



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 1593 del 2015, proposto da:  
Sanicam Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmela Santoro, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Firenze, Via Duca D'Aosta 16;

***contro***

Comune di Pisa, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Susanna Caponi, Giuseppina Gigliotti e Gloria Lazzeri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Graziella Ferraroni in Firenze, Via XXIV Maggio 3;

***nei confronti di***

Entomox S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Bracci, domiciliato *ex art. 25 c.p.a.* presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, Via Ricasoli 40;

Biblion S.r.l.;

*per l'annullamento*

- del provvedimento comunicato ex art. 79, comma 5, d.lgs. 163/06, con lettera prot. n. 56879, del 7.08.2015, a firma del Responsabile Ufficio Gare, Dott.ssa Giovanna Bretti, contenente l'esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento biennale del servizio derattizzazione, dezanzarizzazione e disinfestazione da espletare in aree pubbliche ed immobili di proprietà comunali, servizio di contact center e sistema informativo automatizzato;
- del verbale della seconda seduta di gara redatto dalla Commissione esaminatrice in data 6.08.2015, con il quale la ricorrente viene esclusa dalla gara;
- del verbale della prima seduta di gara del 3.08.2015, relativo alle operazioni di verifica della documentazione amministrativa;
- nonché, per le motivazioni di cui al ricorso, del bando di gara, nella parte in cui richiede, quale requisito di partecipazione, un ispettore tecnico con rapporto di lavoro dipendente a tempo pieno, con specifico inquadramento nell'ambito del CCNL per imprese artigiane esercenti servizi di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione o Imprese di pulizia e servizi integrati-multiservizi, munito di una delle lauree specialistiche ivi indicate e di abilitazione all'esercizio della professione, nonché con una esperienza biennale in servizi analoghi a quelli oggetto di gara (art. III.2.3-e.2 del bando);
- di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pisa e della controinteressata Entomox S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2016 il dott. 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. La Sanicam Italia S.r.l. ha partecipato, in raggruppamento misto con Salvambiente S.a.s. e Star Business Lab S.r.l., alla procedura indetta dal Comune di Pisa con bando del 22 giugno 2015 per l'affidamento biennale del servizio di derattizzazione, dezanzarizzazione e disinfestazione di aree e immobili di proprietà comunale, e dell'annesso servizio di *contact center* e sistema informativo automatizzato. Nella seduta della commissione di gara del 6 agosto 2015, il raggruppamento capeggiato dalla Sanicam Italia è stato peraltro escluso dalla procedura per le seguenti ragioni, compendiate nel verbale in atti:

- inutilizzabilità da parte delle imprese concorrenti, negli appalti di servizi, del modello organizzativo dell'A.T.I. "mista";
- inadeguatezza del contratto di avvalimento stipulato dalla mandataria Sanicam Italia per supplire alla mancanza del requisito di cui al punto III.2.3. – lett. e.2) del bando di gara (disponibilità di almeno un ispettore tecnico con rapporto di lavoro dipendente a tempo pieno inquadrato al 2° livello o superiore del C.C.N.L. per i dipendenti delle imprese esercenti servizi di pulizia, disinfestazione e sanificazione, ovvero al 6° livello del C.C.N.L. per i dipendenti delle imprese di pulizia e multiservizi, munito di laurea e abilitazione all'esercizio della professione e di esperienza almeno biennale in servizi analoghi a quelli oggetto di gara);
- genericità del contratto di avvalimento stipulato dalla mandante Star Business Lab con la società GIS3W in data 16 luglio 2015 e comunque incertezza assoluta in ordine al prestito delle risorse occorrenti per partecipare all'appalto, ingenerata dalla presenza di un secondo contratto di avvalimento del 28 luglio 2015;

- violazione del principio di segretezza delle offerte per la presenza, nella busta contenente la documentazione amministrativa, di dichiarazioni e documenti inerenti all'offerta tecnica.

1.1. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, l'esclusione è stata impugnata dalla Sanicam Italia, che ne ha chiesto l'annullamento previa sospensione cautelare degli effetti.

Costituitosi in giudizio il Comune di Pisa, nella camera di consiglio del 21 ottobre 2015 il collegio ha accordato la misura cautelare ai fini della riammissione alla gara del raggruppamento Sanicam Italia.

A seguito dell'esecuzione del provvedimento del tribunale ad opera della stazione appaltante, la ricorrente si è resa aggiudicataria provvisoria della procedura, sia pure *sub judice*.

1.2. Nel merito, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 22 giugno 2016, preceduta dalla costituzione in giudizio della controinteressata Entomox S.r.l., seconda classificata nella graduatoria di gara frattanto approvata dalla stazione appaltante.

2. L'avvenuta riammissione alla gara del raggruppamento capeggiato dalla ricorrente Sanicam Italia, in ossequio a quanto disposto dal collegio in sede cautelare, non risulta accompagnata da atti o provvedimenti che lascino emergere la volontà del Comune di Pisa di ritirare l'impugnato provvedimento di esclusione. Benché, nelle more del giudizio, la ricorrente si sia provvisoriamente aggiudicataria la gara, non può dirsi, pertanto, che l'interesse alla decisione della controversia sia venuto meno.

3. Con il primo motivo di ricorso, la società ricorrente contesta l'assunto dell'amministrazione, secondo cui la forma organizzativa del raggruppamento "misto" sarebbe consentita nei soli appalti di lavori, a norma dell'art. 37 co. 6 del D.Lgs. n. 163/2006.

La giurisprudenza e l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici avrebbero da tempo riconosciuto cittadinanza all'istituto anche nell'ambito degli appalti di servizi, e in questo senso deporrebbe, sul piano normativo, la modifica apportata all'art. 92 co. 2 del D.P.R. n. 207/2010 dal D.L. n. 47/2014, con l'eliminazione dell'inciso riferito appunto ai lavori. Né all'ammissibilità in gara dei raggruppamenti misti osterebbe il tenore letterale del bando, riferito ai soli raggruppamenti orizzontali e verticali, ma che non potrebbe comunque essere interpretato in senso limitativo delle forme di partecipazione ammesse dall'ordinamento, pena la violazione del *favor participationis*.

### 3.1. Il motivo è fondato.

L'art. 37 co. 6 del D.Lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie, stabilisce che, all'interno di un raggruppamento di tipo verticale, “*I lavori riconducibili alla categoria prevalente ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale*”. La norma disciplina l'istituto del raggruppamento di tipo misto, che può peraltro assumere diverse configurazioni e che si caratterizza per la combinazione dei due modelli orizzontale e verticale, nel senso che all'interno del raggruppamento verticale si può avere la presenza di imprese raggruppate orizzontalmente per frazionare tra loro la prestazione principale, mentre la prestazione secondaria resta verticalmente affidata alla mandante, salvo anche quest'ultima essere costituita da più imprese raggruppate orizzontalmente.

L'ammissibilità del modello misto anche al di fuori degli appalti di lavori, cui l'art. 37 co. 6 cit. si riferisce, è stata ripetutamente affermata dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2015, n. 3769) e dall'Autorità di vigilanza (cfr. AVCP, parere 22 maggio 2013, n. 87), e trae conferma positiva dall'art. 12 co. 9 del D.L. n. 47/2014, convertito in legge n. 80/2014, che, con norma di rango primario, ha sostituito il secondo comma dell'art. 92 D.P.R. n. 207/2010 eliminandone, fra

l'altro, l'inciso che riferiva all'importo "dei lavori" il possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai raggruppamenti temporanei.

Che poi il bando di gara non menzioni espressamente i raggruppamenti misti non implica che la stazione appaltante abbia inteso precludere a questi ultimi la partecipazione, ma si spiega in ragione del fatto che il raggruppamento misto non costituisce un tipo autonomo, anche sul piano definitorio, ma è la risultante della combinazione dei due modelli previsti dal legislatore, di modo che la sua ammissibilità è da considerarsi implicita, nel rispetto delle condizioni di legge.

D'altro canto, se si volesse attribuire alla legge di gara un significato preclusivo della partecipazione dei raggruppamenti misti, dovrebbe necessariamente concludersi per la nullità della clausola in questione per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46 co. 1-*bis* del D.Lgs. n. 163/2006, clausola che dovrebbe pertanto essere disapplicata pur in assenza di specifica impugnativa (si rivela perciò infondata l'eccezione di inammissibilità del motivo sollevata dalla controinteressata Entomox).

4. Con il secondo motivo, la ricorrente rivendica – in forza del contratto di avvalimento da essa stipulato con la Fumigat S.r.l. – il possesso del requisito di cui al punto III.2.3. lett. e.2) del bando, disconosciuto dalla stazione appaltante.

Relativamente alla presunta incertezza circa l'effettivo prestatore del requisito, Sanicam Italia precisa che la sottoscrizione del contratto anche in proprio, da parte del legale rappresentante dell'impresa ausiliaria, non toglie che sia innanzitutto quest'ultima a doversi considerare impegnata a prestare le competenze richieste dalla legge di gara.

Quanto invece alla natura del rapporto di lavoro intrattenuto dal direttore tecnico dell'impresa ausiliaria, sostiene la ricorrente che, in virtù della coincidenza nella stessa persona delle qualità di direttore tecnico e di legale rappresentante

dell'ausiliaria, non sarebbe richiesto l'ulteriore requisito della subordinazione, ancorché previsto dal bando di gara.

Il contratto di avvalimento, infine, risponderebbe in tutto ai contenuti minimi richiesti affinché se ne possa desumere l'effettiva messa a disposizione dei requisiti oggetto del "prestito" dall'ausiliaria alla concorrente.

4.1. Anche tali censure sono fondate.

In forza del contratto di avvalimento stipulato il 10 luglio 2015, Sanicam Italia ha acquisito dall'ausiliaria Fumigat S.r.l. il requisito della disponibilità in organico di un ispettore tecnico laureato, con esperienza biennale in servizi analoghi a quelli messi a gara.

La circostanza che l'impegno a fornire il requisito sia stato assunto dalla dottoressa Monica Biglietto, legale rappresentante dell'impresa ausiliaria, sia nella qualità di direttore tecnico che in proprio, non toglie che esso debba essere in prima battuta imputato alla Fumigat S.r.l., la quale, per inciso, ne risulta l'unico sottoscrittore (il contratto è cioè sottoscritto dalla dottoressa Biglietto nella sola veste di amministratore unico della Fumigat).

L'assunzione anche in proprio dell'impegno a prestare la propria opera in favore dell'odierna ricorrente ha, dunque, un valore rafforzativo dell'obbligazione contratta dall'ausiliaria, integrando la preventiva manifestazione di consenso (anche) del lavoratore destinato a farsi carico dell'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, a tutela della stazione appaltante.

La qualità di amministratore unico di una società di capitali è, peraltro, pacificamente incompatibile con l'esistenza in capo al medesimo soggetto di un rapporto di lavoro subordinato con la società rappresentata, mancando la soggezione del prestatore ad un potere sovraordinato di controllo e disciplina, escluso dalla immedesimazione in unico soggetto della veste di esecutore della volontà sociale e di quella di unico organo competente ad esprimerla (fra le altre,

cfr. Cass. civ., sez. lav., 17 novembre 2004, n. 21759; id., 5 settembre 2003, n. 13009).

Il bando di gara deve essere pertanto interpretato, conservativamente, nel senso di non impedire la partecipazione per l'ipotesi in cui il rapporto di lavoro subordinato, che garantisce alla stazione appaltante la disponibilità effettiva del personale incaricato della direzione tecnica, possa considerarsi supplito da un'assunzione diretta di obblighi da parte del soggetto legittimato, a un tempo, a rappresentare l'impresa ausiliaria e a eseguire personalmente le prestazioni contrattuali. Diversamente, il bando dovrebbe ancora una volta reputarsi nullo nella parte in cui, pretendendo di sindacare le libere scelte organizzative dei concorrenti e dei loro ausiliari, finirebbe per introdurre una causa di esclusione estranea al catalogo di cui all'art. 46 co. 1-*bis* D.Lgs. n. 163/2006, cit..

A tale ultimo riguardo, si aggiunga che l'avvalimento del requisito in questione si identifica, di fatto, nella messa a disposizione da parte dell'ausiliaria dell'attività professionale-lavorativa del personale munito della qualifica di direttore tecnico e degli altri requisiti richiesti dal bando di gara. Il contratto intercorso fra Sanicam Italia e Fumigat, con l'impegno espresso anche personalmente dalla dottoressa Biglietto a fornire il requisito (*rectius*: le prestazioni), individua in maniera adeguata l'oggetto dell'avvalimento, non occorrendo ulteriori precisazioni per descrivere le "risorse" messe a disposizione dall'ausiliaria (che tali risorse consistano nelle prestazioni della dottoressa Biglietto è indirettamente confermato, del resto, dal corrispettivo previsto in favore dell'ausiliaria e commisurato in percentuale all'importo complessivo dell'affidamento).

5. Con il terzo motivo è dedotta l'illegittimità dei rilievi svolti dalla commissione di gara in ordine al contratto di avvalimento stipulato fra la Star Business Lab S.r.l. e l'ausiliaria GIS3W S.a.s., o meglio del contratto di avvalimento stipulato il 16 luglio 2015 e della successiva integrazione in data 28 luglio 2015.



Ad avviso della ricorrente, l'impegno assunto dall'ausiliaria sarebbe determinato in modo analitico e determinato, né vi sarebbe alcuna contraddittorietà fra la dichiarazione dell'ausiliaria di non avere dipendenti e la messa a disposizione di un "addetto" in favore dell'ausiliata.

5.1. Il contratto di avvalimento fra Star Business Lab e GIS3W, del 16 luglio 2015, ha per oggetto l'impegno dell'ausiliaria a fornire il requisito di capacità tecnica relativo allo sviluppo di applicazioni web GIS e loro integrazione in ambiente *business intelligence* e la messa a disposizione di tutte le risorse all'uopo necessarie. Dette risorse, non meglio identificate nel contratto, sono state precisate dalle parti nel successivo atto del 28 luglio 2015, da valersi quale sempre consentita integrazione negoziale, e consistono nella fornitura di due server Linux e di un PC OptiPlex 990 MT, nonché nella disponibilità di un addetto informatico con qualifica di senior web/webGIS developer, disegnatore e ottimizzatore di database ed esperto in tecnologie FOSS e GFOSS servers e client hide.

Ne deriva che non può ragionevolmente dubitarsi della determinatezza dell'avvalimento, stante la reciproca integrazione dei due impegni negoziali intercorsi fra la concorrente e l'ausiliaria. Quanto alla messa a disposizione del personale tecnico, nessuna contraddittorietà è ravvisabile nelle dichiarazioni rese dall'ausiliaria GIS3W, dal momento che la qualità di "addetto" non implica necessariamente che si tratti di soggetto assunto con rapporto di lavoro subordinato.

6. Con il quarto motivo, Sanicam Italia confuta l'ultimo degli argomenti addotti dalla stazione appaltante a sostegno della disposta esclusione dalla gara, vale a dire la pretesa violazione del principio di segretezza delle offerte, che si sarebbe verificata in conseguenza dell'inserimento di alcune parti dell'offerta tecnica nella busta contenente la documentazione amministrativa.

Nessuna anticipazione dei contenuti dell'offerta tecnica sarebbe mai stata inserita nella documentazione amministrativa della mandante Salvambiente Servizi, e, comunque, il bando avrebbe sanzionato la diversa ipotesi dell'inserimento di elementi dell'offerta economica all'interno dell'offerta tecnica.

6.1. Sul punto, sia sufficiente rinviare a quanto già rilevato in sede cautelare.

Il principio di segretezza dell'offerta, la cui violazione comporta l'esclusione dalla gara in conformità al principio di tassatività delle cause di esclusione, si manifesta nell'inammissibile commistione dell'offerta economica nell'offerta tecnica e vuole evitare che la conoscenza di elementi economici dell'offerta determini, sia pure solo in astratto, un condizionamento della commissione aggiudicatrice, alterandone la serenità ed imparzialità valutativa; con la conseguenza che nessun elemento economico deve essere reso noto alla commissione stessa prima che questa abbia reso le proprie valutazioni sull'offerta tecnica (per tutte, da ultimo cfr. Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 2016, n. 824).

La regola, come detto, è stata applicata dalla stazione appaltante al diverso caso della presenza di elementi dell'offerta tecnica nella documentazione amministrativa, occorrendo perciò verificare se in siffatta evenienza possa essere ugualmente ipotizzabile, e in concreto, un indebito condizionamento del giudizio della commissione. Ma, in senso contrario, basta osservare che i documenti rinvenuti dalla commissione sono rappresentati dall'elenco dei mezzi e delle attrezzature, nonché del personale da destinare all'appalto dalla Salvambiente Servizi: dati che, di per sé, non consentono alcuna realistica anticipazione degli effettivi contenuti dell'offerta tecnica e la cui conoscenza preventiva non può reputarsi idonea a sviare l'operato della commissione id gara.

7. In forza delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto.

7.1. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato.

Condanna il Comune di Pisa e la controinteressata alla rifusione delle spese processuali, che liquida a carico di ciascuna parte resistente in euro 3.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Pierpaolo Grauso**

**IL PRESIDENTE**  
**Armando Pozzi**

**IL SEGRETARIO**