

N. 00212/2012REG.PROV.COLL.
N. 05122/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5122 del 2011, proposto da:

Lavanderie Industriali S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio
eletto in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/b;

contro

l'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea, in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Vincenza Di Martino, con domicilio
eletto in Roma, via Pompeo Magno n. 7;

nei confronti di

So.Ge.Si. S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dagli avv. Andrea Zanetti e Maurizio Brizzolari, con domicilio eletto
in Roma, via della Conciliazione n. 44;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, Sezione III Quater, n.
3620 del 27 aprile 2011, resa tra le parti, concernente la procedura di gara
per l'affidamento del servizio di noleggio, lavaggio e disinfezione della

biancheria per le attività sanitarie dell'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ospedaliera Sant'Andrea e di So.Ge.Si. S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Viste l'ordinanza presidenziale n. 4870 del 21 ottobre 2010 e la successiva ordinanza cautelare della Sezione V di questo Consiglio di Stato n. 5177 del 9 novembre 2010 che hanno respinto l'appello proposto dalla Lavanderie Industriali S.p.a. avverso l'ordinanza n. 4305 del 30 settembre 2010 con la quale il T.A.R. per il Lazio aveva a sua volta respinto la domanda cautelare proposta dalla predetta società;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2011 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Brugnoletti, Di Martino e Zanetti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'appellante società Lavanderie Industriali (di seguito Lavin) aveva partecipato alla gara per l'affidamento, per due anni, del servizio di noleggio, lavaggio, disinfezione, consegna e ritiro della biancheria e di tutti gli effetti tessili dell'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea, per un importo complessivo di € 4.800.000,00, classificandosi al secondo posto della graduatoria con punti 76,38 (punti 43 per l'offerta tecnica e punti 33,38 per l'offerta economica) dietro alla controinteressata società So.Ge.Si. che era risultata aggiudicataria con punti 85,5 (punti 45,5 per l'offerta tecnica e punti 40,00 per l'offerta economica).

2.- La Lavin ha quindi impugnato davanti al T.A.R. per il Lazio gli atti con i quali era stata aggiudicata la gara alla società So.Ge.Si. (nonché il bando ed

il capitolato di gara) e ne ha chiesto l'annullamento.

Il T.A.R. per il Lazio, Sede di Roma, con la sentenza della Sezione III Quater, n. 3620 del 27 aprile 2011, ha ritenuto, alla luce di quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 4 del 7 aprile 2011, di dover esaminare prioritariamente il ricorso incidentale proposto dalla società So.Ge.Si. e, avendolo ritenuto fondato, lo ha accolto dichiarando improcedibile il ricorso principale della Lavin.

In particolare il T.A.R. per il Lazio ha ritenuto fondato sia il primo motivo del ricorso incidentale della So.Ge.Si., con cui era stato dedotto che l'amministratore della Lavin, nel rendere la dichiarazione riguardante gli amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, aveva inserito la puntualizzazione "per quanto a propria conoscenza", sia il secondo motivo del ricorso incidentale, con cui era stata censurata la mancata indicazione, nell'offerta di Lavin, dei costi relativi alla sicurezza (avendo l'impresa indicato solamente i costi di sicurezza da interferenza).

3.- La società Lavin ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili ed ha chiesto di conseguire l'aggiudicazione della gara e, in via subordinata l'annullamento della gara e, in via ulteriormente subordinata, il risarcimento dei danni, nella misura pari al 5% dell'ammontare dell'offerta oltre al rimborso delle spese sostenute.

3.1.- Sulla affermata priorità del ricorso incidentale rispetto a quello principale, la Lavin ha sostenuto che, come affermato dalla stessa Adunanza Plenaria n. 4 del 2011, il carattere pregiudiziale del ricorso incidentale escludente ha dei temperamenti nell'ipotesi in cui con il ricorso principale si impugna (come nella fattispecie) il bando e il capitolato di gara, in tal caso il giudizio deve passare attraverso la preventiva valutazione della legittimità del bando di gara.

3.2.- La Lavin ha poi ritenute erronee le conclusioni alle quali è giunto il

TAR in relazione ai due motivi del ricorso incidentale della So.Ge.Si. Per quanto riguarda la questione della dichiarazione riguardante gli amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, la Lavin ha evidenziato che il Capitolato non imponeva ai cessati di rendere la dichiarazione personalmente e che quindi legittimamente il legale rappresentante della società aveva presentato una dichiarazione per se e per tutti gli altri amministratori muniti di poteri rappresentanza, in carica e cessati. Tale dichiarazione è stata poi resa sulla base degli elementi in possesso del legale rappresentante e la formula dubitativa utilizzata poteva al massimo costituire motivo per un chiarimento o una integrazione ma non poteva certo giustificare l'esclusione dalla gara.

3.3.- In relazione al secondo motivo del ricorso incidentale della So.Ge.Si. (pure ritenuto fondato dal T.A.R.), la Lavin ha sostenuto di essersi rigorosamente attenuta, nel formulare l'offerta economica, alle prescrizioni del Capitolato (che all'art. 11 obbligava ad indicare i costi della sicurezza di cui all'allegato D che faceva riferimento al DUVRI), e che negli atti di gara non è ravvisabile alcuna prescrizione che imponeva, a pena di esclusione, l'indicazione dei costi della sicurezza diversi da quelli da interferenza.

La Lavin ha poi riproposto le censure sollevate con il giudizio di primo grado e non esaminate dal T.A.R.

3.4.- Al'appello si sono opposte, contestandone la fondatezza, l'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea e la controinteressata So.Ge.Si.

4.- L'appello deve essere respinto.

Per quanto riguarda la questione riguardante l'esame preliminare del ricorso incidentale escludente rispetto a quello principale, pure questa Sezione ha di recente affermato che tale principio trova applicazione, fatti salvi alcuni temperamenti, anche nel caso di impugnativa della lex specialis della gara (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6306 del 29 novembre 2011).

Infatti, in tema di ricorsi avverso gli atti di una gara di appalto, pur dovendosi riconoscere in astratto l'azionabilità di posizioni di interesse strumentale, non dirette a ottenere la aggiudicazione ma la rinnovazione della gara, l'esame nel merito dei motivi diretti a demolire la *lex specialis* di gara può avvenire solo dopo che il giudice ha esaminato e respinto le censure poste in via incidentale intese a contestare le legittimità della ammissione della ricorrente principale alla procedura, dovendo l'interesse strumentale assumere rilievo solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso.

4.1- Non è quindi sufficiente l'impugnazione (anche) del bando o del Capitolato per escludere l'applicazione del principio secondo il quale in un giudizio riguardante l'aggiudicazione di una gara deve essere preliminarmente esaminato il ricorso incidentale escludente.

4.2.- Né, nella fattispecie, può farsi applicazione di quei temperamenti (nell'applicazione del principio di pregiudizialità) ai quali ha accennato la citata Adunanza Plenaria in quanto tali temperamenti si riferiscono alla particolare ipotesi (che non ricorre nel caso in esame) in cui il ricorrente incidentale ha dedotto in sostanza la mancanza di legittimazione del ricorrente principale (per la mancanza dei requisiti di partecipazione) e questi abbia censurato in radice (in relazione alla questione sollevata) il bando di gara per il contrasto con le norme che ne regolano la formazione. Come ricordato anche dalla resistente Azienda Ospedaliera, la stessa Adunanza Plenaria ha infatti affermato che "la circostanza che il ricorrente principale abbia impugnato il bando rileva nei soli limiti in cui tali censure possono concretamente riflettersi sull'accertamento della legittimazione al ricorso contestata dal ricorrente incidentale".

4.3.- Considerato pertanto che, nella fattispecie, assumeva carattere pregiudiziale l'esame del ricorso incidentale, che aveva la finalità di contestare la legittimazione ad agire del ricorrente principale, la decisione

appellata deve essere sul punto confermata.

5.- La sentenza del T.A.R. per il Lazio deve essere poi confermata anche nella parte in cui ha accolto (nel merito) il ricorso incidentale proposto dalla So.Ge.Si.

5.1.- Al riguardo, si ritiene di dover preliminarmente esaminare la questione riguardante la mancata indicazione (nella offerta economica della Lavin) degli oneri per la sicurezza.

In proposito si deve ricordare che, come affermato di recente da questa Sezione (con le sentenze n. 5421 del 3 ottobre 2011 e n. 4330 del 15 luglio 2011), l'art. 86, comma 3 bis, e l'art. 87, comma 4, del Codice dei Contratti Pubblici impongono, anche per gli appalti di servizi e forniture, la specifica indicazione nell'offerta economica di tutti i costi relativi alla sicurezza.

In particolare gli oneri della sicurezza – sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture – devono essere distinti tra oneri, non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze (che devono essere quantificati dalla stazione appaltante nel DUVRI) ed oneri concernenti i costi specifici connessi con l'attività delle imprese che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte, con il conseguente onere per la stazione appaltante di valutarne la congruità (anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura.

5.2.- L'art. 86, comma 3-bis, e l'art. 87, comma 4, del d. lgs. n. 163 del 2006 impongono pertanto la specifica stima ed indicazione di tutti i costi relativi alla sicurezza, tanto nella fase della "predisposizione delle gare di appalto" (e quindi nella predisposizione della documentazione di gara) quanto nella fase della formulazione dell'offerta economica.

Peraltro, anche l'art. 26, comma 6, del d. lgs. n. 281 del 9 aprile 2008 (recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro), emanato in attuazione della delega prevista dall'art. 1, comma 1,

della legge n. 123 del 2007, stabilisce che, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte, nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ed al costo relativo alla sicurezza, "che deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture".

5.3.- Ciò significa che, negli atti di gara, devono essere specificamente indicati, separatamente dall'importo dell'appalto posto a base d'asta, i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze, per i quali è precluso qualsiasi ribasso (art. 86, comma 3-bis. e comma 3-ter, del d. lgs. n. 163/2006), trattandosi di costi ritenuti necessari per la tutela dei soggetti interessati. Gli atti di gara devono poi prevedere che, nell'offerta economica, siano indicati gli altri oneri per la sicurezza (da rischio specifico) che sono variabili perché legati all'offerta economica delle imprese partecipanti alla gara.

5.4.- A loro volta le imprese partecipanti devono includere necessariamente nella loro offerta sia gli oneri di sicurezza per le interferenze (nella esatta misura predeterminata dalla stazione appaltante), sia gli altri oneri di sicurezza da rischio specifico (o aziendali) la cui misura può variare in relazione al contenuto dell'offerta economica, trattandosi di costi il cui ammontare è determinato da ciascun concorrente in relazione alle altre voci di costo dell'offerta.

6.- Applicando tali principi al caso di specie, le doglianze sollevate dalla appellante Lavin, nei confronti della sentenza del T.A.R. per il Lazio che ha accolto il ricorso incidentale proposto dalla So.Ge.Si. a causa della mancata indicazione, nella offerta della Lavin, degli oneri di sicurezza diversi da quelli derivanti da interferenze, sono infondate.

Infatti l'appellante, come è pacifico, si era limitata ad indicare nella sua

offerta economica gli oneri di sicurezza per le interferenze (nella misura predeterminata dalla stazione appaltante) ma non aveva anche quantificato gli altri oneri di sicurezza da rischio specifico (o aziendali) che avrebbe dovuto invece quantificare, in rapporto alla sua offerta economica, sia per quanto indicato nelle richiamate (ed inderogabili) disposizioni normative sia perché anche le regole di gara chiaramente prevedevano tale necessaria indicazione.

6.1.- Il Capitolato speciale, all'art. 11, disponeva infatti che: “ L'offerta ai sensi della determinazione n. 3/2008 dell'Autorità per la Vigilanza dei lavori, servizi e forniture dovrà prevedere i costi specifici relativi alla sicurezza di cui all'allegato D (...). I costi della sicurezza da interferenza, non soggetti a ribasso d'asta, sono stati quantificati in euro 5.300,00”.

A sua volta, il DUVRI disponeva, che “Gli oneri della sicurezza determinati devono essere compresi nell'importo totale dei lavori (cioè devono essere inclusi nel computo di progetto) ed individuano la parte del costo dell'opera per il servizio da non assoggettare a ribasso d'offerta. L'appaltatore deve indicare obbligatoriamente nell'offerta i costi della sicurezza specifici afferenti all'esercizio dell'attività svolta dalla propria impresa; la stazione appaltante dovrà valutare, anche in quei casi in cui non si procede alla verifica delle offerte anomale, la congruità dei costi indicati rispetto all'entità e alle caratteristiche del servizio”.

Peraltro, alla luce dello specifico riferimento ai “costi della sicurezza specifici afferenti all'esercizio dell'attività svolta dalla propria impresa”, contenuto nella richiamata disposizione, non può condividersi la tesi dell'appellante secondo cui le disposizioni della lex specialis non prevedevano l'obbligo di indicare, nell'offerta economica, gli oneri di sicurezza diversi da quelli derivanti da interferenze.

6.2.- In conseguenza tale omissione, come affermato dal T.A.R., doveva condurre all'esclusione dalla gara della Lavin per incompletezza dell'offerta,

trattandosi peraltro di una omissione particolarmente rilevante, alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti (in termini fra le più recenti: Consiglio di Stato, Sez. III n. 4330 del 15 luglio 2011 cit.; Sez. V, n. 17 del 21 gennaio 2011).

7.- La reiezione delle doglianze sollevate con riferimento alla omessa indicazione degli oneri di sicurezza rende inutile l'esame delle doglianze sollevate con riferimento all'altra questione sollevata nel ricorso incidentale dalla So.Ge.Si. che il T.A.R. aveva ritenuto fondata.

8.- In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del grado in favore delle due parti resistenti, liquidandole nella somma di € 5.000,00 (cinquemila) più gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/01/2012

IL SEGRETARIO

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