



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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 56 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Dai S.p.A. (già Union Cafè S.p.A.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisabetta Parisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Viale Elvezia, 12;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Luigi Pregnotato, Danilo Parvopasso, Sara Pagliosa e Massimo Calì, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio in Milano, via della Guastalla, 6;

nei confronti

Gruppo Argenta S.p.A. a Socio Unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisa Burlamacchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio presso lo studio dell'avv. Eugenio Bruti Liberati in Milano, via G. Serbelloni n. 7;

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

sul ricorso numero di registro generale 692 del 2019, proposto da Gruppo Argenta S.p.A. a Socio Unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisa Burlamacchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio presso lo studio dell'avv. Eugenio Bruti Liberati in Milano, via G. Serbelloni n. 7;

contro

Comune di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Luigi Pregnotato, Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso e Massimo Calì, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domiciliato in Milano, via della Guastalla, 6;

nei confronti

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

Dai S.p.A. (già Union Cafè S.p.A.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Elisabetta Parisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio presso lo studio dell'avv. Elisabetta Parisi in Milano, viale Elvezia, 12;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 56 del 2019:

A) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della nota PG 0542310/2018 del 6/12/2018 del Comune di Milano - Area Gare Beni e Servizi, comunicata via PEC a Union Cafè S.p.A. in data 6/12/2018, con la quale l'Ente escludeva Union Cafè S.p.A. dalla procedura di gara;

- della nota PG 0552473/2018 del 13/12/2018 - Prot. Rif.: 299749 del Comune di Milano - Area Gare Beni e Servizi, con la quale l'Ente rigettava l'istanza di annullamento in autotutela formulata da Union Cafè S.p.A.;

- della nota PG 0551937/2018 del 13/12/2018 - Prot. Rif.: 299749 del Comune di Milano - Area Gare Beni e Servizi;
- del verbale di seduta di gara pubblica n. 3 del 5/12/2018, ove la commissione giudicatrice riteneva di escludere Union Cafè S.p.A. dalla procedura di gara, nonché di ogni altro singolo verbale di seduta di gara (pubblica o riservata) svolta nel corso della procedura, tra cui, segnatamente, il verbale n. 1 del 19/9/2018 e il verbale di gara n. 2 del 12/10/2018, nonché tutti i verbali di gara, anche relativi a sedute riservate;
- della nota PG 0511202/2018 del 19/11/2018 - Prot. Rif.: 299749 del Comune di Milano, Area Gare Beni e Servizi, avente ad oggetto “Richiesta di chiarimenti”;
- del bando di gara avente ad oggetto “*Appalto 17/2018 – CIG 7561604106 – Affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici da installare negli uffici dell'Amministrazione Comunale*”;
- del disciplinare di gara avente ad oggetto “*Appalto 17/2018 - Affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici da installare negli uffici dell'Amministrazione Comunale*”;
- del capitolato di gara avente ad oggetto “*Affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici da installare negli uffici dell'Amministrazione Comunale*”;
- di tutti i documenti allegati alla *lex specialis* e pubblicati sul sito della Stazione Concedente unitamente al bando di gara;
- di ogni altro allegato alla legge di gara, ancorché non noto, e ogni documento reso a chiarimenti;
- di ogni altro atto e/o provvedimento reso dalla Stazione Concedente nel corso della procedura e allo stato non noto;
- di ogni atto e documento prodotto dalla prima classificata;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria ove *medio tempore* intervenuto
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva ove *medio tempore* intervenuto;
- del contratto ove *medio tempore* stipulato;
- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o successivo, anche di carattere interno e a contenuto generale, reso dal Comune di

Milano nell'ambito della procedura gravata;

B) per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 27/3/2019:

- della determina di aggiudicazione Prot. Rif. 299749 – PG 0069826/2019 del 14/2/2019, resa dal Comune di Milano, Area Gare Beni e Servizi – Ufficio Gare 4, a favore della Società Serim S.r.l., comunicata alla ricorrente con PEC del 15/2/2019;
- di tutti i verbali delle sedute pubbliche di gara, tra cui, oltre a quelli già impugnati con il primigenio ricorso, il verbale di seduta di gara pubblica n. 4;
- di tutti i verbali di gara redatti nelle sedute riservate dalla Stazione Concedente, riguardanti la valutazione delle offerte tecniche ed economiche delle concorrenti, resi disponibili dalla Stazione Concedente solo a seguito dell'aggiudicazione definitiva, tra cui, nello specifico, i verbali e relativi allegati n. 1 del 23/10/2018, n. 2 del 13/11/2018, n. 3 del 19/11/2018, n. 4 del 26/11/2019, n. 5 del 17/12/2018, n. 6 del 15/1/2019, n. 7 del 24/1/2019 e n. 8 del 24/1/2019;
- dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria SERIM S.r.l., resa disponibile per la visione dalla Stazione Concedente solo a seguito dell'aggiudicazione definitiva;
- dell'offerta tecnica della Società Gruppo Argenta S.p.a., già ammessa alla prosecuzione della gara alla seduta del 5/12/2018, per la parte resa disponibile alla visione dalla Stazione Concedente solo a seguito dell'aggiudicazione definitiva;
- delle comunicazioni rese dal Comune di Milano, con le quali veniva negato parzialmente alla ricorrente l'accesso agli atti;
- della documentazione resa dall'aggiudicataria a giustificazione dell'eventuale procedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta;
- del contratto ove *medio tempore* sottoscritto, rispetto al quale la ricorrente si dichiara disponibile a subentrare;
- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o successivo, anche di carattere interno e a contenuto generale, reso dal Comune di Milano nell'ambito della valutazione delle offerte delle partecipanti ammesse alla prosecuzione della gara gravata;
- della nota PG 0542310/2018 del 6/12/2018 del Comune di Milano - Area Gare Beni e Servizi, comunicata via PEC a Union Cafè S.p.A. in data 6/12/2018, con la quale l'Ente escludeva Union Cafè S.p.A. dalla procedura di gara;

- della nota PG 0552473/2018 del 13/12/2018 - Prot. Rif.: 299749 del Comune di Milano - Area Gare Beni e Servizi, con la quale l'Ente rigettava l'istanza di annullamento in autotutela formulata da Union Cafè S.p.A.;
- della nota PG 0551937/2018 del 13/12/2018 - Prot. Rif.: 299749 del Comune di Milano - Area Gare Beni e Servizi;
- del verbale di seduta di gara pubblica n. 3 del 05/12/2018, ove la Commissione Giudicatrice riteneva di escludere Union Cafè S.p.A. dalla procedura di gara, nonché di ogni altro singolo verbale di seduta di gara (pubblica o riservata) svolta nel corso della procedura, segnatamente del verbale n. 1 del 19/09/2018 e del verbale di gara n. 2 del 12/10/2018, nonché di tutti i verbali di gara, anche relativi a sedute riservate;
- della nota PG 0511202/2018 del 19/11/2018 - Prot. Rif.: 299749 del Comune di Milano, Area Gare Beni e Servizi, avente ad oggetto “Richiesta di chiarimenti”;
- del bando di gara avente ad oggetto “*Appalto 17/2018 – CIG 7561604106 – Affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici da installare negli uffici dell'Amministrazione Comunale*”;
- del disciplinare di gara avente ad oggetto “*Appalto 17/2018 - Affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici da installare negli uffici dell'Amministrazione Comunale*”;
- del capitolato di gara avente ad oggetto “*Affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici da installare negli uffici dell'Amministrazione Comunale*”;
- di tutti i documenti allegati alla *lex specialis* e pubblicati sul sito della Stazione Concedente unitamente al bando di gara;
- di ogni altro allegato alla legge di gara ancorché non noto e ogni documento reso a chiarimenti;
- di ogni altro atto e/o provvedimento reso dalla Stazione Concedente nel corso della procedura e allo stato non noto;
- di ogni atto e documento prodotto dalla prima classificata;
- di ogni altro atto e provvedimento presupposto, connesso, conseguente e/o successivo, anche di carattere interno e a contenuto generale, reso dal Comune di

Milano nell'ambito della procedura gravata;

quanto al ricorso n. 692 del 2019,

per l'annullamento:

- della Determinazione Dirigenziale del 14.2.2019, n. 12, comunicata alla ricorrente con nota del 14-15.2.2019, prot. n. 72645 (Prot. Rif. 299749), con cui il Comune di Milano, Area Gare Beni e Servizi - Ufficio Gare 4, ha aggiudicato in favore di SERIM s.r.l. la gara relativa all'affidamento in concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici da installare negli uffici dell'Amministrazione comunale (CIG 7561604106), nonché di ogni altro atto alla medesima presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, fra cui la nota del 12.2.2019, prot. 65884, con cui il Comune di Milano, Area Gare Beni e Servizi - Ufficio Gare 4, ha comunicato alla ricorrente l'esclusione della medesima dalla procedura di gara suindicata e dei verbali relativi alle operazioni della Commissione giudicatrice e, in particolare, del verbale n. 7 del 24.1.2019, nel quale il PEF della ricorrente è stato ritenuto "inattendibile" mentre il PEF di SERIM s.r.l. è stato ritenuto "attendibile e realistico";

e per la declaratoria dell'inefficacia del contratto *medio tempore* eventualmente sottoscritto, con espressa domanda di subentro ai sensi dell'art. 124 del d.lgs. n. 104/2010 e, in subordine, per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni patiti e patienti dalla ricorrente e alle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune del Milano, di Gruppo Argenta S.p.A. a Socio Unico, di Serim S.r.l. e di Dai S.p.A. (già Union Cafè S.p.A.);

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 maggio 2019 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Milano ha indetto una procedura per l'affidamento in concessione, mediante gara ad evidenza pubblica, con il criterio di aggiudicazione all'offerta

economicamente più vantaggiosa, del servizio di somministrazione di alimenti e bevande mediante distributori automatici, da installare negli uffici dell'Amministrazione comunale.

Hanno partecipato alla gara le imprese Union Cafè S.p.A. (ora DAI S.p.A.), Gruppo Argenta S.p.A. e Serim S.r.l.

Union Cafè è stata esclusa in quanto la sua offerta è stata ritenuta non conforme ai requisiti minimi del Capitolato; Gruppo Argenta è stata esclusa in quanto il PEF da essa presentato è stato ritenuto inattendibile; la gara è stata quindi aggiudicata a Serim S.r.l.

2. Con ricorso contraddistinto come RG n. 56/2019 DAI S.p.A. ha impugnato la propria esclusione dalla gara deducendone l'illegittimità sulla base dei seguenti motivi:

1) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 59, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per manifesta illogicità; contraddittorietà della motivazione resa dall'Ente, violazione e/o falsa applicazione del principio di buona fede, correttezza, *par condicio* e *favor participationis*;

2) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per manifesta illogicità; manifesta illogicità, contraddittorietà della motivazione resa dall'Ente; violazione e/o falsa applicazione del principio di buona fede, correttezza, *par condicio* e *favor participationis*.

La ricorrente, inoltre, ha chiesto il risarcimento del danno, in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Si sono costituiti il Comune di Milano, il Gruppo Argenta e Serim S.r.l., chiedendo la reiezione del ricorso.

Con motivi aggiunti DAI S.p.A. ha impugnato l'aggiudicazione della gara in favore di Serim S.r.l. e la mancata esclusione dalla procedura delle altre due concorrenti, proponendo i seguenti motivi:

1) violazione dell'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016: mancata ostensione della documentazione tecnica della Società Argenta S.p.A.;

2) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 59, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per manifesta illogicità; contraddittorietà della

motivazione resa dall'Ente; violazione e/o falsa applicazione del principio di buona fede, correttezza, *par condicio* e *favor participationis*;

3) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per manifesta illogicità; manifesta illogicità, contraddittorietà della motivazione resa dall'Ente; violazione e/o falsa applicazione del principio di buona fede, correttezza, *par condicio* e *favor participationis*; illogica restrizione della concorrenza;

4) violazione della *par condicio*; opacità e difetto di trasparenza nell'operato della Pubblica Amministrazione; contraddittorietà; carenza di istruttoria nella valutazione dell'offerta tecnica di SERIM; mancata esclusione dell'offerta di Serim S.r.l. per violazione dell'art. 1.4.1. del Capitolato, ultimo capoverso.

Con gli stessi motivi aggiunti la ricorrente, inoltre, ha rinunciato alla richiesta di risarcimento del danno già avanzata con il ricorso introduttivo.

Con memoria del 16.4.2019 Serim S.r.l. ha eccepito la tardività e inammissibilità del quarto motivo aggiunto; il Gruppo Argenta e Serim S.r.l., inoltre, hanno eccepito la tardività del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti nella parte in cui censurano la *lex specialis*.

Alla camera di consiglio del 18 aprile 2019 la ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare.

In vista dell'udienza pubblica le parti hanno ribadito le proprie difese con memorie e memorie di replica.

Alla pubblica udienza del giorno 9 maggio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. Con ricorso RG n. 692/2019 Gruppo Argenta S.p.A. a Socio Unico ha impugnato la propria esclusione dalla gara e l'aggiudicazione della stessa a Serim S.r.l., deducendo i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dei paragrafi 17 e 18 del Disciplinare di gara costituente la *lex specialis* della procedura; eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione; eccesso di potere per irragionevolezza e illogicità manifesta: Serim S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa in considerazione della "non sostenibilità" del PEF da essa presentato, avendo la commissione (in sede di valutazione della sua sostenibilità) del

tutto omesso di tener conto del fatto che l'aggiudicataria ha indicato quale importo dei "ricavi totali" della concessione la somma di euro 8.190.909,00, ovvero una somma superiore di 440.909,00 euro rispetto a quella indicata dall'Amministrazione aggiudicatrice in sede di gara (pari a euro 7.750.000,00);

2) ulteriore violazione e falsa applicazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016; ulteriore violazione e falsa applicazione dei paragrafi 17 e 18 del Disciplinare di gara costituente la *lex specialis* della procedura; eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione; eccesso di potere per contraddittorietà, disparità di trattamento, irragionevolezza e illogicità manifesta: gli atti impugnati sarebbero illegittimi anche nella parte in cui hanno ritenuto "non sostenibile" il PEF proposto dalla ricorrente e, conseguentemente, disposto l'esclusione della medesima dalla procedura, in quanto la commissione giudicatrice, a supporto della propria determinazione, non avrebbe evidenziato né dato dimostrazione di elementi idonei ad attestare la non sostenibilità economica del PEF del Gruppo Argenta, essendosi limitata a rilevare alcune incongruenze fra i costi inseriti nel PEF e quelli indicati nella Relazione esplicativa al medesimo allegata.

La ricorrente ha anche chiesto il risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente.

Si sono costituiti il Comune di Milano, Serim S.r.l. e, con memoria di stile, DAI S.p.A., chiedendo la reiezione del ricorso; Serim S.r.l., inoltre, ha eccepito l'inammissibilità del primo motivo per carenza di legittimazione a ricorrere.

Alla camera di consiglio del 18 aprile 2019 la ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare.

In vista dell'udienza pubblica la ricorrente e la controinteressata hanno ribadito le proprie difese, rispettivamente, con memoria e memoria di replica.

Alla pubblica udienza del giorno 9 maggio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

4. Preliminarmente va disposta la riunione dei due ricorsi (RG n. 56/2019 e RG n. 692/2019), per evidenti profili di connessione oggettiva e soggettiva.

Devono essere esaminati, quindi, nell'ordine, dapprima il ricorso avente RG n. 56/2019 e, successivamente, il ricorso avente RG n. 692/2019.

4.1. Con riguardo al ricorso RG n. 56/2019, si può prescindere dalle eccezioni processuali, in quanto il ricorso è infondato nel merito; di seguito le motivazioni della sentenza, rese nella forma redazionale semplificata di cui al combinato disposto degli artt. 120, comma 6, e 74 c.p.a.

4.1.1. Quanto al primo motivo del ricorso introduttivo e al secondo dei motivi aggiunti, con i quali la ricorrente censura la propria esclusione dalla procedura selettiva in quanto la *lex specialis* di gara, a suo dire “scarsamente intellegibile” e “fuorviante”, non imporrebbe in alcun modo, quali requisiti minimi dei prodotti oggetto di fornitura a pena di esclusione, la biodegradabilità e compostabilità dei bicchieri e delle palette/cucchiaini oggetto di offerta, è sufficiente rilevare che:

- la *lex specialis* è chiarissima nel prescrivere i requisiti della biodegradabilità e compostabilità dei bicchieri: l’art. 1.4.1. del capitolato speciale, denominato “TERMINI DELLA PRESTAZIONE – CARATTERISTICHE DEI DISTRIBUTORI DA INSTALLARE”, nell’ultimo capoverso, precisa infatti che “*per l’erogazione delle bevande calde, sia a mezzo distributori automatici che semiautomatici, l’operatore è obbligato ad utilizzare bicchierini e palette/cucchiaini biodegradabili e compostabili*”;

- inoltre, il paragrafo 16 del Disciplinare di gara prevede che “*l’offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nel Progetto, pena l’esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all’art. 68 del Codice*”;

- secondo la giurisprudenza condivisa dal Collegio, in caso di mancanza nell’offerta di requisiti minimi previsti nel capitolato speciale, la sanzione dell’esclusione si applica automaticamente anche nel caso in cui nel regolamento di gara non sia specificato in maniera inequivoca l’applicazione di tale sanzione (v. C.d.S., Sez. III, n. 3029/2016);

- la ricorrente, per un verso, si è limitata ad indicare che aveva a disposizione solo bicchieri e palette riciclabili (ovvero di materiale completamente diverso rispetto a quello biodegradabile e compostabile) della linea Hybrid, e, per altro verso, nonostante la stazione appaltante l’avesse invitata a chiarire se l’Hybrid fosse solo una “modalità alternativa” rispetto a quella compostabile e riciclabile, ha precisato

che l'unica fornitura del bicchiere standard sarebbe stata quella del bicchiere Hybrid, ribadendo altresì che detto bicchiere è semplicemente riciclabile;

- l'offerta di DAI S.p.A., quindi, risulta sprovvista dei requisiti imposti dalla *lex specialis*;

- la stazione appaltante, peraltro, nella lettera di richiesta chiarimenti, ha richiamato testualmente l'art. 1.4.1 del Capitolato (ovvero del progetto) sopra richiamato;

- sotto diverso profilo, non può ritenersi conforme alle prescrizioni della *lex specialis* l'offerta di un bicchiere compostabile e riciclabile per la sola misura XL, né risulta dimostrato, alla luce degli atti di causa, che il bicchiere compostabile e riciclabile della misura XL sia l'unico utilizzabile nella distribuzione automatica.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

4.1.2. Quanto al secondo motivo del ricorso introduttivo e al terzo dei motivi aggiunti, con i quali la ricorrente censura la scelta della stazione appaltante, deducendo che i propri bicchieri e palette/cucchiaini (pur non essendo biodegradabili e compostabili) sarebbero comunque sufficienti a garantire le finalità di tutela ambientale poste a fondamento della richiesta del requisito in questione da parte della *lex specialis* di gara, è sufficiente osservare che:

- non può ravvisarsi equivalenza fra le due tipologie di prodotto (biodegradabile/compostabile e non biodegradabile/compostabile), atteso che l'utilizzo di prodotti biodegradabili e compostabili (come tali destinati ad essere riciclati naturalmente) è, all'evidenza, maggiormente rispondente alle finalità di tutela dell'ambiente perseguite dal Comune rispetto all'utilizzo di prodotti sprovvisti di tali caratteristiche;

- la *lex specialis*, inoltre, consente a qualsiasi produttore di bicchieri e palette biodegradabili e compostabili di essere potenziale fornitore dell'offerente, non potendosi quindi ritenere in contrasto con i principi a tutela della concorrenza;

- peraltro, la scelta di imporre l'utilizzo di bicchieri e palette/cucchiaini biodegradabili e compostabili al fine di garantire maggiormente la tutela dell'ambiente è frutto di una scelta discrezionale della stazione appaltante, non sindacabile al di fuori dei casi di macroscopica illogicità o irragionevolezza, non sussistenti nella fattispecie.

Le censure, pertanto, vanno respinte.

4.1.3. Con riferimento al primo dei motivi aggiunti, con il quale la ricorrente contesta la decisione della stazione appaltante di concedere solo parzialmente (ovverosia con “omissis”) l’ostensione dell’offerta tecnica del Gruppo Argenta, è sufficiente rilevare, da un lato, che la censura *de qua* non ha alcun rilievo in relazione al *petitum* (annullatorio e risarcitorio) dell’odierno ricorso e, da altro lato, che la doglianza è in ogni caso destituita di fondamento, atteso che la stazione appaltante, ad avviso del Collegio, ha adeguatamente contemperato le esigenze conoscitive della ricorrente con l’interesse al segreto tecnico e commerciale fatto valere dal Gruppo Argenta, mettendo la prima in condizione di potersi adeguatamente difendere nel giudizio.

La censura, pertanto, va respinta.

4.1.4. Con il quarto dei motivi aggiunti DAI S.p.A. lamenta che la sua esclusione dalla gara contrasterebbe con i principi di trasparenza e di *par condicio* dei partecipanti, in quanto anche le offerte di SERIM e del Gruppo Argenta avrebbero dovuto essere escluse, giacché anch’esse caratterizzate da bicchieri e palette/cucchiaini non biodegradabili né compostabili.

Al riguardo, è sufficiente osservare che:

- Serim S.r.l., nella propria relazione tecnica, ha chiaramente rappresentato (attraverso l’utilizzo dell’avverbio “inoltre”) che dispone di bicchieri e palette biodegradabili e compostabili oltre a quelli riciclabili;
- anche il Gruppo Argenta offre bicchieri e palette/cucchiaini biodegradabili e compostabili, come emerge dalla documentazione prodotta in giudizio dall’interessata (scheda tecnica con relativa dichiarazione di conformità relativa alla paletta/cucchiaino “Bibo” - codice Bibo Italia 8894015 e scheda tecnica con relativa dichiarazione di conformità relativa al bicchiere “Bibo” - codice Bibo Italia SP0009J0018, allegata all’offerta presentata dal Gruppo Argenta; dichiarazioni di Bibo Italia S.p.A. in data 15.4.2019, che indicano le ditte produttrici dei prodotti forniti da Bibo Italia S.p.A. al Gruppo Argenta e attestano il carattere di “biodegradabilità” e “compostabilità” dei prodotti forniti al Gruppo Argenta, con allegata certificazione rilasciata dalla ditta produttrice Huhtamaki Spain S.L., attestante la conformità alla norma EN 13432; pagina *web* estratta dal sito Internet di

Bibo Italia S.p.A., attestante il carattere di “biodegradabilità” e “compostabilità” dei bicchieri in cartoncino bio forniti al Gruppo Argenta).

La censura, pertanto, va respinta.

4.1.5. In ragione delle suesposte considerazioni, il ricorso avente RG n. 56/2019 e i relativi motivi aggiunti sono infondati e vanno respinti.

4.2. Venendo all’esame del ricorso RG n. 692/2019, si può prescindere dall’esame delle eccezioni processuali, in quanto il ricorso è infondato nel merito; di seguito le motivazioni della sentenza, rese nella forma redazionale semplificata di cui al combinato disposto degli artt. 120, comma 6, e 74 c.p.a.

4.2.1. Quanto al primo motivo, con il quale la ricorrente deduce che l’offerta di Serim S.r.l. non sarebbe sostenibile sotto l’aspetto economico finanziario in quanto il ricavo lordo, spalmato sui cinque anni di durata del contratto indicato nel conto economico del PEF previsionale, non sarebbe analogo a quello indicato negli atti di gara, è sufficiente rilevare che:

- il “valore stimato della concessione”, come emerge dallo stesso tenore letterale dell’espressione utilizzata, rappresenta una stima, calcolata con i criteri e ai fini di cui all’art. 167 del d.l.gs. n. 50/2016 e, in quanto tale, contrariamente a quanto pare asserire la ricorrente, non può ritenersi un dato immutabile;
- la modificabilità del dato in questione, nella fattispecie, è espressamente prevista dal Capitolato speciale, che, all’art. 1.5 “Corrispettivo della concessione e valore della concessione”, precisa che il *“valore della concessione è stato stimato nel PEF predisposto dall’Amministrazione e tale stima ha carattere puramente indicativo”* e che *“il valore della concessione sarà adeguato a quello del PEF presentato in gara dal Concessionario se di importo superiore a quello stimato dall’Amministrazione”*;
- nello stesso senso milita anche la previsione contenuta nell’art. 5.1 del capitolato, relativa alla cauzione definitiva, nella parte in cui stabilisce che la cauzione che il concessionario deve prestare è pari al 10% del valore della concessione stimato dall’Amministrazione o al 10% *“del valore della concessione indicato nel PEF dell’aggiudicatario se superiore a quanto stimato dall’Amministrazione”*;
- sotto diverso profilo, l’art. 1.11, secondo capoverso, del Capitolato speciale (v. doc. 4 della produzione del Comune, pag. 12), ai sensi del quale *“i prezzi da applicarsi agli utenti per le somministrazioni sono quelli determinati dall’Amministrazione ed*

indicati all'art. 1.4.4, quelli dei prodotti proposti in sede di gara e quelli inseriti successivamente e concordati con l'Amministrazione", lascia intendere che i prezzi indicati nell'Allegato A del capitolato sono predeterminati soltanto per i prodotti elencati nello stesso allegato, mentre il prezzo dei prodotti non elencati, che possono essere introdotti dal concessionario, può essere fissato dal concessionario stesso;

- inoltre, come efficacemente evidenziato dalla difesa comunale, sulla determinazione dell'importo dei ricavi incidono variabili ulteriori rispetto al prezzo dei prodotti, come il volume delle erogazioni, che può aumentare o diminuire in relazione alla capacità del concessionario di offrire prodotti che incentivino o deprimano i consumi, la scelta del mix di prodotti da erogare o, ancora, il numero di distributori automatici installati, che può essere variato, in base ai consumi o altre variabili, su proposta del concessionario e previa autorizzazione del Comune (cfr. art. 1.4.2 del capitolato speciale).

La valutazione di attendibilità del PEF della controinteressata, pertanto, non può ritenersi affetta dai denunciati vizi e la doglianza va respinta.

4.2.2. Quanto al secondo motivo, con il quale la ricorrente censura la decisione della stazione appaltante di escluderla dalla gara per inaffidabilità del PEF da essa proposto, occorre rilevare che il Gruppo Argenta non fornisce elementi idonei a sconfessare le incongruenze rilevate dalla stazione appaltante nel PEF in questione.

In particolare, le incongruenze considerate dalla stazione appaltante (v. il verbale n. 7 del 24.1.2019) riguardano i costi della manodopera, i costi della sicurezza, il valore degli ammortamenti (attrezzature/materiali e equipaggiamenti ammortizzabili), il capitale circolante netto (CCN) e il tasso interno di rendimento (TIR).

A fronte di tali rilevanti incongruenze, quindi, la valutazione di inattendibilità del PEF della ricorrente operata dalla stazione appaltante, e la conseguente esclusione del Gruppo Argenta dalla gara, non possono ritenersi illegittimi.

4.2.3. In ragione delle suesposte considerazioni il ricorso è infondato e va respinto.

4.3. In definitiva, i due ricorsi, previamente riuniti, vanno entrambi respinti.

4.3.1. Le spese del giudizio, liquidate complessivamente per entrambi i ricorsi come da dispositivo, seguono la regola della soccombenza, come di norma, potendosi

compensare esclusivamente le spese processuali tra DAI S.p.A. e Gruppo Argenta S.p.A., in ragione della reciproca soccombenza nei due ricorsi.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso RG n. 56/2019, integrato da motivi aggiunti, e sul ricorso RG n. 692/2019, come in epigrafe proposti:

- li riunisce;
- li respinge entrambi.

Condanna in solido DAI S.p.A. e il Gruppo Argenta S.p.A. alla rifusione delle spese del giudizio, liquidandole complessivamente in € 14.000 (quattordicimila/00), di cui € 7000 in favore del Comune di Milano ed € 7000 in favore di Serim S.r.l., oltre accessori come per legge; compensa le spese tra DAI S.p.A. e Gruppo Argenta S.p.A.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Oscar Marongiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO