



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 Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1780 del 2014, proposto da:  
Pizzamiglio Andrea S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco  
Basile, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Santa  
Maria Segreta, 6;

***contro***

Comune di Giussago,  
Comune di Zeccone;

***nei confronti di***

San Germano S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giancarlo  
Tanzarella e Luigi Gili, con domicilio eletto presso lo studio del  
primo in Milano, piazza Velasca, 5;

***per l'annullamento***

della determinazione del responsabile dell'Area Territorio e  
Ambiente Servizio Tecnico del Comune di Giussago n. 59 in data 7  
maggio 2014, avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva della

procedura aperta per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti del Comune di Giussago e di Zeccone e di allestimento e gestione dell'area ecologica comunale di Zeccone;  
della determinazione del responsabile dell'Area Territorio e Ambiente e Servizio Tecnico del Comune di Giussago n. 59 in data 21 dicembre 2012 avente ad oggetto l'aggiudicazione provvisoria e l'approvazione dei verbali di gara di cui alla procedura innanzi descritta;  
del verbale della Commissione di gara n. 5 in data 30 aprile 2014 comunicato con lettera del 30 aprile 2014, prot. 2967;  
nonché ogni altro atto preordinato, conseguente e comunque altrimenti connesso tra cui i verbali della Commissione di gara n. 2 in data 14 aprile 2014, n. 3 in data 15 aprile 2014 e n. 4 in data 23 aprile 2014.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di San Germano S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da San Germano S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2014 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il presente ricorso la società istante, seconda classificata a punti 1,20 dalla prima e gestrice uscente del servizio, ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione alla controinteressata della procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti del Comune di Giusago e di Zeccone e di allestimento e gestione dell'area ecologica comunale di Zeccone.

A sostegno del proprio ricorso l'istante ha dedotto, essenzialmente, la violazione della *lex specialis* di gara per l'errata mancata attribuzione alla propria offerta tecnica di alcun punteggio per la voce: "ottimizzazione degli orari di raccolta dei rifiuti", la violazione dell'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, nonché, nuovamente, la violazione della *lex specialis* di gara per l'errata attribuzione del punteggio all'offerta tecnica della società controinteressata per la voce relativa all'utilizzo di mezzi a ridotto impatto ambientale.

Si è costituita in giudizio la San Germano S.r.l., che ha chiesto la reiezione del ricorso per infondatezza nel merito, controdeducendo specificamente alle singole doglianze.

La controinteressata ha, altresì, proposto ricorso incidentale, deducendo, essenzialmente, la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter) del d.lgs. n. 163/2006 con riferimento alla dichiarazione del responsabile tecnico della ricorrente principale, nonché la violazione degli artt. 86, comma 3 bis e 87, comma 4, per la mancata

indicazione nell'offerta economica degli oneri di sicurezza aziendali.

Con ordinanza n. 953/2014 dell'11 luglio 2014 la sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente principale, fissando la trattazione del merito all'odierna udienza pubblica.

Tale provvedimento è stato confermato in appello con ordinanza n. 4251/14 del 24 settembre 2014 della quinta sezione del Consiglio di Stato.

Successivamente le parti hanno presentato memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 10 dicembre 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Con il presente ricorso la società istante contesta, essenzialmente, la mancata aggiudicazione in suo favore della procedura concorsuale in questione in ragione dell'erroneità dell'attribuzione dei punteggi da parte della commissione di gara alla propria offerta tecnica e a quella della società controinteressata.

Più specificamente, con la prima doglianza l'istante ha dedotto la violazione della *lex specialis* di gara oltre che diversi profili di eccesso di potere per l'errata mancata attribuzione alla propria offerta tecnica di alcun punteggio per la voce: "ottimizzazione degli orari di raccolta dei rifiuti".

Deve precisarsi che il bando di gara, al punto 18, nella parte relativa alle modalità di presentazione dell'offerta tecnica (lett. h, pag. 4),

prevedeva la voce n. 1 relativa alle migliori, per la quale era indicata l'attribuzione di un punteggio massimo di 15 punti sui 60 relativi alla complessiva offerta tecnica. La lettera l) specificava i criteri di attribuzione dei sub punteggi per le singole voci e, per le migliori, prevedeva:

“1.a) Ottimizzazione dei tempi delle raccolte differenziate privilegiando la fascia oraria – dalle 7,00 alle 9,00: punti 4; dalle 7,00 alle 10,00: punti 3; dalle 7,00 alle 11,00: punti 2; dalle 7,00 alle 12,00: punti 0”.

La commissione di gara si sarebbe determinata nel senso di non attribuire alcun punteggio per tale sub criterio all'offerta tecnica della ricorrente in ragione dell'indicazione da parte dell'istante della fascia oraria “6.30-9.30”, ritenuta non ammissibile.

Più specificamente, come risulta dall'esame del verbale n. 4 della seduta del 23 aprile 2014, la commissione avrebbe espresso le seguenti considerazioni:

“1) la voce “ottimizzazione tempi di raccolta” è stata considerata tenuto conto di quanto indicato nel bando di gara; poiché la fascia oraria proposta dalla Ditta Pizzamiglio Andrea s.r.l. non rientra nell'elenco delle indicazioni suscettibili di attribuzione di punteggio, è stata dichiarata non valutabile; l'affermazione di un “miglioramento dell'efficienza del servizio” fatta dalla Ditta Pizzamiglio Andrea s.r.l. è astratta ed unilaterale e si colloca al di fuori di quanto previsto nei documenti di gara”.

Il collegio ritiene che tali determinazioni risultino illogiche e in contrasto con quanto stabilito dalla lex specialis di gara, che, utilizzando la parola “privilegiando”, ha inteso indicare alcune fasce orarie preferibili, alle quali erano associati dei subpunteggi, ma senza ingessare la valutazione della commissione, che, sulla base di quelle indicazioni, avrebbe dovuto comunque attribuire un punteggio alla fascia oraria così come indicata dall’istante.

Dalle previsioni del bando si sarebbe, infatti, dovuto dedurre, ad opinione del collegio, che il servizio espletato nel minor tempo possibile avrebbe dovuto ricevere un maggior punteggio, mentre quello espletato in più tempo avrebbe dato diritto ad un punteggio sempre minore.

Appunto era, infatti, previsto che il servizio espletato dalle 7.00 alle 9.00 (dunque, in sole due ore), sarebbe stato premiato con ben 4 punti, mentre quello posto in essere dalle 7.00 alle 12.00 (dunque in cinque ore) non avrebbe dato diritto ad alcun punto.

Tanto premesso, la ricorrente, che aveva indicato la fascia oraria 6.30-9.30, avrebbe dovuto ricevere 3 punti (perché operante in tre ore), ma pure ammettendo un punteggio lievemente minore perché la fascia oraria offerta dall’istante non coincideva perfettamente con quella indicata dal bando (7.00-10.00) per l’attribuzione di tale punteggio, non avrebbe comunque mai potuto ricevere un punteggio pari a zero. In questo modo, infatti, la commissione l’ha equiparata, del tutto illogicamente ed erroneamente, ad un’offerta portante

l'indicazione dell'espletamento del servizio in cinque ore.

Ne risulta, dunque, la piena fondatezza della doglianza, così come del secondo motivo, con il quale la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 46, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, atteso che la commissione non avrebbe applicato il cosiddetto "dovere di soccorso" in favore della propria offerta.

Si concorda, invero, con l'assunto dell'istante, in quanto la commissione, avendo interpretato le prescrizioni del bando in maniera rigida – nonostante, come visto, le parole nello stesso contenute - avrebbe dovuto come minimo farlo presente all'istante, per far sì che la ricorrente potesse eventualmente fornire indicazioni integrative.

In ogni caso, è pure fondata la terza doglianza, con la quale la ricorrente ha dedotto nuovamente la violazione della lex specialis di gara per l'errata attribuzione del massimo punteggio di 20 per la voce relativa all'utilizzo di mezzi a ridotto impatto ambientale all'offerta tecnica della società controinteressata, di un punteggio, dunque, uguale a quello attribuito alla stessa voce per l'offerta tecnica della ricorrente.

Il disciplinare di gara, premettendo all'art. 12, punto 2, pag. 10, che l'assenza delle dichiarazioni o delle certificazioni richieste per la valutazione tecnica non avrebbe comportato in alcun modo esclusione dalla gara ma unicamente l'assegnazione di un punteggio pari a zero per tali voci, indicava, relativamente alla voce n. 4

“Utilizzo automezzi a ridotto impatto ambientale e data di immatricolazione”, il massimo punteggio di 20 (cfr. tabella a pag. 11), così come il bando di gara, per la stessa voce n. 4 indicata alla lettera i) della pag. 4: “Utilizzo automezzi a ridotto impatto ambientale e data di immatricolazione”.

La San Germano ha indicato nella sua offerta tecnica solamente che: “tutti i veicoli, cioè il 100% dei mezzi d’opera, con alimentazione a gasolio (o accensione spontanea) impiegati nel servizio saranno perciò rispondenti come minimo alla normativa EURO 5 EEV sulle emissioni inquinanti e, ove già commercializzati, alla normativa EURO 6” (cfr. offerta tecnica, pag. 9, ultima parte).

La società ha ommesso, dunque, di indicare, oltre ai modelli dei mezzi, la data di immatricolazione dei medesimi, che costituiva proprio uno degli elementi di valutazione della voce, come risulta dalle espresse previsioni del titolo della stessa e come logico, del resto, trattandosi di mezzi che avrebbero dovuto assicurare il minor impatto ambientale possibile.

Risulta, quindi, illogico che la commissione abbia attribuito il massimo punteggio alla suddetta voce dell’offerta tecnica della controinteressata nonostante tali omissioni, lo stesso punteggio, peraltro, attribuito alla medesima voce dell’offerta tecnica della ricorrente, sebbene quest’ultima avesse indicato in un’analitica tabella tutti i veicoli che sarebbero stati utilizzati per il servizio e l’anno di immatricolazione dei medesimi (cfr. le pagine dell’offerta tecnica di



Pizzamiglio relative alla voce n. 4).

Le doglianze della ricorrente principale colgono, quindi, nel segno.

Passando, dunque, alla trattazione del ricorso incidentale, la società controinteressata deduce, essenzialmente, la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-ter) del d.lgs. n. 163/2006 con riferimento alla dichiarazione del responsabile tecnico della ricorrente principale, che non conterrebbe il riferimento espresso, appunto, all'art. 38, comma 1, lett. m-ter) del d.lgs. n. 163/2006.

Deduce, inoltre, la violazione degli artt. 86, comma 3 bis e 87, comma 4, per la mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali nell'offerta economica della Pizzamiglio.

Entrambe le censure non sono fondate.

Con riferimento alla prima, è sufficiente, infatti, richiamare il più recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, che si fonda sull'interpretazione letterale delle norme (né la *lex specialis* di gara né l'art. 38 del codice dei contratti contemplano, invero, la figura del responsabile tecnico tra i soggetti per i quali debbano essere rese le dichiarazioni previste dal co. 1, lett. b), c) ed m ter) del detto art. 38), oltre che sulla prevalenza della sostanza sulla forma nell'interpretazione dell'art. 38 del codice degli appalti pubblici e per il quale nelle gare pubbliche il responsabile tecnico non rientra tra i soggetti per i quali le imprese partecipanti sono obbligate a rendere le dichiarazioni richieste dall'art. 38, comma 1, lett. b), c) ed m ter), del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 giugno 2014,

n. 2888).

Riguardo, invece, all'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, in adesione alla più recente giurisprudenza amministrativa, l'esclusione dalla gara della controinteressata non sarebbe potuta derivare dall'omessa indicazione degli stessi nella sua offerta, trattandosi di profili che possono rilevare solo nel caso di contestazione della congruità dell'offerta, circostanza che non si è verificata nella fattispecie in questione.

Ed invero, nel caso di appalti non aventi ad oggetto l'esecuzione di lavori pubblici, nei cui confronti si applica la norma dettata ad hoc dall'art. 131 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ed il cui bando di gara non contenga una comminatoria espressa, l'omessa indicazione nell'offerta dello scorporo matematico degli oneri di sicurezza per rischio specifico non comporta di per sé l'esclusione dalla gara - anche alla luce dei criteri di tassatività delle cause espulsive previste dall'art. 46 comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 -, ma rileva ai soli fini dell'anomalia del prezzo offerto, nel senso che, per scelta della stazione appaltante, il momento di valutazione dei suddetti oneri non è eliso, ma è posticipato al sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta nel suo complesso (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2014, n. 4907).

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso principale va accolto, mentre il ricorso incidentale va respinto.

Ne consegue l'annullamento dei provvedimenti impugnati con il

ricorso principale.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone l'annullamento dei provvedimenti impugnati, come in motivazione.

Respinge il ricorso incidentale.

Condanna l'amministrazione intimata e la società controinteressata, in via solidale, alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti della ricorrente principale, che si liquidano in una somma pari ad euro 4000, oltre ad oneri di legge e alla rifusione del contributo unificato dalla medesima versato.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2015

IL SEGRETARIO

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