

Pubblicato il 12/06/2018

N. 00840/2018 REG.PROV.COLL.

N. 01172/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1172 del 2017, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
Zini Elio s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa
dagli avvocati Andrea Stefanelli e Fabio Caruso, domiciliata presso la Segreteria del
T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli 40;

contro

Comune di Arezzo, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli
avvocati Stefano Pasquini e Lucia Rulli, domiciliato presso la Segreteria del T.A.R.
Toscana in Firenze, via Ricasoli 40;

nei confronti

Pissta Group s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Lorenzo Colazzilli, domiciliato presso la Segreteria del T.A.R.
Toscana in Firenze, via Ricasoli 40;

per l'annullamento,

con il ricorso introduttivo:

del provvedimento n. 1951 del 18/07/2017 d'aggiudicazione della procedura negoziata per affidamento in concessione del servizio di pulizia e ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse dal verificarsi di incidenti stradali alla ditta Pissta Group s.r.l. (da ora in avanti solo Pissta), dei Verbali di gara, nonché di tutte le operazioni e determinazioni della Commissione di Gara (ove occorra), oltre ad ogni altro atto, preordinato, connesso e/o conseguente, anche non cognito, se e per quanto occorrer possa, nonché per la dichiarazione d'inefficacia, nullità, annullamento e/o decadenza del contratto eventualmente stipulato fra il Comune di Arezzo e la società Pissta s.r.l., e per la condanna del Comune al risarcimento dei danni tutti subiti dalla ricorrente in conseguenza del mancato affidamento del servizio de quo alla medesima a causa della mancata esclusione della Pissta dalla procedura in questione, danno da ristorare in forma specifica nonché, in subordine, per equivalente economico.

E, con i motivi aggiunti presentati il 9 novembre 2017:

del provvedimento n. 1951 del 18/7/2017 d'aggiudicazione della procedura negoziata per l'affidamento in concessione del servizio di pulizia e ripristino delle condizioni di sicurezza stradale compromesse dal verificarsi di incidenti stradali alla ditta Pissta Group s.r.l., dei Verbali di gara e di tutte le determinazioni della Commissione di Gara, oltre ad ogni altro atto, preordinato, connesso e/o conseguente, anche non cognito, se e per quanto occorrer possa, nonché del provvedimento n. 2774 del 9/10/2017 con cui il Comune di Arezzo ha confermato l'aggiudicazione del predetto servizio a favore della ditta Pissta e per la dichiarazione d'inefficacia, nullità, annullamento e/o decadenza del contratto eventualmente stipulato fra il Comune di Arezzo e la società Pissta, e per la condanna al risarcimento dei danni tutti subiti dalla seconda graduata Zini Elio S.r.l. in conseguenza del mancato affidamento del servizio de quo a causa della mancata

esclusione della Pissta dalla procedura in questione, danno da ristorare in forma specifica o in subordine, per equivalente economico.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Arezzo e della controinteressata Pissta Group s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2018 il consigliere Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Zini Elio s.r.l. e Pissta Group s.r.l. sono le due imprese che hanno partecipato alla gara telematica avviata dal Comune di Arezzo nell'ottobre del 2016 per l'affidamento in concessione triennale del servizio di pulizia e ripristino delle condizioni di sicurezza stradale, viabilità e reintegro delle matrici ambientali compromesse da sinistri stradali sul territorio comunale.

Il servizio è stato aggiudicato alla Pissta Group, prima classificata con il punteggio complessivo di 99,2 contro i 66,85 punti della Zini Elio.

1.1. L'aggiudicazione, disposta dalla stazione appaltante con provvedimento del 18 luglio 2017, è impugnata dalla seconda classificata, che ne chiede l'annullamento sulla scorta di un unico motivo in diritto volto a contestare la congruità dell'offerta di Pissta Group.

1.2. Con motivi aggiunti, il gravame è stato esteso alla sopravvenuta determina dirigenziale del 9 ottobre 2017, recante la dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione, a seguito dei controlli sul possesso dei requisiti.

1.3. Costituitisi in giudizio il Comune di Arezzo e la controinteressata Pissta Group, nella camera di consiglio del 22 novembre 2017 il collegio ha respinto la domanda di misure cautelari, interinalmente proposta dalla società ricorrente.

1.4. Nel merito, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza dell'11 aprile 2018, preceduta dallo scambio di documenti, memorie difensive e repliche.

2. Le censure articolate con il ricorso introduttivo del giudizio investono, come anticipato, la congruità dell'offerta aggiudicataria.

La società Zini Elio – premesso che l'analisi dei prezzi predisposta dalla stazione appaltante indicava in euro 359,51 il costo degli interventi di ripristino con aspirazione di liquidi e in euro 261,51 quello degli interventi senza aspirazione, per un importo a base d'asta di euro 213.600,00 oltre I.V.A. annui – afferma che il ribasso offerto dalla controinteressata porterebbe a valori insufficienti per coprire i costi della manodopera e, più in generale, i costi vivi dell'intervento, ivi compresi quelli per attrezzature e materiali. L'offerta sarebbe pertanto economicamente insostenibile e da escludere per ingiustificata e ingiustificabile violazione dei minimi retributivi tabellari, ai sensi dell'art. 97 co. 5 lett. d) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

La ricorrente aggiunge altresì l'ulteriore tema degli interventi eseguiti su sinistri cagionati da veicoli non identificati. I relativi costi, non recuperabili dalla compagnia assicuratrice interessata e gravanti perciò sul gestore del servizio, non sarebbero coperti dall'offerta di Pissta Group, come pure non sarebbero coperti i costi relative alle prestazioni accessorie non compensate dal Comune (call center, reperibilità festiva e notturna, smaltimento dei materiali rimossi).

2.1. I motivi aggiunti originano dall'esame della documentazione depositata in giudizio dalle controparti, e, in particolare, delle giustificazioni rese dalla controinteressata in ordine al modello organizzativo adottato per l'espletamento del servizio.

Pissta Group – come risulta appunto dai citati giustificativi – partecipa alla gara avvalendosi di un modello organizzativo articolato in una struttura centrale, a sua volta suddivisa in “direzione generale” e “centrale operativa”, e in una struttura periferica. Mentre la struttura centrale fa direttamente capo alla controinteressata, la struttura periferica viene affidata a società e imprese esterne, dislocate sul territorio di riferimento e deputate alla materiale esecuzione degli interventi su segnalazione della centrale operativa.

I rapporti fra la struttura centrale e le strutture periferiche (definite Centri Logistico Operativi – CLO, ovvero Strutture Operative radiomobili – SOR) sono regolati da un contratto atipico di *governance*, in forza del quale i CLO si obbligano dietro corrispettivo a eseguire le prestazioni oggetto del servizio affidato dal Comune.

Ad avviso della ricorrente Zini Elio, tale modello organizzativo sarebbe contrario sia alle previsioni della *lex specialis*, sia, più in generale, alla normativa europea e nazionale in materia di contratti pubblici. Secondo la prospettazione, la società aggiudicataria e i CLO non darebbero vita né a un’associazione temporanea di imprese, né a un consorzio, a una rete di imprese o una *holding*, vale a dire a nessuno dei soggetti abilitati a concorrere all’affidamento di contratti pubblici.

In definitiva, non sarebbe dato comprendere a quale titolo Pissta Group collabori con i titolari dei CLO e non si comprenderebbe come il Comune di Arezzo abbia potuto ammettere la partecipazione alla gara di un soggetto che spende requisiti e formula un’offerta sulla base delle condizioni esecutive di operatori economici ad esso estranei e da esso non controllabili.

L’aggiudicataria, per altro verso, neppure avrebbe individuato in concreto gli esecutori materiali del servizio, né avrebbe dimostrato l’assunzione da parte di costoro di qualsivoglia obbligazione nei confronti del Comune. La mancata formalizzazione dei rapporti fra i CLO e la centrale operativa, e la contestuale irriducibilità del modello organizzativo proposto dalla controinteressata ad alcuno

degli istituti ammessi dalla legge, potrebbero semmai far presumere il ricorso a un subappalto dissimulato, risultandone per questo aspetto violato il divieto di subappalto sancito dalla *lex specialis* (fermo restando che il subappalto eccedente il 30% sarebbe di per sé comunque illegittimo).

L'utilizzo di un modello organizzativo non consentito avrebbe poi ricadute sia sull'offerta tecnica, sia su quella economica.

Pissta Group, da un lato, si sarebbe servita senza averne titolo di strutture, materiali e mezzi di proprietà di altri soggetti per partecipare alla gara e dimostrare il possesso dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, oltre che ai fini del punteggio relativo all'offerta tecnica.

Quanto all'offerta economica, la controinteressata avrebbe dichiarato di corrispondere ai CLO convenzionati l'importo forfettario di euro 122,95 oltre I.V.A. per ciascun intervento. Così facendo, sui CLO verrebbe ad essere indebitamente trasferito il rischio di impresa collegato ai singoli interventi di ripristino, in violazione dell'art. 6 del disciplinare di gara e dell'art. 15 del capitolato, oltre a non esservi corrispondenza fra i costi per intervento dichiarati dalla controinteressata e i costi effettivi (Pissta avrebbe dichiarato costi di 141,50 euro per gli interventi con aspirazione e 111,50 euro senza aspirazione, importi inferiori a quello di 152,95 euro che si ottiene sommando il rimborso forfettario garantito ai CLO con il costo fisso di 30,00 euro per i detergenti, forniti direttamente dalla centrale operativa ai medesimi CLO).

2.2. Le censure, da esaminarsi congiuntamente, sono infondate. L'approfondimento proprio della fase di merito del giudizio consente, come si vedrà, di superare i dubbi palesati dal collegio in sede cautelare circa l'ammissibilità del modello organizzativo proposto dall'aggiudicataria Pissta Group.

2.2.1. La consistenza della propria organizzazione aziendale è stata illustrata dalla controinteressata al Comune di Arezzo per il tramite dei giustificativi presentati ai sensi dell'art. 97 d.lgs. n. 50/2016.

Essa si fonda sui contratti di *governance* stipulati con gli operatori locali, i quali assumono la veste di Strutture Operative Radiomobili o Centri Logistici Operativi inseriti, come tali, nella struttura operativa-organizzativa della società affiliante Pissta Group.

In particolare, a norma dell'art. 2 del contratto di *governance*, i CLO si obbligano ad agire come esecutori materiali del servizio, eseguendo le direttive dell'affiliante, sottoponendosi al suo potere direttivo e di controllo e rinunciando alla propria autonomia decisionale nell'esecuzione delle prestazioni, pur rimanendo entità giuridiche ed economiche distinte dall'affiliante. È espressamente esclusa la formazione di rapporti di rappresentanza, associativi o societari tra le parti del contratto.

Ancora, ciascun CLO opera nella zona territoriale di competenza contrattualmente affidatagli, nel rispetto dei protocolli di sicurezza stradale e tutela ambientale messi a punto dall'affiliante, avvalendosi del *know-how*, delle attrezzature, dei prodotti e dei contrassegni identificativi predisposti dall'affiliante medesima.

Infine, per quanto qui interessa, il compenso del CLO è stabilito in misura fissa per ogni intervento di pulitura correttamente effettuato, salvi eventuali incrementi per il caso di operazioni connotate da speciale complessità. Il compenso è dovuto anche per gli interventi di ripristino a seguito di incidenti provocati da veicoli non identificati o identificabili. È altresì a carico di Pissta Group la fornitura dei prodotti utilizzati per la pulizia stradale, nonché le attività inerenti il trasporto, conferimento e smaltimento dei rifiuti prodotti dal sinistro (si veda l'allegato B al contratto di *governance*).

Come già evidenziato dalla giurisprudenza a fronte di modelli organizzativi del tutto analoghi, in forza del contratto atipico di *governance* i titolari dei Centri Logistici Operativi divengono espressione della stessa organizzazione d'impresa che fa capo all'affiliante. Ne risulta una compagine operativa unitaria, non riconducibile al paradigma del subappalto nella misura in cui il terzo esecutore del servizio manca di ogni autonomia e presta la propria attività in modo che questa si innesti nel più ampio contesto dell'organizzazione imprenditoriale dell'affiliante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2015, n. 878; id., 25 febbraio 2015, n. 936).

Né, del resto, a carico dei titolari dei CLO si registra alcun trasferimento del rischio d'impresa, ovvero degli obblighi nascenti dal contratto stipulato dall'affiliante con la stazione appaltante. Il CLO sono obbligati nei confronti (non del Comune, ma) dell'affiliante a eseguire le prestazioni che formano oggetto (non del servizio affidato in concessione, ma) del contratto di *governance*, vale a dire i singoli interventi cui siano di volta in volta chiamati nella zona territoriale di competenza; e non perdono il diritto al compenso nelle circostanze in cui questo all'affiliante non dovesse competere, in virtù del contratto di affidamento stipulato con il Comune (si veda l'art. 1 del capitolato tecnico, secondo cui i costi degli interventi di ripristino rimangono a carico della ditta affidataria nel caso in cui non sia possibile individuare il responsabile del sinistro).

Se così è, deve concludersi che legittimamente la controinteressata Pissta Group è stata ammessa a partecipare alla procedura come impresa singola, non incorrendo nei divieti di subconcessione e di cessione del contratto contenuti nella legge di gara. La circostanza che la struttura organizzativa di Pissta Group si fondi sul ricorso a rapporti contrattuali atipici, piuttosto che a rapporti di lavoro subordinato, è di per sé irrilevante, una volta che il Comune ha potuto valutare e apprezzare l'idoneità del contratto di *governance* ad assicurare in capo all'impresa concorrente la direzione e il controllo degli operatori addetti alla materiale esecuzione del servizio.

Questi ultimi, inseriti nell'organizzazione d'impresa di Pissta Group, rinunciano a ogni autonomia e nei rapporti con il Comune non possono considerarsi terzi rispetto all'affiliante, che resta l'unica responsabile dell'esecuzione del servizio. Per questa ragione deve escludersi un onere di previa indicazione nominativa dei CLO, così come in termini generali non è richiesta la previa conoscenza nominativa dei dipendenti dell'appaltatore o del concessionario, e dei suoi collaboratori.

In ogni caso, la controinteressata ha prodotto in giudizio tre contratti di *governance* risalenti al novembre del 2016 e sottoscritti con altrettanti operatori locali, a comprova della effettiva disponibilità delle strutture deputate all'esecuzione del servizio (l'attendibilità indiziaria di tale produzione non è smentita da circostanze obiettive o altri elementi contrari).

2.2.2. Nelle giustificazioni *ex art.* 97 d.lgs. n. 50/2016, Pissta Group ha indicato in euro 150,00 il corrispettivo totale da essa versato ai CLO per ciascun intervento contenuto nel limite di raccolta rifiuti di 40 mq (euro 122,95 oltre I.V.A.), facendo poi seguire un'analisi dei costi dalla quale si ricava, in primo luogo, la congruità di detto corrispettivo.

Per ciascun intervento con aspirazione di liquidi è dichiarato un costo di euro 141,50 (euro 144,33 con l'aggiunta degli oneri per la sicurezza), a partire da un costo orario del personale pari ad euro 29,59, superiore ai 28,38 euro tabellari indicati dalla stessa ricorrente come minimo inderogabile. Detraendo da tale importo il costo del detergente (30,00 euro), a carico di Pissta, si ottengono euro 111,50, ampiamente coperti dai 122,95 euro del corrispettivo pattuito con i CLO.

Analogamente, per gli interventi senza aspirazioni di liquidi e senza impiego di detersivi il costo è indicato direttamente in euro 111,50 (euro 113,73 con gli oneri per la sicurezza), ancora una volta inferiore al corrispettivo spettante ai CLO, che risulta pertanto idoneo a garantire a questi ultimi la copertura dei costi nel rispetto dei minimi salariali.

Le giustificazioni proseguono con una proiezione dell'utile atteso dall'esecuzione del contratto.

Pissta Group esibisce un utile annuo di poco inferiore ai 18 mila euro, che calcola al 10% dei costi per intervento e al netto delle spese generali (15%) ipotizzando di dover sostenere, nell'ambito dei 178 interventi annui previsti dalla legge di gara, una media di venti interventi su sinistri con responsabile ignoto e, pertanto, con modestissime probabilità di recupero nei confronti della compagnia assicurativa, al costo medio maggiorato di 200,00 euro per intervento; e aggiungendo ulteriori venti interventi relativi al servizio secondario di rimozione, trasporto, demolizione e radiazione di veicoli abbandonati, anch'essi computati in perdita ai costi convenuti con strutture convenzionate (260,00 euro per intervento).

La stima dell'utile parte dal costo-base di euro 150,00 per intervento coincidente con il corrispettivo da versare ai CLO. Per questo aspetto, sembra cogliere nel segno il rilievo della ricorrente Zini Elio circa la mancata considerazione del costo fisso di euro 30,00 per gli interventi con aspirazione dei liquidi e impiego di detergenti: anche tenendo conto di tali maggiori costi, l'utile – pari alla differenza tra costo degli interventi e indennizzi assicurativi – continua tuttavia ad essere garantito, seppure in misura diminuita, e con esso la complessiva sostenibilità/attendibilità dell'offerta (a mero titolo esemplificativo, per gli interventi standard entro i 40 mq il maggior costo annuo è di $30,00 \text{ euro} \times 65 = 1.950,00 \text{ euro}$, che porta l'utile da 6.110,00 euro a 4.160,00; per gli interventi con dispersione di liquidi nel limite di 100 mq i maggiori costi ammontano invece a $30,00 \text{ euro} + 45,00 \text{ euro} = 75,00 \text{ euro}$ a intervento, vale a dire $75,00 \times 7 = 525,00 \text{ euro}$ all'anno, che riducono l'utile dichiarato da 3.451,00 euro a 2.906,00 euro).

Le perplessità sollevate dalla ricorrente in ordine all'offerta economica della vincitrice possono dunque considerarsi fugate, anche con riguardo alle voci di spesa che ben possono essere ricondotte alle spese generali, come i costi del call center.

3. In forza delle considerazioni che precedono, il ricorso e i connessi motivi aggiunti non possono trovare accoglimento, e vanno respinti in ciascuna delle domande proposte.

3.1. Le spese di lite possono essere compensate fra tutte le parti in causa, stante la peculiarità e (relativa) novità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierpaolo Grauso

IL PRESIDENTE
Manfredo Atzeni

IL SEGRETARIO