

L'esclusione dalla gara per la commissione di reati che incidono sulla moralità professionale

di Riccardo Marletta

Data di pubblicazione: 10-9-2016

1. *La valutazione delle condanne penali e della loro incidenza sulla moralità professionale è riservata in via esclusiva alla stazione appaltante, che deve effettuarla ed esplicitarne l'esito ai fini della verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 38 comma 1 lett. c), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 16 (1).*

2. *Nell'effettuazione di tale verifica, resta indifferente la maggiore o minore gravità del reato in astratto, poiché la stazione appaltante deve stabilire in concreto se il reato incide sulla moralità professionale e quindi sull'affidabilità dell'operatore economico; pertanto può risultare ostativa alla partecipazione alla procedura anche l'esistenza di un precedente relativo ad un reato contravvenzionale punito con l'ammenda (2).*

3. *La dichiarazione ex art. 38, comma 1 lett. c), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 deve essere presentata, oltre che dai soggetti che rivestono le cariche societarie indicate nello stesso articolo al momento della presentazione dell'offerta, anche da coloro che nel corso della procedura di gara e sino alla conclusione dell'esecuzione del contratto acquisiscono tali posizioni all'interno della compagine sociale (3).*

(1) Conformi: Consiglio di Stato, Sezione V, 25 febbraio 2015, n. 927; Consiglio di Stato, Sezione V, 17 giugno 2014, n. 3092; Consiglio di Stato, Sezione V, 27 gennaio 2014, n. 400; TAR Lombardia-Milano, Sezione I, 30 settembre 2015, n. 2042. Per un caso in cui si è affermato potersi prescindere dalla valutazione di un precedente penale: TAR Marche, Sezione I, 25 luglio 2014, n. 742.

(2) Conforme: TAR Campania-Napoli, Sezione VI, 19 novembre 2015, n. 5359. Per un caso in cui non è stata ritenuta sufficiente la motivazione in ordine alla gravità di un reato contravvenzionale: Consiglio di Stato, Sezione V, 21 ottobre 2013, n. 5122.

(3) Conforme: Consiglio di Stato, Sezione IV, 23 aprile 2015, n. 2048.

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta il problema della valutazione dell'incidenza dei reati sulla moralità professionale, ai fini della verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 38, comma 1 lett. c), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Il TAR Lombardia ha specificato che **la verifica dell'incidenza dei reati sulla moralità professionale è riservata in via esclusiva alla stazione appaltante.**

Secondo questo orientamento, l'art. 38 comma 1 lett. c), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 impone alla stazione appaltante di effettuare una specifica ed autonoma valutazione del precedente penale oggetto di dichiarazione, in considerazione delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato.

Il TAR Lombardia ha ritenuto che, ai fini della valutazione della moralità professionale, sia indifferente la maggiore o minore gravità del reato in astratto, poiché la stazione appaltante deve valutare in concreto se la condotta penalmente rilevante incida negativamente sulla moralità professionale.

Ne deriva che la gravità del reato, ai sensi dell'art. 38, comma 1 lett. c), del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non è esclusa in presenza di una fattispecie penale per la quale è prevista una pena edittale lieve o dalla natura contravvenzionale del reato (nel caso di specie si trattava del reato di somministrazione illecita di manodopera).

In proposito è opportuno rilevare che l'articolo 80 del Nuovo Codice dei Contratti si limita ad elencare alcuni specifici reati che sono causa di esclusione dalla gara, senza alcun testuale riferimento alla "moralità professionale".

Ciò benché il Consiglio di Stato, nel parere in data 1 aprile 2016, avesse sostenuto la necessità di integrare l'articolo 80 con una clausola di chiusura *"che sancisca comunque l'esclusione dalla gara in caso di condanne per reati gravi, comunque idonei ad incidere sulla moralità professionale del concorrente"*.

Con riferimento ai soggetti tenuti alla dichiarazione relativa ai requisiti di ordine generale ex articolo 38, comma 1 lett. c) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il T.A.R. ha poi precisato che la stessa deve essere presentata non solo dai soggetti che rivestono le cariche societarie al momento della presentazione dell'offerta, ma anche da coloro che acquisiscono tali incarichi successivamente, sino alla completa esecuzione del contratto di appalto.

Ciò in coerenza con il principio secondo cui i requisiti di moralità pubblica devono essere posseduti dal concorrente dal momento della presentazione della domanda di partecipazione sino al termine dell'esecuzione del contratto.

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 2219 del 2015, proposto da:

Switch 1988 S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Bucello C.F. BCLMRA47R20F158E, Luigino Montarsolo C.F. MNTLGN55B03D969E, con domicilio eletto presso la segreteria del Tar Lombardia in Milano, via Corridoni n. 39;

contro

Milano Serravalle - Milano Tangenziali Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Greco C.F. GRCGDU46S18C351B, Manuela Muscardini C.F. MSCMNL54L46B615Y, Luca Griselli C.F. GRSLCU73L20E463D, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, P.Le Lavater, 5;

nei confronti di

Ecol - Service Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con R.R.S. Srl, Water & Soil Remediation Srl rappresentata e difesa dall'avvocato Max Diego Benedetti C.F. BNDMDG77L14F205C, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Giovanni Prati, 12;

per l'annullamento

1) quanto al ricorso principale:

- del provvedimento di aggiudicazione della gara relativa all'assegnazione dei "servizi ambientali sull'intera rete in concessione" (CIG-5766201398), adottato da Milano Serravalle-Milano Tangenziali spa in data 28 luglio 2015;
- nonché della nota di comunicazione stessa;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria di cui al verbale di gara n. 5 del giorno 29 giugno 2015, trasmesso in allegata alla predetta nota di comunicazione del 30 luglio 2015;
- di tutti i verbali della Commissione di gara ed, in particolare, del verbale n. 3 del 6 novembre 2014 con il quale il RTI controinteressato è stato ammesso alla gara;
- della richiesta di integrazione dell'offerta economica del RTI controinteressato, di cui alla nota della Direzione legale della Milano Serravalle Spa in data 14 novembre 2014, prot. 14/14458, nonché del verbale n. 4 della Commissione di gara in data 27 novembre 2014;
- degli atti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del RTI controinteressato ed in particolare della Relazione del RUP in data 19/6-22/6/2015;
- dei "verbali di verifica ex art. 48, comma 2, d.lgs. 163/2006" ed in particolare di quello del 24 aprile 2015, con il quale la commissione costituita a supporto del RUP per procedere al controllo della documentazione presentata a comprova dei requisiti ha ritenuto che le dichiarazioni rese dal RTI controinteressato sono state debitamente comprovate, nonché delle richieste integrative del 26/2/2015, del 24/3/2015 e del 14/4/2015 citate nel suindicato verbale di verifica;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto qualora dovesse essere eventualmente stipulato e per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno patito dalla ricorrente, mediante reintegrazione in forma specifica o, in subordine, per equivalente, con riserva di determinarne l'ammontare nel corso del giudizio;

2) quanto al ricorso incidentale proposto da Ecol - Service Srl:

- dei verbali della commissione di gara, n. 1, 2, 3, 4, 5 nella parte in cui ammettono alla gara Switch 1988 spa, anziché disporre l'esclusione;
- del provvedimento con cui la stazione appaltante ha collocato definitivamente Switch 1988 spa al secondo posto della graduatoria finale di gara;
- della richiesta di integrazione dell'offerta di Switch 1988 spa, in ordine all'attestazione documentale dell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali per il trasporto specifico del rifiuto CER 161002, disposta in esito alla seduta di gara del 6 novembre 2014;
- in parte qua del paragrafo 2, punto 2 del disciplinare di partecipazione;
- dei chiarimenti n. 3 del 08.09.2014, n.ri 3 e 8 del 10.09.2014, n. 1 del 12.09.2014;

nonché per la declaratoria di nullità ex art. 46, comma 1 bis, del d.l.vo 2006 n. 163:

- del paragrafo 3 del disciplinare di partecipazione nella parte in cui sanziona con l'esclusione la mancata allegazione di dichiarazioni che esulano i casi tipici previsti dall'art. 46 cit.;

- del paragrafo 2.1 del disciplinare di gara nella parte in cui sanziona con l'esclusione il mancato possesso della certificazione di gestione della qualità ai sensi della norma UNI EN ISO 9001, della certificazione di gestione ambientale UNI EN ISO 14001/EMAS, della certificazione del sistema di gestione dei lavoratori in conformità alla norma BS OHSAS 18001, tutte rilasciate da organizzazioni accreditate in ambito MLA;

- del paragrafo 2.2. del disciplinare di partecipazione nella parte in cui sanziona con l'esclusione il mancato possesso dell'iscrizione all'albo dei gestori ambientali, ai sensi dell'art. 212 comma 8 del d.l.vo 2006 n. 152 (procedura semplificata), per il trasporto del rifiuto derivante dall'attività di lavaggio dei contenitori stradali di rifiuti urbani effettuata con veicoli lavacassonetti (CER 161002).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Milano Serravalle - Milano Tangenziali Spa e di Ecol - Service Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto da Ecol-Service S.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con R.R.S. Srl, Water & Soil Remediation Srl (mandanti);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 maggio 2016 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Switch 1988 S.p.A. impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e ne chiede l'annullamento.

Si costituiscono in giudizio la resistente Milano Serravalle-Milano Tangenziali Spa e la controinteressata Ecol-Service S.r.l., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con R.R.S. Srl, Water & Soil Remediation Srl (mandanti), eccependo l'inammissibilità e,

comunque, l'infondatezza del ricorso avverso, di cui chiedono il rigetto.

La parte controinteressata propone, altresì, ricorso incidentale, diretto a contestare l'ammissione alla gara della ricorrente principale.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del 5 maggio 2016 la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Con bando pubblicato il 27 giugno 2014, sia in GURI, sia in GUUE, Milano Serravalle - Milano Tangenziali Spa indiceva una gara, secondo il criterio del massimo ribasso, per l'aggiudicazione dei "servizi ambientali sull'intera rete in concessione" per la durata di 36 mesi, fissando come base di gara l'importo di euro 4.600.000,00 di cui 4.339.483,36 assoggettabili a ribasso.

All'esito delle operazioni di gara veniva formulata la graduatoria provvisoria e al primo posto si collocava il RTI Semp Srl – La Nuova Spurpoz srl, avendo offerto il ribasso del 50,67%, seguita dal RTI Ecol Service Srl - R.R.S. Srl - Water & Soil Remediation Srl, con un ribasso del 33,66%, mentre al terzo posto si collocava Switch 1988 S.p.A. con il ribasso del 28,56%.

L'offerta del RTI collocatosi al primo posto veniva sottoposta a verifica di congruità, con esito negativo e conseguente esclusione del RTI medesimo dalla procedura; anche l'offerta collocatasi al secondo posto della graduatoria veniva sottoposta a verifica di congruità, con esito positivo, sicché l'appalto veniva aggiudicato definitivamente, con provvedimento del 28 luglio 2015, al RTI Ecol Service Srl - R.R.S. Srl - Water & Soil Remediation Srl.

2) Deve essere esaminato con precedenza il ricorso incidentale, trattandosi di un'impugnazione ad effetto c.d. escludente.

E' fondato e presenta carattere assorbente il primo motivo del ricorso incidentale, con il quale la controinteressata lamenta la violazione dell'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163 in relazione a due distinti profili, da esaminare separatamente.

2.1) Si contesta, in primo luogo, la violazione dell'art. 38 lett. c) del d.l.vo 2006 n. 163, in quanto sia il presidente del consiglio di amministrazione, nonché socio al 50% e direttore tecnico di Switch 1988 S.p.A., sia il secondo socio al 50%, nonché componente del consiglio di amministrazione della medesima società, sono stati condannati per un reato incidente sulla moralità professionale, ma tale situazione, pur dichiarata in sede di gara, non è stata neppure presa in esame dall'amministrazione, che ha ammesso de plano alla gara la società Switch 1988 S.p.A..

La censura è fondata.

Dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che i due soci al 50% sono stati condannati,

con sentenza del Tribunale di Genova del 3 aprile 2013, al pagamento dell'ammenda di euro 22.600,00 ciascuno, per violazione delle norme in materia di occupazione e mercato del lavoro, ex art. 18, comma 1, del d.lvo 2003 n. 276, reato commesso tra novembre 2007 e ottobre 2010.

In sede di presentazione dell'offerta la società ricorrente ha dichiarato l'esistenza del precedente penale, ma, nonostante tale dichiarazione, la stazione appaltante si è limitata ad ammettere la società Switch 1988 S.p.A. alla procedura, senza fornire alcuna concreta motivazione in ordine all'incidenza o meno del reato sulla moralità professionale.

Vale ricordare che l'art. 38 lett. c) considera ostativo alla partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica il fatto che determinati soggetti, appartenenti alla compagine societaria, tra cui i rappresentanti legali, i soci di maggioranza e il direttore tecnico – figure cui sono riconducibili i due soci al 50% di Switch 1988 S.p.A. – siano stati condannati con sentenza di condanna passata in giudicato per reati gravi che incidono sulla moralità professionale.

Secondo la giurisprudenza, condivisa dal Tribunale (già Tar Lombardia Milano, sez. IV, 05 dicembre 2014, n. 2959), in materia di cause di esclusione dalle gare per reati incidenti sulla moralità professionale, la verifica dell'incidenza dei reati commessi dal legale rappresentante dell'impresa sulla moralità professionale della stessa attiene all'esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione e deve essere valutata mediante la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato, non potendo il concorrente valutare da sé quali reati siano rilevanti ai fini della dichiarazione da rendere, ciò implicando un giudizio inevitabilmente soggettivo, inconciliabile con la finalità della norma.

Quindi, la valutazione delle condanne penali e la verifica della loro incidenza sulla moralità professionale è riservata in via esclusiva alla stazione appaltante, che deve effettuarla ed esplicitarne l'esito (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3092; Consiglio di Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 400 in argomento anche la determinazione n. 1 del 2010 della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici).

Nel caso di specie la natura e il contenuto concreto della condotta penalmente rilevante – si tratta del reato di somministrazione illecita di manodopera, commesso nell'esercizio dell'attività di impresa - sono oggettivamente idonei ad incidere negativamente sulla moralità professionale dei due rappresentanti dell'impresa e, quindi, sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante, per la stretta inerenza con le obbligazioni gravanti sulle parti del contratto da stipulare (in argomento Consiglio di Stato, sez. VI, 4 giugno 2010, n. 3560; sul fatto che il reato in questione incide sulla moralità professionale, perché investe valori e beni giuridici al cui rispetto deve essere improntata la condotta del concorrente, si consideri anche Consiglio di Stato, sez. V, ord. 3819/2014, del 26 agosto 2014).

Del resto, l'esecuzione dell'appalto in questione implica l'utilizzo di manodopera in maniera preponderante e l'art. 6 del capitolato speciale impone all'aggiudicatario di impiegare solo maestranze alle sue dirette dipendenze e, come è ovvio, regolarmente assunte, retribuite e assicurate. Tanto basta per evidenziare come la sentenza di condanna citata rilevi in concreto,

a causa della sua incidenza non solo su interessi generali, ma su valori calati nel contratto e garantiti da specifiche obbligazioni contrattuali.

E', allora, evidente che la presenza di tale precedente imponeva alla stazione appaltante di procedere ad una sua adeguata valutazione, al fine di accertarne l'incidenza sulla moralità professionale.

In senso contrario non può bastare il tempo di commissione del reato, atteso che, in specie, la condotta punita è stata consumata in una data prossima all'indizione della gara.

Neppure è rilevante il fatto che si tratti di un reato contravvenzionale, punito con l'ammenda, in quanto, ai fini della moralità professionale, resta indifferente la maggiore o minore gravità del reato in astratto, poiché la stazione appaltante deve stabilire in concreto se il reato incide sulla moralità e, quindi, sull'affidabilità dell'operatore economico.

In definitiva, la stazione appaltante ha violato il citato art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163, in quanto si è limitata ad ammettere Switch 1988 S.p.A. alla gara senza alcuna disamina del reato in questione, nonostante si tratti di un reato strettamente connesso all'oggetto del contratto da aggiudicare, commesso in epoca recente e senza la concreta dimostrazione da parte della società di atti di effettiva dissociazione.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame.

2.2) Parimenti è fondata la censura, sempre compresa nel primo motivo dell'impugnazione incidentale, con la quale si lamenta la violazione dell'art. 38 del d.l.vo 2006 n. 163 per essere stata omessa la dichiarazione relativa ai requisiti di ordine generale sia rispetto al nuovo amministratore unico e direttore tecnico della società, sig. Marco Ghiglione, sia al nuovo responsabile tecnico, sig. Jose Luis Barrezueta Perez.

Dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che, nel corso della gara, il primo dei due soggetti indicati ha reso un'integrazione documentale richiesta dalla stazione appaltante, in qualità di rappresentante legale della società, correlata al ruolo rivestito di amministratore unico e direttore tecnico della società; nondimeno, costui non ha prodotto la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di ordine generale.

Ora, è pacifico che tale dichiarazione deve essere presentata non solo dai soggetti che rivestono le cariche societarie descritte dall'art. 38 cit. al momento della presentazione dell'offerta, ma anche da coloro che acquisiscono tali ruoli nel corso della gara e sino alla conclusione dell'esecuzione del contratto, in coerenza con il principio per cui i requisiti di moralità pubblica devono essere posseduti dal momento della presentazione della domanda di partecipazione, per tutta la durata della gara e sino alla conclusione dell'esecuzione del contratto.

Siffatti principi sono stati violati nel caso di specie, in quanto rispetto al sig. Marco Ghiglione – come già detto, nuovo amministratore unico e direttore tecnico della società divenuto tale nel corso della procedura di gara – è stata del tutto omessa la presentazione della dichiarazione

prevista dall'art. 38 cit..

Si badi, ai fini della sussistenza del vizio in esame, è del tutto irrilevante che la carenza ora indicata avrebbe potuto essere superata mediante l'esercizio del dovere di soccorso della stazione appaltante – secondo il meccanismo previsto dall'art. 38 dopo le modificazioni apportate dal d.l. n. 90/2014, applicabile *ratione temporis* al caso di specie - poiché resta fermo che, nel caso concreto, la stazione appaltante non ha esercitato tale dovere, sicché resta ferma e non superata l'assenza della dichiarazione di cui si tratta.

Né può essere condivisa la tesi difensiva nella parte in cui ritiene violato il principio di tassatività delle cause di esclusione, atteso che proprio l'art. 46 del d.l.vo 2006 n. 163 legittima l'estromissione dalla gara non solo quando una norma di legge o di regolamento la commini espressamente, ma anche qualora una norma di legge (in questo caso il più volte citato art. 38, comma 2, del d.l.vo n. 163/2006) imponga adempimenti doverosi pur senza prevedere espressamente l'esclusione (cfr. tra le tante di recente T.A.R. Abruzzo, sez. I, 30 marzo 2016, n. 195)

Insomma, l'amministratore unico rientra tra i soggetti obbligati a rendere la dichiarazione di assenza di cause ostative alla partecipazione, ai sensi dell'art. 38 cit., sicché la circostanza che tale dichiarazione non sia stata presentata rende illegittima la partecipazione alla gara della ricorrente principale (cfr. sul fatto che la mancata acquisizione della dichiarazione ex art. 38 cit. integri una causa di esclusione si consideri, tra le altre, Consiglio di Stato, 22 luglio 2015, n. 3638).

La censura è fondata anche nella parte in cui si riferisce alla posizione del sig. Jose Luis Barrezueta Perez, che ha assunto la qualifica e il ruolo di responsabile tecnico dell'azienda con decorrenza dal 25 settembre 2014, come risulta dalla visura camerale presente in atti.

E' noto al Tribunale il più recente orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'obbligo della dichiarazione di cui all'art. 38 cit. deve essere valutato non rispetto a qualunque soggetto appartenente alla struttura dell'impresa concorrente, ma solo nei confronti di coloro che abbiano ottenuto il conferimento di poteri consistenti nella rappresentanza dell'impresa e, comunque, nel compimento di atti dispositivi, anche sul piano della direzione tecnica, nonché di coloro che, al di là della qualifica formale, esercitino funzioni sostanziali di tal fatta, con la conseguenza che, in talune circostanze, è stato escluso l'obbligo di dichiarazione per il cd. responsabile tecnico, che eserciti solo compiti marginali ed esecutivi (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 6 febbraio 2015, n. 619; T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 30 marzo 2015, n. 609; T.A.R. Puglia Lecce, sez. III, 30 marzo 2015, n. 1100).

Nondimeno tale situazione non sussiste nel caso di specie.

La difesa di Switch 1988 S.p.A. sostiene che Barrezueta Perez non doveva presentare la dichiarazione, in quanto munito di competenze del tutto limitate ed estranee al contenuto dello specifico appalto, ma tale prospettazione è smentita per *tabulas*.

Invero, la tesi viene supportata mediante la produzione (doc. 39 di Switch 1988 S.p.A.) di una

dichiarazione resa dalla società al Comune di Genova, in relazione ad altra attività aziendale estranea alla procedura de qua.

Tale dichiarazione, redatta in data 25 settembre 2014, espone che Barrezueta Perez è un responsabile tecnico incaricato di gestire “i servizi di pulizia, disinfestazione, derattizzazione e disinfezione” dal “01/01/2014 ad oggi”, ossia sino al 25 settembre 2014.

Ora, se si considera che la visura camerale attesta, senza alcuna concreta contestazione sul punto, che proprio dal 25 settembre 2014 Barrezueta Perez ha assunto la qualifica di responsabile tecnico di Switch 1988 S.p.A., senza alcuna limitazione quanto all’ambito dell’attività cui riferire tale ruolo, è del tutto evidente che proprio la dichiarazione richiamata dalla ricorrente principale dimostra come egli sia stato investito di competenze parziali solo sino al 25 settembre 2014, per poi assumere il ruolo di responsabile tecnico in relazione al complesso dell’attività aziendale, senza specifiche limitazioni.

Egli, quindi, dalla data appena indicata, ha assunto la responsabilità tecnica rispetto all’intero ambito dell’attività aziendale, fermo restando che le previsioni dello statuto societario relative al suo ruolo non evidenziano alcuna limitazione dei poteri a lui riferibili, né lo qualificano come una figura professionale meramente esecutiva o priva di concreti poteri dispositivi in sede di svolgimento dell’attività imprenditoriale.

Del resto, la difesa di Switch fonda la propria argomentazione solo sui limiti ai poteri attribuiti al Barrezueta Perez fino al 25 settembre 2014, ma non dimostra che limiti altrettanto significati siano stati mantenuti dopo tale data, allorché il suo ruolo di responsabile tecnico è stato esteso all’intero ambito dell’attività aziendale.

Ne deriva che, secondo i principi già esposti, Switch 1988 S.p.A. doveva produrre la dichiarazione ex art. 38 cit. anche in relazione al responsabile tecnico, Barrezueta Perez, sicché l’omessa produzione integra una ragione di illegittima partecipazione alla gara della ricorrente principale, con conseguente fondatezza, anche per questo profilo, della censura in esame.

Il carattere assorbente delle doglianze sinora esaminate, perché fondate ed idonee sia ad evidenziare l’illegittima partecipazione alla procedura della ricorrente principale, sia a realizzare la piena soddisfazione dell’interesse dedotto dalla ricorrente incidentale, consente di prescindere dall’esame delle ulteriori censure formulate con l’impugnazione incidentale.

3) Con il ricorso principale, Switch 1988 S.p.A. articola più censure da esaminare separatamente.

3.1) Viene contestata, in primo luogo, la violazione dell’art. 46 del d.l.vo 2006 n. 163, in relazione al contenuto del paragrafo 3 del disciplinare di gara, in quanto la stazione appaltante, anziché disporre immediatamente l’esclusione del RTI controinteressato, ha chiesto e consentito un’integrazione documentale, mediante la produzione ex post delle dichiarazioni prescritte proprio dal paragrafo 3 del disciplinare.

La censura è infondata.

Il paragrafo 3 del disciplinare determina il contenuto della busta B, da produrre al momento della presentazione dell'offerta, individuandolo, in primo luogo, nella c.d. "scheda d'offerta", recante il ribasso percentuale, espresso in cifre ed in lettere, con un massimo di due decimali.

La norma richiede, inoltre, che la busta B contenga le due seguenti dichiarazioni: "- che il ribasso offerto è stato determinato valutando le spese relative al costo del personale sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro, comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello; - di avere tenuto conto, nel redigere l'offerta, degli obblighi connessi alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori, delle condizioni di lavoro, nonché l'impegno nell'espletamento della prestazione all'osservanza delle normative in materia e di avere quantificato gli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale come indicati nella scheda di offerta".

Non è contestato che, nel corso della gara, la stazione appaltante abbia chiesto all'aggiudicataria di integrare la documentazione già esibita e di produrre anche tali dichiarazioni e che la concorrente abbia trasmesso quanto richiesto.

Nondimeno, contrariamente a quanto sostenuto da Switch 1988 S.p.A., ciò non basta per ritenere che l'amministrazione abbia consentito all'aggiudicataria di integrare l'offerta presentata in relazione a profili essenziali, in violazione del principio dell'immutabilità dell'offerta stessa.

Invero, il criterio di aggiudicazione applicato nella gara de qua è quello del prezzo più basso e dalla documentazione prodotta risulta che il RTI con mandataria Ecol Service ha formulato l'offerta economica indicando tanto il ribasso percentuale, pari al 33,6%, quanto l'importo dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso, pari ad 260.516,64 euro, nonché l'importo al netto di tali costi, pari a 4.339.483,36 euro.

Tanto basta per evidenziare che l'offerta aggiudicataria era completa fin dal momento della sua presentazione e non è stata integrata in relazione a profili essenziali.

In particolare, le dichiarazioni prodotte nel corso della gara non introducono ex novo elementi essenziali dell'offerta economica, già espressa in modo compiuto con l'indicazione del ribasso offerto, ma sono dirette a fornire elementi informativi in ordine alla composizione dell'offerta economica.

Si tratta della mera attestazione del rispetto, nella determinazione del ribasso offerto, dei minimi salariali, delle voci retributive stabilite dalla contrattazione collettiva e dell'osservanza degli obblighi connessi tanto alle disposizioni in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori, quanto alla quantificazione degli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale.

Tali dati non integrano l'offerta, che consiste nella sola formulazione del ribasso percentuale,

ma ne attestano la conformità a parametri normativi oppure stabiliti dalla contrattazione collettiva, sicché la richiesta di integrazione formulata dalla stazione appaltante è coerente con l'ambito di esercizio del c.d. dovere di soccorso, poiché non ha investito elementi essenziali dell'offerta già formulata.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza della doglianza in esame.

3.2) Con il secondo e il terzo dei motivi proposti, Switch 1988 S.p.A. lamenta la violazione del disciplinare di gara e del principio di par condicio, in quanto la stazione appaltante non ha considerato che ciascuna delle imprese partecipanti al RTI aggiudicatario non dispone di tutte le iscrizioni all'albo dei gestori ambientali, per le diverse categorie di rifiuto cui si riferisce la *lex specialis*, né di tutte le certificazioni di qualità richieste, fermo restando che, secondo la tesi prospettata, il disciplinare escluderebbe, in caso di partecipazione di un raggruppamento temporaneo di imprese, la possibilità di cumulare i requisiti prescritti tra gli appartenenti ad esso.

Le censure sono infondate.

Il disciplinare di gara, nella parte in cui descrive il contenuto della busta A1 – dedicata alle dichiarazioni relative alla capacità economica, finanziaria e tecnica dei concorrenti – individua le iscrizioni all'albo nazionale dei gestori ambientali che devono essere possedute in relazione ai diversi tipi di rifiuti da gestire, ponendo tale obbligo in capo ai “partecipanti singoli” e alle “imprese raggruppate o raggruppande o consorziate”.

Dalla formulazione letterale della previsione ora richiamata la ricorrente deduce la necessità che ciascuna delle imprese partecipanti ad un RTI posseda tutte le iscrizioni e le certificazioni prescritte.

Si tratta di un'impostazione che, oltre a non trovare un puntuale riscontro nel contenuto del disciplinare, contrasta con i principi che governano la partecipazione ad una gara in raggruppamento temporaneo di impresa.

La disciplina dei raggruppamenti d'impresa in materia di contratti pubblici “è finalizzata a consentire, attraverso il principio del cumulo dei requisiti, la partecipazione congiunta di una pluralità di operatori economici anche di ridotte dimensioni a gare di appalti di notevole entità e, al contempo, a consentire la realizzazione dell'appalto nell'interesse della stazione appaltante attraverso la valorizzazione dell'unione delle risorse e delle capacità tecnico organizzative ed economico finanziarie di più imprese, con ampliamento delle garanzie per la stessa stazione appaltante, essendo tutte le imprese associate responsabili, a vario titolo, verso quest'ultima” (Consiglio di Stato, ad. plen., 13 giugno 2012, n. 22).

Insomma, la cumulabilità dei requisiti, nell'ambito di un medesimo RTI, è del tutto coerente con la ratio, di diritto interno e comunitario, sottesa alla previsione del raggruppamento temporaneo quale istituto contrattuale diretto a favorire la massima partecipazione alla gara, consentendola anche ad imprese che, singolarmente, non dispongono dei necessari requisiti di capacità tecnica o economica.

Seppure le stazioni appaltanti possono, in sede di predisposizione della lex specialis, incidere sui limiti di cumulabilità dei requisiti di capacità tecnica (a titolo esemplificativo si consideri Consiglio di Stato, sez. V, 7 luglio 2015, n. 3339), anche in applicazione dello specifico disposto dell'art. 275 del d.p.r. 2010 n. 207, nondimeno nel caso concreto la formulazione del disciplinare non consente di ritenere che sia stato imposto il possesso individuale dell'integrale requisito tecnico di cui si tratta a ciascuna delle imprese partecipanti alla gara in RTI.

In coerenza con i principi ora visti, la stazione appaltante ha precisato, in sede di chiarimento (doc. 10 di parte resistente), che, in caso di partecipazione in forma associata, è il raggruppamento che "deve possedere cumulativamente tutti i requisiti di ammissione e deve essere composto da imprese in possesso dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali per le categorie e classi specificatamente richieste dal bando, non essendo ammissibile un RTI in cui si frazioni il possesso delle classi e categorie richieste".

Nel caso di specie, non è contestato che il raggruppamento aggiudicatario sia di tipo verticale, come emerge, del resto, dalla documentazione prodotta in giudizio; inoltre, tale documentazione evidenzia – anche in tale caso senza alcuna concreta contestazione ad opera della ricorrente – che ciascuna impresa raggruppata dispone delle iscrizioni necessarie in relazione al tipo di attività che dovrà svolgere in esecuzione del contratto. Parimenti, non è contestato che ciascuna impresa, sempre in relazione alla porzione di attività che dovrà svolgere, disponga degli altri requisiti ed in particolare delle diverse certificazioni di qualità prescritte dal disciplinare.

In altre parole, dalle produzioni documentali emerge, da un lato, che ciascuna delle imprese partecipanti al RTI aggiudicatario possiede, in coerenza con la struttura verticale del raggruppamento, le iscrizioni e le certificazioni di qualità necessarie per il tipo di attività che dovrà svolgere; dall'altro, che il RTI aggiudicatario dispone della complessità dei requisiti prescritti, in coerenza con il richiamato principio di cumulabilità dei requisiti.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza delle censure esaminate.

3.3) Con il quarto e il sesto motivo di impugnazione, la ricorrente lamenta la lacunosità e l'irragionevolezza della valutazione di congruità svolta, con esito positivo, nei confronti del RTI aggiudicatario, censurando anche l'omessa verifica dei valori riferiti alle spese generali.

Le censure sono infondate.

Al di là della genericità che connota le censure in esame, specie considerando che la verifica di congruità, per costante giurisprudenza, non investe singole voci dell'offerta, ma il complesso di essa, al fine di accertare se sia attendibile per come globalmente formulata, va osservato che si tratta di doglianze consistenti nella mera evidenziazione di talune criticità che lo stesso RUP ha rilevato in sede di verifica e superato (cfr. doc 12 di parte resistente).

In particolare, il RUP, nel quadro di un'articolata relazione - tutt'altro che lacunosa o approssimativa, come sostenuto, invece, dalla ricorrente – evidenzia, tra l'altro, come il valore

delle spese generali, all'esito dei chiarimenti, risulti "verosimile e sufficientemente capiente", anche tenendo conto di voci di spesa non esplicitate dalla concorrente, come i pedaggi autostradali.

Allo stesso modo, l'esposizione di un utile molto contenuto, pari all'1% del valore del contratto, viene ritenuto coerente a fronte del contesto economico complessivo, seppure con la precisazione che l'esiguità di tale valore non consente di ipotizzarne la decurtazione a copertura di eventuali ed ipotetici rischi correlati all'esecuzione del contratto.

Si tratta di un'affermazione del tutto ragionevole, che, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, non evidenzia alcuna contraddittorietà, in quanto la presenza di un utile, sicuramente limitato, ma non evanescente, vale a supportare l'affidabilità dell'offerta, anche se non consente di ipotizzarne una riduzione a copertura di rischi imprevedibili.

Né è condivisibile l'affermazione secondo la quale il RUP non avrebbe valutato in modo adeguato la struttura dei costi esposti dalla ricorrente, che evidenziano una perdita per le attività da eseguire "a canone", con conseguente inattendibilità dell'offerta complessiva.

La relazione del RUP analizza approfonditamente la struttura dei costi esposti dal RTI aggiudicatario e ne afferma la sostenibilità sulla base di argomentazioni del tutto ragionevoli.

Le attività a canone, che incidono per il 27% del valore del contratto, vengono svolte dall'aggiudicatario con una perdita annua di 68.900,00 euro, ma si tratta di una perdita che viene ampiamente coperta dal margine positivo ritraibile dalle restanti attività previste dal contratto, come chiaramente evidenziato dal RUP.

Il profilo problematico, rilevato anche dal RUP, consiste nel fatto che le ulteriori attività sono quelle "a misura" e, pertanto, non sono di certa realizzazione, pur incidendo per il 77% del valore del contratto, fermo restando che l'aggiudicatario, con dettagliate illustrazioni delle singole voci di costo, ha documentato, in sede di gara, che le attività "a misura" producono un margine netto di circa 122.200,00 euro, che assorbe ampiamente la perdita registrata sulle attività "a corpo".

Si tratta allora di stabilire se questa forma di "compensazione" tra i risultati economici di diverse attività, da svolgere nello stesso arco temporale, renda attendibile l'offerta complessiva, posto che tale modus procedendi determina un rischio per l'appaltatore, giacché una perdita derivante da attività certa (quella "a corpo"), seppure non quantitativamente prevalente, viene coperta dal margine positivo di un'attività verosimile e non certa, seppure quantitativamente del tutto prevalente.

Il RUP ha esaminato il problema e lo ha risolto positivamente sulla base di argomentazioni dettagliate e coerenti.

In primo luogo, viene evidenziato che per le lavorazioni "a misura", seppure non certe nella loro complessiva realizzazione, i costi di esecuzione sono stati quantificati sulla base dei quantitativi consolidati di rifiuti smaltiti nel 2013, resi noti dalla stessa stazione appaltante,

nonché tenendo di “specifiche offerte dei fornitori”, a loro volta in linea con le indicazioni di mercato.

Inoltre, si tratta di valori determinati sia considerando tutti i costi elementari connessi al compiuto espletamento delle attività, sia delineando una precisa “strutturazione delle attività elementari connesse alla raccolta e smaltimento delle diverse tipologie di rifiuto”, strutturazione ritenuta dal RUP tecnicamente verosimile, senza che su tale aspetto siano state sollevate concrete contestazioni.

Non solo, il RUP ha chiaramente evidenziato, sulla base di articolate tabelle – anche queste non contestate nelle loro risultanze fattuali – che il risultato di una sola delle attività “a misura”, quella indicata come “C- demolizione di piccoli-medi insediamenti”, permette di per sé “di compensare la quasi totalità delle perdite riscontrate per l’attività a canone”.

Allo stesso modo, il RUP ha accertato – anche in tal caso senza contestazioni – che il rischio legato all’esecuzione delle attività “a misura” può essere coperto anche dal margine positivo di tutte le altre attività “a corpo”, esclusa quella indicata come “C- demolizione di piccoli-medi insediamenti”.

Proprio sulla base di queste considerazioni, il RUP ha ritenuto congrua e affidabile l’offerta aggiudicataria, evidenziando come il rischio delle attività “a corpo” sia congruamente ripartito su quelle “a misura”, secondo criteri che consentono la copertura della perdita riferibile alle prime.

Si tratta di valutazioni del tutto ragionevoli, perché muovono da una dettagliata e comprovata struttura dei costi delle attività complessive, si basano su costi riferiti a “specifiche offerte dei fornitori” in linea con le indicazioni di mercato e, infine, tengono conto di dati quantitativi previsionali delle attività “a misura” non puramente teorici, ma desunti da elementi certi, forniti dalla stazione appaltante e riferiti ai rifiuti smaltiti nel 2013.

Pertanto, contrariamente a quanto dedotto dalla ricorrente, la verifica di congruità è stata svolta in maniera approfondita, sulla base di elementi fattuali adeguatamente supportati sul piano dimostrativo; inoltre, tiene conto della concreta articolazione delle voci di costo prospettate dall’aggiudicataria ed esprime valutazioni del tutto ragionevoli e dettagliatamente esposte nella relazione del RUP, con conseguente infondatezza della doglianza in esame.

3.4) E’ infondato anche il quinto dei motivi proposti, con il quale la ricorrente lamenta, da un lato, che l’offerta aggiudicataria non espone i costi di sicurezza interni, dall’altro, che tale carenza non è stata valutata in sede di verifica di congruità, in violazione dell’art. 86 del d.l.vo 2006 n. 163, nella parte in cui prescrive che la verifica comprende anche il costo relativo alla sicurezza.

Il primo aspetto della doglianza è smentito per tabulas, in quanto l’offerta economica presentata dall’aggiudicataria indica, dopo l’importo a base d’asta e dopo il valore dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso, da un lato, il ribasso percentuale offerto, dall’altro, il valore degli oneri della sicurezza sul lavoro, quantificati in 28.788,13 euro.

Quanto alla circostanza che la relazione del RUP non si soffermi in modo particolare, nel quadro della valutazione di congruità, sull'importo di tali oneri, va evidenziato che si tratta di un dato irrilevante ai fini della completezza e della logicità della valutazione compiuta, poiché, come già detto, la verifica ha ad oggetto l'attendibilità dell'offerta complessiva e non l'esame di singole voci di costo, che, del resto, nel caso degli oneri della sicurezza interni risultano di rilevanza oggettivamente circoscritta.

Non solo, la ricorrente neppure allega concreti elementi per dimostrare che gli oneri in questione sono stati quantificati in misura non adeguata, sicché non è dato comprendere per quale motivo la valutazione di congruità avrebbe dovuto soffermarsi in modo analitico su tale voce di costo.

Tanto basta per evidenziare come la censura presenti un carattere solo formalistico e non possa essere condivisa.

3.5) L'insussistenza dei profili di illegittimità dedotti dalla ricorrente principale esclude l'esistenza dei presupposti necessari per configurare la responsabilità risarcitoria della stazione appaltante, ai sensi degli artt. 2043 e seg. c.c., con conseguente infondatezza della domanda risarcitoria proposta con il ricorso principale.

4) In definitiva, il ricorso incidentale è fondato e deve essere accolto, mentre il ricorso principale è infondato e deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando:

1) accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto annulla il provvedimento di ammissione alla gara di Switch 1988 spa;

2) respinge il ricorso principale;

3) condanna la ricorrente principale al pagamento delle spese di lite, liquidandole in euro 8.000,00 (ottomila), oltre accessori di legge, di cui 2.000,00 (duemila) in favore di Milano Serravalle - Milano Tangenziali Spa e 6.000,00 (seimila) in favore di Ecol - Service Srl, R.R.S. Srl, Water & Soil Remediation Srl, da dividere in parti uguali tra le tre società da ultimo indicate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 5 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:



Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore