

La decorrenza del termine per la proposizione del rito super-accelerato ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a.

di Jacopo Recla

Data di pubblicazione: 2-10-2017

Il termine per l'impugnazione del provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa decorre dal momento in cui il ricorrente ne abbia avuto conoscenza, ancorché tale conoscenza sia stata acquisita con forme diverse da quelle prescritte dal Codice del processo amministrativo e dal Codice dei contratti pubblici, come, per esempio, l'accesso agli atti.

La verifica di anomalia deve guardare all'offerta considerata nel suo complesso e non può consentire una modifica postuma dei suoi contenuti. Il concorrente quindi non può tramite giustificazioni modificare le singole voci di costo dell'offerta mantenendo fermo l'importo finale, salvo eccezioni, come, per esempio, quella dell'utile atteso, che può essere ridotto, ma non azzerato del tutto. Poiché però la valutazione ha carattere complessivo, il concorrente può dimostrare che, a fronte di voci di costo di importo eccessivamente basso e dunque inattendibili, altre voci di costo sono state sopravvalutate, sicché l'offerta è comunque complessivamente sostenibile. In ogni caso, se è vero che le voci di costo dell'offerta non possono essere modificate, altrettanto non può dirsi per le giustificazioni delle voci, le quali sono invece sempre rettificabili.

(1) *Conforme*: T.A.R. Sicilia - Palermo, sez. III, sent. n. 2082/2017; T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 1° giugno 2015, n. 1287

(2) *Difforme*: T.A.R. Lazio - Roma, sez. III-quater, sent. n. 9379/2017.

Guida alla lettura

La sentenza in esame ha stabilito che il termine ex art. 120, comma 2-bis, c.p.a. per l'impugnazione del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla procedura di gara decorre dal momento in cui il ricorrente ne abbia avuto conoscenza, ancorché tale conoscenza sia stata acquisita a seguito di istanza di accesso ai documenti e dunque con forme diverse da quelle prescritte dal Codice del processo amministrativo e dal Codice dei contratti pubblici.

Nel caso di specie, il motivo di impugnazione con cui si contestava l'ammissione della aggiudicataria alla procedura è stato infatti giudicato tardivo poiché il ricorrente, avendo

acquisito tramite accesso la conoscenza di “*tutti gli atti relativi alla verifica della documentazione amministrativa presentata dalle imprese e relative all’ammissione dell’aggiudicatario alla procedura*”, avrebbe dovuto proporre ricorso entro il termine decadenziale decorrente dalla data dell’accesso agli atti.

E tale termine decorrerebbe - pare affermare il T.A.R., anche se sul punto la sentenza non si pronuncia espressamente - a prescindere dalla circostanza che il provvedimento di ammissione sia stato pubblicato e comunicato nelle forme prescritte dal Codice del processo amministrativo e dal Codice dei contratti pubblici.

La sentenza giunge a tali conclusioni a partire, da un lato, dal principio secondo cui la conoscenza costituisce il criterio generale e suppletivo di decorso del termine, e, dall’altro lato, dalla *ratio* del rito c.d. super-accelerato disciplinato dall’art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a., diretto proprio a definire i giudizi relativi alle esclusioni e alle ammissioni prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione.

Si segnala che, in senso contrario, si è invece espresso di recente T.A.R. Lazio - Roma, sez. III-*quater*, sent. n. 9379/2017, il quale, evidenziando il carattere di rilevante specialità che connota il medesimo rito super-accelerato, ha affermato che il termine per l’impugnazione decorre esclusivamente dalla data di pubblicazione sul profilo del committente del provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni, a prescindere dalla circostanza che il ricorrente abbia comunque acquisito *aliunde* la sua conoscenza.

Sotto ulteriore profilo, si rileva che la decisione in esame non specifica espressamente la nozione di “conoscenza” alla quale accede ai fini della decorrenza del termine di impugnazione, vale a dire che non specifica se sia necessaria la conoscenza integrale degli atti (comprensiva delle motivazioni, sì da consentire di inferire i profili di illegittimità da censurare in giudizio), o se, invece, sia sufficiente la conoscenza dei soli elementi essenziali, idonea a fare percepire la semplice lesività degli atti.

Dal testo della sentenza sembra tuttavia desumersi che il TAR, ancorando il decorso del termine alla data di accesso agli atti della procedura, ritenga necessaria la conoscenza integrale degli atti da impugnare, dalla quale sia cioè possibile evincerne i vizi di legittimità.

Sul punto, com’è noto, la giurisprudenza non è univoca neanche con specifico riferimento al termine ex art. 120, comma 2-*bis*, c.p.a.: T.A.R. Puglia - Bari, sez. III, sent. n. 340/2017 ha affermato che tale termine decorre dalla conoscenza non già dell’illegittimità del provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni, ma della sua mera esistenza, comunque acquisita; al contrario, T.A.R. Sardegna, sez. I, sent. n. 36/2017 ha affermato la necessità di interpretare il D.Lgs. n. 50/2016 in modo conforme al diritto comunitario, nel senso che la relativa comunicazione dovrebbe consentire di inferire gli eventuali vizi di legittimità del provvedimento di ammissione o di esclusione, sì da poterli tempestivamente censurare in giudizio.

Peraltro, sia la sentenza in commento sia le pronunce sopra richiamate si riferiscono a fattispecie disciplinate dal D.Lgs. 50/2016 nella sua versione previgente alla modifica ad opera del D.Lgs. n. 56/2017 (cd. "Decreto Correttivo"), il quale ha inciso in modo rilevante sulle disposizioni in esame.

In particolare, l'art. 19 del D.Lgs. n. 56/2017, sopprimendo il comma 3 dell'art. 76 e modificando il comma 1 dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016, ha stabilito, da un lato, che l'avviso dell'adozione del provvedimento che determina le ammissioni e le esclusioni deve indicare *"l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti"* e, dall'altro lato, che *"Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti [...] sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione"*.

Si tratta dunque di previsioni che paiono confermare la tesi secondo cui il termine per la contestazione delle ammissioni e delle esclusioni decorre soltanto dal momento in cui il ricorrente ha avuto conoscenza delle relative motivazioni, dalle quale è possibile evincere gli eventuali profili di illegittimità.

Per completezza si segnala che la sentenza in commento, dopo aver dichiarato inammissibili per tardività i vizi relativi all'ammissione della controinteressata si è pronunciata sull'unico vizio ritenuto tempestivo, con il quale si contestava la valutazione di anomalia dell'offerta aggiudicataria effettuata dalla stazione appaltante. Al proposito, il TAR ha ribadito principi consolidati in materia ed in particolare ha confermato che tale valutazione è sottratta al sindacato del giudice amministrativo, se non nei casi in cui risulti macroscopicamente viziata da illogicità o irragionevolezza (cfr. T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 1° giugno 2015, n. 1287; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497; Tar Lombardia Milano, sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146).

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 566 del 2017, proposto da:

Toi Toi Italia Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Tiziano Ugoccioni, Joseph Brigandi', con domicilio eletto presso lo studio del

primo in Milano, via Lanzone n. 31;

contro

A.M.S.A. - Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Raffaello Perfetti, Alessandro Rosi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Michele Barozzi n. 1;

nei confronti di

S.E.S.I. S.r.l. - Società Ecologica Servizi Igienici, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Paolo Giovannelli, Alessandro Bianconi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Matteo Ponti in Milano, via Bandello 5;
Sebach Unipersonale Srl non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento prot. n. ACQ/APP/PR 16/2016/N. 67/RS in data 8 febbraio 2017, di aggiudicazione dell'appalto oggetto della procedura ristretta n. 16/2016 (CIG 6752277B3E), con modalità interamente telematica, ai sensi del d.lgs. n. 50/2016, "per la gestione completa dei servizi igienici mobili, di diversa tipologia (in funzione dell'accessibilità ai medesimi di persone normodotate e/o diversamente dotate), non soggetti ad allacciamenti a reti

elettriche, idriche e fognarie" in favore del costituendo R.T.I. tra SESI s.r.l. e Sebach s.r.l. e della relativa comunicazione inviata via PEC in pari data;

2) del verbale di gara n. 8 del 18/01/2016, recante la valutazione di congruità dell'offerta presentata dal RTI Sesi/Sebach e la contestuale proposta di aggiudicazione dell'appalto in favore dello stesso;

3) dei verbali di gara dal n. 1 del 13/09/2016 al n. 7 del 21/12/2016;

4) di ogni atto, ancorché non noto e mai comunicato alla ricorrente, che sia presupposto, connesso o consequenziale

nonché per la declaratoria

ai sensi e per gli effetti degli articoli 121 e 122 del cod. proc. amm., dell'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato e del diritto della ricorrente a "conseguire l'aggiudicazione e il contratto";

nonché per la condanna

ai sensi e per gli effetti degli articoli 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 e la conseguente

condanna della stazione appaltante a far subentrare la ricorrente nel contratto (che dichiara sin d'ora la propria disponibilità in tal senso) e, in subordine, per equivalente, con riserva di determinare l'ammontare del danno nel corso del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.M.S.A. - Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.A. e di S.E.S.I. S.r.l. - Società Ecologica Servizi Igienici;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2017 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

Toi Toi Italia Srl 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.

Contestualmente, chiede che venga dichiarata l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata, con conseguente subentro nella gestione del rapporto; in via subordinata, chiede la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente monetario.

Si costituiscono in giudizio A.M.S.A. - Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.A. e S.E.S.I. S.r.l. - Società Ecologica Servizi Igienici, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso avversario, di cui chiedono il rigetto.

Con ordinanza n. 470/2017, depositata in data 7 aprile 2017, il Tribunale respinge la domanda cautelare formulata dalla ricorrente.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del giorno 6 luglio 2017, la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalla documentazione prodotta in giudizio e dalle allegazioni delle parti emerge che: a) con

bando inviato per la pubblicazione in gazzetta ufficiale dell'Unione Europea il 22 luglio 2016, Amsa indicava una procedura ristretta, con modalità telematica, per la gestione dei servizi igienici mobili non soggetti ad allacciamenti a reti elettriche, idriche e fognarie; in particolare, il servizio comprendeva il posizionamento, il lavaggio, la pulizia e la manutenzione di tali servizi igienici collocati sul territorio dei Comuni e delle Province di Milano e Monza e Brianza, compreso lo smaltimento dei reflui prodotti; b) la lex specialis prevedeva la gestione dei servizi igienici presso: 1) le aree a verde pubblico del Comune di Milano (dove sono collocati circa 150 servizi igienici, di cui 65 presenti per tutto l'anno e 85 posizionati dal 1° marzo al 31 ottobre); 2) il Comune di Milano e gli altri Comuni serviti da Amsa; c) l'importo massimo di spesa era stabilito in 600.000 euro (per due anni) e la gara sarebbe stata aggiudicata alla società concorrente che avesse offerto lo sconto maggiore secondo le modalità indicate negli atti di gara; a tale fine, al capitolato d'appalto venivano allegati due listini prezzi, con indicati gli importi unitari posti a base di gara relativi ai singoli servizi da svolgere; d) alla procedura di gara hanno partecipato Toi Toi Italia Srl e l'Ati composta da Sesi S.r.l. e Sebach S.r.l.; e) la stazione appaltante verificava la completezza della documentazione amministrativa presentata dai concorrenti nella seduta di gara del 13 settembre 2016 e, a seguito di alcune richieste di integrazioni, invitava entrambi i concorrenti a presentare l'offerta; f) il 21 ottobre 2016 si teneva la riunione della commissione di gara, avente ad oggetto, tra l'altro, l'esame delle offerte economiche: Toi Toi Italia Srl offriva uno sconto sul prezzo posto a base di gara pari al 22,8% e l'Ati composta da Sesi S.r.l. e Sebach S.r.l. uno sconto del 48,84%; g) la stazione appaltante avviava il procedimento di verifica della congruità delle offerte presentate, chiedendo, inizialmente, gli elementi giustificativi delle offerte (seduta del 21 ottobre 2016) e, successivamente, ulteriori richieste di chiarimenti e delucidazioni (sedute del 12 e 21 dicembre 2016); h) l'Ati Sesi presentava le giustificazioni e all'esito della procedura, la stazione appaltante riteneva congrua l'offerta collocatasi al primo posto della graduatoria e disponeva l'aggiudicazione del servizio in suo favore.

Con l'impugnazione in esame, Toi Toi Italia Srl contesta l'ammissione alla gara dell'Ati aggiudicataria e il provvedimento di aggiudicazione.

2) E' fondata l'eccezione con la quale la parte resistente deduce l'inammissibilità, per violazione dell'art. 120, comma 2 bis, del d.l.vo n. 104 del 2010, dei primi due motivi di impugnazione, con i quali la ricorrente contesta l'ammissione alla gara dell'Ati aggiudicataria.

L'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. dispone che il provvedimento che "determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante ... L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento".

Risulta per tabulas che in data 3 gennaio 2017, Toi Toi Italia srl ha ricevuto, a seguito di una specifica istanza di accesso, tutti gli atti relativi alla verifica della documentazione amministrativa presentata dalle imprese e relativa all'ammissione dell'aggiudicataria alla procedura; pertanto, a partire da tale data la ricorrente era a conoscenza della documentazione relativa alla verifica dei requisiti di ammissione alla gara della

controinteressata, sicché da tale data decorreva il termine di 30 giorni previsto per l'impugnazione dell'ammissione alla procedura dell'Ati aggiudicataria.

Vale ricordare sul punto che il termine per proporre l'impugnazione degli atti di una procedura di gara decorre dal momento in cui il ricorrente ne abbia avuto conoscenza, ancorché tale conoscenza sia stata acquisita con forme diverse da quelle previste dal Codice dei contratti (cfr., di recente, Consiglio di Stato, sez. V, n. 119 del 2016).

Non solo, la giurisprudenza, condivisa dal Tribunale, precisa che l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., che prevede l'immediata impugnazione dei provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa, va coordinato con il comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a., che delinea un rito "superspeciale", che va celebrato in camera di consiglio entro 60 giorni dalla notifica del ricorso, rendendolo applicabile esclusivamente ai casi di censura dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara in ragione del possesso (o mancato) dei requisiti di ordine generale e di qualificazione per essa previsti e non per l'impugnazione del successivo provvedimento di aggiudicazione della gara (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 434).

La previsione di un rito "superaccelerato" per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione ed ammissione è evidentemente volta, nella sua ratio legis, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione; ovvero, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (parere Consiglio di Stato, 1 aprile 2016, n. 855/2016).

Al tempo stesso tale norma pone evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in esame, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati.

In sostanza, una volta che la parte interessata non ha impugnato l'ammissione o l'esclusione non potrà più far valere i profili inerenti all'illegittimità di tali determinazioni con l'impugnazione dei successivi atti della procedura di gara, quale, come nel caso di specie, il provvedimento di aggiudicazione, atti che, pertanto, non potranno più essere contestati per illegittimità derivata (T.A.R. Campania Napoli, sez. VIII, 02 febbraio 2017, n. 696).

Nel caso di specie, la parte ricorrente ha impugnato l'ammissione della controinteressata solo con il ricorso introduttivo del presente giudizio, avviato alla notifica il 10 marzo 2017, ossia ben oltre il termine di trenta giorni dalla conoscenza della documentazione relativa all'ammissione alla gara dell'Ati aggiudicataria.

Ne deriva che la contestazione del provvedimento di ammissione è tardiva e le relative censure non possono essere esaminate, perché proposte dopo il decorso del termine perentorio di legge.

3) Con il terzo motivo di impugnazione – l'unico ammissibile e da esaminare nel merito – Toi Toi Italia srl contesta la valutazione di congruità dell'offerta dell'Ati Sesi effettuata dalla

stazione appaltante.

In particolare, la ricorrente sostiene che le giustificazioni offerte dal RTI controinteressato si risolverebbero nella mera scomposizione dei costi previsti per lo svolgimento delle prestazioni oggetto dall'appalto e, pertanto, sarebbero inidonee a comprovare l'effettiva sostenibilità dell'offerta.

Il motivo è infondato.

In primo luogo, va osservato, in ordine ai principi che governano la valutazione di anomalia, che, per consolidata giurisprudenza (cfr. di recente T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 63, che riprende un orientamento più volte ribadito dal Tribunale e condiviso dalla prevalente giurisprudenza): a) in sede di apprezzamento dell'offerta anomala, il concorrente sottoposto a valutazione non può fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di "finanza creativa", modificando, in aumento o in diminuzione, le voci di costo e mantenendo fermo l'importo finale; nondimeno, ciò non esclude che l'offerta possa essere modificata in taluni suoi elementi, compresi, in particolare, quelli relativi all'utile atteso, che può essere ridotto (cfr. tra le tante T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 1° giugno 2015, n. 1287; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497; Tar Lombardia Milano, sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146); b) resta fermo il principio per cui in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione - pena la violazione della par condicio tra i concorrenti - ma ciò non toglie che, avendo la verifica di anomalia la finalità di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme; c) di conseguenza, si ritiene ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (cfr., al riguardo, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146); d) la giurisprudenza ritiene coerenti con lo scopo del giudizio di anomalia e con il rispetto dei principi di parità di trattamento e divieto di discriminazione una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), lasciando, però, le voci di costo invariate, ovvero un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili; e) è anche pacificamente ammesso che l'impresa possa intervenire riducendo l'utile esposto, a condizione che tale voce non risulti del tutto azzerata, perché ciò che importa è che l'offerta rimanga nel complesso seria (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; id., 23 luglio 2012, n. 4206; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676); f) resta fermo che la valutazione di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare che l'offerta sia attendibile e affidabile nel suo complesso (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770).

Occorre portare l'attenzione su quest'ultimo profilo, ossia sul fatto che la verifica di anomalia, da un lato, non integra una ricerca di singoli errori, dall'altro, non ha ad oggetto solo particolari voci di costo, essendo diretta a verificare l'attendibilità dell'offerta complessiva, sicché la presenza di singoli scostamenti non giustificati resta ininfluyente, se non ne emerge l'incidenza rispetto all'offerta globalmente intesa.

Tale profilo di incidenza sull'offerta complessiva non è chiaramente messo in luce dalla ricorrente con il motivo in esame, che si risolve in una contestazione di singoli costi, senza evidenziarne la capacità di inficiare l'offerta nel suo insieme, nonostante il valore non irrisorio posto a base di gara.

Seppure il profilo ora indicato è in sé sufficiente a respingere le doglianze formulate, il Tribunale evidenzia, per completezza di esposizione, che le contestazioni riferite a singole voci di costo palesano specifiche criticità dell'offerta aggiudicataria, non esaminate dalla stazione appaltante, trattandosi, di volta in volta, di valori in ordine ai quali la Commissione ha chiesto chiarimenti e giustificazioni, che hanno evidenziato la coerenza del dato esposto.

In particolare:

A) Con riferimento alla gestione dei servizi igienici da collocare presso le aree a verde del Comune di Milano, Toi Toi Italia srl sostiene che la giustificazione dei costi non terrebbe conto degli oneri per i trasferimenti da effettuarsi tra le aree a verde pubblico e, all'interno delle stesse, tra le varie postazioni.

L'impostazione non può essere condivisa.

Invero, le giustificazioni prodotte dall'aggiudicataria (cfr. documentazione in atti) palesano che tali oneri sono inclusi nei costi di utilizzo dei veicoli impiegati per il servizio; difatti, i costi in esame comprendono "tra gli altri: carburante, manutenzione e pneumatici, assicurazione RCA, tassa automobilistica, quota leasing, sistema gps", con l'ulteriore precisazione che per le operazioni relative al Comune di Milano e Provincia sono stati espressamente presi in considerazione "sia i costi proporzionali alla percorrenza, sia quelli non proporzionali".

Non va poi dimenticato che l'ati aggiudicataria ha chiarito alla stazione appaltante che la società Sebach dispone di un numero di bagni pari a oltre 35.000 unità e che le due società, Sesi e Sebach, unitariamente considerate, gestiscono, nelle Province di Milano e Monza Brianza, una media di circa 1.500 bagni chimici a noleggio.

Ora, è evidente che una così consistente presenza sul territorio da parte delle società partecipanti all'Ati aggiudicataria determina delle economie di scala e, quindi, una riduzione dei costi, fermo restando che si tratta di forme di contenimento della spesa incontestatamente valorizzabili in sede di valutazione di anomalia.

Più in dettaglio, si tratta di una situazione che consente di abbattere i costi di trasferimento, poiché il personale dell'Ati può effettuare il medesimo servizio su tutti i bagni ubicati nelle zone di interesse, bagni gestiti da Sebach e riferibili a una pluralità di committenti, tanto che le

relazioni prodotte in sede di giustificazioni precisano che “quando il personale esce dal deposito per il trasporto o la consegna di un bagno oppure per lo svolgimento dei servizi di manutenzione, organizza il proprio percorso in modo tale da poter effettuare il medesimo servizio sul maggior numero di bagni Sebach che sono ubicati in quella zona, in modo tale che lo stesso personale, nello stesso giorno e nella stessa zona, possa svolgere attività su bagni di clienti diversi ottimizzando costi e tempi per tutti”.

Del resto, la ricorrente neppure contesta i dati quantitativi esposti dall'aggiudicataria, appena richiamati, con conseguente infondatezza della censura in esame.

B) Con riferimento al costo del personale (pari a euro 15,68), Toi Toi Italia srl sostiene che l'aggiudicatario non avrebbe preso in considerazione la circostanza che il servizio deve essere svolto, in larga parte, in orario notturno e in giornate festive e prefestive.

La censura è formulata in termini generici, perché non tiene conto della concreta consistenza delle giustificazioni elaborate dall'aggiudicataria.

Quest'ultima, nella tabella allegata alla risposta ai chiarimenti del 14 dicembre 2016, ha fornito adeguate spiegazioni in ordine al costo medio del lavoro ricavato dal CCNL di riferimento, dedicando una specifica voce alle festività non godute.

Non solo, l'Ati aggiudicataria, nella risposta alla richiesta di chiarimenti del 29 dicembre 2016, ha evidenziato che il costo medio esposto non tiene conto delle agevolazioni previste dalla l. n. 208 del 2015 (legge di stabilità 2016), la quale, ex art. 1, comma 178 e ss., prevede l'esonero, a favore dei datori di lavoro privati, dal versamento del 40% dei contributi previdenziali per le nuove assunzioni con contratto di lavoro a tempo indeterminato.

In proposito, è del tutto condivisibile la deduzione svolta dalla stazione appaltante - non superata dalle contestazioni della ricorrente - laddove afferma che soltanto l'applicazione di tale normativa di favore consentirebbe di per sé di superare ogni questione su asserite sottostime del costo del personale.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza anche della censura in esame.

C) Toi Toi Italia srl sostiene anche che, nell'analisi dei costi di posizionamento dei servizi mobili, non sarebbe stato considerato che l'appaltatore dovrà provvedere a posizionamenti e successive rimozioni, ad inizio e fine stagione.

Anche questa contestazione è destituita di fondamento.

Va osservato, in primo luogo, che il posizionamento e la rimozione stagionali devono essere effettuati soltanto per una parte dei servizi igienici mobili, atteso che l'art. 4 del capitolato speciale stabilisce che 65 servizi sono collocati per tutto l'anno e 85 devono essere posizionati da marzo a ottobre.

Non solo, la semplice lettura del capitolato speciale evidenzia che l'importo posto a base di

gara include espressamente anche i costi per l'attività di consegna e ritiro, sicché è del tutto apodittica la tesi secondo la quale simili costi non sarebbero computati nell'offerta aggiudicataria.

In ogni caso, vale ribadire che si tratta di costi di limitata consistenza e di cui la ricorrente non ha in alcun modo dimostrato l'incidenza sulla serietà dell'offerta complessiva, con conseguente infondatezza della doglianza in esame.

D) La ricorrente sostiene, infine, che l'esito positivo della valutazione di anomalia sarebbe del tutto irragionevole, in quanto l'utile dichiarato non coprirebbe i costi del servizio.

La tesi viene basata su una serie di passaggi argomentativi tanto articolati, quanto apodittici, poiché Toi Toi Italia srl si limita a formulare una propria ricostruzione dei costi per dimostrare che l'offerta aggiudicataria non potrebbe generare alcun utile.

Si tratta di un *modus procedendi* che non può essere condiviso, in primo luogo, perché muove da un'analisi solo parziale del servizio complessivo, considerando solo la gestione di 65 servizi igienici, mentre l'appalto concerne 150 servizi mobili e, del resto, non è dubitabile che, aumentando il numero di bagni da gestire, si producono ovvie economie di scala, con conseguente riduzione del costo unitario del servizio.

Non solo, la tesi della ricorrente muove da un'impostazione del servizio che non trova riscontro nell'organizzazione adottata dall'Ati aggiudicataria ed è avulsa dalle caratteristiche gestionali ed operative dell'aggiudicataria stessa, sicché è del tutto inidonea a dimostrare l'incapacità dell'offerta aggiudicataria di conseguire un utile.

Al contrario, la stazione appaltante, muovendo dal contenuto dell'offerta aggiudicataria e dalle giustificazioni prodotte, ha verificato la capacità dell'Ati di conseguire un utile di circa il 16%.

Il dato non è privo di conseguenze, poiché, come già evidenziato, la giurisprudenza consente che in sede di valutazione di anomalia eventuali carenze nella copertura di singoli costi siano colmate mediante una corrispondente riduzione dell'utile.

Tale possibilità è sicuramente presente nel caso di specie, attesa la consistenza dell'utile previsto, fermo restando che tale assetto rende ancora più evidente la mancanza di elementi oggettivi per affermare che singole e particolari carenze di voci di costo siano in grado di incidere sull'affidabilità dell'offerta complessiva.

Ne deriva l'infondatezza della censura in esame.

4) In definitiva, il ricorso 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, respinge il ricorso.

Condanna Toi Toi Italia srl al pagamento delle spese di lite, liquidandole in euro 6.000,00 (seimila) oltre accessori di legge, da dividere in uguale misura tra A.M.S.A. - Azienda Milanese Servizi Ambientali S.p.A. e S.E.S.I. S.r.l. - Società Ecologica Servizi Igienici.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Roberto Lombardi, Primo Referendario