

T.A.R. Lombardia Milano Sez. IV, Sent., 23-04-2015, n. 1011

REPUBBLICA ITALIANA

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 2436 del 2014, proposto da:

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

contro

A.T.M. S.p.a. (ATM), rappresentata e difesa dagli avv. Alberto Rho e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, via Dante, 16;

nei confronti di

R.G. S.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI costituita con il Consorzio Stabile Romeo Facilities Service 2010, rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Ferola, Bianca Luisa Napolitano e Renato Ferola, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Vivaio, 22, Consorzio Servizi Globali Centro Nord Est S.c.a r.l., P.E.A. S.p.a., V.F.I. S.r.l.;

M.F.M. S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Baccolini, Francesco Rizzo e Giorgio Roderi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, via Legnano, 16;

M. S.p.a. e V. & C. S.p.a., rappresentate e difese dagli avv. Simona Viola, Carlo Merani e Antonella Borsero, con domicilio eletto presso Simona Viola in Milano, via Serbelloni, 7;

Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività 360 della Rfi - Soc. Coop. Siglabile Cncp, rappresentata e difesa dall'avv. Filippo Trinchini, con domicilio eletto presso la segreteria del Tribunale in Milano, via Corridoni n. 39;

per l'annullamento

del provvedimento in data 17 luglio 2014 di aggiudicazione definitiva dell'appalto del Servizio di Facility Management relativo a stabili, depositi, stazioni metropolitane, parcheggi e rotabili, reso noto con comunicazione ai sensi dell'art. 79 D.Lgs. n. 163 del 2006 prot. 28213 in data 22 luglio 2014, anch'essa ove occorra oggetto del presente gravame, unitamente al Bando di gara ed al Disciplinare e comunque all'intera disciplina di gara, laddove prevede come criterio di aggiudicazione l'offerta economicamente più vantaggiosa nella misura di 80 punti per la

componente tecnica e di 20 per quella economica e comunque di tutti gli atti di gara e di qualsiasi altro atto o provvedimento antecedente, conseguente e comunque connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.T.M. S.p.a., R.G. S.p.a. in ATI con Consorzio Stabile Romeo Facilities Service 2010, M.F.M. S.p.a., M. S.p.a. e V. & C. S.p.a. e di Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività 360 della Rfi - Soc. Coop. Siglabile Cncp;

Visto il ricorso incidentale proposto da R.G. S.p.a. in ATI con Consorzio Stabile Romeo Facilities Service 2010;

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 19 marzo 2015 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Svolgimento del processo

Con il presente ricorso il Consorzio ricorrente, attuale gestore del servizio in proroga e classificatosi al secondo posto della graduatoria per il lotto 5, ha impugnato il provvedimento concernente l'aggiudicazione definitiva con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dell'appalto del Servizio di F.M. relativo a stabili, depositi, stazioni metropolitane, parcheggi e rotabili indetto da ATM, unitamente al bando di gara, al disciplinare e comunque all'intera disciplina di gara, laddove prevede come criterio di aggiudicazione l'offerta economicamente più vantaggiosa nella misura di 80 punti per la componente tecnica e di 20 per quella economica e comunque di tutti gli atti di gara.

A sostegno del proprio ricorso l'istante, premettendo di avere ricevuto un punteggio molto favorevole per l'offerta tecnica, per la valutazione della quale la lex specialis di gara ha previsto l'attribuzione di un punteggio massimo di soli 20 punti rispetto agli 80 previsti per la valutazione dell'offerta economica, con il primo motivo ha dedotto, sostanzialmente, la violazione dell'art. 286 del D.P.R. n. 207 del 2010, nella parte in cui dispone, per gli appalti pubblici che hanno ad oggetto principale i servizi di pulizia, criteri di valutazione posti tra di loro in un preciso equilibrio e, precisamente, un minimo di 40 punti e un massimo di 60 sia per la valutazione dell'offerta tecnica che di quella economica.

Con la seconda censura l'istante ha, invece, dedotto la violazione dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e l'eccesso di potere sotto diversi profili, contestando, essenzialmente, l'illegittima ammissione alla gara dell'aggiudicatario del lotto 5 per la violazione delle disposizioni vigenti in materia di avvalimento.

L'istante ha chiesto, altresì, l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante e il subentro nel medesimo, nel caso di accoglimento del secondo motivo di gravame.

Si sono costituiti in giudizio l'A.T.M. S.p.a. (d'ora in poi ATM), R.G. S.p.a. in ATI con Consorzio Stabile Romeo Facilities Service 2010, aggiudicataria del lotto 1, M.F.M. S.p.a., aggiudicataria del lotto 2, M. S.p.a. in ATI con V. & C. S.p.a., aggiudicataria del lotto 3 e Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi Attività 360 della Rfi - Soc. Coop. Siglabile Cncp, aggiudicataria del lotto 5, eccependo in via preliminare l'inammissibilità del ricorso sotto diversi profili e chiedendone, comunque, il rigetto per infondatezza nel merito;

R.G. S.p.a. in ATI con Consorzio Stabile Romeo Facilities Service 2010 ha, altresì, proposto ricorso incidentale, deducendo la violazione degli artt. 75 e 113 del D.Lgs. n. 163 del 2006, oltre che diversi profili di eccesso di potere, censurando, sostanzialmente, la mancata esclusione dalla gara del Consorzio ricorrente nonostante lo stesso avesse omesso di sottoscrivere la polizza contenente la cauzione provvisoria, che risultava, infatti, sottoscritta dal solo garante.

Successivamente le parti costituite hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 19 marzo 2015 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Motivi della decisione

Deve, in via preliminare, esaminarsi l'eccezione di inammissibilità del ricorso proposta da tutte le resistenti, nella parte in cui il Consorzio ricorrente impugna gli atti dell'intera procedura, dunque, essenzialmente, il bando di gara e il disciplinare.

Tale eccezione si fonda sia sul divieto del ne bis in idem, avendo l'istante già impugnato la lex specialis di gara, seppure per altri motivi, con un precedente ricorso conclusosi con il rigetto da parte del giudice di appello con sentenza n. 3770/2014, sia sulla carenza di interesse, atteso che l'istante, salvo che per il lotto 5, in cui si è classificato al secondo posto della graduatoria, vanterebbe un mero interesse strumentale all'annullamento della gara riguardo agli altri lotti, nelle cui graduatorie si è classificato in posizioni non utili per l'aggiudicazione, senza fornire alcuna prova della possibilità che avrebbe avuto di aggiudicarsi nel caso in cui la lex specialis fosse stata redatta nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 286 del D.P.R. n. 207 del 2010 .

Il collegio ritiene che l'eccezione di inammissibilità del ricorso sia da accogliere per carenza di interesse relativamente all'aggiudicazione dei primi quattro lotti, nelle cui graduatorie il Consorzio ricorrente si è classificato in posizioni non utili per l'aggiudicazione senza fornire alcuna prova della possibilità che avrebbe avuto di aggiudicarsi nel caso in cui la lex specialis fosse stata redatta nel rispetto dei fattori ponderali di cui all'art. 286 del D.P.R. n. 207 del 2010 e vantando, effettivamente, per questi lotti, un mero interesse strumentale all'annullamento della gara.

E' stato, in proposito, affermato che, in caso di impugnazione degli atti di una gara pubblica, il ricorrente deve dimostrare di avere un interesse effettivo e concreto, provando in particolare che, in caso di legittima celebrazione della gara, egli sarebbe riuscito a collocarsi al primo posto nella

graduatoria finale: l'eventuale violazione della procedura censurabile in giudizio deve quindi concretarsi in una lesione effettiva della posizione del ricorrente stesso, per cui, in mancanza di un "indice di lesività" specifico e concreto, non può ammettersi un annullamento della procedura al fine strumentale di una rinnovazione della gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 5 febbraio 2014, n. 571);

Nelle gare pubbliche, seppure può considerarsi meritevole di tutela giudiziaria anche il solo interesse strumentale alla riedizione della procedura comparativa, ciò tuttavia è ammissibile solo se sussistono ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta e sempre che vi sia un interesse connesso ad un indice di lesività specifico e concreto, non essendo ammissibile un mero annullamento al fine strumentale di una rinnovazione della procedura in una sorta di giurisdizione di diritto oggettivo, scollegato ad una posizione direttamente legittimante del ricorrente (cfr. Cons. Stato, sez. III, primo settembre 2014, n. 4449).

Riguardo, invece, al lotto 5, il collegio non ignora che, con ordinanza n. 6204 del 22 dicembre 2014 la quinta sezione del Consiglio di stato ha deferito all'adunanza plenaria, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a., la risoluzione dei seguenti quesiti di diritto: se nel processo amministrativo, a fronte di un ricorso di annullamento avverso l'aggiudicazione di appalto pubblico, qualora si facciano valere diverse tipologie di censure, alcune che denunciano una radicale illegittimità della gara ed altre che denunciano l'illegittima mancata esclusione dell'aggiudicatario ovvero l'illegittima pretermissione del ricorrente, si è dinanzi ad una o a più domande; se, nel processo amministrativo, il principio della domanda e quello dell'interesse al ricorso consentono di ritenere che il ricorrente può implicitamente graduare i motivi di ricorso con il mero ordine di prospettazione degli stessi; se, e in quali termini, il giudice amministrativo, in assenza di espressa indicazione della parte, è vincolato ad osservare l'ordine di esame dei motivi di ricorso proposti all'interno della stessa domanda, utilizzando come parametro il massimo soddisfacimento dell'utilità ritraibile dal ricorrente; se, e in quali termini, il giudice amministrativo, in assenza di espressa indicazione della parte, è vincolato ad osservare l'ordine di esame delle domande proposte all'interno di uno stesso giudizio da un'unica parte, utilizzando come parametro il massimo soddisfacimento dell'utilità ritraibile dal ricorrente.

Tuttavia, in ossequio all'orientamento della giurisprudenza amministrativa allo stato dominante, il collegio ritiene di esaminare per primo il secondo motivo di diritto, il cui accoglimento conferirebbe all'istante un vantaggio maggiore rispetto all'annullamento della gara, consistente nell'aggiudicazione del lotto medesimo.

E' stato, invero, più volte affermato che l'ordine con il quale il giudice amministrativo procede nella disamina delle censure proposte dalla parte ricorrente non può prescindere dal principio dispositivo, che regola anche il processo amministrativo e comporta la necessità di esaminare prima le censure dal cui eventuale accoglimento deriverebbe un effetto pienamente satisfattivo della pretesa della parte medesima; segue da ciò che, secondo il principio dispositivo, anche nel corso del processo amministrativo può ammettersi una graduazione delle censure, tale da subordinare alcune di esse al rigetto di altre, secondo una valutazione della migliore soddisfazione degli interessi dedotti, come prospettati dalla parte ricorrente, verificandosi in questi casi una rinuncia preventiva a determinati motivi di ricorso, condizionata all'accoglimento di quelli che il ricorrente prospetti in posizione di preminenza (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. IV, 11 dicembre 2011, n. 6625).

Con tale doglianza il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e l'eccesso di potere sotto diversi profili, contestando, essenzialmente, l'illegittima ammissione alla gara dell'aggiudicatario del lotto 5 per la violazione delle disposizioni vigenti in materia di avvalimento.

In particolare, la censura dell'istante concerne sia l'assunta illegittimità in assoluto dell'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento per le certificazioni di qualità, che in concreto la mancata specificazione, nel contratto di avvalimento, delle risorse messe a disposizione dell'ausiliaria in considerazione della certificazione di qualità di cui la concorrente si è avvalsa nella gara oggetto della presente controversia.

Il motivo è fondato in relazione al secondo profilo della censura.

Ed invero, il collegio concorda con il più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa che, accedendo al favor per l'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento esplicitato dal diritto Europeo, ritiene in astratto utilizzabile tale modalità per comprovare il possesso dei requisiti soggettivi e oggettivi, anche, dunque, delle certificazioni di qualità.

E' stato, in particolare, affermato che l'istituto dell'avvalimento, di derivazione comunitaria, è finalizzato a garantire la massima partecipazione alle gare pubbliche consentendo alle imprese, non munite dei requisiti partecipativi, di giovare delle capacità tecniche ed economico-finanziarie di altre imprese; il principio generale, che permea l'istituto, è quello secondo cui, ai fini della partecipazione alle procedure concorsuali, il concorrente, per dimostrare le capacità tecniche, finanziarie ed economiche nonché il possesso dei mezzi necessari all'esecuzione dell'appalto e richiesti dal relativo bando, è abilitato a fare riferimento alla capacità e ai mezzi di uno o più soggetti diversi, ai quali può ricorrere tramite la stipulazione, appunto, di un contratto di avvalimento; esso può essere utilizzato anche per dimostrare la disponibilità dei requisiti soggettivi di qualità, atteso che la disciplina del codice non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale istituto (che ha pertanto una portata generale). La stessa giurisprudenza precisa, però, che resta fermo l'onere del concorrente di dimostrare che l'impresa ausiliaria non si impegna semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma assume l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257).

Ai sensi dell'art. 49 comma 4, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel caso in cui l'impresa concorrente, priva dei requisiti di capacità necessari a partecipare a procedure di affidamento di appalti pubblici, faccia ricorso all'avvalimento per surrogare tale carenza, è indispensabile...che tanto nel rapporto giuridico tra le imprese in forza delle quali avviene il prestito dei requisiti, quanto nella dichiarazione di impegno che l'ausiliaria deve rendere nei confronti dell'Amministrazione, siano debitamente specificate le risorse ed i mezzi aziendali messi a disposizione dell'impresa ausiliata concorrente, al fine di rendere l'avvalimento pienamente verificabile dalla stazione appaltante ed evitare l'elusione delle norme sulla partecipazione alle gare d'appalto (Cons. Stato, sez. V, 22 dicembre 2014, n. 6256).

E' legittima l'esclusione da gara pubblica di appalto dell'impresa che ha fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati, atteso che 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 fin troppo agevoli aggiramenti del sistema dei requisiti

d'ingresso alle gare pubbliche, requisiti pur solennemente prescritti e, di solito, attentamente verificati nei confronti dei concorrenti che se ne dichiarino titolari in proprio.

Per potersi ammettere l'avvalimento (e quindi perché un concorrente si possa avvalere dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo di un altro soggetto) è necessario che risulti chiaramente, sia dal contratto di avvalimento (art. 49, comma 2, lett. f), D.Lgs. n. 163 del 2006) che dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante (art. 49, comma 2, lett. d), D.Lgs. n. 163 del 2006), che l'impresa ausiliaria preli 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, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti), richiedendo l'art. 49 D.Lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 88, comma 1, lett. a), D.P.R. n. 207 del 2010, che il contratto di avvalimento soddisfi l'esigenza di determinazione dell'oggetto riportando in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prelati in modo determinato e specifico (Cons. Stato, sez. IV 09 febbraio 2015 n. 662).

Nella fattispecie all'esame del collegio, il Consorzio aggiudicatario CNCP, che non era in possesso dei requisiti relativi alla attestazione SOA per la categoria di lavori OG1 (lavori edili), classifica V, e categoria OG11 (impianti tecnologici), classifica III^{BIS}, OS3, class. I, OS28, Class. III e L. n. 37 del 2008, ha prodotto un contratto di avvalimento con l'impresa ausiliaria Migifra S.r.l., nel quale la stessa ha dichiarato di "mettere a disposizione al fine della partecipazione alla gara ... , nonché per l'esecuzione dei relativi lavori, la propria capacità tecnica operativa come documentata dalla propria attestazione SOA, nonché certificazione di qualità ISO 9001 che prevede in particolare il possesso dei requisiti di cui al D.P.R. n. 34 del 2000 e successive modifiche e integrazioni, tali da poter attribuire per la categoria OG1, classifica V, categoria OG11, classifica III^{BIS}, OS3, class. I, OS28, Class. III e L. n. 37 del 2008, nonché tutte le risorse relative, nessuna esclusa, tali da consentire la regolare e completa esecuzione dell'appalto attraverso l'organizzazione aziendale della concorrente con il contributo dell'organizzazione operativa dell'impresa ausiliaria".

Fra le risorse prestate in modo determinato e specifico, l'ausiliaria ha indicato nel contratto un Direttore Tecnico "e relativo know how con le seguenti modalità: regolare contratto di associazione in partecipazione", alcuni mezzi prelati per tutta la durata dell'appalto e 4 addetti facenti parte dell'organico dell'ausiliaria.

Tale elencazione non soddisfa la necessità di specificazione delle risorse messe a disposizione evidenziata dalla giurisprudenza succitata, atteso che il direttore tecnico non è legato all'ausiliaria da un rapporto di lavoro subordinato, dunque non risulta alcuna indicazione circa l'esclusività del suo impegno, i quattro addetti non sono neanche determinati, né per qualifiche, né nominativamente, così come sono limitati i mezzi, non avendo, dunque, l'ausiliaria specificato le risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità e quindi, a seconda dei casi, mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti, in relazione all'oggetto dell'appalto.

E' stato, invero, osservato che l'impossibilità dell'avvalimento si ha solo a causa della evidente, materiale irripudibilità, al di là, cioè, d'ogni diritto positivo o di mentalità giuridica, della qualità fuori dal contesto in cui è generata e viene certificata. Sussiste evidente l'intima correlazione tra l'ottimale gestione dell'impresa nel suo complesso ed il riconoscimento della qualità, cosa, questa, che conferisce alla relativa certificazione un connotato, tutt'altro che implicito, d'insopprimibile soggettività ... in realtà la questione non attiene all'interpretazione ed all'uso dell'avvalimento, ma riguarda il concetto stesso di qualità che, nell'ordinamento comunitario, ha pari dignità con il predetto istituto e va con esso temperato ed armonizzato, in relazione all'interesse creditorio della

stazione appaltante che, pure, l'avvalimento deve garantire (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 febbraio 2014, n. 887).

A parere del collegio, in conclusione, l'avvalimento è generico e tale da non poter dimostrare il possesso dei requisiti richiesti in capo all'aggiudicataria.

In considerazione della fondatezza del secondo motivo di diritto, si ritiene di dichiarare improcedibile la prima censura del ricorso principale, alla quale il ricorrente non ha più alcun interesse, mirando con la stessa all'annullamento dell'intera gara, così come il ricorso incidentale, perché proposto dall'aggiudicatario del lotto 1, il cui interesse non viene intaccato in alcun modo dall'annullamento dell'aggiudicazione del lotto 5.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va accolto limitatamente al secondo motivo di gravame e, per l'effetto, va disposto il solo annullamento dell'aggiudicazione del lotto 5, con i relativi verbali, anche nella parte in cui la stazione appaltante ha ammesso alla gara l'offerta della controinteressata Cncp.

Il ricorso incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse.

Sussistono, tuttavia, in considerazione della complessità delle questioni trattate, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto, dispone l'annullamento della sola aggiudicazione del lotto 5.

Dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso incidentale, proposto dall'aggiudicataria del lotto 1.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 19 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Primo Referendario