



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6534 del 2013, proposto dalla società A.M.S.A. - Azienda Milanese Servizi Ambientali s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca R. Perfetti, Andreina Degli Esposti e Riccardo Villata, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via L. Bissolati n. 76;

contro

Comune di Peschiera Borromeo, in persona del sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Rosaria Ambrosini e Stefano Vinti, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Emilia n. 88;

nei confronti di

Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Boifava e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Flaminia n. 354;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Lombardia – Milano - Sezione III, n. 1882 del 17 luglio 2013.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Peschiera Borromeo e dell'Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l.;

Viste le memorie difensive e di replica depositate dall'appellante (in data 28 marzo e 4 aprile 2014), dal Comune di Peschiera Borromeo (in data 28 marzo 2014), e dall'Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l. (in data 16 ottobre 2013 e 3 aprile 2014);

Vista la produzione documentale depositata dall'appellante in data 24 marzo 2014;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2014 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati Nardelli su delega dell'avvocato Degli Esposti, Chirulli su delega dell'avvocato Vinti, e De Portu;

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla procedura di gara concernente l'affidamento del servizio di igiene urbana nel comune di Peschiera Borromeo culminata nell'aggiudicazione all'Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l. (in prosieguo ditta Sangalli, cfr. determinazione n. 63 del 23 gennaio 2013); al secondo posto si è classificata la società A.M.S.A. - Azienda Milanese Servizi Ambientali s.p.a. (in prosieguo ditta A.M.S.A.); al terzo posto la società DHI (il cui ricorso al medesimo T.a.r. per la Lombardia è stato respinto con sentenza n. 1881 del 2013 che non risulta impugnata).

2. L'impugnata sentenza – T.a.r. per la Lombardia – Milano - Sezione III, n. 1882 del 17 luglio 2013 – ha respinto con dovizia di argomenti sia il ricorso principale proposto dalla ditta A.M.S.A. che quello incidentale articolato dalla aggiudicataria, compensando fra le parti le spese di lite.

3. Con ricorso ritualmente notificato e depositato la ditta A.M.S.A. ha interposto appello avverso la su menzionata sentenza sollevando anche doglianze in parte nuove.

4. Si è costituita l'amministrazione comunale eccependo l'infondatezza dell'appello in fatto e diritto.

5. Si è costituita l'impresa Sangalli eccependo l'inammissibilità sia dell'originario ricorso di primo grado che dell'atto di appello; l'impresa Sangalli ha proposto, inoltre, appello incidentale reiterando criticamente i motivi posti a sostegno del ricorso incidentale di primo grado.

6. Le parti hanno meglio illustrato le proprie difese con le memorie indicate in epigrafe; la ditta A.M.S.A. ha effettuato deposito documentale in data 24 marzo 2014.

7. All'udienza pubblica del 15 aprile 2014, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. L'appello proposto dalla società A.M.S.A. è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il Collegio rileva che:

a) è inammissibile l'introduzione, per la prima volta nel giudizio di appello, di produzioni documentali e doglianze ulteriori rispetto a quelle che, proposte con atti ritualmente notificati, hanno delimitato il perimetro del *thema decidendum vel probandum* in prime cure; non si può tener conto di tali documenti e profili nuovi perché sollevati in spregio al divieto dei *nova* sancito dall'art. 104 c.p.a., ed al valore puramente illustrativo delle memorie conclusionali [cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 18 aprile 2012, n. 2232; sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640; ad. plen., 19 dicembre 1983, n. 26, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, 88, co. 2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.]; conseguentemente, per ragioni di comodità espositiva, prende in esame direttamente le doglianze poste a base dell'originario ricorso al T.a.r. nei limiti in cui sono state criticamente riproposte nell'atto di gravame;

b) attesa l'infondatezza del gravame principale, può prescindersi dall'esame delle plurime eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado e di quello di appello sollevate dalla difesa dell'Impresa Sangalli;

c) conformemente a quanto statuito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio [cfr. ad. plen., n. 9 del 2014, cui si rinvia a mente degli artt. 74, 88, co. 2, lett. d), 99, co. 3, e 120, co. 10, c.p.a.], in caso di manifesta infondatezza del ricorso principale di primo grado il giudice, per ragioni di economia processuale, è esonerato dall'esame preventivo del ricorso incidentale, a fortiori in una fattispecie come quella in trattazione in cui le imprese rimaste in gara sono più di due.

8.1. Con il primo motivo (pagine 11- 18 del ricorso di primo grado), la ditta A.M.S.A. ha lamentato la carenza e la elusività della motivazione nonché l'incongruità dei punteggi attribuiti dalla commissione alla propria offerta tecnica, la sistematica sovra valutazione dell'offerta aggiudicataria e la sotto valutazione della propria.

8.1.1. Il motivo è inammissibile e infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

8.1.2. La censura è inammissibile nella parte in cui sollecita il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato di merito, al di fuori delle tassative ipotesi divise dall'art. 134 c.p.a., sulle valutazioni tecnico discrezionali riservate dalla legge alla commissione di gara [cfr. da ultimo Cons. St., ad. plen., n. 7 e 9 del 2014; Cass. civ., sez. un., 8 marzo 2012 n. 3622; Cons. St., sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74, co. 1, e 88, co. 2, lett. d), c.p.a.].

Le censure sono anche infondate perché:

a) costituisce diritto vivente il principio secondo cui, in sede di valutazione delle offerte, il punteggio numerico ben può essere ritenuto sufficiente *ex se* ad esternare e sostenere il giudizio della commissione sui singoli elementi tecnici, allorquando

(come nel caso di specie) la *lex specialis* della gara abbia predeterminato in modo adeguato i parametri di misurazione degli stessi consentendo la ricostruzione dell'*iter* logico seguito dall'organo tecnico (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160; sez. III, 15 aprile 2013, n. 2032; sez. VI, 19 marzo 2013, n. 1600; 17 dicembre 2008, n. 6290; sez. V, 28 marzo 2008, n. 1332, cui si rinvia a mente del combinato disposto degli artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.);

b) la commissione ha motivato in modo sintetico ma esaustivo l'attribuzione dei punteggi ai vari elementi tecnici senza sconfinare nell'arbitrio e rimanendo nei limiti della opinabilità.

8.2. Con il secondo motivo (pagine 18 – 23 del ricorso di primo grado), si contesta la violazione dell'art. 83, codice dei contratti pubblici, sotto il profilo che la legge di gara non avrebbe effettivamente predeterminato le modalità di attribuzione del punteggio ai vari elementi dell'offerta tecnica.

8.2.1. Il motivo è infondato.

8.2.1. Invero, il giudice amministrativo, adito in sede di legittimità in relazione a procedure comparative, deve astenersi dal censurare i criteri di valutazione, i pesi e i sub pesi elaborati dall'amministrazione nonché la scelta degli elementi ai quali la stessa ha inteso dare risalto, tranne il caso in cui siano in contrasto con il diritto positivo ovvero abnormi (circostanza questa che non ricorre nel caso di specie).

Nella specie risulta *per tabulas* (art. 4 del disciplinare in correlazione con le corrispondenti previsioni del capitolato), che la legge di gara ha indicato in modo adeguato criteri, pesi e sub pesi, restando irrilevante che non sia stato fissato il punteggio minimo della forbice, attesa la analitica suddivisione dei pesi e sub pesi e tenuto conto che, in ogni caso, il punteggio minimo, ove non indicato, è pari a zero.

8.3. Con il terzo motivo (pagine 23 – 29 del ricorso di primo grado), si critica il giudizio di non anomalia formulato dal seggio di gara in relazione all'offerta

economica dell'aggiudicataria evidenziandosi la sua inattendibilità per aver dichiarato un utile pari all'1% ed un ammontare delle spese generali pari al 2% dell'importo in gara.

8.3.1. Il motivo è sia inammissibile che infondato e deve essere respinto nella sua globalità.

8.3.2. Circa l'ambito del sindacato esercitabile dal giudice amministrativo sul giudizio di non anomalia, il Collegio rinvia ai principi elaborati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenze nn. 7 e 8 del 2014 e 36 del 2012), secondo cui la valutazione di anomalia (e a *fortiori* quella di non anomalia) attiene a scelte rimesse alla stazione appaltante quale espressione di autonomia negoziale in ordine alla convenienza dell'offerta ed alla serietà e affidabilità del concorrente, ed è pertanto sindacabile solo *ab externo*, nei limiti della abnormità, manifesta irragionevolezza e travisamento dei fatti presupposti (evenienze queste che non si configurano nel caso di specie).

Nel merito si rileva, in una con la consolidata giurisprudenza, che solo un utile pari a zero o l'offerta in perdita rendono *ex se* inattendibile l'offerta economica.

Circa l'esiguità dei costi generali è invece plausibile la giustificazione resa dall'impresa Sangalli, compiutamente fatta propria dal seggio di gara all'esito di una adeguata istruttoria, fondata, fra l'altro, sullo sfruttamento delle economie di scala conseguenti all'utilizzo del centro di servizio di Pioltello (ubicato a breve distanza dalla sede comunale di Peschiera), nonché sulla favorevole posizione della sede amministrativa dell'impresa a Monza.

8.4. Con il quarto motivo (pagine 30 – 31 del ricorso di primo grado), si deduce, in buona sostanza, che la commissione di gara avrebbe dovuto escludere l'offerta tecnica dell'impresa Sangalli in quanto priva di un elemento essenziale, nella specie, l'indicazione degli oneri economici relativi al trasporto dei rifiuti oltre 50 chilometri come richiesto dall'art. 23, co. 5, del capitolato.

8.4.1. Il motivo è infondato.

8.4.2. Come risulta dalla piana lettura, *in parte qua*, del disciplinare e del capitolato, l'indicazione di tale voce di costo non era affatto prevista a pena di esclusione; essa non integrava, pertanto, un elemento essenziale dell'offerta ai sensi dell'art. 46, co. 1 *bis*, codice dei contratti pubblici, secondo le coordinate ermeneutiche elaborate dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenza n. 9 del 2014). Ne discende che, in difetto di tale previsione, l'omessa indicazione da parte dell'impresa Sangalli di tale voce di costo (conformemente, per altro, alla modulistica di gara che nulla prevedeva sul punto), è irrilevante.

8.5. Con il quinto ed ultimo motivo (pagine 31 – 32 del ricorso di primo grado), si deduce l'illegittimità del verbale di gara nella parte in cui non sono state indicate, in modo puntuale, le modalità di conservazione e custodia dei plichi.

8.5.1. Il motivo è insuscettibile di favorevole esame.

8.5.2. Sulla questione specifica è sufficiente rinviare ai principi elaborati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio (cfr. sentenza n. 8 del 2014, cui si rinvia a mente dell'art. 99, co. 3, c.p.a.), in forza dei quali è irrimediabilmente generica la doglianza che si limiti a dedurre l'omessa verbalizzazione delle modalità di conservazione e custodia dei plichi, posto che il silenzio del verbale sul punto è privo di conseguenze non viziando *ex se* le operazioni di gara.

8.6. Dalla assodata legittimità della procedura di gara consegue il rigetto della domanda di annullamento e di quella risarcitoria formulata nel presupposto della lesione *contra ius* degli interessi legittimi incisi dal provvedimento impugnato.

Parimenti inaccoglibile è la richiesta di c.t.u. o di verifica (formulata nell'atto di appello e reiterata a pagina 2 della memoria depositata il 28 marzo 2014), in quanto mira ad affidare al consulente la valutazione di aspetti inerenti il contenuto tecnico delle scelte discrezionali effettuate dal seggio di gara pur non ricorrendo un'ipotesi di giurisdizione di merito; la conseguenza sarebbe l'ingerenza del c.t.u.

prima e del giudice poi in ambiti che, nei limiti della opinabilità delle relative valutazioni, sono riservati all'amministrazione (cfr. fra le tante Cons. St., sez. VI, n. 871 del 2011; Sez. IV, n. 8362 del 2010; sez. V, n. 2600 del 2009).

9. Sulla scorta delle rassegnate conclusioni è giocoforza respingere l'appello principale proposto dalla società A.M.S.A.; tanto esonera il Collegio, come già rilevato, dal prendere in esame l'appello incidentale proposto dalla ditta Sangalli.

11. Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) respinge l'appello proposto dalla società A.M.S.A. - Azienda Milanese Servizi Ambientali s.p.a.;
- b) condanna la società A.M.S.A. - Azienda Milanese Servizi Ambientali s.p.a. a rifondere in favore del Comune di Peschiera Borromeo e dell'Impresa Sangalli Giancarlo & C. s.r.l., le spese e gli onorari del presente giudizio che liquida nella misura complessiva di euro 12.000 (dodicimila/00), oltre accessori come per legge (spese generali al 15%, I.V.A. e C.P.A.), da dividersi in parti uguali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/05/2014

IL SEGRETARIO

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