



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 2041 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Milano Technology, dell'Ing. S. Conti, S.A.S., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Devizzi, Giuseppe Gianni', presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, corso Monforte n. 21;

Soresi Mario e Massimiliano S.N.C., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Gianni', Luigi Devizzi, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Milano, corso Monforte n. 21;

contro

A.L.E.R. (Azienda Lombarda Edilizia Residenziale), rappresentata e difesa dall'avv. Grazia Capilli, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Milano, viale Romagna n. 26;

per l'annullamento

con ricorso principale:

- del provvedimento di esclusione della ricorrente società Technology dalla gara di appalto REP 212007, indetta da ALER sede di Milano, comunicato il 26 luglio 2012;

- del provvedimento di diniego dell'istanza di annullamento in autotutela ex art 243 bis d.lgs. 163/2006 comunicato a mezzo fax il 3 agosto 2012; nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali e oggettivamente connessi agli atti impugnati;

con motivi aggiunti depositati il 20 marzo 2013,

-del provvedimento PROV/DIGE/2013/092 del 18/02/2013, comunicato alle ricorrenti società a mezzo fax il 27/02/2013, con cui il Direttore Generale di ALER disponeva la "inefficacia del PROV/DIGE/13/014 del 14/01/2013 di aggiudicazione della gara d'appalto mediante accordo quadro da stipularsi con più operatori economici per lo svolgimento del servizio di pulizia e affini da effettuarsi sul patrimonio Aler e/o gestito dalla stessa in provincia di Milano suddiviso nei cinque settori territoriali della provincia, nella parte in cui aggiudica il settore territoriale Legnano 2 alle imprese in avvalimento Milano Technology s.a.s., Società italiana Ambiente Ecologia s.r.l. e Soresi Mario Massimiliano s.n.c., nonché di tutti gli atti presupposti, consequenziali e oggettivamente connessi;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.L.E.R. (Azienda Lombarda Edilizia Residenziale);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 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'Aler ha indetto una procedura aperta, ai fini della conclusione di un accordo quadro ex art 59 d. lgs. 163/2006, per il servizio di pulizia ed affini del proprio patrimonio immobiliare.

Il servizio sarebbe stato aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La società ricorrente veniva esclusa, per tre violazioni:

- la certificazione di qualità UNI EN ISO 9001-2000 sottoscritta dal legale rappresentate, del 21.7.2012, sarebbe scaduta in data 2.7.2008;
- la documentazione di avvalimento dell'impresa ausiliaria Soresi era carente della dichiarazione ex art 38 d. lgs. 163/2006 e delle informazioni sul nuovo assetto societario, al fine del controllo sui soggetti tenuti alle dichiarazioni del casellario giudiziale;
- la cauzione provvisoria era stata ridotta, pur in assenza del relativo certificato di qualità.

Dopo aver presentato le proprie osservazioni, al fine di ottenere un provvedimento di autotutela, parte ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, articolando le seguenti censure:

- 1) violazione e falsa applicazione degli artt. 38,43,46 e segg. DPR 445/2000 e 2,38,43 e 46 del d. lgs. 163/2006, nonché degli artt. 3 e 6 L. 241/90, violazione dei principi del giusto procedimento, di ragionevolezza, di congruità; eccesso di potere per violazione del principio di finalizzazione dell'attività della PA, difetto di istruttoria: la ricorrente ha dimostrato, in sede di controdeduzioni, di avere per errore prodotto una certificazione scaduta, pur essendo in possesso della certificazione in corso di validità; per tale ragione la cauzione riportava un esatto importo, potendo godere della dimidiazione;
- 2) violazione e falsa applicazione degli artt. 2,38,43 e 46 del d. lgs. 163/2006, nonché degli artt. 3 e 6 L. 241/90, violazione dei principi del giusto procedimento, di ragionevolezza, di congruità; eccesso di potere per illogicità, difetto di istruttoria, perplessità della motivazione: con riferimento al secondo motivo di esclusione, circa la mancata presentazione della dichiarazione di un soggetto cessato dalla carica, la ricorrente fa presente che la dichiarazione de qua è riferita ad un socio deceduto.

Si è costituita l'Aler, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 1235 del 10/09/2012 la domanda cautelare veniva accolta, rilevando che l'esclusione fosse causata da "omissioni meramente formali, che non sembrano ascrivibili alla cause tassativamente indicate nell'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006; infatti "la certificazione di qualità richiesta dal bando era stata correttamente indicata nella dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà ed era effettivamente posseduta dalla impresa ricorrente; - che, del pari, in ordine alla mancata dichiarazione inerente le cause di esclusione anche del socio della impresa ausiliaria cessato dalla carica in quanto deceduto, a parere del Collegio, è dirimente osservare come con riferimento a quest'ultimo non sussistesse in concreto alcuna ragione ostativa e come, dal tenore complessivo della dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione resa dal socio sopravvissuto avrebbe potuto comunque evincersi l'indiretto riferimento al possesso dei requisiti di affidabilità morale anche del socio deceduto".

La società partecipava quindi alla gara e con provvedimento 13/014 del 14.1.2013 veniva dichiarata aggiudicataria dell'appalto mediante accordo quadro per il settore territoriale di Legnano, con la precisazione che l'aggiudicazione definitiva sarebbe stata pronunciata mediante provvedimento dell'Area Gestionale dopo la

verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara.

In detta fase emergeva che l'impresa ausiliaria Soresi non era in regola con il versamento dei contributi Inps e Inail, contrariamente alla dichiarazione resa in gara.

La stazione appaltante contestava in particolare alla partecipante che dal DURC emergeva un insoluto presso l'Inps per il periodo novembre 2011/luglio 2012 di € 68.784, per la posizione Inail un mancato versamento per l'anno 2013 pari a € 13.278,26.

La società Milano Technology faceva pervenire le proprie controdeduzioni, in cui precisava che l'ausiliaria Soresi si trovava in liquidazione, in quanto non era stata ricostruita la pluralità di soci entro sei mesi dal decesso dell'unico socio, avvenuto il 7.7.2012, come previsto dall'art 2272 c.c..

A seguito della contestazione della stazione appaltante, la ricorrente ha comunicato il recesso dell'ausiliaria, facendo però presente che in virtù dell'avvalimento di altri due soggetti, Tekra e Società ambiente ed ecologia, era in grado di soddisfare il requisito della categoria 1 classe B.

La stazione appaltante concludeva il procedimento con il provvedimento del Direttore Generale dell' ALER con cui disponeva la "inefficacia del PROV/DIGE/13/014 del 14/01/2013 di aggiudicazione della gara d'appalto del settore territoriale Legnano 2 alle imprese in avvalimento Milano Technology s.a.s., Società italiana Ambiente Ecologia s.r.l. e Soresi Mario Massimiliano s.n.c.", per due ragioni:

- la società Soresi non era in regola, al momento della scadenza della domanda di partecipazione con il versamento dei contributi;
- la ricorrente, in assenza della società Soresi, non soddisfa il requisito previsto dal bando relativo all'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali, per la categoria 1 classe B.

Avverso il provvedimento parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti, articolando le seguenti censure:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art 38 c. 1 lett. i) d. lgs. 163/2006, eccesso di potere per difetto di istruttoria, contraddittorietà della motivazione, eccesso di potere per violazione delle regole non giuridiche di logicità, congruità e ragionevolezza in relazione all'art 97 Cost.: non sussistono le contestazioni circa la mancata regolarità contributiva, poiché la società Soresi ha presentato ricorso al Giudice del lavoro, in data 15.2.2013. per cui l'accertamento dell'effettiva violazione delle norme in materia contributiva non è definitivo;
- 2) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara con riferimento alla risposta fornita dalla Stazione appaltante in ordine al possesso del requisito tecnico richiesto; eccesso di potere, illogicità e irragionevolezza manifesta, lesione dell'affidamento: il requisito tecnico è posseduto dalla società Milano Technology, considerando la capacità delle imprese in avvalimento;
- 3) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara con riferimento alla risposta fornita dalla Stazione appaltante in ordine all'interpretazione della clausola di legge di gara sul requisito tecnico richiesto, eccesso di potere, illogicità, irragionevolezza, lesione dell'affidamento, rispetto al requisito della mancata iscrizione della ditta Soresi all'Albo Nazionale Gestori Ambientali: la suddetta società è invece in possesso del requisito richiesto;
- 4) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, eccesso di potere per violazione del principio di proporzionalità, con riferimento al requisito tecnico-professionale relativo all'iscrizione all'Albo nazionale Gestione Ambientale: la stazione appaltante ha chiesto una abilitazione per 100.000 abitanti, mentre il bacino di utenza da prendere in considerazione per la quantificazione dei servizi ambientali è costituito da una popolazione di massimo 40.000 abitanti.

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

Con ordinanza n. 422 del 10 aprile 2013 la domanda cautelare veniva respinta.

Parte ricorrente ha poi chiesto il rinvio dell'udienza di merito, fissata al 22 ottobre 2013, avendo presentato

domanda di annullamento in autotutela del provvedimento impugnato, a fronte dell'entrata in vigore dell'art 31 c. 8 D.L. 69/2013.

Ha altresì prodotto il ricorso ex art 700 c.p.c. depositato al Tribunale di Milano, sez. lavoro, in data 21.10.2013, con cui chiede che venga ordinato all'Inps e all'Inail, di concedere il termine di 15 giorni alla ditta Soresi per poter regolarizzare la situazione contributiva e previdenziale, ai sensi dell'art 7 c. III del DM 24.10.2007, con contestuale sospensione nelle more degli effetti del DURC.

La difesa dell'Aler si è opposta alla richiesta di rinvio.

All'udienza del 22 ottobre 2013, il Collegio, ha trattenuto in decisione il ricorso.

DIRITTO

1) Ritiene il Collegio che il ricorso e i motivi aggiunti, possano essere decisi, per le ragioni che verranno rappresentate ai punti successivi e quindi la domanda di rinvio della trattazione non possa essere accolta.

1.1 Il ricorso principale è stato proposto avverso l'esclusione della ricorrente; come emerge dalla narrativa in fatto, dopo l'ordinanza cautelare di questa Sezione, la stazione appaltante ha riammesso in gara la società concorrente. Per tale ragione il ricorso principale va dichiarato improcedibile, ai sensi dell'art 35 lett. c) del cod.proc.amm.

2) I motivi aggiunti vanno invece respinti.

2.1 La stazione appaltante ha escluso la società ricorrente, risultata aggiudicataria del secondo lotto di Legnano, per due ragioni, la errata dichiarazione circa il possesso dei requisiti di regolarità nel versamento dei contributi e la carenza del requisito di iscrizione all'Albo nazionale Gestori Ambientali.

2.2 Nella prima censura dei motivi aggiunti parte ricorrente lamenta la violazione dell'art 38 comma 1 lett. i) del d. lgs. 163/2006, in quanto l'ausiliari Soresi non avrebbe commesso "violazione gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali", posto che l'accertamento delle violazioni sarebbe sub iudice per effetto dei ricorsi proposti in data 15.2.2013 avanti il Tribunale del lavoro.

Il motivo non è fondato.

Il requisito della regolarità contributiva, necessario per la partecipazione alle gare pubbliche, deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione delle domande di ammissione alla procedura e permanere fino alla stipula del contratto.

Nel caso di specie la società ausiliaria ha dichiarato di essere in regola, mentre dal DURC (richiesto in data 24.7.2012) emergeva una situazione di irregolarità sia nei confronti dell'Inps, sia dell'Inail.

Parte ricorrente, pur non contestando la circostanza che la società abbia reso una dichiarazione non corrispondente alla effettiva situazione, sostiene l'illegittimità del provvedimento di esclusione, poiché la stazione appaltante avrebbe omesso di motivare circa i requisiti di gravità e di definitività della violazione.

Il motivo non è fondato.

Alla stregua dell'indirizzo ormai dominante della giurisprudenza amministrativa, il carattere di gravità o meno della detta irregolarità non può costituire oggetto di alcuna valutazione ad opera della stazione appaltante, essendo una valutazione riservata all'ente previdenziale deputato all'emanazione del Documento Unico di Regolarità Contributiva (DURC). In tal senso, si è espressa di recente ed inequivocabilmente l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 8 del 4 maggio 2012, affermando che " in tema di gare ad evidenza pubblica, ai sensi e per gli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. i), d.lg. n. 163 del 2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70/2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di " violazione grave " non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese

partecipanti a procedure di gara per l'aggiudicazione di appalti con la p.a. è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto.

L'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare l'esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma, quand'anche ricondotta retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento" (cfr. anche Cons. Stato, Ad. Plen., 5 giugno 2013 n.15).

Quanto alla circostanza che l'accertamento non sarebbe definitivo, poiché sub judice, va rilevato che gli stessi sono stati compiutamente esaminati dalla stazione appaltante, la quale ha osservato come non vi siano elementi di contestazione circa la mancanza dei versamenti, asserendo solo una carenza di prova del debito da parte degli enti.

2.3 Va solo aggiunta una precisazione per quanto riguarda la applicabilità al caso de quo della nuova disciplina introdotta nell'art 31 c. 8 del D.L. 69/2012, che prevede l'assegnazione di un termine di 15 giorni per la regolarizzazione della posizione contributiva.

Ritiene il Collegio di condividere la posizione della difesa dell'Aler, circa la non applicabilità della normativa sopravvenuta, entrata in vigore il 22.6.2013, in quanto il procedimento di affidamento del servizio si è concluso il 14.1.2013 con l'aggiudicazione e l'atto qui impugnato è stato adottato in data 18.2.2013.

Per tale ragione anche la presentazione da parte della Soresi della istanza di regolarizzazione, nonché del ricorso ex art 700 c.p.c., non costituisce una valida ragione per concedere il rinvio della trattazione, non potendo trovare applicazione la nuova disciplina sopra citata.

3) I due motivi successivi, secondo e terzo, investono la seconda ragione di rigetto, cioè la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'ATI, a seguito della esclusione della ausiliaria.

Sostiene parte ricorrente che la sommatoria dei requisiti di capacità delle imprese in avvalimento raggiungerebbe la soglia del requisito richiesto dal bando.

Anche questo motivo non è fondato.

La stazione appaltante ha richiesto l'iscrizione all'Albo Nazionale Gestori Ambientali per la categoria 1 classe B: la categoria 1 è necessaria per il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti, mentre la classe B riguarda il numero di abitanti, complessivamente serviti, cioè inferiori a 500.000 e superiore o uguale a 100.000.

Già in sede di chiarimenti la stazione appaltante ha precisato che l'istituto dell'avvalimento poteva trovare applicazione anche per i requisiti di professionalità e capacità, per cui il requisito della classe B poteva essere soddisfatto se due operatori univano le proprie risorse, ad esempio essendo in possesso della classe C, garantendo però sempre cumulativamente, il requisito minimo richiesto dal bando, ovvero una popolazione almeno di 100.000 abitanti.

Nel calcolo il riferimento è sempre al parametro inferiore.

Nel caso di specie, escludendo dal calcolo la società Soresi, non viene garantito il requisito minimo, essendo le due società di cui la ricorrente si avvale rispettivamente della categoria 1 classe D (popolazione di almeno 50.000 abitanti) e categoria 1 classe C (popolazione di almeno 20.000 abitanti), per cui sommando i requisiti minimi si arriva a 70.000 abitanti.

Per tali ragioni la tesi di parte ricorrente non può essere accolta.

4) L'ultimo motivo verte sulla scelta della stazione appaltante di richiedere l'abilitazione per almeno 100.000 abitanti: si tratterebbe di un requisito illogico, dal momento che gli immobili complessivi oggetto dei servizi di gara sono 10.500 alloggi e quindi il bacino di utenza corrisponde ad una popolazione massima di 30.000/40.000 abitanti.

Anche questo motivo non è fondato.

In disparte il profilo di tardività del motivo, in quanto proposto avverso un requisito posto nel bando, è sufficiente osservare che la determinazione dei requisiti specifici di partecipazione rientra nella discrezionalità dell'amministrazione e attiene al merito, salvo la loro evidente irragionevolezza. Nel caso di specie richiedere la categoria 1 classe B trova una ragione giustificativa nella vastità degli immobili, nella presenza di ampie zone verdi aperte al pubblico, per cui non è stato preso in considerazione il solo numero degli alloggi e dei relativi occupanti, ma anche la presenza di soggetti che accedono ai luoghi interessati dal servizio.

5) In conclusione il ricorso principale va dichiarato improcedibile, mentre i motivi aggiunti vanno respinti.

Le spese di giudizio possono essere compensate, stante la reciproca soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, dichiara improcedibile il ricorso principale e respinge i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/01/2014

IL SEGRETARIO

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