pervenute 10 offerte.

L'immediata impugnazione è però ammessa quando le relative clausole impediscano una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta, ed in particolare quando la legge di gara prevede disposizioni abnormi che rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara ovvero prevedono abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (Cons. Stato, sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980), condizioni negoziali che configurano il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e obiettiva non convenienza (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6135).

Proprio quest'ultima ipotesi si ravvisa nella fattispecie all'esame, atteso che l'esponente ha evidenziato come la base d'asta non renda remunerativa l'offerta e non garantisca il rispetto del costo del lavoro.

La denunciata illegittimità del bando, qualora sussistente, non consentirebbe l'utile presentazione dell'offerta, rectius di un'offerta "reale" che possa rispettare i costi del contratto di lavoro e assicurare le effettive ore di lavoro necessarie per lo svolgimento del servizio.

In tale prospettiva, va disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse attuale all'impugnazione.

3) Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

Il fuoco della questione è la legittimità del bando e la remunerabilità dell'appalto. La base d'asta si presenta non suscettibile di consentire un'offerta economica al ribasso.

Parte ricorrente ha evidenziato una serie di profili che portano a ritenere che il prezzo base sia antieconomico e soprattutto che l'operatore che partecipa non possa garantire il rispetto del costo del lavoro:

- rispetto al precedente appalto (bandito nel 2007), è stata aggiunta una linea metropolitana nuova, con un aumento di superfici e di circa 77 mila mq;
- nel lotto 4 è stato aggiunto il deposito di auto e moto rimosse, con oltre 50.00 mq di area aggiuntiva;
- sono stati aumentati i c.d. "passaggi quotidiani nei servizi igienici" (da due volte al giorno a cinque volte al giorno), così come la pulizia sul tram e sul bus;
- il lavaggio esterno dei veicoli è richiesto quotidianamente, mentre prima era ogni quindici giorni;
- è stato introdotto il presidio fisso nelle stazioni metropolitane e aumentata l'attività di assistenza all'uscita e di coordinamento nei piazzali;
- il servizio di pulizia vetri delle carrozze è stato reso quotidiano, a fronte di un servizio reso precedentemente due volte al mese.

Tutti questi elementi, deducibili da una attenta lettura degli atti di gara, in particolare del capitolato d'appalto, rendono credibile la conclusione cui giunge la ricorrente, cioè che il nuovo servizio comporti un aumento di ore di lavoro e dei costi di gestione, a fronte di una base d'asta di € 124.500.000,00 poco superiore di quella del 2008 (€ 123.350.000,00).

Il Collegio ritiene fondata la censura prospettata di illegittimità del bando sotto i profili sopra evidenziati.

Va premesso che la valutazione circa la congruità del bando, ed in particolare della base d'asta, va effettuata alla stregua di cognizioni tecniche (mezzi che le ditte utilizzano nell'espletamento dei servizi oggetto dell'appalto, numero di dipendenti che devono essere impiegati, rapporto qualità-prezzo per ogni servizio); pertanto il sindacato del g.a. è limitato ai casi di complessiva inattendibilità e alla illogicità manifesta, che emerge dagli atti, non potendo il giudizio che il giudice compie giungere alla determinazione di una base d'asta congrua, determinazione

che può essere effettuata solo dalla stazione appaltante.

La difesa dell'amministrazione sul punto non riesce a superare i profili di criticità del bando sopra descritti: sostiene l'ATM che non sono previste ore di mano d'opera, ma gli atti di gara si caratterizzano per "l'assunzione da parte dell'appaltatore di una piena responsabilità, in relazione al un risultato globale": tuttavia si tratta di un servizio in cui, come detto, è prevalente la forza lavoro, poiché il risultato del servizio è la pulizia e il controllo delle stazioni metropolitane e dei mezzi.

Questo rilievo conferma che il risultato della prestazione non può che avvenire garantendo una costante presenza di personale che svolge i differenti servizi richiesti, in numero maggiore rispetto a quelli previsti nella gestione precedente.

Afferma poi ATM che sono stati esclusi rispetto al precedente appalto taluni servizi, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di trasporto verticale (scale mobili e ascensori) e il servizio di manutenzione degli impianti antiincendio : ad avviso del Collegio è evidente che le ore destinate ai due servizi esclusi sono inferiori rispetto alle ore richieste per garantire i servizi nuovi introdotti nel presente appalto.

Né la circostanza che siano state presentate dieci offerte può costituire una ragione giuridica per ritenere congrua la base d'asta, ben sapendo che in un'offerta può essere sottostimato il monte ore necessario per garantire il servizio, (soprattutto in un appalto come quello in esame in cui non è stato indicato il numero di ore di presenza del personale), ovvero può essere indicato il costo di personale di livello inferiore rispetto a quello effettivamente utilizzato.

Nella valutazione circa la congruità della base d'asta dell'appalto de quo, è determinante la circostanza che il fattore "forza lavoro" è preponderante, per cui nella determinazione della base d'asta la stazione appaltante deve garantire che siano rispettati i contratti di lavoro, nella parte in cui stabiliscono il livello minimo retributivo, per le varie figure professionali, in modo che rispetto all'importo a base d'asta vi sia la possibilità di modulazione del ribasso, per preservare valori intangibili, quale il costo dei lavoratori.

Il rispetto della retribuzione parte proprio dalla definizione di una esatta base d'asta, che, come prescritto dall'art 86 del d. lgs. 163/2006, deve essere adeguata e sufficiente, al fine di garantire l'applicazione dei minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva.

Nel caso di specie, sulla base delle considerazioni sopra riportate, dei dati evidenziati da parte ricorrente, questa adeguatezza non è garantita, per cui il bando risulta illegittimo.

3) Per le ragioni sopra riportate il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento del bando di gara, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 27 febbraio 2013, indetta dall'ATM, nonché degli atti connessi impugnati.

Le spese di giudizio possono essere compensate in considerazione della complessità della gara e dell'iter giudiziario.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2014

IL SEGRETARIO

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