

Pubblicato il 05/08/2024

N. 06967/2024REG.PROV.COLL.
N. 02418/2024 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2418 del 2024, proposto da Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale di Milano - Aler Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 938400236D, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi, Federica Fischetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giorgio Lezzi in Roma, piazza D'Ara Coeli 1;

contro

Aurora S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Saggiomo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ariete Soc. Coop, Meit Multiservice S.r.l., non costituiti in giudizio;

per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 00535/2024, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2024 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e preso atto del deposito della richiesta di passaggio in decisione senza la preventiva discussione, ai sensi del Protocollo d'intesa del 10 gennaio 2023, da parte degli avvocati Lezzi, Fischetti e Saggiomo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia ha accolto il ricorso proposto dalla società Aurora s.r.l. contro l'Azienda Lombarda per l'Edilizia Residenziale di Milano – Aler Milano per l'annullamento del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara indetta dall'Azienda per l'affidamento “*del servizio di pulizia ed affini da effettuarsi sul patrimonio di proprietà di Aler e/o gestito dalla stessa o di comuni terzi siti in provincia, di competenza territoriale dei Settore Servizi UOG di Milano e Provincia - REP. N. 117/2022 – Lotto 11 – competenza U.O.G. Sesto San Giovanni – CIG: 938400236D*”.

L'esclusione è stata disposta per mancanza del requisito di cui al punto 6.3, lettera e) del disciplinare di gara il quale prevede che il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio, antecedente la pubblicazione del bando di gara (dal 31/08/2019 al 31/08/2022) un servizio c.d. di punta, analogo alla prestazione principale, di importo minimo pari a € 735.115,61 per il lotto n.11.

1.1. Il tribunale – dopo aver dato atto del motivo di ricorso e dell'impugnativa dell'art. 6.3., lett. e) del disciplinare di gara, ove da interpretare in senso ostativo alla partecipazione alla gara dell'impresa ricorrente – ha respinto l'eccezione di irricevibilità dell'impugnazione del bando di gara avanzata da

Aler ed ha accolto il ricorso *“nella parte in cui impugna il disciplinare di gara e la conseguente esclusione”*.

1.2. Le spese processuali sono state compensate per *“la novità delle questioni”*.

2. L’Azienda Lombarda per l’Edilizia Residenziale di Milano – ALER Milano ha proposto appello con tre motivi.

Aurora s.r.l. si è costituita per resistere all’appello.

2.1. Con ordinanza cautelare n. 1207/2024 del 4 aprile 2024 è stata sospesa l’esecutività della sentenza.

2.2. All’udienza del 20 giugno 2024 la causa è stata assegnata a sentenza, senza discussione, su richiesta delle parti, previo deposito di memorie di entrambe e di replica dell’appellante.

3. Col primo motivo l’Aler censura, come non pertinente rispetto alla questione controversa, la motivazione di accoglimento della sentenza appellata, in tema di requisito *“di punta”*.

Invero, il tribunale ha preso le mosse dalla giurisprudenza che configura il requisito *“di punta”* come *“espressione della necessità di una qualifica funzionale indivisibile in capo all’operatore affidatario dell’appalto”* e dall’affermazione che il diritto dell’Unione consente *“il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi imposti dall’amministrazione giudicatrice in conformità all’obiettivo dell’apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile”*, ma con la precisazione che *“non può escludersi a priori l’esistenza di servizi che presentino peculiarità tali da richiedere una determinata capacità, che non si ottiene associando capacità inferiori di più operatori, per cui l’amministrazione aggiudicatrice potrebbe legittimamente esigere che il livello minimo della capacità in questione sia raggiunto da un’unica impresa, laddove siffatta esigenza sia connessa e proporzionata all’oggetto dell’appalto; tuttavia, tale ipotesi costituisce una situazione eccezionale, che non può assurgere a regola generale.”*

Dato quanto sopra, il primo giudice ha ritenuto che, nel caso di specie, *“il servizio di pulizia ed affini, da effettuarsi sul patrimonio di proprietà di Aler e/o gestito*

dalla stessa o di comuni terzi siti nella provincia, non richiede competenze professionali tali da giustificare l'infrazionabilità del requisito stesso, o comunque non vi è alcuna prova delle ragioni per cui tale requisito è stato inserito nel bando, per cui è irragionevole che il requisito di punta richiesto dalla stazione appaltante debba essere posseduto da una sola impresa nell'ambito di un RTI.".

3.1. L'Azienda appellante lamenta che l'aspetto dell'infrazionabilità del requisito è del tutto inconferente rispetto alla questione controversa, non avendo alcuna attinenza logico-giuridica con i fatti di causa.

Sottolinea, infatti, che la società Aurora ha partecipato alla gara *de qua* singolarmente, e non in raggruppamento, dichiarando di avere maturato il servizio di punta richiesto per mezzo di un unico e solo contratto pregresso alla stessa intestato (ossia il contratto stipulato col Comune di Giugliano in Campania) senza avvalersi di alcuna impresa ausiliaria. Avendo partecipato come impresa singola, la ricorrente non aveva alcun interesse ad invocare l'apertura del "cumulo delle capacità" tra imprese di un raggruppamento ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di punta.

Di qui, il travisamento dei fatti nel quale sarebbe incorso il T.a.r. e l'*error in iudicando* della sentenza gravata, che avrebbe dovuto concludere per la carenza di interesse e/o per l'infondatezza delle censure rivolte avverso la clausola di infrazionabilità del requisito, dato che Aurora non avrebbe potuto beneficiare della sua frazionabilità.

Fermo restando quanto sopra esposto, l'appellante svolge ampie considerazioni in merito alla ragionevolezza del requisito di punta, così come richiesto dalla legge di gara.

3.2. Col secondo motivo si censura la sentenza per non aver approfondito la questione, invece rilevante, della possibilità in generale di spendere in gara, ai fini della dimostrazione circa il possesso del requisito tecnico richiesto (e a prescindere dalla sua qualificazione come "requisito di punta"), esperienze pregresse complessivamente maturate nell'ambito di un raggruppamento di imprese, anziché per la sola quota prestazionale effettivamente eseguita

dall'operatore economico concorrente sulla base delle ripartizioni accordate nel raggruppamento. Sottolinea l'appellante come il requisito di cui al punto 6.3. lett. e) del disciplinare fosse un "requisito di capacità tecnica e professionale" volto ad individuare operatori in grado, tra l'altro, di avere generato un fatturato/importo minimo.

Ne consegue, secondo Aler, che ai fini della dimostrazione del requisito, l'operatore economico, ove avesse inteso sfruttare esperienze pregresse maturate in raggruppamento, avrebbe dovuto necessariamente limitarsi a dichiarare la quota di prestazioni effettivamente eseguita, secondo le ripartizioni concordate nel raggruppamento, non potendo fare affidamento su prestazioni dallo stesso non eseguite (come da giurisprudenza richiamata in ricorso).

L'appellante ribadisce che l'esclusione di Aurora si fonda solo sulla circostanza fattuale, non contestata, che il contratto fornito ai fini della comprova del requisito fosse stato stipulato nell'ambito della sua partecipazione ad un raggruppamento, all'interno del quale la società ricorrente ha eseguito prestazioni in affidamento per la sola quota del 51%, stimabile in € 555.531,17 (nettamente inferiore agli € 735.115,61 richiesti in gara).

Irrilevante sarebbe infine la circostanza che nel precedente contratto Aurora avesse svolto il ruolo di mandataria (erroneamente indicato in sentenza come "mandante").

4. I motivi, da esaminarsi congiuntamente per ragioni di connessione logico-giuridica, sono fondati.

In punto di fatto le circostanze rilevanti ai fini della decisione sono le seguenti:

- la legge di gara richiedeva, a pena di esclusione, quale requisito tecnico professionale, che il concorrente avesse eseguito nell'ultimo triennio un servizio c.d. di punta analogo alla prestazione principale (cioè servizi di

pulizia) di importo minimo pari a € 735.115,61 per il lotto 11 (art. 6.3, lett. e, del disciplinare di gara);

- Aurora s.r.l. non ha partecipato alla gara in raggruppamento temporaneo d'impresе, bensì in forma singola, dichiarando di disporre del detto requisito in ragione del contratto stipulato col Comune di Giugliano in Campania dell'importo di € 1.041.951,69 al 31 agosto 2021;

- quest'ultimo contratto era stato tuttavia stipulato da Aurora in qualità di mandataria del r.t.i. con Helios Soc. Coop., nell'ambito del quale la stessa si era impegnata ad eseguire soltanto il 51% del servizio, mentre la restante quota del 49% era stata eseguita dalla mandante Helios, di modo che la prestazione imputabile pro-quota alla ricorrente era maturata per l'importo di € 555.531,17, inferiore a quello richiesto dall'art. 6.3 lett. e) del disciplinare.

4.1. La giurisprudenza amministrativa formatasi in tema di non frazionabilità del requisito riferito al "servizio di punta" e della portata eccezionale della relativa previsione della legge di gara (cfr. Cons. Stato, III, 24 agosto 2020, n. 5186; id., V, 2 febbraio 2018, n. 678 e le altre citate in sentenza) non trova applicazione nel caso di specie perché Aurora s.r.l. ha partecipato alla gara in forma singola.

Invero, il cumulo delle capacità di più operatori economici per soddisfare i requisiti minimi imposti dalla stazione appaltante costituisce la regola ogniqualvolta si tratti di operatori economici che partecipano alla gara in forma associata o raggruppata: in tale eventualità, appunto il diritto dell'Unione prescrive la regola in parola, a portata evidentemente pro-concorrenziale, onde favorire cioè la partecipazione alla gara del maggior numero possibile di operatori economici.

A tale regola corrisponde l'eccezione del requisito riferito al "servizio di punta", inteso come servizio connotato da peculiarità tali da richiedere determinate capacità: quando ricorre tale fattispecie, è appunto eccezionalmente consentito all'amministrazione aggiudicatrice imporre il possesso del requisito c.d. di punta ad una soltanto (ovvero a ciascuna) delle

imprese che compongono il raggruppamento partecipante alla gara. In sintesi, in tale eventualità i requisiti delle imprese, pur se partecipanti alla gara in forma associata o raggruppata non si cumulano, cioè non si sommano tra loro, al fine di raggiungere la misura richiesta.

Ferme restando la regola e l'eccezione sopra dette (che attengono alla qualifica dell'operatore economico in caso di requisito di punta richiesto in gara), non è dato dibattere nel presente giudizio della qualificazione dei servizi oggetto dell'appalto come "servizi di punta" e della legittimità o meno della clausola della legge di gara impugnata dalla ricorrente ove interpretata nel senso della non frazionabilità del "requisito di punta".

Invero, come dedotto col primo motivo di appello, la ricorrente non ha alcun interesse ad impugnare una siffatta interpretazione della legge di gara, dal momento che ha partecipato alla gara in forma singola e non potrebbe in alcun modo avvalersi di un eventuale cumulo delle capacità (o, meglio, del fatturato) con altre imprese, non essendosi raggruppata con alcuna altra impresa per la partecipazione alla gara.

Ai fini della decisione, non è quindi pertinente l'intera motivazione della sentenza gravata, basata sulla qualificazione del servizio di pulizia oggetto della procedura indetta da Aler come servizio non di punta e sulla conseguente, asserita, non legittimità della clausola di infrazionabilità.

4.2. Piuttosto, come dedotto col secondo motivo di appello, l'unica *quaestio iuris* decisiva attiene all'imputabilità, pro-quota o per intero, dei servizi analoghi effettuati in precedenti appalti dall'impresa concorrente, quando l'esecuzione della precedente commessa sia stata affidata ad un raggruppamento temporaneo d'imprese e sia stata ripartita pro-quota tra le diverse imprese componenti il raggruppamento.

Si tratta di questione sulla quale la sentenza di primo grado non si è pronunciata, salvo l'erroneo accenno conclusivo alla portata decisiva del ruolo di "mandante", rectius "mandataria", di Aurora nel precedente contratto, che *"in tale qualità, ha svolto anche le funzioni di organizzazione del servizio e di relazione*

con l'amministrazione che rappresentano uno specifico know how che l'interpretazione restrittiva data dalla stazione appaltante alla legge di gara" finirebbe per annullare.

4.2.1. Si tratta di questione, del tutto distinta da quella riguardante il requisito concernente il servizio di punta.

La questione della spendita dei pregressi servizi svolti in forma raggruppata è stata affrontata e risolta univocamente dalla giurisprudenza, sin da tempi non recenti, nel senso indicato dall'Azienda appellante.

La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che la spendita dei pregressi servizi svolti in forma raggruppata possa avvenire solo pro-quota, riferendo cioè la stessa soltanto alla quota dei servizi effettivamente eseguita da parte di ciascuna delle imprese raggruppate, non potendo ciascuna impresa rivendicare il servizio eseguito da una delle altre, quindi spendere lo stesso per intero (cfr., tra le altre, già Cons. Stato, IV, 22 novembre 2016, n. 4889).

Invero, dal momento che l'importo minimo dei servizi analoghi imposto dalla legge di gara è criterio di quantificazione del requisito d'esperienza richiesto, il concorrente, per raggiungere detto ammontare – e quindi dare la prova del conseguimento del livello minimo di qualità nell'esecuzione dei servizi da appaltare – non può utilizzare le prestazioni eseguite da altri (cfr., in tale senso già Cons. Stato, V, 5 dicembre 2012, secondo cui è insostenibile l'assunto "*per cui la capacità tecnica espressa sarebbe sempre invariabilmente commisurata al valore dell'intero appalto pregresso, indipendentemente dalle quote vigenti tra le componenti dell'A.T.I. appaltatrice. L'interpretazione così proposta consentire inammissibilmente a ciascun componente di un'A.T.I. di avvalersi di esperienze di cui solo in parte, in realtà, disporrebbe, per avere concorso nel relativo contratto solo, appunto, in parte*").

In caso contrario si avrebbe un'inammissibile svalutazione dell'istituto dell'avvalimento, tipicamente rivolto a consentire il ricorso, a fini partecipativi, ai requisiti di altri soggetti e, in ultima analisi, l'elusione della disciplina sulle qualificazioni.

Il riscontro normativo, a monte, di detto condivisibile approdo giurisprudenziale, e della *ratio* sottesa, si rinviene nella previsione dell'art. 48,

comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile *ratione temporis*), che impone agli operatori economici partecipanti in forma collettiva di specificare già nell'offerta *“le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati”*.

4.2.2. In base a quanto sin qui esposto, Aurora, partecipando in forma singola alla gara, avrebbe dovuto spendere un precedente servizio analogo risultante da contratto in esecuzione del quale, in forma singola o collettiva, avesse eseguito in proprio delle prestazioni che le avessero consentito di raggiungere l'importo di fatturato minimo richiesto dall'art. 6.3 lett. e) del disciplinare di gara.

Ha invece indicato un unico contratto dell'importo complessivo (di € 1.041.951,69) effettivamente superiore al minimo richiesto (€ 735.115,61), ma nella cui esecuzione ha svolto prestazioni per la misura del 51%, pari quindi ad € 555.531,17.

Il dato non è contestato e comunque risulta *per tabulas* dall'allegato IX al verbale della seduta dell'11 luglio 2023, che riporta le fatture emesse da Aurora nell'esecuzione del contratto con il Comune di Giugliano in Campania, da computare tuttavia nella quota del 51% imputabile alla ricorrente di primo grado.

Ne consegue la correttezza della conclusione raggiunta dal seggio di gara nel detto verbale, secondo cui *“la quota afferente il servizio c.d. di punta (servizio di pulizia e affini) imputabile pro quota (in ragione del sopraccitato RTC all'operatore Aurora s.r.l.) ...relativamente all'arco temporale 01/01/2021-31/08/2022 viene stimato pari a 555.531,17 euro (Allegato IX), nettamente inferiore ai 735.115,61 euro richiesti, come da prospetto riepilogativo allegato al presente verbale”*.

4.2.3. In senso contrario non vale la qualità di Aurora di capogruppo mandataria, con Helios mandante, del r.t.i. contraente col Comune di Giugliano in Campania, poiché la sottoscrizione del contratto, l'emissione delle fatture e la rendicontazione, effettuate, appunto, in detta qualità, sono riferibili anche, pro quota, alla mandante, in nome e per conto della quale ha

agito la mandataria, titolare di poteri rappresentativi *ex lege* (arg. ex art. 48, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016).

L'attività della mandataria che viene in considerazione non è quella rappresentativo-organizzativa del r.t.i., ma quella esecutiva. La spendita delle prestazioni eseguite si giustifica perché idonea a dimostrare che la mandataria esecutrice, alla pari delle mandanti esecutrici, è dotata di "un'adeguata struttura" per la prestazione del servizio da affidare (come precisato dalla delibera di indizione della procedura *de qua*, a giustificazione dell'inserimento della clausola del disciplinare in contestazione).

Peraltro, portando alle ulteriori conseguenze l'assunto dell'odierna parte appellata - non essendo compatibile col sistema delle qualificazioni imputare le stesse prestazioni pregresse a più di un'impresa esecutrice per il raggiungimento del requisito minimo di partecipazione ad altra gara - si finirebbe per escludere da ogni imputazione (anche pro-quota) le imprese esecutrici in qualità di mandanti; ciò, che sarebbe contrario a ragioni di ordine logico, prima che giuridico.

4.3. Pertanto i motivi di gravame primo e secondo vanno accolti e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, i motivi di ricorso della società Aurora vanno ritenuti l'uno (relativo all'impugnazione della legge di gara) inammissibile per carenza di interesse, l'altro (relativo al possesso del requisito minimo richiesto) infondato.

Il ricorso della società Aurora s.r.l. va quindi complessivamente respinto e va ritenuta la legittimità dell'esclusione della società dall'affidamento del lotto 11 della gara in oggetto, per difetto del requisito tecnico-professionale dell'esecuzione, nell'ultimo triennio, di un servizio di punta, analogo alla prestazione principale, di importo minimo pari a € 735.115,61.

5. L'accoglimento dei primi due motivi di appello comporta l'assorbimento del terzo, col quale l'appellante Aler ha riproposto l'eccezione di irricevibilità dell'impugnativa del bando di gara, respinta in primo grado.

6. Le spese dei due gradi seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso proposto da Aurora s.r.l.

Condanna la società Aurora s.r.l. al pagamento delle spese processuali dei due gradi di giudizio, che liquida, in favore di Aler Milano, nell'importo complessivo di € 10.000,00, di cui € 4.000,00 per il primo grado e € 6.000,00 per il secondo, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Giuseppina Luciana Barreca

IL PRESIDENTE
Rosanna De Nictolis

IL SEGRETARIO