

N. 02347/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01619/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1619 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ferrari & C. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfonso Celotto e Marco Napoli, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Milano, via Dante, 16

contro

A.L.E.R. Milano - Azienda Lombarda Edilizia Residenziale, rappresentata e difesa dall'avv. Grazia Basile, con domicilio eletto in Milano, viale Romagna, 26

nei confronti di

C.I.A.M. Servizi S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Ranalli e Fabrizio Garzuglia, con domicilio eletto presso l'avv. Giovanna Nicotra in Milano, Piazza 5 Giornate, 3;

Consorzio del Bo S.C.A.R.L.,

Del Vecchio S.r.l.,

Consorzio Stabile Thyssenkrupp,

Marrocco Elevators S.r.l.;

Otis Servizi S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Cassamagnaghi e Leonardo De Vecchi, con domicilio eletto presso il primo in Milano, via Monte Napoleone, 18

per l'annullamento

- dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva dei lotti nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9 della gara indetta dall'A.L.E.R. - Milano per l'affidamento del "servizio di conduzione e manutenzione degli impianti elevatori (ascensori, montacarichi, servoscala) secondo le specifiche normative previste dal D.P.R. 162/99, nonché degli interventi di manutenzione straordinaria da eseguirsi secondo le necessità della Stazione appaltante sul patrimonio di proprietà del Comune di Milano, in Milano e provincia", comunicati con nota del 27 aprile 2011;
- della nota a mezzo fax del 27 aprile 2011, con la quale l'A.L.E.R. ha comunicato i provvedimenti di aggiudicazione della gara;
- della delibera d'urgenza n. 4 del 21 aprile 2011, con la quale il Presidente dell'ALER ha approvato i verbali delle sedute della commissione di gara ed ha disposto l'aggiudicazione dei lotti nn. 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, e 9;
- di tutti i verbali delle sedute della commissione di gara, ivi compresi quelli relativi alla fase di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, di verifica di anomalia delle offerte e di comprova dei requisiti dichiarati;
- dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria dei citati lotti, delle graduatorie e, all'occorrenza, del bando e del disciplinare di gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.L.E.R. Milano - Azienda Lombarda Edilizia Residenziale e di C.I.A.M. Servizi S.p.A. e di Otis Servizi S.r.l.;

Viste le ordinanze della Sezione 11/1/2012 n. 106 e 6/7/2011, n. 1096;

Vista l'ordinanza presidenziale 2/4/2012, n. 772;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 giugno 2012 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente, in qualità di partecipante alla gara di appalto indetta in 9 lotti dall'ALER di Milano, impugna i risultati della gara per i seguenti motivi:

I) violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del Codice degli appalti, violazione della lex specialis di gara, illegittima modificazione o integrazione dei criteri di attribuzione dei punteggi tecnici, eccesso di potere. Secondo la ricorrente la stazione appaltante avrebbe errato nell'attribuire il punteggio relativo al numero di sopralluoghi da effettuarsi e di addetti per ciascun impianto, essendo il criterio stabilito dal bando di carattere vincolato: la stazione appaltante non avrebbe, poi, potuto dare rilievo ad altri elementi, quali l'attribuzione di un numero di individuazione dell'addetto. In questo modo, infatti, la Commissione di gara avrebbe creato un nuovo sub-criterio in contrasto con l'obbligo di indicare tali elementi nel bando di gara;

II) violazione del punto III.2.1 del bando; violazione dell'art. 1 punto 1) del disciplinare di gara ed eccesso di potere in quanto la società CIAM avrebbe autocertificato di non essere soggetta agli obblighi in materia di assunzione dei disabili, pur non avendone i requisiti;

III) violazione del punto III.2.1 del bando di gara, violazione dell'art. 1 punto 1) del disciplinare di gara ed eccesso di potere, poiché la società CIAM avrebbe ommesso ogni riferimento a soci in contrasto con quanto previsto dal bando che imponeva la presentazione delle dichiarazioni di cui

agli artt. 38 e 39 del D.Lgs. 163/06 anche relativamente ad essi;

IV) violazione del punto III.2.2 del bando, violazione dell'art. 1 punto 1) del disciplinare di gara ed eccesso di potere, atteso che la dichiarazione resa da CIAM in merito alle precedenti esperienze non sarebbe idonea a soddisfare i requisiti previsti dal bando. In particolare alcuni contratti sarebbero stati ancora in corso al momento della presentazione della documentazione di gara, per cui sarebbe impensabile che potesse essere attestata la loro esecuzione con buon esito e senza contestazioni; inoltre, mancherebbe l'indicazione del valore degli appalti;

V) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/06 e del punto III.2.1 del bando; violazione dell'art. 1 del disciplinare ed eccesso di potere.

Secondo la ricorrente la CIAM avrebbe ommesso la presentazione delle dichiarazioni della sig.ra Laura Citarei, in qualità di legale rappresentante, cessata dalla carica il 14.1.2008, né tale dichiarazione avrebbe potuto essere presentata da altra persona.

Con ricorso incidentale la società Otis Servizi s.r.l. ha sollevato l'eccezione di inammissibilità del ricorso con riferimento al lotto n. 4, non avendo la ricorrente chiesto la rinnovazione della gara, ma solo la ripetizione di alcune operazioni. Contesta, inoltre, come illegittima l'ammissione alla gara della ricorrente per i seguenti motivi: a) violazione dell'art. 48 del Codice dei contratti, perché la ricorrente avrebbe presentato la documentazione richiesta con un giorno di ritardo; b) violazione dell'art. 83 del Codice dei contratti, considerato che l'offerta della ricorrente principale non avrebbe dovuto conseguire 12 punti per il criterio 1, in quanto l'impossibilità di individuare nominativamente gli addetti alla manutenzione avrebbe dovuto comportare l'attribuzione di un punteggio pari a zero. Ha chiesto quindi la reiezione del ricorso principale per infondatezza.

Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente principale ha proposto i seguenti ulteriori motivi di ricorso:

VI) violazione dell'art. 48 del Codice e del punto III.2.2 del bando, dell'art. 1 punto 2) e dell'art. 2 del disciplinare;

VI.1) la società CIAM non avrebbe comprovato il requisito dell'esperienza richiesto al punto III.2.2 del bando, atteso che i certificati prodotti in alcuni casi non sarebbero idonei a comprovare il volume di fatturato per i servizi analoghi dichiarati in sede di gara; in altri mancherebbe il buon esito e l'assenza di contestazioni relative al servizio, in altri ancora si tratterebbe di servizi ancora in corso che di conseguenza non potrebbero attestare la conseguita esperienza;

VI.2) omessa comprova del requisito di cui al punto III.2.2 a.3 del bando di gara, in quanto il contratto con l'Azienda ospedaliera di Careggi sarebbe ancora in corso e quindi non varrebbe a costituire esperienza e sarebbe incerto nel valore contrattuale complessivo.

La difesa dell'ALER ha eccepito la mancanza di interesse al primo motivo di ricorso e chiesto la reiezione del ricorso perché infondato.

Con ordinanza collegiale 12/1/2012, n. 106 è stata disposta verifica in merito alla sussistenza del requisito di capacità tecnica ed economica richiesto dalla disciplina di gara. In data 30 maggio 2012 il verificatore ha depositato la sua relazione.

La difesa dell'ALER ha contestato la congruità e puntualità della verifica, sostenendo che la differenza tra lavori e servizi sarebbe spesso labile e che ciò si correlerebbe anche al fatto che la normativa prevede solo il modello di certificato dei lavori e non dei servizi. In ogni caso se si applicasse lo stesso criterio alla ricorrente anch'essa sarebbe priva dei requisiti.

La difesa della CIAM ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per mancata richiesta dell'aggiudicazione e del contratto e perché, con riferimento ai lotti n. 8 e n. 9, essendosi classificata quarta, non ha sollevato censure nei confronti delle terze classificate. Inoltre, il primo motivo del ricorso

riguarderebbe solo il lotto 1, che non è stato aggiudicato a CIAM. Ha chiesto quindi la reiezione del ricorso.

All'udienza del 27 giugno 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il ricorso incidentale è infondato.

2.1 In merito al primo motivo occorre rilevare che l'art. 48 del codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 163/2006) richiede che le imprese sorteggiate (e, in diverso momento, l'aggiudicatario e il concorrente secondo classificato) "comprovino" entro dieci giorni dalla data della richiesta - termine che è da ritenere perentorio, salvo il caso di oggettivo impedimento alla produzione della documentazione non in disponibilità - il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito (da ultimo Consiglio di Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810).

Poiché la legge stabilisce espressamente che l'esclusione dell'impresa dalla gara è disposta "quando tale prova non sia fornita" si deve ritenere, in conformità a quanto previsto nel caso specifico dal bando di gara, che tale prova sia stata fornita nei termini in quanto inviata entro i dieci giorni previsti dalla legge, anche se pervenuta il giorno successivo alla scadenza del medesimo.

2.2 Il secondo motivo è egualmente infondato in quanto, sebbene il disciplinare di gara prevedesse che il piano operativo indicasse "l'addetto incaricato", non può ritenersi altrettanto essenziale l'indicazione nominativa del personale, atteso che a ciascun addetto dev'essere attribuito un numero di individuazione. A ciò si aggiunge che l'offerta conteneva la disponibilità dell'impresa a permettere alla stazione appaltante di conoscere il personale in attività attraverso l'individuazione per chiamata o intervento.

3. Venendo ora al ricorso principale va respinta l'eccezione di

inammissibilità per mancanza di interesse, posto che la proposizione della sola richiesta di rinnovo delle operazioni di gara è dipendente dal fatto che al momento del ricorso non era stato stipulato alcun contratto e che l'interesse della ricorrente non poteva che essere integrato dalla rinnovazione delle operazioni di gara.

3.1 Venendo ora al primo motivo del ricorso principale, esso è infondato.

Non può, infatti, ritenersi che il disciplinare di gara si sia limitato ad assegnare un punteggio ai soli elementi quantitativi dell'offerta, costituiti dal numero di visite e dal numero di addetti al servizio. Infatti, dalla lettura del disciplinare di gara, si desume chiaramente che il *numero di visite ed il personale impiegato sono elementi che* si traggono dal piano operativo, ch  , del resto, collocato al punto 1 dell'offerta tecnica. Ne consegue che nel rilevare *il numero di visite ed il personale impiegato la stazione appaltante* aveva il potere di valutare non solo l'aspetto quantitativo, ma anche le modalit   di individuazione del personale in modo da rendere possibile il controllo sull'effettivit   dei controlli effettuati.

Ne deriva che sono infondate anche le eccezioni di inammissibilit  , sollevate da Otis con riferimento al lotto 4 e da CIAM con riferimento ai lotti 8 e 9 . Infatti tali eccezioni si fondano sul fatto che l'accoglimento del primo motivo comporterebbe l'affidamento alla ricorrente del lotto n. 1, con la conseguenza che la reiezione del motivo comporta la sussistenza dell'interesse a ricorrere con riferimento anche ai lotti 4, 8 e 9.

3.2 Il secondo motivo di ricorso    del pari infondato, ove si consideri che non tutto il personale dichiarato con il modello DM10 poteva essere computato in quello per il quale sussisteva l'obbligo di dichiarazione ai fini della normativa sui disabili, tenuto conto della deroga prevista dall'art. 5 della L. 68/1999 per il settore edile.

3.3 Il terzo motivo va respinto, essendo stato fondato su una lettura del disciplinare di gara volto ad estendere le dichiarazioni a soggetti diversi da

quelli previsti dalla legge, prevedendo addirittura l'esclusione dell'impresa che non vi ottemperi: le cause di esclusione dalle gare sono, invero, tipiche e tassative in considerazione del fatto che possono comprimere posizioni di diritto soggettivo garantite dal diritto comunitario e dalla Costituzione, quali la libertà di concorrenza e la capacità negoziale. Dal principio di tassatività discende l'impossibilità per la stazione appaltante di prevedere requisiti soggettivi di partecipazione ulteriori e diversi e più restrittivi di quelli indicati dalla legge. Ne consegue che, in presenza di un'equivoca formulazione del bando o del disciplinare di gara, recante i requisiti di partecipazione, è corretto l'operato della stazione appaltante che abbia interpretato la disposizione nel senso di richiedere esclusivamente i requisiti soggettivi previsti dalla legge e non quelli non rientranti nella discrezionale potestà della stazione appaltante (in questo senso Cons. Stato sez. V, sentenza n. 3213 del 21.5.2010; TAR Sicilia - Catania, Sez. III, sentenza 17.1.2012, n. 130).

3.4 L'esame del quarto motivo può essere differito a quello pertinente i motivi aggiunti, aventi il medesimo oggetto.

3.5 Il quinto motivo è deve essere respinto, posto che la dichiarazione relativa agli amministratori cessati può essere resa dall'amministratore in carica (Cons. Stato, IV, 27.6.2011, n. 3862). L'art. 38 del D.Lgs. 163/06 stabilisce, infatti, che l'attestazione del possesso dei requisiti può essere effettuata mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, il quale prevede che tali dichiarazioni possano riguardare anche terze persone.

4. Venendo ora al ricorso per motivi aggiunti e al quarto motivo del ricorso principale si osserva che la contestazione concerne la mancanza della capacità economica, finanziaria e tecnica in quanto: a) i servizi nel settore

dell'appalto svolti con buon esito e senza contestazioni non raggiungerebbero l'importo della quota servizi; b) non sarebbe stata provata la stipulazione di un contratto di punta del valore indicato nel bando nel triennio precedente la pubblicazione del medesimo.

4.1 Sul punto il Collegio ha disposto verifica, la quale ha dato il seguente risultato: "il valore complessivo dei servizi svolti da CIAM ammonta a euro 2.300.097,75 (.....), valore che non raggiunge l'importo dichiarato (euro 3.215.478,00), né l'importo minimo richiesto dal bando da dimostrare nella fase di prova dei requisiti (3.188.665,30)".

4.2 La difesa di CIAM contesta tale conclusione, replicando che le fatture dei servizi prestati dimostrerebbero detto possesso.

In merito occorre rilevare che l'art. 42 del D.Lgs. 163/06 stabilisce che negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi: a) presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; in caso di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, essi sono provati da certificati rilasciati e visti dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; per i servizi e forniture prestati a privati, l'effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente.

La norma è dunque chiara nello stabilire le particolari modalità con cui la prova della capacità tecnica può essere data: ne consegue che la presentazione delle fatture relative al servizio non è elemento sufficiente a superare la presunzione legale del contenuto e dei caratteri della prestazione desumibile dal corrispondente certificato, né il fatto che non esista un modello legale per la certificazione dei servizi può far ritenere che le

espressioni utilizzate nei certificati presentati trovino giustificazione esclusivamente nel modello utilizzato.

In definitiva, quindi, il quarto motivo del ricorso principale va accolto insieme a quello per motivi aggiunti con conseguente annullamento dell'aggiudicazione del lotto n. 8, considerato che questo lotto è l'unico nel quale la ricorrente si è collocata al secondo posto e la CIAM è risultata aggiudicataria.

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

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, accoglie in parte il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti nei limiti di cui in motivazione. Respinge il ricorso incidentale.

Condanna al pagamento delle spese di lite la stazione appaltante e la controinteressata CIAM Servizi s.p.a. da corrispondersi a favore della ricorrente, che liquida in € 8.000,00, oltre ad I.V.A. e C.P.A. alla luce della parziale soccombenza quanti agli altri lotti in gara. Liquida le spese del verificatore in € 12.000,00 lordi, che pone egualmente a carico di ALER Milano e CIAM Servizi S.p.A. in solido tra di loro. Compensa le spese nei confronti di OTIS Servizi S.r.l.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/09/2012

IL SEGRETARIO

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