

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 1997 del 2017, proposto da:
E. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli
avvocati Federico Casa, Fabio Sebastiano e Giovanni Ferasin, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avv. Leda Sina Leskovic in Milano, via Monte Nero, 88

contro

Comune di Trezzano Sul Naviglio, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Ascanio Bolognini, con domicilio eletto
presso il suo studio in Milano, viale Bianca Maria, 33;
Centrale Unica di Committenza per i Comuni di Trezzano sul Naviglio, Cusago e
Albairate, non costituita in giudizio

nei confronti di

C. F. S.C., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e in qualità di
impresa capogruppo mandataria del RTI formato con la Società A. R. S.r.l.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, domiciliata presso la
Segreteria del Tribunale;
A. R. S.r.l., non costituita in giudizio.

per l'annullamento

- della comunicazione prot. 16158 del 6.07.2017, del Responsabile Area Cultura e
Sport del Comune di Trezzano sul Naviglio, avente ad oggetto "Procedura di gara

aperta telematica ex art. 60 del d.lgs. 50/2016, per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica ed altri utenti, a ridotto impatto ambientale, del Comune di Trezzano Sul Naviglio. Periodo: 01/07/2017 – 30/6/2020. CIG: 6919178E4D”, con cui è stato comunicato ad E. S.r.l. l'esito della procedura con indicazione della intercorsa adozione della Determinazione Dirigenziale n. 523/2017 (non consegnata), atto parimenti impugnato, con cui è stata disposta l'approvazione della proposta di aggiudicazione della gara in oggetto a favore del concorrente RTI C. F. s.c./A. R. s.r.l.;

- di ogni altro atto a quello connesso per presupposizione o consequenzialità tra cui, per quanto qui di interesse, dei verbali tutti di gara, in particolare di quelli del 10.05.2017 e del 22.05.2017 di valutazione delle proposte migliorative del RTI C. F. / A. R., nonché del verbale del 18.04.2017 di valutazione dell'offerta amministrativa del RTI C. F. / A. R. e di quello del 31.05.2017 di riepilogo delle valutazioni assegnate alle offerte tecniche dei concorrenti;

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione della gara in favore della ricorrente E. S.r.l. e caducazione e/o annullamento e/o declaratoria di nullità e/o di inefficacia del contratto d'appalto (non conosciuto) eventualmente già stipulato tra la Stazione appaltante e l'Aggiudicatario RTI formato dalle ditte C. F. s.c. e A. R. s.r.l.;

in via subordinata, per il risarcimento del danno per equivalente, comprensivo del danno emergente, del danno professionale e del lucro cessante, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, ivi compreso l'eventuale mancato guadagno derivante dalla parziale esecuzione del contratto da parte della controinteressata.

Visti il ricorso principale, il ricorso incidentale e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Trezzano sul Naviglio e di C. F. S.C.;

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 8 febbraio 2018 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato in data 11 settembre 2017, E. S.r.l., seconda classificata nella gara di cui in epigrafe, ha dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore del raggruppamento capeggiato dalla cooperativa controinteressata, sulla base dei seguenti motivi:

- il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso, in quanto avrebbe inammissibilmente dichiarato di volere eseguire la prestazione oggetto di gara tramite la formazione di un raggruppamento di tipo verticale, mentre la lex specialis, non prevedendo una distinzione tra servizi principali e servizi secondari, non avrebbe consentito la partecipazione a tale tipologia di raggruppamenti temporanei;
- l'offerta presentata dall'aggiudicataria avrebbe dovuto essere considerata anomala dalla stazione appaltante, in quanto un corretto calcolo complessivo del valore dichiarato in relazione alle specifiche derrate alimentari offerte comporterebbe una maggiore incidenza sull'utile dei costi esposti, tale da determinare un'esecuzione del servizio in perdita.

Si sono costituiti il Comune convenuto e la cooperativa controinteressata, che ha altresì proposto ricorso incidentale, e la causa, dopo una rinuncia alla domanda cautelare, è stata discussa e trattenuta alla pubblica udienza dell'8 febbraio 2018.

Occorre esaminare innanzitutto il ricorso incidentale.

Il Collegio ritiene che entrambi i motivi proposti dalla cooperativa controinteressata sono manifestamente infondati, per cui non è necessario esaminare l'eccezione di tardività sollevata dall'amministrazione.

Con riguardo al primo motivo, è sufficiente evidenziare che la *lex specialis* di gara richiedeva soltanto l'indicazione della quantità complessiva per l'intera durata del contratto dei prodotti da fornire, e la precisazione del numero di categorie merceologiche offerte (prescrizioni correttamente eseguite in offerta dalla ricorrente principale), di modo che la successiva richiesta formulata dalla commissione giudicatrice (suddivisione ulteriore delle quantità offerte per ogni singolo prodotto), lungi dall'essere qualificabile alla stregua di un soccorso istruttorio, è consistita in una semplice richiesta di chiarimenti, come tale del tutto ammissibile.

Quanto al secondo motivo, dall'esame del contratto di avvalimento presentato in gara da E. si evince che lo stesso (afferendo al soddisfacimento di un requisito di capacità economica a scopo di garanzia) contiene gli elementi essenziali di identificazione della prestazione resa e dei mezzi idonei a garantire il corretto assolvimento degli oneri imposti dall'amministrazione in punto di solvibilità.

Il ricorso incidentale deve dunque essere respinto, mentre il ricorso principale è da ritenersi ricevibile e fondato, nei limiti di quanto di seguito esposto.

Preliminarmente, il Collegio deve esaminare l'eccezione di tardività della notificazione del gravame, anche con specifico riferimento alla ricevibilità del motivo volto a censurare l'ammissione alla gara del raggruppamento aggiudicatario.

Da un punto di vista generale, e rispetto alla disposta aggiudicazione, il ricorso principale è senz'altro tempestivo, in quanto risulta dalla documentazione versata in atti che la notificazione del ricorso è stata mandata in spedizione entro il termine di legge.

Secondo l'amministrazione convenuta, peraltro, il ricorso principale sarebbe in parte qua irricevibile, come detto, perché proposto tardivamente rispetto al termine stabilito dall'art. 120 comma 2-bis c.p.a.; E. S.r.l. avrebbe infatti contestato il mancato possesso di un requisito di ammissibilità da parte del raggruppamento controinteressato (che, nella tesi dell'esponente, non avrebbe potuto concorrere tramite un'associazione di imprese di tipo "verticale") ben oltre i trenta giorni di legge rispetto alla data di pubblicazione sulla piattaforma Sintel del verbale con cui il raggruppamento poi risultato aggiudicatario è stato ammesso alla gara.

Tale contestazione sarebbe infatti avvenuta soltanto con la notificazione dell'odierno ricorso (spedito in data 4 settembre 2017, e quindi teoricamente tempestivo, come detto, rispetto alla data di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione), mentre il provvedimento che ha cristallizzato la prima fase di ammissione dei concorrenti alla gara è stato comunicato, tramite l'inserimento sulla piattaforma informatica di gara del report del relativo verbale, in data 28 aprile 2017.

Per contro, la ricorrente principale ha evidenziato l'infondatezza dell'eccezione di tardività – cui il codice del processo amministrativo ricollega l'inaammissibilità della successiva domanda di annullamento dell'aggiudicazione – in ragione dell'indisponibilità, prima del riscontro alla richiesta di accesso agli atti, della documentazione attestante la mancanza del requisito.

Invero, risulta dai documenti versati nel fascicolo di causa che, alla seduta pubblica di gara del 18 aprile 2017 – data in cui sono stati positivamente vagliati i requisiti amministrativi di ammissibilità delle offerte –, fosse presente anche un procuratore di E. S.r.l., ma non il suo rappresentante legale, e non vi è prova, peraltro, che il delegato per la gara abbia avuto diretto accesso alla documentazione esaminata in quella sede dalla Commissione esaminatrice (fermo restando che tale documentazione è direttamente nella disponibilità della stazione appaltante e non delle parti), di modo che non può dirsi che la ricorrente principale – non avendo

avuto diretta conoscenza dei relativi atti neanche in data concomitante o successiva alla comunicazione del report della seduta di gara – abbia concretamente conosciuto la circostanza della partecipazione alla gara da parte del raggruppamento aggiudicatario tramite un’associazione di imprese di tipo “verticale”.

Alla data di comunicazione del provvedimento ammissivo, dunque (posto che ad ogni modo non risulta pubblicato tale provvedimento con le modalità stabilite dall’art. 29 del codice dei contratti pubblici), e fino alla piena conoscibilità degli atti di gara derivante dal riscontro alla domanda di accesso, la società ricorrente non ha avuto la disponibilità di tutte le informazioni cui il citato art. 29, nella versione modificata dopo l’ultimo correttivo, riconnette la conoscibilità delle eventuali ragioni di ricorso.

In particolare, non risulta – né è stato adeguatamente dimostrato in giudizio dai soggetti che hanno sollevato la relativa eccezione di tardività – che la società ricorrente, in assenza di pubblicazione del provvedimento di ammissione nelle forme di legge, abbia avuto piena conoscenza della documentazione amministrativa specifica, dalla quale solo era possibile evincere il tipo di raggruppamento con cui aveva chiesto di partecipare alla gara la concorrente, e dunque la lesività del citato provvedimento ammissivo.

Il Collegio ritiene infatti che se per gli atti di esclusione tale lesività è implicita – ferma restando la necessità di conoscenza delle motivazioni dell’esclusione stessa -, nel caso di atti di ammissione è necessaria, per apprezzarne in concreto la immediata ricaduta sull’interesse ad excludendum delle concorrenti, e in assenza della dovuta e idonea pubblicità, la prova dell’acquisizione da parte della ricorrente di tutta la documentazione di riferimento, qualora proprio da tale documentazione emerga il vizio di legittimità sollevato in giudizio; in mancanza di tale prova, il provvedimento illegittimo di ammissione deve essere necessariamente impugnato

con il successivo atto di aggiudicazione, secondo le ordinarie regole del rito speciale di cui all'art. 120 c.p.a..

Nel merito, il primo motivo del ricorso principale è fondato.

Invero, dall'esame della *lex specialis* di gara non risulta in alcun modo evincibile una suddivisione tra prestazioni principali e prestazioni secondarie, risultando unitario l'impegno contrattuale da assumere ad esito dell'affidamento.

Ne consegue che, secondo quanto prescritto dall'art. 48, comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, ultima parte ("le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie"), non essendovi stata tale indicazione, non vi erano i presupposti legali per la partecipazione alla gara tramite un raggruppamento di tipo "verticale", al di là della mancata preclusione esplicita o implicita da parte della *lex specialis* di gara – anche con riferimento alle possibilità documentali offerte – della facoltà per le concorrenti di formulare concretamente la domanda indicando una qualsiasi composizione del raggruppamento scelto.

Invero, il Collegio aderisce all'orientamento giurisprudenziale – recentemente ribadito anche dalla Sezione con l'ordinanza n. 56 del 2018 - secondo cui le imprese concorrenti possono partecipare ad una gara pubblica utilizzando un raggruppamento di tipo verticale soltanto se, a prescindere dall'ambiguità della *lex specialis* di gara sul punto, sia ravvisabile nella configurazione concreta del servizio da svolgere una chiara suddivisione delle prestazioni da eseguire in principali e accessorie, pena un inammissibile indebolimento, stante la ripartizione rigida di responsabilità tra le imprese partecipanti al raggruppamento verticale in ordine alle rispettive prestazioni offerte, delle garanzie ordinamentali poste a tutela dell'amministrazione ai fini della corretta esecuzione dell'appalto.

Nel caso di specie, come detto, il capitolato speciale d'appalto reca solamente l'elencazione di tutte le attività costituenti il servizio, per cui la ripartizione di tali attività tra mandante e mandataria risulta del tutto arbitraria.

Occorre infine specificare che non sussiste, come pare suggerire la difesa dell'amministrazione resistente, una questione di eventuale nullità della clausola che avrebbe disposto l'esclusione della concorrente che ha partecipato nell'ambito di un raggruppamento verticale di imprese, per violazione del principio di tassatività di tale tipo di clausole, in quanto, da un lato, tale clausola non è rinvenibile nella lex specialis di gara, dall'altro, l'essenzialità della corrispondenza tra suddivisione delle prestazioni da parte della stazione e possibilità di partecipazione di un raggruppamento di tipo verticale è direttamente prevista dal codice dei contratti pubblici, con disposizione che integra ex lege le regole di gara.

Il primo motivo di ricorso deve essere dunque accolto.

Quanto invece al secondo motivo – che verte sulla presunta anomalia dell'offerta economica del raggruppamento controinteressato -, possono essere svolte le considerazioni che seguono.

La ricorrente principale ha evidenziato di essere in grado di calcolare il costo delle derrate offerte dall'aggiudicataria, avendo questa provveduto a depositare una dettagliata elencazione dei prodotti offerti, con specifica indicazione dei rispettivi quantitativi che sarebbero stati utilizzati per lo svolgimento del servizio nei tre anni di appalto.

In particolare, E. ha allegato che, in sede di giustificazioni dell'offerta, il RTI C. F. / A. R. avrebbe dichiarato che il valore delle derrate alimentari offerte sarebbe stato di € 1.007.075,11, mentre, procedendo al calcolo eseguito utilizzando i dati dichiarati in offerta da tale raggruppamento, “il valore complessivo delle derrate indicate in offerta tecnica dall'aggiudicataria” sarebbe di € 1.245.627,53, con uno scostamento del 23,7% sul dato dichiarato in gara (€ 1.007.075,11) e con una maggiore incidenza complessiva sull'offerta economica del 5,4%.

A fronte di tale ricostruzione, l'amministrazione convenuta e la controinteressata hanno replicato sottolineando che i prezzi figurativi dei prodotti erano stati utilizzati dalla Commissione esclusivamente per la quantificazione del valore dei

prodotti offerti (quantità e tipologia) ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico e, pertanto, non avevano avuto alcun riflesso sul valore economico dell'appalto.

L'argomentazione sopra riportata coglie nel segno. Invero, dall'esame del disciplinare di gara, emerge che il presupposto su cui E. basa la sua ricostruzione per contestare l'anomalia dell'offerta economica del raggruppamento aggiudicatario risulta errato.

Tra le avvertenze di cui all'art. 13 del suddetto disciplinare di gara, era infatti previsto che i prezzi figurativi dei singoli prodotti indicati (ed utilizzati per come termini di confronto per attribuire i corrispondenti punteggi alle offerte tecniche delle concorrenti) non avrebbero potuto incidere – come è ovvio che sia – sulla successiva valutazione economica dell'offerta.

In altre parole, erra E. quando pretende di calcolare i costi delle derrate alimentari da una mera operazione aritmetica di moltiplicazione dei suddetti costi figurativi per le quantità offerte.

La valutazione di congruità di un'offerta è infatti molto di più di una mera operazione aritmetica, e tiene conto di tutti i fattori e le giustificazioni dalla concorrente interessata, avendo le caratteristiche dell'effettività, della globalità e della sinteticità.

Ne deriva che la ricorrente principale avrebbe dovuto spiegare, al di là di un mero calcolo matematico – basato, peraltro, come detto, su dati oggetto di potenziale travisamento, in quanto utilizzati dalla stazione appaltante ad altri fini -, per quali motivi la commissione giudicatrice aveva compiuto una valutazione manifestamente erronea o illogica, trattandosi di esercizio di discrezionalità tecnica. Tale sforzo ricostruttivo non è stato invece compiuto e quindi il secondo motivo del ricorso principale deve essere respinto, in quanto in parte infondato e in parte inammissibile.

L'accoglimento del primo motivo, peraltro, determinando l'illegittimità del provvedimento ammissivo del raggruppamento di cui è mandataria la cooperativa

controinteressata alla procedura ad evidenza pubblica, comporta anche l'illegittimità in via derivata della successiva aggiudicazione.

Poiché nelle more (in data 19 dicembre 2017) è stato stipulato il contratto di appalto tra stazione appaltante e aggiudicataria, occorre a questo punto verificare se sussistono i presupposti per il subentro in tale contratto della società ricorrente, posto che la domanda di risarcimento in forma specifica e la domanda di inefficacia del contratto in questione sono state correttamente proposte dalla seconda classificata in graduatoria.

Ritiene il Collegio che tale subentro sia possibile e ancora utile per la parte richiedente, in ragione della tipologia di servizio da effettuare (ristorazione scolastica), dello stato iniziale di esecuzione del contratto e della evidente possibilità per la ricorrente principale di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, pur dovendosi fissare la decorrenza dell'inefficacia del contratto attualmente in essere tra stazione appaltante e controinteressata al primo luglio 2018, in ragione della necessità di garantire la continuità del servizio di ristorazione nel corso dell'attuale anno scolastico.

Occorre dunque accogliere la richiesta di risarcimento in forma specifica formulata dalla ricorrente principale, previa dichiarazione di inefficacia del contratto nelle more stipulato, secondo quanto appena specificato, e fatti salvi gli ulteriori controlli dell'amministrazione sulla permanenza in capo a E. S.r.l. dei requisiti previsti per l'affidamento del servizio.

Per il resto, le spese del giudizio seguono la soccombenza, e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei sensi e con gli effetti di cui in motivazione.

Respinge il ricorso incidentale.

Dichiara l'inefficacia, a decorrere dal primo luglio 2018, del contratto inerente all'appalto per cui è causa, stipulato in data 19 dicembre 2017 tra il Comune resistente e il raggruppamento di imprese formato da C. F. S.C. e A. R. S.r.l..

Condanna in solido tra di loro e in parti uguali l'amministrazione resistente e la cooperativa controinteressata a rifondere le spese processuali sostenute dalla società ricorrente, che liquida in complessivi € 7.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Roberto Lombardi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Roberto Lombardi

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO