

APPALTI: Avvalimento - Avvalimento premiale - Ammissibilità - Condizioni.

Tar Lombardia – Milano, Sez. I, 5 novembre 2021, n. 2439

- in *Riv. trim. appalti*, 2, 2022, pag. 639 e ss., con commento di O. Toscano, Il corretto utilizzo dell'istituto dell'avvalimento premiale a tutela della sua fisiologica funzione pro-concorrenziale.

“[...] il criterio funzionale [è] l'unico criterio interpretativo per l'ammissibilità dell'avvalimento premiale e ricava dalla logica economica sottesa all'istituto dell'avvalimento - che è quella di favorire la partecipazione alle procedure di gara degli operatori economici che siano privi dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici <<necessari per partecipare ad una procedura di gara>> - i limiti alla sua <<meritevolezza sul piano civilistico>> ed alla sua <<legittimità sul piano pubblicistico>>.”

Ove pertanto il contratto di avvalimento abbia ad oggetto i requisiti di partecipazione speciali di ordine oggettivo, i mezzi, le attrezzature, le risorse ed il personale messi a disposizione dall'impresa ausiliaria devono essere considerati anche in sede di valutazione dell'offerta tecnica, ai fini dell'attribuzione dei relativi punteggi [...].”

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda trasporti milanesi s.p.a. e della Galassia s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli articoli 74 e 120, comma 10, del codice del processo amministrativo;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2021 la dott.ssa Rosanna Perilli e vista l'istanza congiunta di passaggio in decisione della causa senza discussione orale, depositata in data 15 settembre 2021 e sottoscritta dai difensori di tutte le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda trasporti milanesi s.p.a. (d'ora in avanti solo A.t.m.) ha bandito una gara per l'affidamento del servizio di manutenzione *full service* degli autobus e del servizio per la riparazione degli stessi a seguito di eventuali atti vandalici o sinistri, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta di euro 27.559.799,00 e per la durata di anni quattro e di altri tre anni eventuali.

In data 2 febbraio 2021 la procedura è stata aggiudicata alla società Galassia a r.l., alla quale è stato attribuito il punteggio complessivo di 79,545.

Il raggruppamento temporaneo di imprese capeggiato dalla società Pagliani Service a r.l. si è classificato secondo, con il punteggio complessivo di 78,618.

1.1. Con ricorso notificato e depositato in data 3 marzo 2021, la società Pagliani Service a r.l., nella qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese classificatosi secondo, ha domandato l'annullamento dell'aggiudicazione del servizio alla società Galassia a r.l..

Con il primo motivo, la società ricorrente lamenta la violazione del disciplinare di gara, la violazione dei principi del legittimo affidamento, della parità di trattamento, di imparzialità e della massima partecipazione, la violazione degli articoli 30 e 95 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, nonché il travisamento dei fatti, il difetto di istruttoria, l'illogicità e l'irragionevolezza nella valutazione della propria offerta.

In particolare, la società ricorrente lamenta la mancata attribuzione dei punteggi previsti per i criteri qualitativi della disponibilità di un magazzino ricambi e della disponibilità di una carrozzeria, previsti dagli articoli 6.6. e 7.A del disciplinare di gara, il cui riconoscimento le avrebbe consentito di classificarsi prima in graduatoria e di aggiudicarsi l'appalto di servizi.

Secondo la società ricorrente, la Commissione avrebbe erroneamente ritenuto di non poter utilizzare il contratto di avvalimento per la comprova della disponibilità di requisiti diversi da quelli di partecipazione, per i quali tuttavia l'articolo 6.6. del disciplinare di gara non richiederebbe né un particolare mezzo di prova né un particolare momento al quale ancorare la loro effettiva disponibilità.

La società ricorrente si duole inoltre dell'eccessivo punteggio, pari a 18 punti su 70, attribuito dal disciplinare di gara ai due requisiti della disponibilità di un magazzino ricambi e della disponibilità di una carrozzeria, i quali, lungi dall'incrementare la qualità dei servizi, sarebbero volti unicamente ad introdurre una inammissibile clausola di territorialità, ad esclusivo vantaggio del gestore uscente del servizio, unico operatore economico con sede a Milano.

Con il secondo motivo, la società ricorrente ha eccepito la violazione dell'articolo 6 del disciplinare di gara e degli articoli 80, comma 5, lettera c-bis, e 83 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in quanto la società aggiudicataria avrebbe provato i requisiti speciali di partecipazione del fatturato e del servizio di punta mediante un contratto di sub appalto, non autorizzato dalla stazione appaltante.

Con il terzo motivo, la società ricorrente ha dedotto che le certificazioni di buon esito dell'esecuzione dei contratti non sarebbero state rilasciate dalle stazioni appaltanti ma dagli operatori economici aggiudicatari, nella qualità di sub committenti.

Con il quarto motivo, la società ricorrente ha censurato il diniego opposto dalla A.t.m. di accesso agli atti di autorizzazione al sub appalto, per l'ottenimento dei quali ha formulato anche una specifica istanza istruttoria.

La Pagliani Service s.r.l. ha altresì domandato la dichiarazione di inefficacia del contratto, eventualmente stipulato tra la A.t.m. e la Galassia s.r.l., con conseguente condanna al risarcimento del danno in forma specifica mediante l'aggiudicazione del servizio ed il subentro nella esecuzione dello stesso.

1.2. Hanno resistito al ricorso la A.t.m. s.p.a. e la controinteressata Galassia s.r.l., le quali, in relazione alla domanda di accesso specificata con il quarto motivo del ricorso, hanno prodotto il contratto di cooperazione sottoscritto tra la Galassia s.r.l. e la Solaris Bus & Coach s.a..

1.3. Con motivi aggiunti notificati e depositati il 25 marzo 2021, la società Pagliani Service a r.l. ha censurato, sotto vari profili, l'utilizzo del contratto di cooperazione per lo svolgimento del sub appalto nella gara di manutenzione degli autobus, bandita da A.t.m. nel 2014 e aggiudicata alla Solaris Bus & Coach s.a., per cui la Galassia s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per aver dichiarato requisiti speciali di partecipazione non spendibili.

1.4. Con ordinanza cautelare n. 376 del 15 aprile 2021 il Tribunale, con particolare riferimento al primo motivo del ricorso, ha ritenuto di doverne riservare una più approfondita trattazione alla fase del merito.

1.5. Con ordinanza collegiale n. 1191 del 13 maggio 2021 il Tribunale ha dichiarato la cessazione della materia del contendere in relazione al quarto motivo del ricorso, relativo al diniego di accesso documentale, in quanto la società controinteressata ha depositato in giudizio tutta la documentazione richiesta con l'istanza di accesso.

1.6. In vista della trattazione del merito del ricorso, tutte le parti hanno depositato memorie e repliche.

In data 15 settembre 2021 la società ricorrente ha dichiarato di rinunciare al secondo motivo del ricorso introduttivo ed ai motivi aggiunti.

1.7. Alla pubblica udienza del 6 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione sulla base degli atti depositati, come da istanza presentata congiuntamente da tutte le parti del giudizio.

2. Il Collegio, preso atto della rinuncia della Pagliani Service s.r.l. al secondo motivo del ricorso introduttivo ed ai motivi aggiunti, li dichiara improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse alla loro decisione.

3. Il Collegio ritiene di dover esaminare con priorità il primo motivo di ricorso, con il quale la società ricorrente si duole della mancata attribuzione, alla propria offerta tecnica, del punteggio

premiale, previsto dal punto 7.A. del disciplinare di gara, per le eventuali disponibilità di un magazzino ricambi e di una carrozzeria ad una distanza inferiore a cinquanta chilometri dal centro di Milano, acquisite mediante la sottoscrizione di contratti di avvalimento, rispettivamente con le società Dierre Dimensione Ricambi p.a. e 2D Carrozzeria industriale a r.l.s..

La società ricorrente ritiene che la stazione appaltante abbia erroneamente disatteso la rilevanza dei contratti di avvalimento, omettendo di attribuirle il punteggio aggiuntivo di diciotto punti, di cui sei punti per la disponibilità di un magazzino ricambi, ubicato nel Comune di Nova Milanese, e dodici punti per la disponibilità di una carrozzeria sita in Rho.

La società ricorrente sostiene pertanto che la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto attribuirle il punteggio premiale, sulla scorta dell'impegno manifestato con i contratti di avvalimento, a procurarsi la effettiva disponibilità delle sedi, richiesta dal disciplinare di gara.

La decisione del primo motivo di ricorso presuppone la previa disamina dell'ammissibilità dell'avvalimento c.d. premiale, ovvero del prestito dei requisiti oggettivi, mezzi e risorse richiesti dalla *lex specialis* per la valutazione dell'offerta, volto ad ottenere un punteggio maggiore.

Con la sentenza n. 2526 del 25 marzo 2021, la quinta Sezione del Consiglio di Stato ha ricondotto a sistema gli orientamenti contrastanti sull'utilizzo dell'avvalimento premiale, sinteticamente riassumibili nell'idoneità del contratto di avvalimento a provare il possesso di tutti i requisiti oggettivi dell'offerta tecnica (C.g.a.R.S., 15 aprile 2016, n. 109) e nell'orientamento di segno contrario, per cui il contratto di avvalimento è utilizzabile solo per la comprova dei requisiti di partecipazione (C.d.S., Sezione V, 16 marzo 2020, n. 1881).

Nella predetta sentenza il Consiglio di Stato individua il criterio funzionale come l'unico criterio interpretativo per l'ammissibilità dell'avvalimento premiale e ricava dalla logica economica sottesa all'istituto dell'avvalimento - che è quella di favorire la partecipazione alle procedure di gara degli operatori economici che siano privi dei requisiti economico-finanziari, delle risorse professionali e dei mezzi tecnici <<*necessari per partecipare ad una procedura di gara*>> - i limiti alla sua <<*meritevolezza sul piano civilistico*>> ed alla sua <<*legittimità sul piano pubblicistico*>>.

Ove pertanto il contratto di avvalimento abbia ad oggetto i requisiti di partecipazione speciali di ordine oggettivo, i mezzi, le attrezzature, le risorse ed il personale messi a disposizione dall'impresa ausiliaria devono essere considerati anche in sede di valutazione dell'offerta tecnica, ai fini dell'attribuzione dei relativi punteggi.

Ove invece il contratto di avvalimento sia utilizzato al di fuori della necessità di incrementare i requisiti richiesti dalla *lex specialis* per partecipare alla gara, lo strumento esula dalla fisiologica funzione pro concorrenziale per sviare verso una funzione patologica della logica ad essa sottesa,

meramente incrementale della valutazione dell'offerta tecnica, senza che a ciò corrisponda <<*una reale ed effettiva qualificazione della proposta*>>.

Il contratto di avvalimento è dunque meritevole di tutela solo se l'apporto dell'impresa ausiliaria consente all'operatore economico di partecipare alla gara, mediante il prestito di requisiti oggettivi dei quali lo stesso è carente.

La *ratio* esclusivamente pro concorrenziale dell'istituto dell'avvalimento è confermata altresì dall'affermazione del divieto dell'avvalimento c.d. sovrabbondante, ossia della partecipazione alla gara mediante l'utilizzo della capacità imprenditoriale di altro operatore economico, alla quale segue l'intenzione contraria del concorrente di soddisfare in proprio il requisito di partecipazione posseduto sin dall'inizio, con conseguente irrilevanza, ai fini dell'utilizzabilità del contratto di avvalimento, di tutto ciò che non è strettamente necessario per l'esecuzione della prestazione (C.d.S., Sezione V, 15 gennaio 2020, n. 386).

Dai predetti orientamenti giurisprudenziali è dunque desumibile che, nelle fattispecie in cui il concorrente posseda in proprio tutti i requisiti di partecipazione, l'apporto dell'impresa ausiliaria deve considerarsi irrilevante.

Esso non spiega infatti alcun effetto pro concorrenziale ai fini della partecipazione e si risolve nel mero tentativo di ottenere una migliore valutazione di un'offerta che avrebbe potuto essere comunque eseguita dal concorrente mediante l'utilizzo di risorse proprie.

Il ricorso all'avvalimento c.d. meramente premiale deve essere pertanto ritenuto inammissibile, dal momento che il prestito di requisiti, mezzi e risorse non strettamente necessari alla partecipazione rischia di alterare la *par condicio competitorum*, mediante l'attribuzione di un punteggio incrementale all'offerta di un operatore economico, al quale potrebbe non corrispondere, nella fase esecutiva, un effettivo livello di qualificazione imprenditoriale.

3.1. Alla luce di tali premesse, il primo motivo di ricorso è infondato.

Risulta chiaramente dal contenuto dei due contratti di avvalimento prodotti in giudizio (documenti n. 18 e n. 19 di parte ricorrente) che la Pagliani Service s.r.l.:

- a) <<*possiede tutti i requisiti economici e tecnici indicati negli atti di gara, ivi compreso l'autorizzazione di un costruttore europeo di veicoli su gomma per il trasporto passeggeri*>>;
- b) è carente di quanto richiesto al punto 6.6. del disciplinare di gara, vale a dire della disponibilità di un magazzino ricambi e di un'officina di carrozzeria nei dintorni della città di Milano;
- c) intende acquisire la disponibilità del magazzino ricambi intestato alla Dierre Dimensione Ricambi s.p.a., sito in Nova Milanese, via Alcide De Gasperi, 9, e dell'officina di carrozzeria

intestata alla 2D Carrozzeria industriale s.r.l.s., sita in Rho, alla via Risorgimento, 50/a, unitamente alle attrezzature ed al personale presenti nelle due sedi.

I mezzi e le risorse oggetto dei due contratti di avvalimento sono dunque estranei alla logica partecipativa che ne integra la meritevolezza e sono impropriamente finalizzati ad ottenere un incremento del punteggio dell'offerta tecnica, secondo la tabella di cui al punto 7.A. del disciplinare di gara.

La disponibilità di un magazzino ricambi e di un'officina, distanti meno di cinquanta chilometri dal centro di Milano, non incide inoltre sulla effettiva esecuzione del servizio di assistenza *full service*, per cui la Commissione giudicatrice ha correttamente omesso di attribuire il punteggio previsto dal disciplinare di gara per il possesso di tali requisiti.

3.2. L'altra censura svolta dalla società ricorrente nel primo motivo di ricorso, per cui la stazione appaltante avrebbe attribuito alla disponibilità del magazzino ricambi e dell'officina un punteggio premiale sproporzionato rispetto alla marginalità del loro utilizzo, non si presta ad essere favorevolmente apprezzata.

La graduazione dei punteggi rientra infatti nella discrezionalità della stazione appaltante e può essere sindacata solo ove sia manifestamente irragionevole.

Il Collegio ritiene che la scelta della stazione appaltante di attribuire alla eventuale disponibilità di un magazzino ricambi e di un'officina un punteggio aggiuntivo crescente, in proporzione alla riduzione della loro distanza dal centro di Milano, sia ragionevolmente dettata dall'esigenza di valorizzare quelle offerte che contemplino un'organizzazione più snella in relazione ai tempi di esecuzione del servizio di riparazione della flotta dei veicoli.

La disponibilità delle sedi, chiaramente individuata dal disciplinare di gara come requisito qualitativo eventuale dell'offerta e non come requisito di partecipazione, non è idonea pertanto a dissimulare, così come prospettato dalla società ricorrente, una inammissibile clausola di esclusione territoriale degli operatori economici.

3.3. Il primo motivo del ricorso introduttivo deve essere dunque rigettato.

4. Il terzo motivo di ricorso, relativo alla violazione dell'articolo 10 del disciplinare di gara, è parimenti infondato.

Secondo la società ricorrente, la Galassia s.r.l. non avrebbe dimostrato con mezzi idonei, in occasione della verifica della proposta di aggiudicazione, il possesso dei requisiti tecnici ed economici dichiarati in sede di partecipazione alla gara, per cui avrebbe dovuto essere esclusa dalla stessa.

In particolare, la società ricorrente sostiene che l'impresa aggiudicataria del servizio non avrebbe fornito alla A.t.m. le attestazioni di buon esito relative alle dichiarazioni delle <<attività di full service di flotte di veicoli su gomma in servizio di TPL e/o Gran Turismo>>, di cui ai punti 6.1.2. e 6.1.3. del disciplinare di gara, in quanto le stesse avrebbero dovuto essere rilasciate dalle rispettive stazioni appaltanti e non dalle imprese subappaltatrici.

Osserva il Collegio che l'articolo 10 del disciplinare di gara, alla lettera b), richiede la produzione delle attestazioni di buon esito dei contratti di manutenzione eseguiti nel triennio antecedente, senza specificare il soggetto abilitato al loro rilascio.

La *ratio* della previsione del disciplinare è infatti quella di verificare, in sede di proposta di aggiudicazione, la veridicità delle dichiarazioni sostitutive rilasciate dall'aggiudicataria nel documento di partecipazione alla gara e non quella di accertare il gradimento dell'esecuzione del servizio svolto dal subappaltatore da parte della stazione appaltante.

Dalle dichiarazioni rilasciate dai committenti Solaris Bus & Coach sp. z. o.o., Gammabus s.r.l., EvoBus Italia s.p.a. e Mauri Bus System s.r.l. risulta che la Galassia s.r.l. ha eseguito, nel periodo ricompreso tra l'1 settembre 2017 ed il 31 luglio 2020, attività di manutenzione *full service* su flotte di veicoli composte da un numero assoluto superiore a 70 e superiore a 35 presso il medesimo committente, per un importo complessivo superiore a 9.000.000,00 di euro, come richiesto, ai fini della verifica dei requisiti di partecipazione di cui ai punti 6.1.2. e 6.1.3. del disciplinare di gara.

Anche il terzo motivo del ricorso deve essere dunque rigettato.

5. In conclusione, il secondo motivo del ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti depositati in data 25 marzo 2021 devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse alla loro decisione.

Il primo ed il terzo motivo del ricorso introduttivo devono essere rigettati, siccome infondati.

6. Le spese di lite del giudizio seguono la soccombenza della società ricorrente e sono liquidate, in favore della società resistente e della società controinteressata, nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- dichiara improcedibili il secondo motivo del ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti;
- respinge il primo ed il terzo motivo del ricorso introduttivo;
- condanna la società ricorrente al pagamento, in favore delle società Azienda trasporti milanesi p.a. e Galassia a r.l., delle spese di lite del giudizio, che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), di cui euro 2.000,00 (duemila/00) per ciascuna parte.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Valentina Santina Mameli, Consigliere

Rosanna Perilli, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Rosanna Perilli

IL PRESIDENTE

Domenico Giordano

IL SEGRETARIO