



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 3252 del 2014, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Cooperativa Servizi Silvabella, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Tamos, presso lo studio del quale ha eletto
domicilio in Milano viale Piceno n. 14/a;

contro

Comune di Tromello in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Francesco Adavastro e Paolo Re, con domicilio
eletto presso lo studio del primo in Milano, Via Cerva, 20;

nei confronti di

For Work Global Service Società Cooperativa, rappresentato e difeso dall'avv.
Luigi Gili, con domicilio eletto presso la sede del Tribunale in Milano, via
Corridoni n. 39;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

1) quanto al ricorso principale:

- dell'aggiudicazione provvisoria intercorsa in favore di For Work in data 15/04/2014 dell'appalto relativo al servizio di spazzamento stradale, manutenzione verde pubblico, pulizia cimitero e presidio piazzola ecologica del Comune di Tromello;

- dell'aggiudicazione definitiva se adottata;

- nonché di tutti gli atti consequenziali o connessi, ivi compresi il capitolato, i verbali di gara ivi compreso il diniego alla diffida ex art. 243 bis del d.l.vo n. 163/2006;

2) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 26 febbraio 2015:

- della determinazione del 27 gennaio 2015 con la quale la stazione appaltante ha respinto la domanda della ricorrente diretta ad ottenere la consegna del servizio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Tromello in Persona del Sindaco P.T. e di For Work Global Service Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2015 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

Cooperativa Servizi Silvabella impugna, con il ricorso principale e con il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 26 febbraio 2015, i provvedimenti indicati in epigrafe deducendone la illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere e ne chiede l'annullamento.

Si costituiscono in giudizio il Comune di Tromello e For Work Global Service

Società Cooperativa, eccependo l'infondatezza del ricorso avversario, di cui chiedono il rigetto.

Con ordinanza depositata in data 11.12.2014, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare formulata con il ricorso principale; la decisione è stata riformata dal giudice d'appello con ordinanza datata 15.01.2015 al fine di "mantenere la res adhuc integra fino alla decisione del primo giudice, la cui udienza di merito è già stata fissata...".

Con ordinanza depositata in data 20.03.2015, il Tribunale ha respinto la domanda cautelare formulata con il ricorso per motivi aggiunti.

Le parti hanno depositato memorie e documenti.

All'udienza del 27 maggio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Gli atti impugnati afferiscono alla gara indetta dal Comune di Tromello per l'affidamento del servizio di spazzamento delle strade ed aree pubbliche, manutenzione del verde pubblico, pulizia cimitero e presidio piazzola ecologica del Comune di Tromello, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con valore a base d'asta di Euro 180.571,00, compresi euro 3.757,00 per oneri della sicurezza.

All'esito delle operazioni di gara, la migliore offerente è risultata For Work Global Service Società Cooperativa (d'ora in poi anche For Work), che ha partecipato alla gara come mandataria dell'Ati costituenda con Aboneco s.r.l., ottenendo 100 punti complessivi, 60 dei quali conseguiti per l'offerta tecnica e 40 per l'offerta economica. Al secondo posto si è collocata la Cooperativa Servizi Silvabella (d'ora in poi anche Silvabella), che ha partecipato alla gara come mandataria dell'Ati costituenda con Ecol-Service s.r.l., ottenendo 93,81 punti complessivi, di cui 54,23 conseguiti per l'offerta tecnica e 39,58 per l'offerta economica.

Ne è derivata l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto, in favore di dell'Ati

composta da For Work Global Service Società Cooperativa e Aboneco s.r.l.

Quindi la stazione appaltante ha affidato d'urgenza il servizio all'aggiudicataria provvisoria nelle more della definizione della procedura e della stipulazione del contratto, al fine dichiarato di assicurare la continuità di un servizio essenziale, anche in attesa della definizione del giudizio proposto avverso gli atti di gara da Cooperativa Servizi Silvabella.

Con successiva istanza la ricorrente ha chiesto all'amministrazione di subentrare nella gestione del servizio.

La richiesta è stata respinta dalla stazione appaltante con determinazione del 27 gennaio 2015, contestata con il ricorso per motivi aggiunti.

2) Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione sollevata dalla controinteressata, che contesta l'ammissibilità del gravame, in quanto il ricorso notificato alla stazione appaltante "sembrerebbe" diverso da quello a lei notificato, sicché il ricorso stesso sarebbe nullo per incertezza assoluta del suo contenuto; in ogni caso, si contesta l'inammissibilità del gravame perché le due versioni del ricorso non sarebbero state notificate tempestivamente all'amministrazione resistente e alla controinteressata.

L'eccezione è infondata.

Invero, dalla documentazione versata in atti non emerge alcuna prova dell'asserita diversità tra il ricorso notificato alla stazione appaltante e quello notificato alla controinteressata, sicché non si evidenzia alcuna incertezza in ordine al contenuto dell'impugnazione presentata.

L'assenza di prova in ordine alla diversità tra il contenuto dell'impugnazione notificata alla controinteressata e quella destinata alla stazione appaltante esclude la possibilità di configurare l'esistenza di due ricorsi non notificati tempestivamente ad entrambe le parti.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza delle eccezioni in esame.

3) Con il ricorso principale, Silvabella formula più censure, che possono essere trattate congiuntamente perché strettamente connesse sul piano logico e giuridico, dirette a contestare, in termini di violazione di legge e di eccesso di potere, l'erronea applicazione della *lex specialis* nella parte relativa ai criteri di attribuzione dei punteggi previsti per le migliori offerte dalle partecipanti. In particolare, la ricorrente ritiene che la propria offerta avrebbe dovuto conseguire il massimo punteggio, mentre sarebbe stata erroneamente sottovalutata, con contemporanea sopravvalutazione, sempre in punto di migliori, dell'offerta aggiudicataria.

Nel contempo viene censurato il difetto di motivazione, in quanto dai verbali della Commissione non emergono i profili di criticità rilevati rispetto all'offerta di Silvabella.

Inoltre, si contesta la determinazione assunta in data 21.11.2014, con la quale la stazione appaltante ha respinto la domanda di autotutela avanzata con il preavviso di ricorso, ex art. 243 bis del d.l.vo 2006 n. 163, censurandone la tardività e il contenuto diretto ad introdurre una sorta di motivazione postuma per colmare le lacune dei verbali della Commissione giudicatrice recanti le valutazioni dell'offerta tecnica.

Le censure non possono essere condivise e la loro analisi richiede una puntuale ricognizione sia del criterio di valutazione tecnica inerente alle migliori dettato dalla *lex specialis*, sia delle offerte presentate sul punto dalle ricorrenti, sia dell'articolazione concreta del punteggio tecnico conseguito da Silvabella e For Work e dello stadio di sviluppo della procedura al momento dell'adozione del diniego di autotutela.

3.1) La *lex specialis* prevede che l'aggiudicazione avvenga secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'offerta tecnica viene suddivisa in tre criteri, a loro volta articolati in sub criteri e sub punteggi.

In particolare, la lettera di invito prevede l'assegnazione fino a 60 punti per l'offerta tecnica, suddivisi in 20 punti per l'organizzazione del servizio, con articolazione di questo primo criterio in 4 sub criteri, cui si correlano altrettanti sub punteggi.

Il secondo criterio è intitolato "organizzazione del personale" e consente l'assegnazione di 10 punti, 4 dei quali per "la redazione di una relazione particolareggiata che evidenzi il numero di personale destinato al presente appalto, suddiviso per qualifica e ore mensili di ciascun operatore"; altri 3 punti sono stabiliti rispetto alla "redazione di una relazione descrittiva delle modalità operative che si intendono adottare per le sostituzioni per ferie e malattie e altre assenze improvvise" e, infine, 3 punti sono assegnabili per "la redazione di una relazione sulle modalità di gestione delle emergenze e degli interventi non programmati".

Il terzo criterio attiene alle "migliorie a titolo interamente gratuito" e consente l'assegnazione di 30 punti, così attribuiti: "la ditta concorrente dovrà presentare una relazione sulle migliorie inerenti il servizio oggetto di gara a titolo interamente gratuito che intende effettuare nel periodo contrattuale. Il punteggio verrà ripartito: 1- in relazione al numero delle migliori proposte in quanto pertinenti al servizio oggetto di gara; 2 – al momento, nell'ambito dell'appalto, in cui la miglioria verrà attribuita al Comune. Alla ditta che avrà ottenuto il peso più alto verranno attribuiti 30 punti e alle sommatorie dei pesi ottenute dalle altre ditte partecipanti verrà attribuito punteggio in forma proporzionale".

Viceversa, per l'offerta economica è prevista l'assegnazione fino a 40 punti.

Nel caso concreto, For Work ha vinto la gara ottenendo, prima della riparametrazione, 12 punti per il primo criterio, attinente all'organizzazione del servizio, mentre Sivabella, collocatasi al secondo posto, ha conseguito per tale criterio 20 punti.

Rispetto al secondo requisito tecnico - "organizzazione del personale" – For Work

ha ottenuto 10 punti, mentre Silvabella ne ha conseguiti 9.

Infine, rispetto al terzo criterio, “le migliori”, For Work ha ottenuto 30 punti e Silvabella 18.

Ne deriva che Silvabella si è collocata al secondo posto in ragione del minor punteggio ottenuto negli ultimi due criteri e il differenziale finale – prima della riparametrazione - tra l’offerta della prima e della seconda classificata è di 5 punti, in quanto For Work sopravanza Silvabella di 1 punto per il secondo criterio, così riducendo da 8 a 7 punti il vantaggio acquisito da Silvabella per il primo criterio e, infine, si colloca al primo posto in forza dei punteggi conseguiti per il terzo criterio, che ha visto For Work conseguire 12 punti in più di Silvabella.

La differenza si trasforma, dopo la riparametrazione, in 5,77 punti a vantaggio di For Work, atteso che quest’ultima ottiene per la sola offerta tecnica complessiva 60 punti, mentre Silvabella ne consegue 54,23.

La valutazione dell’offerta economica è risultata ancora favorevole a For Work, seppure in misura molto contenuta, poiché essa ha ottenuto 40 punti, mentre Silvabella 39,58.

La sommatoria del punteggio tecnico e di quello economico ha visto For Work prevalere con 100 punti complessivi rispetto ai 93,81 ottenuti da Silvabella, sicché il distacco finale tra le due è di 6,19 punti.

Si badi, il conteggio ora effettuato non ha un valore solo formale, ma consente di evidenziare, in primo luogo, che anche rispetto al secondo criterio tecnico Silvabella ha ottenuto un punteggio inferiore a For Work; nondimeno, Silvabella non ha articolato alcuna censura sul punto, così come nulla è contestato rispetto al minor punteggio ottenuto per l’offerta economica.

Le censure articolate da Silvabella attengono solo al punteggio assegnato dalla stazione appaltante per la porzione di offerta tecnica relativa alle migliori.

La doglianza è del tutto generica nella parte rivolta avverso il punteggio conseguito

da For Work per le migliorie, atteso che la ricorrente si limita ad asserire che quelle offerte dall'aggiudicataria sarebbero state sopravvalutate, senza indicare per quali profili avrebbero dovuto, secondo ragionevolezza, essere valutate in modo inferiore.

Si sostiene che sarebbe non precisamente definito e non vantaggioso per la stazione appaltante il riferimento al tempo dell'esecuzione delle prestazioni aggiuntive, ma la contestazione non è condivisibile.

Si è già evidenziato che il criterio posto dalla *lex specialis* valorizza il momento in cui, nell'ambito dell'appalto, la miglioria verrà attribuita alla stazione appaltante, ma non contiene specifiche indicazioni sul modo in cui il tempo della prestazione deve essere definito nell'offerta, né in ordine all'esistenza di una cadenza temporale da preferire in caso di prestazioni periodiche.

L'aggiudicataria ha offerto quattro migliorie (infra per il dettaglio): per le prime due, consistenti in abbellimenti realizzati mediante piantumazione di piante a fioritura stagionale, ne prevede l'esecuzione due volte per ciascun anno e per l'intera durata del contratto, mentre per la miglioria consistente nel ripristino e sostituzione di giochi per bambini compresi nel parco giochi ne prevede l'esecuzione una volta per l'intera durata dell'affidamento. Infine, è quantificata in cinque ore settimanali, per l'intera durata dell'affidamento, la miglioria che comporta l'inserimento di personale appartenente alle categorie svantaggiate.

Si tratta di modalità di individuazione del tempo di esecuzione delle migliorie del tutto aderenti alla previsione della *lex specialis*, perché stabiliscono il tempo di esecuzione in correlazione con la durata dell'appalto e consentono di apprezzare, seppure in termini generali che rispecchiano, sul punto, la genericità della *lex specialis*, il momento in cui la prestazione migliorativa sarà posta a disposizione della stazione appaltante.

Messa a disposizione che è immediata e rigidamente quantificata per la miglioria

relativa all'inserimento di personale svantaggiato, così come è chiaramente indicata in due prestazioni l'anno per le attività di abbellimento con piantumazione.

Neppure l'ultima miglioria presenta profili di indeterminatezza temporale, perché è evidente che il ripristino e la sostituzione dei giochi per bambini, all'interno del parco compreso nell'area di esecuzione del servizio da appaltare, sarà effettuata, per una volta in costanza del rapporto contrattuale, quando si presenterà uno stato di usura delle attrezzature tale da richiederne il ripristino o la sostituzione.

Insomma, il momento della messa a disposizione delle migliorie offerte dall'aggiudicataria è del tutto coerente con i contenuti della *lex specialis*, sicché la contestazione formulata sul punto dalla ricorrente è infondata.

Va poi ribadito che, nel resto, la doglianza relativa alla valutazione dell'offerta aggiudicataria, in punto di migliorie, è del tutto generica ed apodittica e non vale a dimostrare l'irragionevolezza del giudizio espresso dalla Commissione nell'attribuire trenta punti a For Work per il particolare profilo tecnico in esame.

3.2) La seconda parte della prima censura del ricorso principale è rivolta avverso la valutazione espressa dalla Commissione per le migliorie offerte da Silvabella.

Si sostiene che la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare, in modo sostanzialmente parcellizzato, il numero delle migliorie offerte e il tempo del loro effettivo conferimento all'amministrazione, mentre l'inerenza sarebbe soddisfatta mediante un generico riferimento all'oggetto dell'appalto.

Si tratta di un'impostazione non condivisibile, perché non riflette l'oggettivo contenuto della *lex specialis*.

Invero, nella struttura del criterio in esame l'inerenza è un aspetto decisivo delle migliorie valutabili e ciò emerge con chiarezza se si considera che la prima parte della norma, che definisce in parte qua il contenuto dell'offerta tecnica valutabile, è centrata sull'inerenza delle migliorie rispetto al servizio da eseguire, con l'ulteriore precisazione che deve trattarsi di migliorie interamente gratuite e da eseguire nel

periodo contrattuale.

Ne deriva che l'inerenza non può essere ragionevolmente ridotta alla semplice esecuzione di qualsivoglia prestazione aggiuntiva durante l'esecuzione del servizio, ma deve essere intesa come stretta correlazione oggettiva tra il servizio appaltato e la miglioria offerta.

Ciò è confermato dal successivo punto 1 del criterio, che, nel valorizzare il numero delle migliorie offerte, ribadisce che esse sono valutabili solo se pertinenti, sicché il solo dato quantitativo dell'aver prospettato numerose prestazioni aggiuntive è del tutto irrilevante, se non si tratta di migliorie pertinenti al servizio.

Allo stesso modo il punto 2 del criterio valorizza il tempo di esecuzione della miglioria, ma la necessaria interpretazione sistematica e l'esigenza di preservare la razionalità del criterio, in coerenza con i canoni generali che presiedono all'interpretazione della *lex specialis*, impongono di dare rilevanza al tempo della prestazione solo in quanto essa soddisfi il requisito dell'inerenza.

Proprio la lettura complessiva della norma rende palese che l'inerenza non può ridursi ad una vuota formula ed essere ritenuta esistente per il solo fatto che una qualsiasi prestazione aggiuntiva sia resa nel corso dell'esecuzione del servizio.

L'inerenza integra il nucleo qualificante della prestazione migliorativa valutabile, nel senso che solo se la miglioria attiene oggettivamente al servizio da assegnare, perché ne incrementa la fruibilità o ne migliora l'aspetto funzionale, può essere presa in considerazione dalla Commissione giudicatrice, con attribuzione del punteggio in ragione anche del numero di migliorie offerte e del tempo della loro effettuazione.

Laddove tali parametri non siano soddisfatti, perché la prestazione aggiuntiva non inerisce al servizio da eseguire, la Commissione non può valorizzarla ai fini dell'assegnazione dei 30 punti previsti per il criterio di cui si tratta.

Ecco, allora, che la tesi della ricorrente, secondo la quale l'amministrazione

avrebbe dovuto assegnarle 30 punti, ossia il massimo, per il semplice fatto di avere presentato il maggior numero di prestazioni aggiuntive, è palesemente contrastante con l'obiettivo contenuto del criterio di riferimento, perché pretende di valorizzare il dato quantitativo a prescindere dall'oggettiva inerenza delle prestazioni, inerenza ridotta ad una vaga ed irrazionale nozione di occasionale contestualità tra l'esecuzione del servizio e l'effettuazione di altre prestazioni.

Parimenti, il tempo di effettuazione delle prestazioni aggiuntive resta irrilevante, contrariamente a quanto sostenuto da Silvabella, se non si lega alla stretta pertinenza della prestazione migliorativa all'oggetto del servizio da appaltare.

Dal coordinamento tra la lettera di invito e le norme contenute nella parte seconda del capitolato (art. 23 e successivi) emerge che l'appalto ha ad oggetto i servizi di spazzamento manuale e meccanizzato delle strade ed aree pubbliche, di manutenzione del verde pubblico, di pulizia del cimitero comunale e di presidio della piazzola ecologica.

Ciascuna delle attività che compongono il servizio è dettagliata nelle disposizioni del capitolato specificamente dedicate ad esse.

Ne deriva che la finalità cui tende l'aggiudicazione è di assicurare, in primo luogo, la pulizia e l'ordine delle strade e delle aree pubbliche, ivi compreso il cimitero comunale, la piazzola ecologica e il verde pubblico, inteso in un'accezione che si estende (art. 26 del capitolato) ai giardini, ai parchi alle piazze, ai viali alberati, agli impianti e ai terreni comunali, alle aiuole, ai cortili degli edifici pubblici, ai marciapiedi, ai passaggi pedonali, ai portici, agli spartitraffico e alle rotatorie purché di porzioni destinate a verde.

E' evidente che, essendo relativo a spazi pubblici, il servizio tende a garantire, da un lato, la migliore fruibilità di tali aree da parte della collettività, dall'altro, a far sì che le aree pubbliche siano valorizzate attraverso l'abbellimento che deriva dalla cura del verde.

Ne consegue che possono essere ritenute inerenti all'appalto, secondo le previsioni della *lex specialis*, solo le migliorie che attengono al servizio da aggiudicare complessivamente inteso, pur non rientrando tra le prestazioni contrattuali tipiche. Ciò è ravvisabile per le prestazioni che rappresentano un obiettivo completamento del servizio, perché migliorano l'estetica delle aree pubbliche, intervenendo sul verde, oppure perché incrementano la concreta fruibilità delle aree medesime, o ne assicurano un più razionale utilizzo o, infine, ne garantiscono ordine e igiene oltre i contenuti dell'appalto, ad esempio con prestazioni aggiuntive.

3.3) Una volta chiarito il contenuto del criterio in esame, occorre soffermarsi sulle prestazioni offerte da Silvabella e da For Work, ricordando che, proprio in base alla *lex specialis*, sono valutabili solo le prestazioni inerenti al servizio, secondo quanto sopra precisato.

Dalla lettura dell'offerta tecnica di Silvabella (presente in atti) emerge la prospettazione di 10 prestazioni aggiuntive, che sono state valutate come migliorie mediante l'attribuzione di 18 punti su 30 a disposizione.

Si badi che, in relazione alla graduazione del punteggio, la lettera di invito non contiene una rigida ripartizione in sub punteggi dei 30 punti complessivi, limitandosi ad indicare due linee direttive, tese a valorizzare, la prima, il numero delle migliorie proposte in quanto pertinenti e, la seconda, il momento dell'attribuzione della migliororia alla stazione appaltante.

Le prime due migliorie offerte da Silvabella non sono oggettivamente tali, perché si sostanziano in prestazioni già dovute in base al capitolato.

In particolare, l'offerta di un operatore di supporto in occasione della festività di commemorazione dei defunti (prima migliororia di Silvabella) è oggettivamente compresa nella prestazione contrattuale delineata dall'art. 27 del capitolato, che, rispetto alla gestione del cimitero, impone una pulizia straordinaria in occasione della commemorazione dei defunti, sicché la previsione di un operatore aggiuntivo

si traduce nella sola esplicitazione di come la concorrente ha inteso eseguire la prestazione contrattuale, ma non rappresenta una miglioria, confondendosi, piuttosto, con il contenuto dell'obbligazione contrattuale.

Anche la seconda miglioria offerta da Silvabella, consistente nell'incremento degli interventi di pulizia dopo manifestazioni saltuarie – tipo Nautilus – non è qualificabile come miglioria, perché l'esecuzione dello spazzamento e del servizio di pulizia “in occasione di ricorrenze particolari” è già prevista dall'art. 24 lett. c) del capitolato, sicché rientra nelle ordinarie prestazioni dovute.

Del resto Silvabella non ha indicato alcuna modalità oggettiva di esecuzione tale da configurare la prestazione come diversa da quella dovuta ex contractu.

La terza e la sesta delle migliorie offerte sono palesemente non pertinenti all'oggetto del servizio, atteso che la terza consiste in un generico “contributo di sponsorizzazione finalizzato alle diverse iniziative organizzate dal Comune” e, pertanto, non presenta alcuna connessione con il servizio di pulizia e manutenzione delle aree pubbliche, risolvendosi piuttosto nella promessa di una prestazione pecuniaria, oggettivamente estranea al contratto.

Del pari, non è inerente la sesta miglioria, che consiste nel fornire “materiale didattico per le scuole”, ossia nell'effettuazione di una prestazione di dare palesemente estranea al contenuto dell'appalto, anche solo sul piano funzionale e, comunque, del tutto indeterminata nell'oggetto.

Nessuna pertinenza con l'oggetto del contratto presentano anche la nona e la decima miglioria, consistenti, l'una, nell'intonacatura, tinteggiatura, verniciatura dei termosifoni e manutenzione porte del “bagno posto nel cortile del Comune”, l'altra, nel “posizionamento dei dispenser di sapone liquido, carta asciugamani, carta e sacchetti igienici per tutti i bagni del palazzo comunale”.

La semplice considerazione del contenuto di tali prestazioni ne palesa l'estraneità all'oggetto dell'appalto, che non concerne il servizio di pulizia degli immobili

comunali, né l'esecuzione di lavori di ristrutturazione degli immobili stessi.

Le quattro migliorie residue consistono in: 1) fornitura di annaffiatoi per il cimitero da cedere gratuitamente all'amministrazione alla scadenza dell'appalto, per un valore complessivo di Euro 200; 2) "piantumazione a primavera e mantenimento durante l'anno di piccole aiuole o ciotole, da eseguire ogni anno, per un valore massimo di 500 euro l'anno; 3) "fornitura di elementi di arredo urbano come portarifiuti differenziati con posacenere", da eseguire all'avvio del servizio per un valore di 1000 euro; 4) "collaborazione per la realizzazione di una campagna informativa di pubblica utilità – Aiuta a tenere la tua Città pulita – attraverso pubblicazione e distribuzione di locandine, volantini e adesivi per cestini", da eseguire all'avvio della campagna per un valore di 500 euro l'anno.

Per tali migliorie, Silvabella ha ottenuto 18 punti e lamenta, in primo luogo, il mancato conseguimento del punteggio massimo ottenibile, pari a 30 punti.

Nondimeno, né le deduzioni della ricorrente, né l'oggettivo contenuto delle prestazioni offerte rendono irragionevole la scelta della stazione appaltante di attribuire a Silvabella un punteggio inferiore a quello conseguito, per tale criterio, da For Work.

Invero, 6 delle 10 migliorie offerte non sono, con ogni evidenza, qualificabili come tali e, quindi, valutabili ai fini dell'attribuzione dei trenta punti complessivi, perché o si confondono con le prestazioni contrattuali o non ineriscono, neppure in senso ampio, al servizio da aggiudicare.

Quanto alle altre quattro residue, quella consistente nella fornitura di annaffiatoi è di valore oggettivamente irrisorio e solo in senso ampio può inerire al servizio oggetto dell'appalto, atteso che non attiene né alla pulizia degli spazi cimiteriali, né alla manutenzione del verde, sicché l'inerenza all'appalto è dovuta al solo fatto di riguardare, in qualche modo, il cimitero comunale.

Parimenti, la collaborazione per la realizzazione della campagna informativa "Aiuta

a tenere la tua città pulita” attiene all’oggetto dell’appalto solo sul piano nominale, perché non si traduce nell’esecuzione di prestazioni che incrementano la fruibilità degli spazi pubblici, o il loro decoro o la loro pulizia; insomma, si tratta di una prestazione aggiuntiva solo marginalmente legata al servizio, siccome tesa a sviluppare la cultura del rispetto ambientale, ma non oggettivamente migliorativa del servizio oggetto dell’appalto.

Viceversa, sono pertinenti al servizio tanto la piantumazione di piccole aiuole o ciotole, perché tende all’abbellimento e al maggior decoro delle aree pubbliche, in coerenza con l’aspetto funzionale proprio del servizio, quanto la fornitura “di portarifiuti differenziati con posacenere”, perché si tratta di prestazioni dirette a favorire la pulizia delle aree pubbliche in coerenza con il contenuto del contratto da aggiudicare.

La semplice illustrazione delle migliorie offerte da Silvabella rende evidente l’infondatezza della doglianza relativa alla omessa valorizzazione positiva, da parte della Commissione, del numero di migliorie offerte.

Si è già chiarito che delle 10 migliorie offerte dalla ricorrente, ben 6 non sono qualificabili come tali, sicché il riferimento, contenuto nel ricorso, alle numerose migliorie offerte risulta privo di concreta consistenza e non vale ad evidenziare alcuna irragionevolezza nella valutazione della stazione appaltante.

Né trova riscontro nel contenuto delle migliorie offerte l’affermazione secondo cui anche il momento della loro messa a disposizione della stazione appaltante non sarebbe stato adeguatamente considerato dalla Commissione.

Invero, la fornitura di annaffiatoi per il cimitero è la sola prestazione aggiuntiva di cui sia prevista l’esecuzione al momento dell’avvio del servizio, ma si tratta di una prestazione oggettivamente marginale e solo indirettamente pertinente al contenuto dell’appalto, sicché essa, di per sé, non giustifica la pretesa della ricorrente alla massima valorizzazione delle proprie migliorie in ragione del tempo

della loro esecuzione.

La fornitura di elementi di arredo urbano, come portarifiuti differenziati con posacenere, è prevista all'avvio del servizio e, quindi, in un tempo sicuramente favorevole per l'amministrazione, ma si tratta dell'unica miglioria oggettivamente inerente di cui è prevista l'esecuzione immediata, anche se limitata ad una volta nel corso del servizio, perché le altre due presentano o una cadenza annuale – la piantumazione aggiuntiva – o sono subordinate all'avvio da parte dell'amministrazione di una campagna informativa, sicché il tempo della loro esecuzione non determina alcun particolare vantaggio per la stazione appaltante, tale da rendere necessitata la massima valorizzazione, secondo quanto asserito dalla ricorrente.

Insomma, né il numero delle migliorie, inerenti al servizio, offerte da Silvabella, né il momento della loro messa a disposizione della stazione appaltante, evidenziano oggettivamente profili di vantaggiosità per l'amministrazione tali da giustificare la pretesa al conseguimento del massimo punteggio preteso dalla ricorrente.

Quanto alle migliorie offerte da For Work, va evidenziato che si tratta di: 1) “abbellimento della piazza del municipio e della piazza del mercato con piantumazione in fioriere esistenti di piante con fioritura stagionale”, da eseguire due volte l'anno per l'intera durata dell'affidamento; 2) “abbellimento dei balconi municipali con installazione di fioriere e piantumazione di piante con fioritura stagionale”, da eseguire due volte l'anno per l'intera durata dell'affidamento; 3) “inserimento di personale appartenente alle categorie protette, per cinque ore settimanali, realizzando un progetto che prevede l'acquisizione graduale di alcuni livelli fondamentali di apprendimento dei compiti, autonomia operativa, socializzazione, con la supervisione e la guida di un tutor aziendale”, da eseguire per 5 ore settimanali per tutta la durata dell'affidamento; 4) “ripristino o sostituzione dei giochi per bambini usurati o non funzionanti presenti all'interno

del parco giochi”, da eseguire per una volta per l’intera durata dell’affidamento.

E’ evidente che si tratta di migliorie strettamente inerenti all’appalto da aggiudicare, atteso che l’abbellimento della piazza del municipio e della piazza del mercato, nonché dei balconi municipali con piantumazione in fioriere di piante con fioritura stagionale, realizza un oggettivo miglioramento estetico degli spazi ed aree pubblici cui si riferisce l’appalto.

Similmente, il ripristino o la sostituzione dei giochi per bambini usurati o non funzionanti presenti all’interno del parco giochi garantisce la migliore fruizione delle aree verdi, in piena sintonia con il profilo funzionale dell’appalto, mentre la messa a disposizione di 5 ore aggiuntive per settimana di personale appartenente alle categorie protette, costituisce un’oggettiva dilatazione del numero di soggetti impegnati nell’esecuzione del servizio di pulizia, sicché ne consolida e rafforza l’efficacia, specie considerando che non si tratta di un intervento una tantum e con caratteri di estemporaneità, ma dell’impiego strutturale di personale destinato ad operare con la guida di un tutor aziendale per cinque ore settimanali, nel quadro di un più ampio progetto teso alla valorizzazione della persona.

Anche il profilo temporale dell’esecuzione delle prestazioni è di oggettivo vantaggio per l’amministrazione, atteso che la piantumazione è prevista due volte l’anno, il ripristino o la sostituzione dei giochi è correlata al tempo in cui se ne manifesta l’inefficienza e l’inserimento di personale aggiuntivo è immediata, poiché è prevista in ciascuna settimana di esecuzione dell’appalto.

Il dato quantitativo delle migliorie offerte è sicuramente significativo, perché, pur essendo in presenza di quattro migliorie, è evidente che esse consistono in prestazioni talmente inerenti all’appalto da risultarne quasi complementari e, pertanto, di oggettivo vantaggio per l’amministrazione e per l’efficienza del servizio appaltato, anche in ragione della cadenza prevista per la loro esecuzione.

Emerge così l’evidente infondatezza della doglianza secondo la quale l’offerta For

Work avrebbe dovuto conseguire un punteggio inferiore a quello ottenuto, mentre l'offerta di Silvabella avrebbe dovuto ottenere, per la parte relativa alle migliorie, tutti i 30 punti a disposizione.

Invero, il punto 3 della lettera di invito non detta regole minuziose ed analitiche per la distribuzione dei 30 punti assegnabili per il criterio in esame, ma ne dispone l'attribuzione in modo proporzionale, prevedendo che l'offerta "che avrà ottenuto il peso più alto" conseguirà 30 punti, mentre "alle sommatorie dei pesi ottenute dalle altre ditte partecipanti verrà attribuito punteggio in forma proporzionale".

La ricorrente non ha in alcun modo evidenziato profili di irragionevolezza nella valutazione della Commissione tali da far emergere il maggior peso delle migliorie da lei offerte rispetto a quelle indicate da For Work.

Non è tale il numero delle migliorie, giacché sei di quelle indicate da Silvabella non sono strutturalmente qualificabili come migliorie o per palese difetto di inerENZE o perché da ricondurre a prestazioni contrattuali, mentre le quattro residue, numericamente coincidenti con le migliorie offerte dall'aggiudicataria, sono per la metà solo indirettamente pertinenti all'appalto e almeno una di valore del tutto irrisorio.

Al contrario, le quattro migliorie offerte da For Work presentano una spiccata inerENZA all'appalto, di cui rappresentano un completamento, migliorandone l'efficacia e incrementando oggettivamente la fruibilità delle aree pubbliche oggetto del servizio da aggiudicare.

Né è di maggior peso il tempo della messa a disposizione delle quattro prestazioni offerte da Silvabella e qualificabili come migliorie; invero, la fornitura di annaffiatoio per il cimitero è la sola prestazione da eseguire immediatamente, ma per una sola volta nel corso del servizio, così come la fornitura di elementi di arredo urbano - portarifiuti differenziati con posacenere - è prevista all'avvio del servizio, ma per una sola volta nel corso dell'appalto. In particolare non è prevista la sostituzione

degli annaffiatori o dei portarifiuti in caso di loro deterioramento.

Viceversa, la piantumazione, che è sicuramente inerente al servizio, è offerta con una cadenza solo annuale, mentre la collaborazione alla realizzazione di una campagna informativa non è determinata nel “quando”, perché è subordinata all'avvio da parte dell'amministrazione dell'iniziativa propagandistica.

Ben diversa è la tempistica delle migliorie offerte da For Work, atteso che la piantumazione è prevista, tanto per le aree pubbliche cui si riferisce, quanto per i balconi, con cadenza semestrale, dovendo essere eseguita due volte l'anno, mentre l'incremento del personale, attraverso l'attuazione di un progetto guidato di inserimento di persone svantaggiate, è di immediata attuazione, con un impegno settimanale di 5 ore, assicurato per tutta la durata dell'appalto.

Quanto al ripristino o sostituzione dei giochi per bambini, ne è prevista l'esecuzione al momento in cui se ne presenta la necessità e per una volta nel corso dell'affidamento.

Ne deriva che la tesi della ricorrente è smentita dalla semplice lettura dei contenuti delle due offerte in gara, perché proprio il numero, la tempistica di esecuzione e il grado di pertinenza all'appalto rendono palese la maggiore consistenza delle migliorie offerte da For Work rispetto a quelle di Silvabella.

Il punto è di particolare rilevanza, in quanto, pur non trattandosi, come è ovvio, di compiere in sede giurisdizionale delle valutazioni tecniche proprie della stazione appaltante, i dati oggettivi sinora considerati non permettono di evidenziare alcuna irragionevolezza nella valutazione della Commissione, che ha attribuito un peso maggiore alle migliorie di For Work.

Tanto basta per respingere la censura in esame, in quanto la circostanza che For Work abbia ottenuto 30 punti dipende dal metodo proporzionale di attribuzione del punteggio previsto dalla lettera di invito per il criterio relativo alle migliorie.

Insomma, il ritenuto maggior peso delle migliorie di For Work ha comportato,

senza alcun indice di irragionevolezza nella valutazione, l'assegnazione all'aggiudicataria del punteggio massimo, mentre i punti assegnati alla ricorrente sono la conseguenza aritmetica del metodo proporzionale previsto dalla *lex specialis*, non contestato da Silvabella.

Del resto, anche per i profili quantitativi e temporali l'offerta della ricorrente non risulta oggetto di irrazionali sottovalutazioni da parte della Commissione, la quale ha coerentemente considerato tanto il dato quantitativo, limitato dall'oggettiva assenza di inerenza per la maggior parte delle migliorie offerte, quanto il dato temporale secondo quanto già precisato.

Ne deriva l'infondatezza della doglianza diretta a contestare la ragionevolezza della valutazione compiuta dalla Commissione.

3.4) Silvabella lamenta anche il difetto di motivazione nelle valutazioni rese dalla Commissione e fatte proprie dalla stazione appaltante.

La censura presenta due profili: il primo diretto a lamentare l'assenza nei verbali di gara di una motivazione descrittiva rispetto ai punteggi attribuiti per il criterio relativo alle migliorie, il secondo teso a contestare la tardività delle argomentazioni sviluppate sul punto dalla stazione appaltante con la risposta al preavviso di ricorso, intervenuta dopo il termine di 15 giorni stabilito dalla legge.

Le censure non possono essere condivise.

E' noto che la vigente disciplina nazionale degli appalti pubblici esclude qualunque intervento manipolativo da parte della Commissione di gara rispetto ai criteri di valutazione, che devono essere stabiliti dalla *lex specialis*, cui compete, in caso di necessità, anche di disporre l'articolazione in sub criteri e relativi sub punteggi.

Del resto, per costante giurisprudenza, la motivazione numerica della valutazione tecnica è sufficiente quando il bando prevede una griglia analitica di criteri e sub criteri costruita in modo da consentire l'immediata correlazione tra il punteggio numerico e il giudizio formulato dall'organo tecnico in relazione ai diversi profili

dell'offerta tecnica.

Nel caso di specie, come già evidenziato, la lettera di invito e il capitolato disciplinano il criterio relativo alle migliori senza dettare sub criteri e sub punteggi, limitandosi ad individuare come parametri di valutazione, da un lato, l'inerenza, che è un requisito strutturale della migliorata, dall'altro, il numero delle migliori e il tempo della loro messa a disposizione da parte della stazione appaltante.

Ora tanto il numero, quanto il tempo della messa a disposizione sono dati oggettivi, non suscettibili di una particolare interpretazione, in quanto se la prestazione migliorativa viene prospettata come da eseguire secondo una predeterminata cadenza, la Commissione non può che prenderne atto, senza dover spendere particolari poteri di valutazione tecnica.

Così, ed esemplificando proprio in relazione alle migliori offerte dalla ricorrente e dalla controinteressata, è evidente che, a parità di numero di migliori inerenti offerte dalle due concorrenti – e fermo restando quanto detto in ordine alla solo marginale inerenza di due delle quattro migliori valutabili prospettate da Silvabella – la previsione di una piantumazione due volte l'anno presenta una maggiore efficacia (offerta For Work) rispetto alla previsione di una piantumazione solo annuale (offerta Silvabella).

Del pari, la previsione di una prestazione aggiuntiva di lavoratori per cinque ore a settimana (miglioria proposta da For Work) consente l'immediata percezione della consistenza quantitativa e temporale della prestazione offerta, senza richiedere particolari indagini tecniche.

Ecco, allora, che seppure il verbale di gara recante la valutazione delle migliori reca solo un punteggio numerico, nondimeno la mancanza di una griglia di sub criteri e sub punteggi in senso stretto non basta per ritenere viziato sul piano motivazionale il giudizio espresso dalla Commissione, giacché l'oggettività dei dati

valorizzabili in base alla *lex specialis* rende immediatamente percepibili le ragioni del maggior peso riconosciuto all'offerta For Work, proprio considerando la correlazione tra il profilo numerico, quello temporale e l'oggettiva inerenza delle migliorie proposte dalle due concorrenti, ossia proprio prendendo in esame i criteri di giudizio dettati dalla *lex specialis*.

Sotto altro profilo, va osservato che la ricorrente non ha censurato in concreto la disciplina di gara (solo formalmente impugnata), né ha lamentato in modo puntuale la genericità dei criteri di valutazione da essa dettati.

Nondimeno, se, per giurisprudenza costante, in base d.l.vo 2006 n. 163 la Commissione non può integrare i criteri in caso di loro genericità e se il legislatore ha soppresso anche la possibilità per la Commissione di dettare solo criteri motivazionali, allora o si ritiene che il bando è generico e, quindi, il solo punteggio numerico non rende conto delle ragioni delle valutazioni espresse, con conseguente necessità di impugnare la *lex specialis*, formulando specifiche ed analitiche censure, ex art. 40 c.p.a., oppure, se si sceglie di non contestare il bando, non è coerente, né processualmente ammissibile, trasformare l'illegittimità del bando, non oggetto di contestazioni, in un vizio motivazionale del giudizio reso dalla Commissione.

Diversamente opinando, si ammetterebbe la possibilità di lamentare il difetto di motivazione della valutazione espressa dalla Commissione in una situazione in cui essa non ha il potere di integrare i criteri e i punteggi, né di articolare sub criteri e sub punteggi, nonostante la consolidazione del bando e nonostante sia la genericità di quest'ultimo a non consentire la stretta correlazione tra punteggio numerico e valutazione espressa.

Ma, a ben vedere, questa situazione neppure si presenta nel caso di specie, perché, come già chiarito, in relazione al particolare criterio in esame gli elementi valorizzabili sono di natura schiettamente oggettiva e non sottendono particolari

apprezzamenti, sicché rispetto ad essi la discrezionalità tecnica è già stata spesa dalla stazione appaltante in sede di formazione della *lex specialis*, mentre in capo alla commissione non sono demandati particolari apprezzamenti, trattandosi solo di stabilire il maggiore peso delle migliorie in base alla combinazione tra il loro numero, la loro inerenza all'appalto e il tempo della loro esecuzione.

Si è già posto in luce che la semplice lettura delle migliorie offerte dalle due concorrenti evidenzia l'oggettivo maggiore peso, in base ai suindicati criteri, dell'offerta di For Work rispetto a quella di Silvabella, mentre l'assegnazione alla prima del massimo punteggio non è la conseguenza di una sorta di pregio elevatissimo delle migliorie da essa offerte, ma della regola proporzionale prevista dalla lettera di invito, che impone di assegnare 30 punti alle migliorie complessivamente di maggiore peso.

L'infondatezza della doglianza emerge anche considerando che l'amministrazione con determinazione del 21 novembre 2014 ha respinto la domanda di annullamento in autotutela formulata dalla ricorrente, palesando, seppure in maniera sintetica, le ragioni del minor peso delle migliorie offerte da Silvabella.

In particolare, con tale determinazione la stazione appaltante ha esplicitato la non inerenza di 5 delle proposte migliorative di Silvabella, precisando – in piena coerenza con quanto già evidenziato al punto 3.3) della motivazione – che di quelle residue una (l'incremento degli interventi di pulizia in occasione di manifestazioni saltuarie) è assorbita dalle obbligazioni che derivano dal contratto di appalto e non presenta alcuna autonomia migliorativa.

Infine, la stazione appaltante ha dato conto del maggior peso delle migliore proposte da For Work, tale da giustificare l'attribuzione ad esse del massimo punteggio, in coerenza con i parametri di valutazione dettati dalla lettera di invito.

E ancora, nel quadro di tale esplicitazione la stazione appaltante dà atto del minimo contenuto migliorativo delle prestazioni aggiuntive comprese nel progetto

gestionale di Silvabella.

Si tratta di considerazioni descrittive, che sottolineano i limitati pregi delle migliorie proposte da Silvabella, chiaramente già emergenti dalla mera lettura della relativa offerta, con contemporanea evidenziazione del maggiore peso delle migliorie proposte da For Work.

E', allora, evidente che anche alla luce di tale determinazione la censura di carenza motivazionale è palesemente infondata, atteso che, da un lato, la formulazione del criterio di valutazione delle migliorie è tale da correlare il maggiore o minor peso di esse a dati oggettivi, sicché il punteggio numerico esprime e consente di percepire le ragioni del giudizio della commissione, dall'altro, la successiva esplicitazione di esse, effettuata dalla Commissione in sede di rigetto della domanda di autotutela, avanzata ex art. 243 bis del d.l.vo 2006, n. 163, è tale da escludere ogni dubbio sulla motivazione del giudizio espresso dalla Commissione.

La ricorrente ritiene che l'esplicitazione motivazionale appena richiamata sarebbe illegittima perché intervenuta dopo la scadenza del termine di 15 giorni stabilito dalla legge per rispondere al preavviso di ricorso e decorrente dalla comunicazione del preavviso medesimo.

In particolare, si sostiene che sarebbe pregiudicata l'aspettativa a conseguire, attraverso l'intervento giurisdizionale, il bene della vita preteso.

Si tratta di una deduzione non condivisibile.

In primo luogo, va osservato che diniego di autotutela ex art. 243 bis è suscettibile di assumere diverse connotazioni, in quanto può limitarsi ad una mera conferma del provvedimento gravato, con conseguente assenza dei presupposti della sua impugnabilità, oppure integrare una nuova deliberazione della stazione appaltante, che, anche in modo integrativo, rispetto agli atti di gara, prende posizione sui profili di illegittimità evidenziati dal concorrente che presenta il preavviso di ricorso, fermo restando che in tale caso si tratta di una nuova determinazione, che,

in sede di riesame sollecitato da un concorrente, comporta una nuova valutazione della fattispecie contestata e un nuovo esercizio di potere amministrativo, sicché deve essere impugnata.

Nel caso in esame l'amministrazione, ha esplicitato, seppure in modo solo ricognitivo dei risultati già emergenti dalla motivazione numerica, le ragioni delle valutazioni espresse sulle migliori offerte dalle due concorrenti.

Né si può ritenere che l'amministrazione, una volta decorsi 15 giorni dalla comunicazione del preavviso di ricorso, con conseguente formazione del tacito diniego di autotutela, secondo il meccanismo tipizzato del silenzio con valore legale tipico, perda il potere di indicare, in sede ancora procedimentale, le ragioni del diniego, in quanto, ferma restando la determinazione negativa già formatasi, si tratta solo dell'esplicitazione delle ragioni di essa.

Ne deriva, da un lato, che l'utilizzo a tale fine della decisione sul preavviso di ricorso è del tutto coerente con la ratio e la funzione, anche deflattiva del contenzioso, propria dell'istituto previsto dall'art. 243 bis del codice degli appalti, dall'altro, che la stazione appaltante non ha introdotto alcun elemento a sorpresa, ma ha solo esplicitato quanto sotteso dalla motivazione numerica già resa, sicché non è configurabile alcuna arbitraria lesione di un'aspettativa al conseguimento del contratto.

Non va poi dimenticato che il ricorso introduttivo è stato depositato in data 28 novembre 2014, mentre la determinazione in contestazione risale al 21 novembre 2014, ossia ad un tempo anteriore al radicamento del giudizio e ciò rende evidente la pretestuosità del riferimento ad un'asserita motivazione postuma dell'amministrazione e al pregiudizio all'aspettativa di conseguire in sede giurisdizionale il bene della vita preteso.

In ogni caso, l'impossibilità di configurare un'aspettativa giuridicamente rilevante in capo alla ricorrente deriva dal fatto che il diniego di autotutela è intervenuto in

una situazione in cui la procedura di gara era giunta solo alla fase dell'aggiudicazione provvisoria – oggetto del ricorso principale – ossia si trovava in una situazione in cui neppure l'aggiudicatario provvisorio può vantare un'aspettativa e una posizione di affidamento meritevole di tutela in ordine al conseguimento dell'appalto.

Invero, per costante giurisprudenza, dopo l'aggiudicazione provvisoria e dopo che la Commissione giudicatrice, se nominata, le ha rimesso gli atti, la stazione appaltante risulta investita in pieno del potere di riesaminare l'operato della Commissione, eventualmente restituendole gli atti, di riesaminare in autotutela tutti gli atti di gara, senza intaccare posizioni consolidate e di valutare l'attualità della permanenza dell'interesse pubblico all'aggiudicazione dell'appalto.

E'costante in giurisprudenza l'affermazione per cui ai sensi dell'art. 81 comma 3, d.l.vo 12 aprile 2006 n. 163, nelle gare pubbliche la stazione appaltante dispone di ampi poteri, non condizionati dalle valutazioni tecniche del seggio di gara, ben potendo essa sempre decidere, nell'esercizio delle sue funzioni di controllo, di non procedere all'aggiudicazione definitiva per specifiche ed obiettive ragioni di pubblico interesse (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 26 maggio 2014, n. 2692; Consiglio di Stato, sez. III, 20 aprile 2015 n. 1994).

Ne consegue che, nel caso concreto, il diniego esplicito di autotutela contestato dalla ricorrente, da un lato, non incide su alcuna posizione di aspettativa tutelabile, né se riferita al grado di sviluppo della gara, né se correlata alla sola notificazione del ricorso introduttivo, dall'altro, presenta un contenuto confermativo del diniego già formatosi tacitamente e ricognitivo del punteggio numerico espresso dalla Commissione, con conseguente infondatezza della censura in esame.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza delle doglianze formulate con il ricorso principale.

4) Con il ricorso per motivi aggiunti, Silvabella impugna la determinazione del 27

gennaio 2015 con la quale la stazione appaltante ha respinto la domanda della ricorrente diretta ad ottenere la consegna del servizio.

Si tratta di una determinazione adottata a seguito di reiterate istanze della ricorrente, dirette ad ottenere il subentro nella gestione del servizio affidato, nelle more della definizione del giudizio, all'aggiudicataria provvisoria For Work in via d'urgenza.

In particolare, la stazione appaltante, con determinazione del 15 aprile 2014, ha consegnato il servizio all'aggiudicataria provvisoria, nelle more dell'aggiudicazione definitiva, al fine di assicurare la necessaria continuità nell'esecuzione di un servizio essenziale per la collettività.

4.1) Mediante i motivi aggiunti la ricorrente articola due gruppi di censure, il primo dei quali è diretto a contestare, da un lato, la mancata dichiarazione di decadenza dell'affidamento d'urgenza disposto in favore di For Work, in ragione dell'asserita violazione degli artt. 15 e 20 del capitolato e, in particolare, per omessa consegna all'ente appaltante del D.U.V.R.I e della documentazione attestante l'avvenuta formazione e informazione, in materia di sicurezza, del personale da impiegare nei servizi oggetto dell'appalto, dall'altro, l'illegittimità degli atti di gara in quanto il D.U.V.R.I. prodotto da For Work sarebbe del tutto generico.

Inoltre, Silvabella lamenta la violazione dei principi generali in materia di evidenza pubblica, in quanto la stazione appaltante ha affidato in via di urgenza il servizio a For Work, nonostante l'accoglimento dell'appello cautelare, mentre – si sostiene – avrebbe dovuto affidare il servizio stesso alla seconda classificata, o, quanto meno, aprire una nuova procedura ad evidenza pubblica con la partecipazione necessaria di Silvabella.

Il ricorso per motivi aggiunti è in parte inammissibile e in parte infondato.

In primo luogo, deve essere rilevata l'inammissibilità, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, del ricorso per motivi aggiunti nella parte in cui

contesta la mancata dichiarazione di decadenza di For Work dall'affidamento in via d'urgenza del servizio.

La semplice lettura degli artt. 15 e 20 del capitolato speciale rende evidente che tanto la produzione della documentazione attestante l'avvenuta informazione e formazione del personale, quanto la produzione del DUVRI sono previste come cause di "risoluzione" dell'affidamento e, difatti, sono correlate all'inadempimento di obbligazioni successive all'avvio del servizio.

Ne deriva che il riferimento alla decadenza, nel testo delle norme di gara appena citate, non può essere inteso come una sorta di intervento in autotutela dell'amministrazione, ma esprime il potere di scioglimento del contratto previsto in favore dell'amministrazione in caso di inadempimento di specifiche obbligazioni contrattuali, la cui violazione incide funzionalmente sulla causa del contratto determinandone la risoluzione.

Ecco, allora, che, nella parte in esame il ricorso per motivi aggiunti contesta la mancata risoluzione dell'affidamento disposto in via d'urgenza in favore della controinteressata, ossia una ritenuta violazione di aspetti esecutivi del contratto, come tali sottratti alla cognizione del giudice amministrativo e compresi nella giurisdizione del giudice ordinario.

Va, pertanto, ribadita, l'inammissibilità in parte qua del ricorso per motivi aggiunti per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Ne deriva che il difetto delle informazioni in merito alle posizioni previdenziali ed assicurative di ciascun lavoratore stabilmente impiegato nei servizi oggetto di appalto, nonché l'asserita mancata produzione del documento di valutazione dei rischi e della documentazione comprovante l'avvenuta formazione del personale in materia di sicurezza, attengono a profili esecutivi del contratto e rilevano ai fini della sua risoluzione, sicché la contestazione in esame resta sottratta alla giurisdizione del giudice amministrativo, appartenendo alla cognizione del giudice

ordinario;

4.2) E'infondata la seconda censura formulata con il ricorso per motivi aggiunti e diretta a contestare che il D.U.V.R.I. prodotto da For Work sarebbe del tutto generico.

In primo luogo, va evidenziato che dalla documentazione versata in atti risulta che For Work ha prodotto in corso di gara il Documento Unico di Valutazione dei Rischi (D.U.V.R.I.).

La censura di genericità, oltre ad essere del tutto apodittica, perché non si traduce in una specifica contestazione di aspetti del DUVRI prodotto da For Work, non è coerente con la natura del documento di cui si tratta.

Invero, il c.d. DUVRI è elaborato dalla stazione appaltante, che ne quantifica i costi indicandoli nella lex specialis, sicché esso ha lo scopo di favorire la cooperazione nell'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto e di coordinare gli interventi di protezione e prevenzione dei rischi cui sono esposti i lavoratori (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 20 marzo 2015 n. 3; Tar Lombardia Milano, sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 36).

In particolare, l'art. 26, comma 3 ter, del d.l.vo 2008 n. 81 precisa, con una previsione espressiva di un principio generale estendibile al di là dell'espresso ambito cui è riferita, che il DUVRI è suscettibile di adattamenti e integrazione in sede di esecuzione del contratto, perché il suo contenuto previsionale deve essere adattato ai rischi specifici da interferenza che effettivamente si profilano in sede di esecuzione, sicché la variabilità del DUVRI non altera la concorrenza tra gli operatori interessati all'aggiudicazione.

Ne deriva che, ferma restando l'apoditticità della doglianza in esame, che non specifica per quali aspetti il DUVRI prodotto da For Work sarebbe generico o, comunque, non adeguato al servizio da gestire, resta fermo che si tratta di un

documento suscettibile di successivi adattamenti, correlati ai rischi che in concreto si palesano durante l'esecuzione del contratto e ciò giustifica, anche solo in astratto, la presenza in esso di regole non connotate da un minuzioso livello di dettaglio.

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

4.3) Parimenti è infondata la censura tesa a contestare la violazione dei principi generali in materia di evidenza pubblica, in quanto la stazione appaltante ha affidato in via di urgenza il servizio a For Work, nonostante l'accoglimento dell'appello cautelare, in luogo di affidare il servizio stesso alla seconda classificata, o, quanto meno, aprire una nuova procedura ad evidenza pubblica con la partecipazione necessaria di Silvabella.

In primo luogo, va osservato che la contestazione è inammissibile nella parte in cui lamenta che le determinazioni dell'amministrazione, impugnate con il ricorso per motivi aggiunti, sono elusive o violative del giudicato cautelare d'appello, perché si tratta di un profilo che non appartiene alla cognizione del Tribunale adito, ma del medesimo giudice d'appello, ai sensi degli artt. 59 e 112, comma 2, lett. b) c.p.a..

In ogni caso, la denunciata illegittimità della determinazione comunale del 27 gennaio 2015, recante il rifiuto di assegnare il servizio a Silvabella, non trova alcun riscontro nel contenuto dell'ordinanza cautelare del giudice d'appello, n. 266/2015, poiché essa non contiene alcuna determinazione incidente sull'affidamento provvisorio ed urgente del servizio e sulle modalità della sua prosecuzione.

In particolare, l'ordinanza cautelare del giudice di appello si limita, in attesa della decisione di merito, a precludere espressamente solo la stipulazione del contratto, al fine, esplicitato, di mantenere la res adhuc integra.

Né la ricorrente ha articolato censure dirette a confutare il carattere essenziale del servizio di cui si tratta, che integra il presupposto dell'affidamento disposto in via d'urgenza dalla stazione appaltante, chiaramente indicato nella determinazione

recante siffatta assegnazione.

Neppure può essere condivisa la tesi per cui la stazione appaltante avrebbe dovuto indire una procedura ad hoc per garantire la continuità del servizio, in luogo di disporre l'affidamento d'urgenza in favore dell'aggiudicatario provvisorio.

Tale soluzione non era imposta dalla decisione cautelare d'appello, che riguarda solo la procedura ordinaria contestata e preclude la stipulazione del contratto nelle more della definizione del giudizio.

Allo stesso modo è destituita di fondamento la contestazione relativa alla mancata indizione di una procedura ad hoc, con la partecipazione necessaria della ricorrente, in quanto l'assegnazione d'urgenza del servizio in favore di chi abbia ottenuto l'aggiudicazione provvisoria è derogatoria dei meccanismi ordinari di affidamento degli appalti, proprio perché si fonda su una gara già svolta sino alla fase dell'aggiudicazione provvisoria.

In senso contrario, non rileva la decisione cautelare d'appello, in quanto, come già osservato, essa reca l'accoglimento del ricorso in appello avverso l'ordinanza cautelare del Tar, solo al fine di paralizzare la stipulazione del contratto, senza intaccare i presupposti e i limiti dell'affidamento d'urgenza, che, vale precisare, non è l'oggetto del provvedimento impugnato con il ricorso per motivi aggiunti, che riguarda solo il diniego di subentro di Silvabella nell'affidamento d'urgenza.

Va, comunque, evidenziato che il ricorso per motivi aggiunti è stato esaminato nel merito solo per esigenze di completezza della trattazione, perché il vaglio della domanda poteva essere contenuto, con esito negativo, nell'ambito della verifica della sussistenza delle condizioni dell'azione e, quindi, dell'ammissibilità dei motivi aggiunti.

Invero, una volta respinto il ricorso principale, quello per motivi aggiunti non risulta supportato da un interesse concreto ed attuale alla sua definizione, atteso che l'insussistenza dei profili di illegittimità dedotti dalla ricorrente avverso gli atti

di gara esclude la possibilità per essa di subentrare nella gestione del servizio, anche se affidato in via d'urgenza.

Va, pertanto, ribadito che, in relazione alle domande di annullamento proposte, il ricorso per motivi aggiunti è in parte inammissibile, per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo e in parte infondato, secondo quanto già precisato.

Deve essere respinta la domanda, contenuta nel ricorso per motivi aggiunti, di condanna di For Work ex art. 26, comma 2, c.p.a. al pagamento di una sanzione pecuniaria per avere insistito nell'eccezione di nullità delle impugnazioni proposte.

Sul punto è sufficiente evidenziare che la controinteressata si è limitata ad avanzare un mezzo di difesa, la cui infondatezza, già evidenziata in motivazione, non vale a rendere temeraria la sua difesa in giudizio, anche considerando la fondatezza delle eccezioni di merito, con le quali For Work ha replicato alle doglianze avanzate da Silvabella, doglianze respinte con la presente sentenza.

5) E' infondata la domanda risarcitoria presentata sia con il ricorso principale, sia con il ricorso per motivi aggiunti, in quanto l'infondatezza delle doglianze articolate rispetto ai provvedimenti assunti come lesivi esclude la configurabilità dei presupposti della responsabilità della pubblica amministrazione, ex artt. 2043 e seg.ti c.c..

6) In definitiva, il ricorso principale è infondato e deve essere respinto e il ricorso per motivi aggiunti è in parte inammissibile e in parte infondato secondo quanto già precisato.

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) respinge il ricorso principale;
- 2) dichiara inammissibile il ricorso per motivi aggiunti per difetto di giurisdizione

del giudice amministrativo nella parte relativa alla contestazione dell'omessa decadenza e individua, ai sensi dell'art. 11 c.p.a., nel giudice ordinario l'autorità giurisdizionale cui spetta la cognizione della relativa domanda;

3) respinge nel resto il ricorso per motivi aggiunti;

4) condanna la Cooperativa Servizi Silvabella al pagamento delle spese della lite, che liquida in complessivi euro 6.000,00 (seimila), oltre accessori di legge, da dividere in parti uguali tra le parti resistenti costituite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/07/2015

IL SEGRETARIO

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