

Publicato il 06/07/2020

N. 01288/2020 REG.PROV.COLL.

N. 02065/2019 REG.RIC.



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 2065 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da D.R. Multiservice S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuliano Di Pardo, Luigi Quaranta, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Centrale di Committenza Garlasco - Comune di Garlasco, Futura Società Cooperativa Sociale non costituiti in giudizio; Comune di Vigevano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Parlato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del bando per l'affidamento a favore del Comune di Vigevano della “procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia, di manutenzione ordinaria, verde e parziale custodia dei cimiteri cittadini. Periodo: 60 mesi decorrenti dalla data del verbale di consegna”;
- del disciplinare;
- del capitolato;
- degli elementi di valutazione;
- di tutti i chiarimenti resi dalla stazione appaltante, tra cui quelli pubblicati il 29.5.2019 ed il 10.6.2019, anche nella parte in cui hanno ammesso il ricorso all'avvalimento per comprovare il requisito della certificazione UNI EN ISO 14001;
- del DUVRI licenziato dalla stazione appaltante;
- di tutti gli allegati (modelli dichiarazioni, offerta economica, planimetrie, ecc.) alla *lex specialis*;
- di tutti i verbali di gara, relativi sia alle sedute pubbliche che riservate, tra cui quelli conosciuti del 25.6.2019, 5.7.2019, 16.7.2019, 22.7.2019;
- della proposta di aggiudicazione assunta con il verbale n. 5 del 22.7.2019;
- della nota prot. n. 13060 del 22.7.2019, con cui la CUC ha comunicato al Comune di Vigevano la proposta di aggiudicazione;
- della Determina n. 596/2019 recante nomina della commissione;
- degli eventuali atti e provvedimenti, formati ed acquisiti dalla PA, nonché delle attività svolte dalla stazione appaltante per selezione i commissari, tutti di estrema e contenuti non conosciuti;
- delle Determine a contrarre nn. 325/18, 43/2019, 400/19;
- delle Determine nn. 416 e 438/19 con cui sono stati approvati e poi modificati gli atti di gara;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, assunta con la Determina n. 789 del 23.7.2019;

- della nota del 29.7.2019 prot. n. 49493 con cui la CUC ha riscontrato l'istanza di accesso avanzata il 23.7.2019;
- del diniego, anche implicito, opposto dalla stazione appaltante all'esibizione della documentazione afferente l'aggiudicataria;
- della nota del 17.9.2019 con cui il Comune di Vigevano ha comunicato l'aggiudicazione definitiva;
- dell'attività e dei provvedimenti afferenti la verifica dei requisiti di ordine generale, tecnico/professionale, economico, contributivo e fiscale, tutti di estrema e contenuti non conosciuti;
- dell'eventuale contratto di appalto qualora già stipulato;
- di ogni atto consequenziale, connesso, presupposto, anche di contenuto non conosciuto.

e quindi per la declaratoria

del diritto – interesse della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione della gara e l'inerente contratto di appalto, nonché per l'inefficacia degli eventuali contratti sottoscritti con la contro interessata e del diritto della D.R. Multiservice Srl al subentro nello stesso;

e per la condanna

dell'Ente alle inerenti correlate obbligazioni;

e per l'annullamento, con i motivi aggiunti presentati da D.R. Multiservice Srl il 11\11\2019, dei medesimi atti.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Vigevano;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti l'art. 84 del DL 18/2020 convertito con legge 27/2020 e l'art. 4 del D.L. 28/20;

Relatore il dott. Alberto Di Mario nell'udienza del giorno 5 giugno 2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A) La ricorrente, seconda classificata nella gara d'appalto per l'affidamento a procedura aperta del servizio di pulizia, di manutenzione ordinaria, verde e parziale custodia dei cimiteri cittadini di Vigevano, ha impugnato l'aggiudicazione a favore di Futura Società Cooperativa Sociale, sollevando i seguenti motivi di ricorso.

I. Violazione e falsa applicazione art. 32 d.lgs. 50/2016; violazione delle regole e dei principi in materia di stand still ed esecuzione anticipata; travisamento, illogicità, falso supposto.

La ricorrente afferma che se l'amministrazione dovesse stipulare il contratto durante il periodo di stand still violerebbe le norme in materia. Contesta poi che il Comune avrebbe imposto l'immediato rilascio del servizio all'esponente, al fine di disporre l'esecuzione anticipata ai sensi dell'art. 32, c. 8, del codice dei contratti in mancanza dei presupposti di legge.

II. Violazione e falsa applicazione articoli 83, 87 e 89 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; violazione e falsa applicazione delle regole e dei principi in materia di possesso dei requisiti necessari per concorrere ad un incanto nonché di soccorso istruttorio; difetto di istruttoria e di motivazione.

Secondo la ricorrente il contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria per acquisire il possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 14001, attestante l'adozione di un Sistema di Gestione Ambientale (di seguito solo SGA) conforme alla norma comunitaria, sarebbe: a) generico; b) condizionato; c) indeterminato nel compenso da corrispondere all'avvalente; d) non corredato delle dichiarazioni prescritte dall'art. 89 codice appalti.

In merito al primo profilo (a) il contratto di avvalimento sarebbe generico in quanto l'impresa ausiliaria, Il Ponte Cooperativa sociale Onlus, si limiterebbe a conferire un

direttore tecnico ed il know how aziendale, mentre secondo la ricorrente il prestito della certificazione di qualità dovrebbe coinvolgere l'intera organizzazione aziendale. In merito al secondo profilo (b) il contratto di avvalimento sarebbe nullo in quanto condizionato potestativamente alla successiva ed eventuale richiesta dell'ausiliata di prestare la certificazione di qualità. In merito al terzo profilo (c) il compenso da corrispondere all'ausiliaria sarebbe indeterminato in quanto rinviato per la determinazione all'eventuale futuro prestito della certificazione. Inoltre secondo la ricorrente il contratto di avvalimento non ha previsto l'assunzione da parte dell'ausiliaria di un ruolo esecutivo, ossia dello svolgimento delle attività contemplate dal Sistema di Gestione Ambientale certificato. In quinto luogo sussisterebbe il divieto di avvalersi nella gara di cui in oggetto della certificazione di qualità in quanto tale avvalimento è stato previsto non dal bando ma da un mero chiarimento e con caratteristiche generiche.

Da ultimo (d) la documentazione prodotta dall'ausiliaria non sembrerebbe completa e conforme alle prescrizioni normative.

III. Violazione e falsa applicazione *lex specialis*; violazione e falsa applicazione d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione DPR 207/2010; violazione delle regole e dei principi in materia di valutazione della congruità dell'offerta; difetto di istruttoria e di motivazione; eccesso e sviamento di potere; falso ed errato presupposto.

Secondo la ricorrente la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere a verificare la congruità dell'offerta presentata dalla Cooperativa, considerati gli evidenti indizi dell'insostenibilità economica del prezzo offerto. Secondo la relazione predisposta dal Consulente incaricato dalla DR Multiservice, infatti, l'offerta della Cooperativa è in perdita per oltre 172 mila euro, pari a circa 34 mila euro/anno.

In sostanza Futura avrebbe dichiarato un utile al netto delle sole voci menzionate pari a € 46.874,39, ossia ad appena 9.330 euro all'anno, grazia ad una

sottovalutazione dei costi, che correttamente quantificati in € 958.113,72 condurrebbero ad una perdita di € 182.797,72.

IV. Violazione e falsa applicazione art. 80 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione DPR 445/2000; violazione e falsa applicazione legge n. 68/69 e del d.p.r. n. 333/2000; violazione e falsa applicazione degli obblighi dichiarativi per concorrere ad un incanto; difetto di istruttoria e di motivazione; eccesso e sviamento di potere.

IV.1) L'aggiudicataria non avrebbe dichiarato l'operazione societaria di compravendita posta in essere il 25.9.2018, nell'anno antecedente la pubblicazione del bando (risalente al 3.5.2019) e quindi la documentazione amministrativa presentata non sarebbe corredata dalle dichiarazioni dell'impresa cedente, nemmeno con riferimento ai soggetti cessati.

Analogamente l'ausiliaria Il Ponte non avrebbe reso le dichiarazioni previste dall'art. 80 del codice appalti sia con riguardo al Direttore Tecnico indicato nel contratto di avvalimento, sia con riguardo all'operazione di fusione nell'anno antecedente la pubblicazione del bando.

IV.2) La Cooperativa Futura non avrebbe presentato la certificazione disabili di cui all'art. 80, c. 5, lett. i), d.lgs. 50/2016.

La ricorrente ha presentato anche istanza istruttoria in pendenza di ricorso ex art. 116 CPA per acquisire la documentazione prodotta dalla Cooperativa aggiudicataria a seguito dell'aggiudicazione definitiva.

B) Con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 11/11/19 la ricorrente ha proposto i seguenti ulteriori motivi di ricorso contro gli stessi atti impugnati in via introduttiva.

I. Violazione e falsa applicazione d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione lex specialis; violazione e falsa applicazione Delibere Anac 157/2016 e 111/2012; travisamento, illogicità, falso supposto; difetto di istruttoria e di motivazione.

Secondo la ricorrente la stazione appaltante, poiché non sussistevano ragioni di urgenza mai neppure esternate nella *lex specialis* e nell'aggiudicazione, avrebbe dovuto necessariamente posporre l'avvio del servizio alla preventiva essenziale verifica dei requisiti di cui all'art. 32 codice appalti. Inoltre non avrebbe potuto imputare il ritardo nell'esecuzione di tali verifiche al tempo occorrente al rilascio del fascicolo informatico detenuto dall'Anac. Ha quindi riproposto i motivi del ricorso introduttivo.

Con ordinanza collegiale n. 2719 del 23/12/2019 questa Sezione ha dichiarato improcedibile l'istanza ex art. 116/2 c.p.a. proposta dalla ricorrente, in quanto la medesima ha riconosciuto di aver avuto accesso a tutti i documenti di gara richiesti. Il Comune di Vigevano, con memoria depositata in data 18/05/20, ha chiesto la reiezione del ricorso. In merito al primo motivo il Comune evidenzia che la ricorrente ha beneficiato di ben tre proroghe contrattuali dell'appalto precedente. In merito al secondo motivo afferma che l'impresa ausiliaria si è impegnata a mettere a disposizione dell'impresa avvalente non solo la sua organizzazione operativa, ma anche la propria Direzione c.d. tecnica e che il contratto di avvalimento non sarebbe né condizionato né avente compenso indeterminato, posto che per la sua determinazione si rinvia ad un parametro oggettivo, ovvero il 2% dell'importo dello stipulando contratto di affidamento. In merito alle dichiarazioni afferma che le certificazioni disabili sono state prodotte. Con riferimento al terzo motivo afferma che non sussisteva obbligo di verifica di anomalia dell'offerta tecnica di Futura in quanto essa non superava i quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal Disciplinare di gara. Di conseguenza la scelta di sottoporre la suddetta offerta a valutazione di anomalia era del tutto discrezionale. Inoltre la relazione tecnica della ricorrente, posta a fondamento del ricalcolo dei costi dell'offerta vincitrice, sarebbe un parere irrilevante e comunque errato. In merito alle omissioni dichiarative del quarto motivo afferma che la ricorrente non offre alcun elemento, anche solo

presuntivo, utile per affermare che le operazioni societarie poste in essere da Futura avrebbero potuto influenzare la valutazione di competenza dell'amministrazione circa l'affidabilità dei partecipanti alle procedure di gara. Chiede quindi la reiezione del ricorso per motivi aggiunti in quanto i controlli non sarebbero stati omessi ma posticipati alla restituzione del fascicolo di gara da parte dell'ANAC.

Con memoria depositata in data 18/05/20 la ricorrente ha ribadito che il contratto di avvalimento sarebbe nullo in quanto l'ausiliaria ha assunto il limitato impegno di prestare una sola unità di personale ed il know how aziendale; l'offerta dell'aggiudicataria è in perdita per oltre 180 mila euro e quindi avrebbe dovuto essere soggetta a valutazione di anomalia; l'aggiudicataria ha impedito alla stazione appaltante di valutare la sua affidabilità morale, sottraendosi all'obbligo di dichiarare l'operazione societaria di compravendita posta in essere il 25.9.2018, quindi nell'anno antecedente la pubblicazione del bando (intervenuta il 3.5.2019) e di attestare i requisiti di moralità degli amministratori cessati.

Replica il Comune di Vigevano in data 25/05/20 affermando che il contratto di avvalimento sarebbe completo e che l'apertura del procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta facoltativa richiederebbe la sussistenza di "elementi specifici" nell'offerta, da cui trarre un sospetto di anomalia, che nel caso specifico non sussisterebbero. Sulle presunte omesse dichiarazioni di Futura il Comune sostiene che le ricorrente non offre alcun elemento, anche solo presuntivo, utile per supportare sotto il profilo probatorio l'asserzione che le operazioni societarie poste in essere da Futura avrebbero potuto influenzare la valutazione dell'amministrazione circa l'affidabilità dei partecipanti alle procedure di gara.

Con memoria di replica depositata in data 25/05/20 la ricorrente ha riassunto i motivi di ricorso.

All'udienza del 5 giugno 2020 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso introduttivo è fondato nel secondo motivo.

L'aggiudicataria ha fatto ricorso all'avvalimento per sopperire alla mancanza della certificazione di qualità UNI EN ISO 14001, attestante l'adozione di un Sistema di Gestione Ambientale (di seguito solo SGA) conforme alla norma comunitaria, richiesta dall'articolo 9 del disciplinare di gara.

Il contratto di avvalimento prevede al punto 1) che *“in relazione all'appalto di cui alle premesse, IL PONTE COOPERATIVA SOCIALE ONLUS, nella sua qualità di impresa ausiliaria, si impegna a mettere a disposizione di FUTURA SOCIETA' COOPERATIVA SOCIALE, ai fini della partecipazione della gara per l'affidamento di detto appalto, nonché per l'esecuzione dei lavori, la propria capacità tecnica operativa come attestata e documentata dagli allegati di gara, 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; in conformità del dispositivo normativo di cui all'art.88 del D.P.R. 207/2010”*.

Al punto 5 il contratto prevede che 5) *L'impresa ausiliaria IL PONTE COOPERATIVA SOCIALE ONLUS, con il presente contratto, dà all'impresa concorrente avvalente piena assicurazione circa il possesso di capacità tecniche e di tutti i requisiti necessari, ed in particolare: Risorse prestate in modo determinato e specifico: n.1 Direttore Tecnico DAGNOLI LUCA e relativo Know How aziendale.*

Sussiste divergenza tra le parti nell'interpretazione del contratto, affermando la ricorrente che l'avvalimento sarebbe limitato alle risorse specificate al punto 5), mentre la stazione appaltante afferma che tale punto sarebbe una mera esemplificazione del più ampio impegno assunto al punto 1).

Al fine di addivenire alla corretta interpretazione del contratto, occorre precisare che secondo l'art. 89 del d.lgs. 50/2016 *“il concorrente allega, altresì, alla domanda di partecipazione in originale o copia autentica il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie*

per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria".

Con tale norma il Codice dei Contratti ha introdotto una forma di nullità di protezione dei requisiti di 'forma-contenuto' del contratto di avvalimento, che invece mancava nella disciplina precedente, la quale si limitava a presidiare il principio di determinabilità del contenuto del contratto di avvalimento, affermando che il contratto di avvalimento debba riportare "in modo compiuto, esplicito ed esauriente (...) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico" (v. art. 88 del d.P.R. 207 del 2010).

Tale norma viene quindi a definire in modo specifico l'oggetto del contratto di avvalimento che consiste nei requisiti forniti e nelle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Venendo al contratto di avvalimento oggetto del giudizio, ad una prima indicazione generica dell'oggetto, contenuta nel punto 1), il contratto di avvalimento fa seguire una indicazione specifica dei requisiti prestati dall'ausiliaria che limita l'oggetto dell'avvalimento ad un Direttore Tecnico e relativo Know How aziendale che, alla luce della nuova norma, costituisce l'oggetto specifico del contratto.

Né, d'altro canto, potrebbe ritenersi che la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione abbia un valore meramente esemplificativo, prevalendo, come nell'interpretazione dell'amministrazione, la clausola generale che prevede il prestito di "tutte le risorse relative, nessuna esclusa, tali da consentire la regolare e completa esecuzione dell'appalto".

Se infatti la clausola generale prevalessse sull'indicazione delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria si finirebbe per rendere indeterminato il contenuto del contratto e privare di qualsiasi significato l'obbligo di specificazione previsto dalla norma. Così facendo in sostanza la specificazione produrrebbe l'unico effetto di limitare il controllo della stazione appaltante sull'effettività del prestito di

attività e/o di mezzi di un'impresa in favore dell'altra e lascerebbe nell'incertezza l'individuazione dei reali confini dell'avvalimento.

Passando ora alla valutazione in merito all'adeguatezza dei requisiti prestatati, occorre rammentare che, con riguardo alla possibilità per l'operatore economico di ricorrere all'istituto dell'avvalimento per sopperire alla mancanza della certificazione di qualità richiesta ai fini della partecipazione alle gare, la giurisprudenza ne ha confermato l'ammissibilità, inquadrandolo nell'ambito dell'avvalimento operativo e valorizzandolo in presenza di una serie di condizioni.

Infatti, sebbene formalmente il prestito della certificazione di qualità costituisca un requisito generale di partecipazione alla gara, tale certificazione attesta un requisito tecnico – professionale attinente all'organizzazione che connota l'avvalimento in senso operativo e non invece di garanzia. Così, con riferimento all'avvalimento della certificazione di qualità, la giurisprudenza della V Sezione del Consiglio di Stato ha evidenziato (cfr. 27/07/2017, n. 3710) che, quando oggetto dell'avvalimento è la certificazione di qualità di cui la concorrente è priva, occorre, ai fini dell'idoneità del contratto, che l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse, che, complessivamente considerata, le ha consentito di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione (così 23 febbraio 2017, n. 852; nonché 12 maggio 2017, n. 2225, con considerazioni riferite al prestito dell'attestazione S.O.A., che valgono a maggior ragione per il prestito della certificazione di qualità) (così da ultimo Cons. Stato, V, 08/10/2018 n. 5765; idem 17/05/2018 n. 2953).

Venendo al caso di specie, sebbene il sindacato del giudice amministrativo in merito all'adeguatezza delle risorse prestate con il contratto di avvalimento sia sicuramente limitato ad un controllo estrinseco, trattandosi di un giudizio che ha per oggetto la discrezionalità tecnica dell'amministrazione, occorre riconoscere che il prestito di un Direttore Tecnico, qualunque sia la sua competenza, e relativo Know How

aziendale, non soddisfa all'evidenza il requisito dell'adeguatezza del prestito dei requisiti, in quanto del tutto scisso dai fattori della produzione e da tutte le risorse, che, complessivamente considerate, hanno consentito all'ausiliaria di acquisire la certificazione di qualità da mettere a disposizione dell'ausiliata.

Ne deriva l'invalidità del contratto di avvalimento e l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati.

2. L'accoglimento del suddetto motivo di ricorso esime il Collegio dall'esame degli altri motivi e dall'esame del ricorso per motivi aggiunti, con il quale la ricorrente si limita a proporre nuovi profili di illegittimità a sostegno degli stessi motivi di ricorso già proposti, i quali quindi rimangono pertanto assorbiti, in quanto dall'accoglimento degli altri motivi la ricorrente non potrebbe trarre alcuna utilità ulteriore rispetto a quella derivante dall'accoglimento del suddetto motivo.

3. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, accoglie il ricorso introduttivo e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna il Comune di Vigevano al pagamento delle spese processuali alla ricorrente, che liquida in euro 3.000,00 oltre accessori di legge ed alla restituzione del contributo unificato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 giugno 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in audioconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del decreto legge n. 18 del 2020, convertito in legge n. 27 del 2020, e dal decreto n. 6 del 19 marzo 2020 del Presidente del T.A.R. per la Lombardia, sede di Milano, con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE

Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO