

Pubblicato il 30/04/2021

N. 01095/2021 REG.PROV.COLL.
N. 00574/2021 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 574 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Alascom S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Ferraris, Enzo Robaldo, Francesco Caliandro, Guido Grignani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Enzo Robaldo in Milano, piazza Eleonora Duse n. 4;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso, Massimo Cali', Emilio Pregnolato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici dell'Ente in Milano, via della Guastalla, 6;

nei confronti

Laser Società Consortile a.r.l. non costituito in giudizio;

per l'annullamento

1) Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione dirigenziale n. 1247/2021 del 1° marzo 2021 assunta dal Comune di Milano con cui è stato aggiudicato in via definitiva alla ditta Laser S.C.A R.L. l'appalto avente ad oggetto “Servizi di manutenzione ordinaria di software e hardware in uso al Comune di Milano”, con riferimento al lotto 1 (CIG 8528748180), comunicata alla ricorrente in data 8 marzo 2021;

- della determina a contrarre, della lettera d'invito, del capitolato e di tutti gli atti di gara, nella parte in cui fissano il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso;

- dei verbali di gara e del provvedimento di aggiudicazione provvisoria-proposta di aggiudicazione;

- del silenzio serbato dal Comune di Milano rispetto alle istanze di accesso formulate da Alascom in data 11 e 18 marzo 2021;

- di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con gli atti impugnati, ivi compreso il contratto di appalto eventualmente stipulato dalla resistente con altro operatore economico;

nonché per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato con altro operatore economico;

nonché per la condanna

ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 del cod. proc. amm., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il subentro nel contratto d'appalto, e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

nonché per l'accertamento

- del diritto della ricorrente ad accedere agli atti e ai documenti richiesti, e la conseguente condanna del resistente ad esibire detti documenti entro un termine congruo di cui alla istanza ex art. 116, com-ma 2, c.p.a.;

2) Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 15 aprile 2021:

- della determinazione dirigenziale n. 1247/2021 del 1° marzo 2021 assunta dal Comune di Milano con cui è stato aggiudicato in via definitiva alla ditta Laser S.C.A R.L. l'appalto avente ad oggetto “Servizi di manutenzione ordinaria di software e hardware in uso al Comune di Milano”, con riferimento al lotto 1 (CIG 8528748180), comunicata alla ricorrente in data 8 marzo 2021;

- della determina a contrarre, della lettera d'invito, del capitolato e di tutti gli atti di gara, nella parte in cui fissano il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso;

- dei verbali di gara e del provvedimento di aggiudicazione provvisoria-proposta di aggiudicazione;

- di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con gli atti impugnati, ivi compreso il contratto di appalto eventualmente stipulato dalla resistente con altro operatore economico;

nonché per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato con altro operatore economico;

nonché per la condanna

ai sensi e per gli effetti degli articoli 30, 121, 122 e 124 del cod. proc. amm., al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità degli atti e dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ed il subentro nel contratto d'appalto, e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Milano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2021 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Trattenuta la causa in decisione con sentenza semplificata ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020 conv. con legge n. 176/2020;

1) In via preliminare, il Tribunale evidenzia che, in relazione agli elementi di causa, sussistono i presupposti per l'adozione di una decisione in forma semplificata, adottata in esito alla camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, stante l'integrità del contraddittorio e l'avvenuta esaustiva trattazione delle questioni oggetto di giudizio.

2) Sempre in via preliminare, il Tribunale evidenzia che la ricorrente, nel ricorso per motivi aggiunti ha dichiarato che la pretesa ostensiva è stata integralmente soddisfatta, sicché in relazione alla domanda ad essa sottesa deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere.

3) Con il ricorso principale e con il ricorso per motivi aggiunti, la società Alascom srl contesta, in primo luogo, gli atti indittivi della procedura e, in via derivata, le determinazioni conseguenti, lamentando l'illegittima applicazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, perché in violazione dell'art. 95 del d.l.vo 2016 n. 50.

La censura è fondata.

In particolare, il Tribunale osserva che:

- gli atti impugnati afferiscono ad un sistema dinamico di acquisizione indetto nel 2018 dal Comune di Milano per l'affidamento dei "servizi di manutenzione ordinaria di software e hardware in uso al Comune di Milano";
- il contenzioso riguarda il lotto 1, concernente servizi di assistenza tecnica e manutenzione dell'informatica personale distribuita (c.d. "PDL") presso il Comune di Milano, avente un importo complessivo di € 2.759.640,24;

- l'art. 12.1 del capitolato disciplina il criterio di aggiudicazione, prevedendo che ciascun lotto della procedura verrà aggiudicato secondo il criterio del minor prezzo ai sensi dell'art. 95, comma 4, del d.l.vo n. 50/2016 “in quanto si tratta di servizi le cui caratteristiche standardizzate e le cui condizioni definite dal mercato, soddisfano le esigenze della stazione appaltante. Il concorrente per ciascun Lotto della presente procedura dovrà inserire a Sistema il prezzo unitario offerto (IVA esclusa) per ciascun servizio, il valore espresso in euro, in modalità solo in cifre con 2 cifre decimali. Il sistema procederà al calcolo del valore complessivo offerto moltiplicando le quantità richieste dalla Stazione appaltante per il prezzo unitario offerto per ciascun servizio. L'Appalto Specifico verrà aggiudicato al concorrente che avrà offerto il valore complessivo più basso”;
- come è noto, il vigente art. 95 del codice dei contratti prevede, al comma 3, che sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo “a) i contratti relativi ai ... servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)”;
- il successivo quarto comma dell'art. 95 stabilisce che “può essere utilizzato il criterio del minor prezzo... “b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al comma 3, lettera a)”;
- a sua volta l'art. 50, comma 3, del d.l.vo n. 50 chiarisce che “i servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto”;
- l'appalto in esame è stato indetto nel 2018 e ciò impone alcune precisazioni in ordine alla disciplina applicabile;
- la giurisprudenza ha precisato (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Pl., 21 maggio 2019, n. 8) che il combinato disposto dei commi 2, 3, 4 e 5 dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016 deve interpretarsi nel senso che “gli appalti di servizi ad alta intensità

di manodopera ai sensi degli artt. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo codice”, ciò sulla base di un'interpretazione sistematica della disciplina degli appalti pubblici in coerenza con i principi e criteri direttivi previsti dalla legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, per l'attuazione delle direttive sugli appalti pubblici del 2014, tra cui la direttiva europea 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, in particolare in coerenza con l'art. 67 della direttiva;

- va precisato che la decisione dell'Adunanza plenaria è intervenuta sull'assetto normativo previgente all'integrazione apportata alla lettera b) del comma 4 dello stesso art. 95 cit. - operata dal d.l. n. 38/2019 convertito nella legge n. 55/2019 - e ha avuto ad oggetto in una fattispecie concreta in cui il bando era stato pubblicato ampiamente prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 38/2019;

- ne consegue che alla citata modifica legislativa deve attribuirsi valenza ricognitiva, meramente esplicativa di un principio normativo già immanente nella disciplina degli appalti pubblici (cfr. Consiglio di Stato, Ad Pl, n. 8/2019);

- ne deriva che è irrilevante che la citata modifica normativa sia entrata in vigore dopo l'indizione della procedura in esame, essendo la relativa gara in ogni caso assoggettata al principio normativo enunciato dall'Adunanza plenaria (cfr. sul punto anche Consiglio di Stato sez. VI, 23 dicembre 2020, n. 8285);

- nel caso in esame il capitolato e, più in generale, gli atti di gara palesano che il servizio da affidare ha ad oggetto prestazioni standardizzate e sostanzialmente routinarie;

- tale aspetto è confermato dalla stessa stazione appaltante, che, anche in sede di memoria processuale, qualifica i servizi come standardizzati, precisando che si tratta di attività aventi ad oggetto prestazioni che richiedono un elevato

numero di interventi, caratterizzati da una sostanziale ripetitività ed omogeneità, per i quali non risultano necessarie competenze informatiche altamente qualificate e specialistiche, ma soltanto competenze informatiche di base;

- in base all'art. 95 cit. il fatto che si tratti di un servizio con caratteristiche standardizzate non è però un elemento che di per sé consente l'affidamento al prezzo più basso, poiché questa possibilità è esclusa laddove si tratti di un servizio ad alta intensità di manodopera, secondo il parametro posto dall'art. 55 cit., ossia quando il valore della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto;

- quest'ultimo profilo è presente nell'appalto di cui si tratta, che risulta ad alta intensità di manodopera e, pertanto, non poteva essere affidato secondo il criterio del prezzo più basso;

- l'offerta di Laser scarl e di Alascom srl, collocatesi rispettivamente al primo e al secondo posto della graduatoria, con un'offerta economica pari ad euro 1.732.271,00 (ribasso del 37,23%) per la prima e pari ad euro 1.734.703,35 (ribasso del 37,14 %) per la seconda, sono state sottoposte a valutazione di anomalia, con esito positivo; in particolare, la stazione appaltante ha ritenuto congrui i costi della manodopera esposti da entrambi gli operatori;

- seppure la disciplina di gara non rechi prescrizioni in ordine al costo della manodopera e seppure la documentazione in atti non evidenzia la scomposizione dell'offerta aggiudicataria, va osservato - come messo in luce dalla ricorrente - che l'offerta di Alascom srl ammonta nel complesso ad euro 1.734.703,35 con un costo per il personale pari ad Euro 1.192.237,96, corrispondente a circa il 68% del costo complessivo;

- ora, se si considera che i ribassi offerti sono molto vicini e che entrambe le offerte hanno superato la valutazione di anomalia, è ragionevole ritenere che l'offerta della ricorrente sia un oggettivo indicatore dell'incidenza della manodopera nell'appalto di cui si tratta;

- incidenza che è superiore al limite previsto dall'art. 55 del d.l.vo 2016 n. 50, essendo pari al 68% dell'offerta complessiva;
- vale precisare che in relazione al profilo in esame il Comune di Milano non ha articolato difese dirette a contestare l'incidenza del costo della manodopera in misura superiore al 50%, né difese in tal senso sono state svolte dalla controinteressata, neppure costituitasi in giudizio;
- deve, pertanto, ritenersi provato documentalmente e, comunque, non contestato che il servizio oggetto dell'appalto de quo è ad alta intensità di manodopera ai sensi dell'art. 50, comma 1, ultimo periodo, del d.l.vo n. 50/2016 e, pertanto, non poteva essere affidato secondo il criterio del prezzo più basso, con conseguente fondatezza della censura in esame;
- la fondatezza della doglianza esaminata travolge integralmente la procedura, compreso il provvedimento di aggiudicazione impugnato e, pertanto, risulta soddisfacente dell'interesse dedotto dalla ricorrente, sicché possono essere assorbite le ulteriori censure proposte;

3) In definitiva, le impugnazioni proposte sono fondate, secondo quanto esposto in motivazione e devono essere accolte, con conseguente annullamento degli atti indittivi e del provvedimento di aggiudicazione impugnati.

Deve, invece, essere dichiarata la cessazione della materia del contendere sulla domanda di accesso.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando:

- 1) accoglie il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti, secondo quanto esposto in motivazione, e per l'effetto annulla i provvedimenti indittivi e il provvedimento di aggiudicazione impugnati e indicati in epigrafe;
- 2) dichiara la cessazione della materia del contendere rispetto alla domanda di accesso;

3) condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese di lite, liquidandole in euro 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Rosanna Perilli, Referendario

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Domenico Giordano

IL SEGRETARIO