

N. 07871/2011 REG.PROV.COLL.
N. 12007/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12007 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ulisse Corea, Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso lo studio del primo, situato in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

contro

il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui è legalmente domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Vivenda S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, situato in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

Sir Sistemi Italiani Ristorazione s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del RTI con

mandante Lindoor Servizi s.r.l.;

Lindoor Servizi s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di mandante nel RTI con Sir – Servizi Italiani Ristorazione s.r.l., capogruppo mandataria;

Avenance Italia S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t.,

Compass Group Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento,

previa sospensione,

- della nota prot. n. 750.C.1.CONT.LOTTO1.11-12/5195, inviata dal Ministero dell'Interno alla Dussmann in data 2 dicembre 2010, con la quale è stato comunicato a quest'ultima — in relazione al lotto 1 — che “con decreto N.750.C.1CONT.LOTTO1.11-12/5090 del 1° dicembre 2010 che si allega in copia, si è provveduto all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art. 12 comma 1 ed all'aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 11 comma 5 del citato decreto legislativo, in favore della società VIVENDA S.P.A.”;

- del decreto N.750.C.1.CONT.LOTTO1.11-12/5090 del Ministero dell'Interno del 1° dicembre 2010 con cui si è provveduto all'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria ed all'aggiudicazione definitiva del lotto 1 in favore della società VIVENDA S.P.A.;

- della nota prot. N.750.C.1.CONT.LOTTO1.09-10/5554, inviata dal Ministero dell'Interno a Dussmann in data 16 dicembre 2010, con oggetto “Contratti Rep. n. 29009 Lotto 1 Italia Settentrionale e Rep. n. 28989 Lotto 2 Italia Centrale e Meridionale relativi al servizio di mensa presso gli Organismi di Polizia di Stato in scadenza il 31 dicembre 2010”, con la quale è stato comunicato che “[.] questa Amministrazione ha chiesto, ai sensi dell'art. 11 comma 9 del DLgs. 163/2006, l'esecuzione anticipata del contratto alle nuove aggiudicatrici a seguito di gara relativa al biennio 2011-2012”;

- dei verbali di gara nella parte in cui sono relativi all'apertura ed esame delle buste contenenti le offerte relative al lotto 1 e della conseguente conservazione, nonché nella parte in cui sono relativi alla conservazione delle buste contenenti la documentazione amministrativa, nonché infine nella parte in cui riferiscono della critica di congruità/non anomalia delle offerte;

- della lex specialis, in parte qua, nonché tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali, anche se non conosciuti, ivi compresi — ove occorra — il bando di gara e la lettera di invito, relativa al lotto 1, inviata a Dussmann in data 29 luglio 2010, nonché la nota di rigetto della istanza di informativa/autotutela prot. N.750.C.1.CONT. LOTTO1.2.3.11-12/5869-5879-5871 inviata a Dussmann in data 21 dicembre 2010;

per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more,

nonché per la condanna della resistente al risarcimento dei danni, nella forma della reintegrazione in forma specifica e/o per equivalente monetario, anche per perdita di chance, con riserva di eventuale specificazione in corso di giudizio, e/o da valutarsi secondo il prudente apprezzamento dell'ecc.mo TAR adito;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e della società Vivenda;

Visto il ricorso incidentale della Vivenda Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 luglio 2011 il dott. Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara pubblicato nella G.U.C.E. del 26/5/2010 e nella GURI del 28/5/2010, il Ministero dell'Interno indiceva una gara, a procedura ristretta accelerata, per l'affidamento del "servizio di mensa presso gli Organismi della Polizia di Stato dislocati sull'intero territorio nazionale erogato mediante acquisto di derrate alimentari, confezione e distribuzione dei pasti, riassetto e pulizia delle stoviglie e dei locali", per il biennio dall'1 gennaio 2011 al 31 dicembre 2012: gara suddivisa in quattro Lotti, del valore presunto globale dell'affidamento pari a 59.932.232,60 € più Iva, oltre a 29.097,80 € (più Iva) per costi della sicurezza per rischi da interferenze, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei parametri indicati negli atti di gara.

La società ricorrente presentava domanda di partecipazione per l'aggiudicazione di tutti i quattro Lotti. Di tali Lotti, quello nr. 1 (che è l'unico che viene in considerazione ai fini del corrente contenzioso) veniva definitivamente aggiudicato alla Vivenda S.p.A..

Con il ricorso introduttivo del giudizio la Dussumann Service Sr.l ha impugnato gli atti in epigrafe specificati deducendo diversi motivi di ricorso volti, in sintesi: - a contestare i criteri di valutazione dell'offerta tecnica previsti dalla lettera invito, che non avrebbero consentito un effettivo apprezzamento della qualità oltre ad essere carenti, irrazionali e inadeguati ai fini dell'individuazione del miglior contraente; - a lamentare il fatto che alla Vivenda S.p.A. sia stata data la possibilità di integrare e specificare l'offerta successivamente all'aggiudicazione, mediante una sorta di inversione procedimentale; - a denunciare la violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara nonché la violazione dei principi generali in tema di segretezza e custodia delle offerte, non risultando, dai verbali di gara, adottate misure per evitare i rischi di manomissione della documentazione.

Con motivi aggiunti depositati in data 5 gennaio 2011, ritualmente notificati alle controparti, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità degli atti di gara a causa della "mancata pubblicità della seduta di apertura ed esame delle offerte tecniche presentate dai concorrenti".

L'aggiudicataria Vivenda S.p.A., costituitasi in giudizio, ha, in rito, eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ed ha sostenuto, nel merito, l'infondatezza delle censure avanzate da parte attrice.

Inoltre, con ricorso incidentale notificato il 7 gennaio 2011, la Vivenda S.p.A. ha contestato l'ammissione della ricorrente alla procedura di gara.

L'Amministrazione resistente, costituitasi in giudizio, ha affermato l'infondatezza del ricorso.

Con decreto cautelare del 30 dicembre 2010, n. 5585, è stata accolta la domanda cautelare proposta dalla parte ricorrente, ma, a seguito dell'udienza del 27 gennaio 2011, con ordinanza n. 367, le richieste di tutela cautelare avanzate dalla Dussmann Service S.r.l. sono state disattese.

Con successive memorie le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive difese.

All'udienza del 7 luglio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene che, prima di affrontare le varie problematiche connesse alla controversia, occorre stabilire l'ordine di trattazione dei ricorsi principale ed incidentale.

A tale riguardo, dirimente si rivela la constatazione che l'impresa aggiudicataria ha dedotto (in via incidentale) l'illegittimità dell'atto che ha ammesso a concorrere la ricorrente principale. Infatti, <<... ove il ricorso incidentale vada accolto, per la risalente pacifica giurisprudenza (incontestata in sede dottrina): - l'impresa ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere (come statuito dal giudice), non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo

l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, l'amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili; - il ricorso principale diventa dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione; poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità. In tutti questi casi, dunque, il Giudice si può ispirare alle esigenze di economia processuale per determinare l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, giungendo a determinare una soccombenza che di per sé comunque si produrrebbe (sia pure in base a una diversa "ratio decidendi") anche invertendo l'ordine di trattazione delle questioni (e che, dunque, si basa su statuizioni rispettose del principio della parità delle parti) ">> (Cons. Stato, Ad. Pl. n.11 del 2008).

In sostanza, <<il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, anche nel caso in cui il ricorrente principale alleggi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura. Detta priorità logica sussiste indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva, dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale e dalle richieste formulate dall'amministrazione resistente. >> (Cons. Stato, Ad. Pl. n.4 del 2011).

Per quanto appena detto, allorquando, come nel caso in esame, con il ricorso incidentale si contesta la stessa ammissione alla gara della ricorrente principale, il Giudice è chiamato a vagliare dapprima le questioni sollevate dal ricorrente incidentale, le quali rivestono priorità logica rispetto a quelle sollevate dal ricorrente principale, tenuto conto che la fondatezza delle stesse determina difetto di interesse in capo a quest'ultimo.

2. La ricorrente incidentale ha impugnato gli atti della gara nella parte in cui la Stazione appaltante ha ommesso di escludere dalla competizione la ricorrente principale, poiché quest'ultima:

- avrebbe presentato la propria offerta omettendo di indicare i costi della sicurezza;
- sempre in sede di offerta, non avrebbe prodotto la dichiarazione attestante la propria regolarità ai sensi dell'art.17 della legge n.68 del 1999, recante norme in materia di diritto al lavoro dei disabili.

2.1. Il Collegio ritiene che la prima delle due censure proposte in via incidentale dalla Vivenda S.p.a., sia fondata.

Dall'esame della documentazione prodotta in giudizio, condotto alla luce della disciplina applicabile alla fattispecie, emerge che la lettera di invito (cfr. doc. 6, della controinteressata, pag. 12) prevedeva che, nell'offerta economica, i concorrenti avrebbero dovuto indicare specificamente i costi della sicurezza. Poiché la *lex specialis* richiamava gli articoli 86 e 87 del codice dei contratti pubblici, deve ritenersi che gli operatori economici avrebbero dovuto indicare sia i costi della sicurezza non soggetti a ribasso (di cui all'art. 86, del d.lgs. n. 163 del 2006) a copertura dei c.d. "rischi da interferenza", quantificati per il lotto 1 dalla Stazione appaltante in € 9.318,00, e sia i costi della sicurezza c.d. "propri" (di cui all'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006).

L'offerta economica della Dussmann Service S.r.l., però, non conteneva specifiche indicazioni circa i costi della sicurezza. Sotto questo profilo, è evidente l'insufficienza della dichiarazione resa in sede di gara dalla ricorrente, con la quale si è affermato che "il prezzo scontato è comprensivo di qualsiasi spesa, ... e di ogni obbligo imposto dalla vigente normativa in materia di sicurezza e protezione dei lavoratori nonché delle convenzioni stesse di lavoro".

Le carenti dichiarazioni della Dussmann Service S.r.l. - omettendo di

quantificare e indicare nell'offerta i costi della sicurezza – si pongono in aperto contrasto con la *lex specialis* di gara.

Nel contempo, contravvengono il codice dei contratti pubblici, il quale stabilisce che “i costi relativi alla sicurezza, ... devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi e delle forniture” (cfr. art. 87, co. 4, d.lgs. n. 163/2006), nonché l'articolo 26, comma 6, della legge n. 81/2009, il quale ribadisce l'obbligo in questione.

Per evitare poi equivoci, si ravvisa la necessità di evidenziare – in particolare - che i costi della sicurezza di cui all'art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 e all'art. 26, della legge n. 81 del 2009 sono i costi c.d. ‘propri’ che l'operatore economico deve sostenere per eseguire le prestazioni contrattuali appaltate, che la Stazione appaltante deve poter apprezzare (specialmente sotto il profilo della congruità) rilevandoli dalle offerte presentate in sede di gara. In sostanza, i concorrenti devono specificatamente indicare anche i cd. “costi interni” dell'impresa e non solo quelli (diversi) rappresentati dai “costi da interferenza”. I secondi, non soggetti a ribasso, sono quelli fissati dalla stazione appaltante, mentre i primi sono i costi che sopportano le singole imprese, non predeterminati a monte ma da indicare in sede di offerta per permettere all'Amministrazione di operare le proprie valutazioni al riguardo.

Sul punto la giurisprudenza ha affermato che il combinato disposto degli articoli 86 e 87, comma 4, ultimo periodo, del codice dei contratti pubblici, impone ai concorrenti di segnalare gli oneri economici che ritengono di sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro, al duplice fine di assicurare la consapevole formulazione dell'offerta con riguardo ad un aspetto nevralgico e di consentire alla stazione appaltante la valutazione della congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza. La mancanza di una specifica previsione sul tema in seno alla

lex specialis non toglie che la disciplina del codice dei contratti pubblici sia immediatamente precettiva e idonea ad eterointegrare le regole procedurali, imponendo agli offerenti di indicare separatamente i costi per la sicurezza. L'inosservanza delle norme dettate dal d.lgs.n. 163 del 2006 che impongono l'indicazione preventiva dei costi di sicurezza implica, anche in assenza di una espressa comminatoria della lex specialis, la sanzione dell'esclusione, in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa da ritenere, per tale ragione incompleta (Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849; TAR Toscana, Sez. II, 31 ottobre 2007, n. 3565; TAR Lazio, Sez. II bis, 11 ottobre 2006, n. 10258).

In conclusione, la Dussmann Service S.r.l. – non avendo specificato i costi della sicurezza - avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara (TAR Lazio, Sez. III Quater, 27 aprile 2011, n. 3620; TAR Lombardia, Brescia, 20 aprile 2011, n. 653).

2.2. La seconda delle censure indicate, invece, è infondata poiché, in disparte la considerazione che in ogni caso il bando deve intendersi integrato dall'anzidetta norma legislativa a prescindere dal suo richiamo espresso nel testo della disciplina di gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2007 n. 256), va considerato che, in sede di procedure ad evidenza pubblica, il rispetto della normativa a tutela dei disabili non necessita la presentazione di alcuna certificazione, allorquando lo stesso risulti attestato mediante dichiarazione sostitutiva (come puntualmente avvenuto nel caso di specie in sintonia con quanto richiesto dalla lex specialis), in conformità alle disposizioni in materia di documentazione amministrativa di cui all'art. 77 bis del d.P.R. n. 445/2000 (cfr. TAR NA, n. 77 del 2011; Tar Salerno, Sez. I, 13 maggio 2008 n. 1508; TAR Lazio Roma, Sez. III, 19 febbraio

2008 n. 1462 e sez. II, n.14126 del 2006).

Il Collegio ritiene, al riguardo, che meriti adesione l'orientamento giurisprudenziale che, traendo spunto dalle modifiche introdotte alla legge generale sulla documentazione amministrativa dall'art. 15 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, che ha introdotto l'art. 77 bis del D.P.R. n. 445/2000, considera venuto meno l'obbligo di produzione della certificazione rilasciata dagli uffici competenti, con correlativa sufficienza della sola dichiarazione resa dal legale rappresentante dell'impresa, per le procedure di gara indette, come quella in contestazione, in data successiva all'entrata in vigore della citata novella legislativa (C.S., V, 10 dicembre 2003, n. 8139; C.S., V, 12 luglio 2004, n. 5053; C.G.A., 21 dicembre 2005, n. 946).

Ciò posto, anche la "certificazione" di ottemperanza alla legge n. 68/1999 – che, nel caso di specie, non era richiesta dal bando [che si limitava a prescrivere la produzione di dichiarazione, ai sensi degli artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000, circa la non sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. n.163 del 2006 (di seguito: C.A.) : dichiarazione resa dalla Dussmann Service S.r.l. evocando puntualmente anche la lettera “I” dell'art.38 del C.A.]- può essere fornita, secondo le regole generali, attraverso apposita dichiarazione sostitutiva, ai sensi del D.P.R. n. 445/2000.

3. Alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio ritiene che il ricorso incidentale proposto dalla Vivenda S.p.A. sia fondato e debba essere accolto, con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio proposto dalla Dussmann Service S.r.l..

4. Sussistono validi motivi – legati alla particolarità della vicenda e delle questioni trattate - per disporre la integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter),

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 12007/2010, come in epigrafe proposto:

- accoglie il ricorso incidentale;
- dichiara inammissibile il ricorso principale;
- compensa tra le parti le spese di lite;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 luglio 2011 con l'intervento dei Magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/10/2011

IL SEGRETARIO

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