



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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 507 del 2014, proposto da:
Fidente S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Salvadori e
Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto in Brescia presso lo
studio del primo, Via XX Settembre, 8;

contro

Comune di Brescia, rappresentato e difeso per legge dagli avv.ti
Francesca Moniga e Andrea Orlandi, domiciliati in Brescia, C.Tto S.
Agata, 11/B;

per l'annullamento

- della determinazione con cui il Comune di Brescia ha indetto la gara per l'affidamento del servizio di pulizia degli uffici;
 - dei relativi bando e disciplinare, in parte qua, del capitolato speciale e dei relativi allegati;
- di tutti gli altri atti connessi e consequenziali.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Brescia;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2015 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Brescia ha bandito una procedura aperta per l'affidamento quadriennale del servizio di pulizia degli immobili comunali, per un valore complessivo di € 2.126.010,73, al netto dell'IVA, oltre € 600.000,00 per oneri della sicurezza da interferenza: gara non suddivisa in lotti, con affidamento rinnovabile per un ulteriore triennio (per un importo massimo complessivo di € 4.264.021 ,66), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo 60 punti al progetto tecnico e 40 punti al prezzo.

I 60 punti previsti al progetto tecnico sono stati suddivisi in:

- 12 punti al "numero lavoratori impiegati nel servizio, vale a dire organico adibito stabilmente al servizio (escluse le figure di coordinamento non addette alle pulizie e sostituzioni)";
- 9 punti al "rispetto delle frequenze e delle fasce stabilite dalle Specifiche Tecniche";
- 5 punti alle "modalità organizzative (tempistiche, forza lavoro,

strumentazioni utilizzate nello svolgimento delle pulizie periodiche";

- 5 punti ai "corsi di formazione e aggiornamento";

- 3 punti alle "modalità organizzative per la sostituzione del personale assente";

- 6 punti "modalità di rilevazione dei controlli".

Nell'ambito delle miglorie del servizio, la *lex specialis* prevedeva i seguenti punti:

- 8 punti al "numero di ore messe a disposizione del Comune per gli interventi a chiamata", tra le 2.000 ore minime e le 3.000 ore massime;

- 3 punti alle "attrezzature di speciale tecnologia per un miglior livello qualitativo di svolgimento";

- 2 punti alle "ulteriori tecniche ed operazioni migliorative (per manutenzione o cura dei plessi oggetto della gara) rispetto a quelle previste nelle Specifiche Tecniche";

- 4 punti ai "prodotti impiegati per l'esecuzione della pulizia ordinaria e straordinaria";

- 4 punti ai "macchinari e attrezzature utilizzati per l'esecuzione della pulizia ordinaria e straordinaria".

La ricorrente lamenta l'impossibilità di partecipare a siffatta gara, sia per la mancata suddivisione in lotti che rende difficile la partecipazione alle piccole e medie imprese, sia per la genericità dei criteri di valutazione delle offerte tecniche.

Avverso i provvedimenti così approvati sono stati, dunque, dedotti:

1. Violazione dell'art. 1, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per irragionevolezza e

sproporzione. Il Comune avrebbe omesso ogni motivazione sulle ragioni per cui non ha proceduto alla ripartizione in lotti del servizio. Ciò sarebbe illegittimo, come affermato dal TAR Milano, nell'ordinanza 5 febbraio 2014, n. 196, perché precluderebbe la partecipazione alle piccole e medie imprese, anche in considerazione del fatto che, data la diversa tipologia dei locali e collocazione degli stessi, la suddivisione in lotti non avrebbe trovato controindicazioni;

2. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 286 del d.P.R. n. 207 del 2010. Violazione dell'art 53 della Direttiva n. 18 del 2004. Violazione del 46° "considerando" della Direttiva n. 18 del 2004. Eccesso di potere per irragionevolezza e sproporzione.

Gli atti di gara impedirebbero la formulazione di una seria offerta, in quanto il disciplinare suddivide i 60 punti tecnici in 11 criteri di valutazione (senza ulteriori sub criteri e sub punteggi), che sono tuttavia assolutamente generici, limitandosi ad una riproduzione delle prestazioni da offrire ed omettendo completamente di definire come e con quali elementi le offerte dovranno essere apprezzate dalla commissione: ciò, in particolare, considerando che se si esaminano gli atti di gara emergerebbe la coincidenza tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica e il contenuto che dovranno avere le offerte stesse.

Inoltre, la *lex specialis* sarebbe illegittima anche perché il criterio A.2 (attributivo di 9 punti al "rispetto delle frequenze e delle fasce stabilite dalle Specifiche Tecniche") e il criterio B.1, (attributivo di 8 punti al "numero di ore messe a disposizione del Comune per gli interventi a chiamata" con un minimo di 2.000 ore e un massimo di

3.000 ore), i quali complessivamente consentono di assegnare ben 17 punti, "azzerano" la capacità progettuale dei concorrenti. Basterebbe, secondo la ricorrente, copiare le specifiche tecniche previste dal Comune e mettere a disposizione il numero massimo di ore di disponibilità, per ottenere 17 punti. In tal modo l'offerta migliore sarebbe già prestabilita dal Comune, svilendo le capacità imprenditoriali degli operatori economici e precludendo alla commissione di valutare la "congruità" della quantità in riferimento all'appalto, fissando dei criteri di valutazione completamente svincolati dall'oggetto dell'appalto e privi di ogni collegamento funzionale con la prestazione richiesta.

3. Violazione degli artt. 2 e 29 del d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 311 del d.P.R. n. 207 del 2010. Eccesso di potere per illogicità, sproporzione, ingiustizia manifesta, carenza dei presupposti, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Violazione del principio della *par condicio*. Violazione del principio di libera concorrenza. Violazione del principio del buon andamento. Violazione dell'art. 97 della Costituzione della Repubblica.

Il capitolato specifica che le misure delle superfici, i cui valori sono a base del capitolato speciale di appalto, sono da considerarsi comunque approssimative. L'eventuale discordanza fra i valori indicati e quelli effettivamente riscontrati . . . non potranno in alcun caso dare luogo a revisione del prezzo offerto, fatto salvo per valori superiori al 15% su di ogni plesso e del 10% sulla sommatoria di tutti gli stabili oggetto del contratto. Ne risulterebbe una prestazione

indeterminata.

Si è costituito in giudizio il Comune, il quale ha eccepito l'inammissibilità del primo motivo di ricorso, in quanto la ricorrente non sarebbe una piccola o media impresa, avendo un capitale sociale di 170.000 euro, 690 dipendenti in 7 unità locali ed essendo affidataria di appalti da parte di enti come RAI, Comune di Genova, Comune di Valenza, Chiavari, Iren Energia, Università di Torino, Genova Parcheggi, AMPS Parma, Regione Veneto, Polizia di Stato.

Peraltro, la disposizione invocata, non essendo stata introdotta in attuazione di direttive comunitarie, dovrebbe ritenersi riferita esclusivamente agli appalti sottosoglia (quale non è, naturalmente, quello in questione). Appalto che, peraltro, di fatto risulta già essere frutto di una suddivisione in lotti, trattandosi dell'ultimo dei cinque lotti in cui gli uffici di competenza del Comune di Brescia sono stati suddivisi, il quale raggruppa tutti gli uffici che si trovano nel perimetro cittadino, a pochi minuti di distanza l'uno dall'altro.

Del tutto infondata sarebbe la seconda doglianza, dal momento che il disciplinare di gara, letto in combinato con il Capitolato speciale permetterebbe la formulazione di un'offerta compiuta in cui valorizzare i diversi elementi richiesti. La rispondenza dell'offerta a quanto richiesto consentirà alla Commissione un'opportuna valutazione delle offerte.

Infine, il bando non sarebbe affatto indeterminato, ma indicherebbe la superficie di tutti gli immobili interessati e la suddivisione in uffici, bagni, archivi, superfici esterni e vetri, specificando la pavimentazione

stanza per stanza, le attrezzature ecc. ed è stato comunque obbligatoriamente imposto di visionare i locali. La previsione del bando avrebbe, dunque, il solo scopo di prevenire eventuali contestazioni dovuti a possibili errori nelle misurazioni.

A seguito della proposizione del ricorso, peraltro, la stazione appaltante ha autonomamente provveduto a differire il termine di presentazione delle domande al 19 giugno 2014.

Alla camera di consiglio del 28 maggio 2014, l'istanza cautelare è stata rigettata, non essendo stati ravvisati sufficienti profili di *fumus boni iuris* nel ricorso presentato.

In vista della pubblica udienza, il Comune, nel richiamare le difese già esplicate, ha eccepito l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. Entro il termine differito del 18 giugno 2014, infatti, hanno presentato domanda di partecipazione alla gara ventisei concorrenti, nessuno dei quali ha sollevato questioni del tipo di quelle introdotte dalla ricorrente, la quale, peraltro, non ha presentato la propria offerta, nonostante il possesso dei requisiti per farlo le fosse stata riconosciuto anche dall'ordinanza n. 343/2014: ciò avrebbe determinato la perdita della posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela della quale la ricorrente si riteneva titolare in quanto operatore del settore. Inoltre, avendo il Comune già aggiudicato definitivamente la gara, la società Fidente, che non sarebbe legittimata all'impugnazione di tale provvedimento, non potrebbe ritrarre alcun vantaggio dall'eventuale annullamento del bando.

Parte ricorrente ha depositato una replica, sostenendo la permanenza del proprio interesse alla decisione, facendo leva sull'efficacia caducante dell'eventuale annullamento del bando, le cui disposizioni, si sostiene nel ricorso, precludevano la partecipazione. La stessa mancata presentazione dell'offerta confermerebbe l'impossibilità di formarne una, ammissibile e compiuta, e non avrebbe, dunque, determinato la perdita della particolare posizione giuridica vantata dalla ricorrente e legittimante anche l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, entro il termine di trenta giorni decorrenti dall'avvenuta conoscenza della stessa mediante deposito in giudizio, il 24 dicembre 2014, atteso che il Comune non risulta aver provveduto alla pubblicazione dell'avviso di avvenuta aggiudicazione ai sensi dell'art. 65, comma 1, del d. lgs. 163/2006 e tanto meno alla notificazione espressamente prevista dall'art. 79, comma 5, lett. a) del d. lgs. 163/2006, il quale impone la comunicazione d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera d'invito.

La memoria si conclude con la contraddittoria domanda di accoglimento del ricorso, seppur comunicando l'intenzione di proporre motivi aggiunti e senza null'altro dedurre in relazione al merito ed in particolare circa la qualificazione come piccola e media impresa della ricorrente, la cui dimostrazione era stata sollecitata anche in sede cautelare.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2015 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Parte ricorrente ha, in primo luogo, eccepito l'illegittimità del bando pubblicato dal Comune di Brescia per l'affidamento quadriennale del servizio di pulizia degli immobili comunali, deducendo la violazione dell'art. 1, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006. Tale disposizione prevede che: "Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti".

Nella fattispecie in esame, il Comune avrebbe, secondo parte ricorrente, omesso di suddividere il servizio in lotti, senza addurre alcuna motivazione e così illegittimamente precludendo alle piccole e medie imprese di partecipare alla gara in violazione della disposizione ora citata.

Già in sede cautelare, però, si è evidenziato come l'appalto in questione, seppur riferito a più sedi degli uffici comunali, sia unico perchè rappresenta già l'ultimo dei cinque lotti in cui gli uffici di competenza del Comune di Brescia sono stati suddivisi per quanto attiene all'affidamento del servizio di pulizia degli stessi, comprendente una pluralità di sedi poste a brevissima distanza all'interno del perimetro cittadino.

Escluso, dunque che sia ravvisabile il dedotto vizio di carenza di motivazione circa la scelta di bandire un'unica gara per più sedi presso

cui il servizio deve essere prestato, va precisato che, anche in vista della pubblica udienza, parte ricorrente non ha prodotto alcun elemento utile atto a provare che il bando di gara in questione contesse effettivamente elementi tali da poter automaticamente precludere la partecipazione di piccole e medie imprese. Non è stato dimostrato, infatti, che i requisiti soggettivi richiesti dal disciplinare di gara fossero incompatibili con la qualificazione di piccola e media impresa.

Deve, però, ritenersi determinante, ai fini della decisione, il fatto che, nonostante quanto rilevato in sede cautelare, la ricorrente non abbia fornito alcun principio di prova della possibilità di essere annoverata nelle categorie di piccola o media impresa definita dal D.M. 18 aprile 2005: ciò porta al definitivo rigetto della tesi, sostenuta dalla ricorrente, secondo cui la partecipazione alla gara le sarebbe stata radicalmente preclusa, con la conseguenza che il ricorso deve essere dichiarato improcedibile per le ragioni individuate dalla stazione appaltante.

La società Fidente, infatti, nonostante l'assenza di clausole escludenti a priori la partecipazione, già espressamente evidenziata in sede cautelare, non ha presentato domanda di partecipazione alla gara in questione, contrariamente a quanto fatto da altri ventisei operatori del settore che, evidentemente, non hanno ritenuto nemmeno che fosse impossibile formulare un'offerta compiuta e seria. Impossibilità che, del resto, era già stata esclusa da questo Tribunale, laddove ha evidenziato, nell'ordinanza 343/2014, che il combinato disposto di

disciplinare di gara e capitolato speciale avrebbe consentito, come evidentemente è stato per i partecipanti alla gara, di formulare un'offerta compiuta e completa e di rappresentarsi i criteri che avrebbero determinato l'attribuzione dei punteggi.

Né la costruzione dell'offerta avrebbe potuto ritenersi preclusa per effetto della dedotta (e comunque non ravvisata, in sede cautelare, né suffragata da ulteriori elementi in vista della trattazione del merito) coincidenza tra criteri di valutazione delle offerte e contenuto delle offerte stesse, che, al più, avrebbe potuto giustificare l'impugnazione dei punteggi attribuiti dalla commissione di gara.

In assenza, dunque, di alcun principio di prova del fatto che il servizio oggetto della gara in questione avesse caratteristiche tali da poter essere svolto solo da imprese di grandi dimensioni - e, conseguentemente, di clausole con efficacia immediatamente escludente - e in mancanza della presentazione di un'offerta da parte della ricorrente, deve, pertanto, ravvisarsi la dedotta sopravvenuta carenza di interesse alla decisione.

Parte ricorrente non ha, infatti, rafforzato la propria posizione di soggetto legittimato al ricorso - fondata sulla pretesa, ma non dimostrata, impossibilità di partecipare alla gara e sulla sua qualifica di operatore del settore - mediante la formulazione di un'offerta, con la conseguenza che la posizione giuridica soggettiva per la tutela della quale essa ha agito, risulta ora insufficiente a sostenerne la legittimazione ad agire.

Le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio, che liquida in euro 3.000 (tremila/00) a favore del Comune resistente.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/01/2015

IL SEGRETARIO

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