



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 2094 del 2014, proposto da:
M.B.S. Group S.c.a.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio
Zoppolato e Laura Pelizzo, con domicilio eletto presso lo studio del
primo in Milano, Via Dante, 16;

contro

Aemme Linea Distribuzione S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv.
Aldo Travi, con domicilio eletto in Milano, presso la Segreteria del
Tribunale;

nei confronti di

A.t.i. tra Effecinque S.c.a.r.l. e Multiutility Sovracomunale S.r.l.,
rappresentate e difese dall'avv. Umberto Grella, con domicilio eletto
presso il suo studio in Milano, Via Cesare Battisti, 21;

per l'annullamento

del provvedimento comunicato alla ricorrente con nota prot. n. 150
del 4.6.2014, di aggiudicazione definitiva ad Effecinque Soc. Coop. in

a.t.i. con Multiutility Sovracomunale S.r.l. della procedura indetta da Aemme Linea Distribuzione S.r.l., per l'affidamento del servizio di lettura dei misuratori di gas posti presso gli utenti finali e prestazioni accessorie, dei verbali di gara, del verbale di verifica della congruità dell'offerta aggiudicataria, e di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata, e per la condanna di Aemme Linea Distribuzione S.r.l. al risarcimento in forma specifica, o in subordine, per equivalente economico, con richiesta di subentro nell'esecuzione del contratto;

atti impugnati con il ricorso principale, nonché per l'annullamento dei medesimi provvedimenti impugnati con il ricorso principale, nella parte in cui consentono la partecipazione alla procedura della ricorrente principale

atti impugnati con il ricorso incidentale

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aemme Linea Distribuzione S.r.l. e dell'at.i. tra Effecinque e Multiutility Sovracomunale;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dall'a.t.i. tra Effecinque e Multiutility Sovracomunale S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2014 il dott.

Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. in data 11.12.2014 la stazione appaltante ha indetto una procedura aperta con il metodo del prezzo più basso per l'affidamento del "servizio di lettura dei misuratori gas posti presso i clienti finali e prestazioni accessorie", per una durata di 24 mesi.

A seguito della formulazione del maggior ribasso sull'importo posto a base di gara, ed al superamento della verifica di anomalia, l'appalto di che trattasi è stato aggiudicato alla società controinteressata.

La ricorrente, seconda classificata, ha contestato, in primo luogo, l'ammissione dell'aggiudicataria, che avrebbe invece dovuto essere esclusa, per mancato possesso dei requisiti di partecipazione, ed in subordine gli esiti della verifica di anomalia, che erroneamente avrebbero affermato la congruità dell'offerta formulata dalla stessa.

La controinteressata ha presentato un ricorso incidentale, sostenendo che l'offerta della ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa.

Con ordinanza n. 1231/14, oggetto di correzione per errore materiale da parte dell'ordinanza n. 2517/14, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 10.12.2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) In primo luogo, il Collegio è tenuto a scrutinare il ricorso incidentale, la cui fondatezza priverebbe di interesse ad agire la ricorrente principale, che risulterebbe esclusa dalla procedura, non avendo presentato alcun motivo volto al suo intero travolgimento.

I.1) Con il ricorso incidentale l'istante chiede, in primo luogo, una declaratoria di esclusione della ricorrente principale, per violazione dell'art. 13.1 del disciplinare, oltreché dell'art. 86 c. 3 bis del D.Lgs. n. 163/06. In particolare, la ricorrente principale, che ha dichiarato in sede di domanda di partecipazione che “il personale che verrà adibito all'esecuzione delle letture oggetto dell'appalto sarà assunto dalle nostre consorziate con contratto individuale (le nostre consorziate non applicano i C.C.N.L.)”, avrebbe dovuto essere esclusa, poiché l'applicazione di un C.C.N.L. relativo a mansioni analoghe a quelle oggetto dell'appalto di che trattasi, avrebbe invece costituito un requisito di ammissibilità dell'offerta.

Osserva il Collegio che, in base alla disposizione del disciplinare che si assume violata, i concorrenti erano tenuti, in sede di domanda di partecipazione, a rilasciare una dichiarazione nella quale gli stessi attestavano “di applicare integralmente i contenuti economico-normativi della contrattazione nazionale di settore, e di obbligarsi ad applicare integralmente tutte le norme dei contratti collettivi di lavoro di categoria nazionale e locale vigenti”.

Come già evidenziato in sede cautelare, con il ricorso incidentale l'istante deduce invece, sostanzialmente, la mancata equivalenza tra le

condizioni applicate dalla ricorrente principale e quelle della contrattazione collettiva, ciò che tuttavia forma oggetto delle verifiche di cui all'art. 88 D.Lgs. n. 163/06, da esperirsi solo successivamente all'apertura delle offerte, e nell'ambito del contraddittorio procedimentale ivi previsto, non invece in sede di domanda di partecipazione.

La stessa ricorrente incidentale si duole del fatto che il contratto individuale applicato dalla ricorrente principale “non assicura tutti i diritti e tutte le tutele del C.C.N.L., tale da comportare un ingiusto vantaggio per l'impresa in termini di risparmio di costi in danno dei diritti primari dei lavoratori, ed in conseguente danno della *par condicio* tra i concorrenti”, ciò che, per l'appunto, forma oggetto della detta verifica di anomalia, nella quale la stazione appaltante è tenuta ad accertare, in particolare, il rispetto dell'art. 86 c. 3 bis del D.Lgs. n. 163/06, che la ricorrente incidentale ritiene, erroneamente, essere stato violato nella fase di verifica dei requisiti di ammissione alla gara. L'infondatezza del ricorso incidentale è dunque resa evidente dagli stessi argomenti posti a sostegno del medesimo, affermandosi che avrebbero potuto essere ammessi alla gara solo “i soggetti che già applicano i contratti collettivi nazionali ai contratti in corso” (pag. 3 memoria del 10.11.14), laddove l'art. 13.1 del disciplinare che si assume violato imponeva invece ai concorrenti di applicare i “contenuti economico normativi della contrattazione nazionale di settore”. In altre parole, il ricorso incidentale pretende l'esclusione della ricorrente non in ragione della eventuale omissione o

incompletezza della dichiarazione prevista dal citato art. 13.1 del disciplinare, ma in conseguenza della sua presunta non veridicità, laddove, invece, tale accertamento, in conformità alla normativa vigente, attiene alla fase di verifica della congruità dell'offerta, dovendo in tale sede essere contestato.

I.2) Sotto altro profilo, la ricorrente incidentale sostiene che, in ogni caso, il costo medio indicato nell'offerta di MBS, pari ad Euro 9.95 euro/ora, non rispetterebbe il parametro minimo retributivo del C.C.N.L., pari ad Euro 10,74 orari, dovendo pertanto essere esclusa.

Osserva sul punto il Collegio che, per giurisprudenza costante, deve consentirsi all'impresa offerente di rendere giustificazioni sul costo del lavoro inferiore ai minimi retributivi, rimettendo successivamente le stesse al giudizio della Commissione, che si deve pronunciare sulla congruità di tali giustificazioni (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 8.3.2012 n. 506), essendo pertanto illegittimo il provvedimento di esclusione di un'offerta da una gara di appalto poiché la stessa prevede dei servizi a costi inferiori a quelli minimi, senza consentire all'impresa di rendere giustificazioni sui costi della manodopera, sulle quali, come detto, deve pronunciarsi la commissione (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 22.12.2006 n. 15610).

Conseguentemente, anche a voler ritenere, come argomentato dalla ricorrente incidentale, che M.B.S. abbia offerto valori inferiori a quelli previsti dalla C.C.N.L., ciò non potrebbe dare luogo, *sic et simpliciter*, alla sua esclusione, ma solo, nel caso in cui la stessa divenga aggiudicataria provvisoria, all'avvio di un procedimento di verifica

dell'anomalia dell'offerta, che non può evidentemente essere anticipato in questa sede, in assenza del provvedimento amministrativo che si pronunci sulle giustificazioni dell'interessata.

In conclusione, il ricorso incidentale deve dunque essere respinto, potendosi pertanto scrutinare il ricorso principale, che è invece fondato nel merito.

II) Con il primo motivo, la ricorrente si duole della genericità del contratto di avvalimento prodotto dalla capogruppo Effecinque, stipulato con la società ausiliaria Sospel, il quale, limitandosi a prevedere che “l'impresa ausiliaria si impegna all'uopo a fornire all'impresa avvalente tutte le risorse tecniche ed organizzative, nonché di personale, al fine di conferire alla stessa la piena e concreta disponibilità del requisito tecnico organizzativo richiesto dalla *lex* di gara”, non fornirebbe alcuna “specificazione”, attinente alle risorse ed ai mezzi prestati, ciò che avrebbe reso impossibile alla stazione appaltante verificare, in capo all'aggiudicataria, l'effettiva disponibilità di risorse adeguate all'espletamento dell'appalto, come invece richiesto dall'art. 49 D.Lgs. n. 163/06 che si assume violato.

Secondo la difesa della stazione appaltante e della controinteressata, nel caso di che trattasi si era tuttavia in presenza di un c.d. avvalimento “di garanzia”, il cui oggetto “era rappresentato da un dato storico, ossia dall'aver svolto, negli anni 2010-2011-2012, prestazioni analoghe per un fatturato non inferiore ad Euro 491.290,00”, non potendosi conseguentemente pretendere che venissero identificate risorse precise, in termini di mezzi e personale,

ma essendo sufficiente, come effettivamente avvenuto, che il contratto di avvalimento richiamasse il predetto fatturato, con l'impegno dell'impresa ausiliaria a "fornire all'impresa avvalente tutte le risorse tecniche ed organizzative, nonché di personale, occorrenti al fine di conferire alla stessa la piena e completa disponibilità del requisito tecnico-organizzativo".

II.1) Osserva il Collegio che, in base alla giurisprudenza pacifica, anche nel caso del c.d. avvalimento di garanzia, il relativo contratto deve avere, a pena di nullità, un oggetto determinato, ciò che non è avvenuto nel caso di specie, dovendosi pertanto accogliere il presente motivo.

Come infatti recentemente ribadito da C.S. Sez. III, 17.6.2014 n. 3058, a proposito di un caso di avvalimento del requisito del fatturato globale, qualora dal contratto, analogamente alla fattispecie per cui è causa, non si evinca con esattezza e sufficiente precisione la natura dell'impegno assunto, la sua concreta portata e, soprattutto, le modalità ed i limiti con i quali le risorse vengono messe a disposizione delle imprese ausiliate per effetto dell'avvalimento, lo stesso si pone in contrasto con l'esigenza di determinatezza che presiede alla disposizione dell'art. 49 cit. La parte principale e quella ausiliaria devono infatti impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo "quale mero valore astratto", dovendo invece risultare con chiarezza che l'ausiliaria presti "le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, a seconda dei casi, mezzi,

personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti” (C.S., Sez. VI, 13.6.2013 n. 7755, C.S., Sez. III, 18.4.2011, n. 2344). L’esigenza di una puntuale individuazione dell’oggetto del contratto di avvalimento “oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l’indeterminatezza ed indeterminabilità del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio” (C.S. Sez. VI, 8.5.2014, n. 2365). La mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle risorse necessarie di cui è carente il concorrente, o espressioni similari, si appalesa, oltre che tautologica, e come tale, indeterminata per definizione, inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull’effettività della messa a disposizione dei requisiti (C.S. Sez. V, 6.8.2012 n. 4510, Sez. III, 3.9.2013, n. 4386). L’avvalimento di garanzia può pertanto spiegare la sua funzione di assicurare alla stazione appaltante un *partner* commerciale con solidità patrimoniale proporzionata ai rischi di inadempimento contrattuale solo se, diversamente da quanto avvenuto nel caso di specie, rende palese la concreta disponibilità attuale di risorse e dotazioni aziendali di cui si dà mandato all’ausiliata di avvalersi (C.S. Sez. III, 18.4.2011 n. 2344,

Sez. V, 6.8.2012, n. 4510).

II.2) Sotto altro profilo, la difesa della stazione appaltante invoca i principi espressi da Corte Giustizia UE 10.101.2013, causa C-94/12, secondo cui la disciplina dell'avvalimento andrebbe interpretata sulla base dell'obiettivo dell'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, nella misura più ampia possibile, chiedendo conseguentemente che sia rimessa alla stessa la questione dell'interpretazione dell'art. 53 c. 4 e 5 della Direttiva 2004/17/CE dei settori speciali, perché sia chiarito se l'avvalimento che abbia ad oggetto un requisito di fatturato storico richieda o meno, ai fini della validità e dell'efficacia in una procedura d'appalto, l'elencazione analitica dei mezzi, o delle risorse, poste a disposizione.

II.2.1) In via preliminare, il Collegio prende atto che il contratto di avvalimento di che trattasi è stato stipulato per documentare, oltreché il possesso del fatturato specifico, anche l'esecuzione, nell'ultimo triennio, di un contratto relativo ai servizi oggetto dell'appalto, di importo pari ad almeno Euro 491.290,00. Conseguentemente, non può condividersi la prospettazione della stazione appaltante secondo cui detto contratto avrebbe avuto ad oggetto un mero "requisito di fatturato storico", realizzato senza un collegamento diretto con le risorse necessarie ad eseguire l'appalto; al contrario, come detto, il requisito oggetto di avvalimento era proprio l'esecuzione di un contratto identico a quello affidando, non potendosi pertanto sostenere l'irrilevanza del possesso delle risorse strumentalmente necessarie all'esecuzione dello stesso.

In aggiunta a quanto precede, ciò che, di per sé, rende infondato il motivo e la relativa eccezione, il Collegio osserva ulteriormente che il contenuto dell'invocata sentenza della Corte di Giustizia non consente in realtà di suffragare le censure sollevate dalla stazione appaltante. In tale occasione, i giudici Comunitari hanno infatti affermato che la direttiva 2004/18 consente il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi di capacità imposti dall'amministrazione aggiudicatrice, purché tuttavia si dimostri che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto, in conformità a quanto richiesto dalla stazione appaltante nel caso di specie, la quale non ha pertanto posto in essere alcuna condotta contrastante con il diritto comunitario.

II.3) In via subordinata, la difesa della controinteressata e della stazione appaltante, deducono la mancata applicazione, da parte della stazione appaltante, del c.d. "soccorso istruttorio", anche in relazione alle modifiche apportate a tale istituto dal D.L. n. 90/14, che seppure entrate in vigore successivamente alla fattispecie di che trattasi, avrebbero una portata interpretativa dell'istituto medesimo.

In primo luogo, osserva il Collegio che, in base a quanto affermato nella citata sentenza C.S. n. 3058/14, non è consentito alla stazione appaltante, in violazione della *par condicio*, supplire all'indispensabile requisito della determinatezza del contratto di avvalimento, che dovrebbe indicare espressamente le risorse messe a disposizione, non

potendosi rimediare a tale carenza mediante il ricorso al soccorso istruttorio, ove si consideri che il r.t.i. controinteressato ben avrebbe potuto e dovuto sin dal principio produrre tali contratti.

Più in generale, osserva inoltre il Collegio che, per giurisprudenza consolidata, il soccorso istruttorio è volto solo a chiarire ed a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti (C.S. Sez. III, 24.6.2014 n. 3198), non essendo invece applicabile quando, come avvenuto nel caso di specie, in sede di gara si sia accertata la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione (C.S. Sez. V, 20.11.2013 n. 5470).

III) Anche il terzo motivo di ricorso è fondato, non avendo il garante provvisorio assunto l'impegno a rilasciare la cauzione definitiva, in violazione dell'art. 75 c. 8 D.Lgs. n. 163/06, e dell'art. 13 punto 6 del disciplinare di gara.

Osserva infatti il Collegio che, contrariamente a quanto affermato dalla difesa della controinteressata, la Polizza n. 56210481 del 20.2.2014, stipulata con la Compagnia Liguria Assicurazioni, non contiene il predetto impegno, limitandosi invece ad affermare che la stessa avrebbe avuto validità "fino a presentazione della cauzione definitiva", senza tuttavia minimamente aggiungere che la stessa sarebbe stata prestata dalla stessa garante. Per giurisprudenza pacifica, sussiste tuttavia in capo al partecipante alla gara l'obbligo di munirsi, già in sede di domanda di partecipazione, dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria di cui al c. 8 dell'art. 75 cit. (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 29.10.14 n. 2580, C.S., Sez. VI, 8.7.2011

n. 4122), ciò che comporta l'accoglimento del motivo.

IV) La fondatezza dei motivi sopra evidenziati esime il Collegio dallo scrutinio dagli ulteriori, dovendo essere dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, atteso che con gli stessi si contestano gli esiti della verifica di anomalia a cui è stata sottoposta l'offerta della controinteressata, la quale non avrebbe in realtà potuto partecipare alla procedura, non potendo pertanto divenirne aggiudicataria.

Incidentalmente, osserva comunque il Collegio che anche tale motivi sono fondati, nella parte in cui i medesimi deducono il difetto di istruttoria in cui è incorsa la stazione appaltante, che si è limitata a prendere atto della dichiarazione della controinteressata, in ordine all'applicazione al proprio personale del C.C.N.L. dei dipendenti di proprietari di fabbricati/portieri, senza invece verificare la congruità delle retribuzioni ivi previste rispetto alle mansioni concretamente richieste per l'esecuzione dell'appalto di che trattasi.

A fronte infatti delle prestazioni previste dal contratto oggetto di affidamento, consistenti, tra l'altro nella lettura dei contatori, nell'effettuazione di *report* fotografici, nella chiusura e rimozione dei contatori, non invece ricomprese, *prima facie*, tra le mansioni di cui al predetto C.C.N.L., la stazione appaltante avrebbe dovuto, quanto meno, sommariamente motivare le ragioni per le quali riteneva, ciò nonostante, la congruità dell'offerta della controinteressata. Il Collegio condivide il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la scelta circa il contratto collettivo da applicare al

personale dipendente di un determinato datore di lavoro è rimessa all'autonomia privata, sicché sono le parti stesse, nello stipulare il singolo contratto individuale di lavoro, ad indicare a quale contratto collettivo nazionale intendono far riferimento (Cass. Civ., SS.UU, 26.3.1997 n. 2665, Cass. Civ., Sez. Lav., 25.10.1997 n. 10523. T.A.R. Sardegna, Sez. I, 19.5.2009 n. 794), precisando tuttavia che tali principi, ispirati alla tutela della libertà di impresa, non intaccano l'obbligo di illustrare gli esiti della verifica di anomalia, con motivazione che per quanto sintetica, o espressa per *relationem*, in caso di accoglimento delle giustificazioni, deve comunque essere esistente, consentendo agli interessati di comprendere gli elementi essenziali che hanno indotto la stazione appaltante a determinarsi favorevolmente in ordine alla congruità dell'offerta.

In conclusione, il ricorso principale va accolto.

Quanto alla domanda di subentro nel contratto, non risultando la stipula del medesimo, la stessa va respinta, così come anche quella per il risarcimento del danno, potendo ancora la ricorrente conseguire il bene della vita e non avendo la stessa, allo stato, subito alcun pregiudizio.

Le spese, liquidate come in dispositivo, sono poste a carico della stazione appaltante.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale, ed accoglie il ricorso

principale.

Condanna le parti resistenti al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente, equitativamente liquidate in Euro 4.000,00 oltre agli oneri di legge, ed al rimborso del contributo unificato in favore della stessa.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Mauro Gatti, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/01/2015

IL SEGRETARIO

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