

N. 04999/2012REG.PROV.COLL.  
N. 02149/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2149 del 2012, proposto dalla s.r.l. Dussmann Service, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza e Ulisse Corea, con domicilio eletto presso Ulisse Corea in Roma, via dei Monti Parioli, 48;

*contro*

la s.p.a. Sodexo Italia, in proprio e in qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese (r.t.i.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Boifava e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Flaminia, 354;

r.t.i. - Markas Service s.r.l. e in proprio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Claudio De Portu e Maurizio Boifava, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Flaminia, 354;

*nei confronti di*

Ente Regionale per il diritto e le opportunità allo Studio Universitario di Udine (ERDISU), non costituito nel presente grado del giudizio;

Logos s.r.l., non costituita nel presente grado del giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA - SEZIONE I n. 74/2012, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della s.p.a. Sodexo Italia in proprio e in qualità di capogruppo del costituendo r.t.i., e del r.t.i. - Markas Service s.r.l. e in proprio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 luglio 2012 il consigliere di Stato Maurizio Meschino e uditi per le parti gli avvocati Corea, Martinez e De Portu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La s.p.a. Sodexo, con il ricorso n. 323 del 2011 proposto al Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, ha chiesto l'annullamento:

- con il ricorso introduttivo:

- del decreto direttoriale n. 307 dd. 17.6.2011 - ricevuto in data 22.6.2011 - recante l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata Dussmann Service s.r.l. della procedura negoziata indetta per "l'allestimento e la gestione del servizio di ristorazione delle mense universitarie degli Erdisu di Udine e Trieste";

- dei processi verbali delle operazioni di gara occorsi in data 12/05, 30/05 e 07/06/2011;

- dell' art. 9 del disciplinare di gara;

- dell'eventuale contratto *inter partes* stipulato e il conseguente provvedimento di immissione nel servizio della prima graduata;
  - di ogni altro provvedimento o atto amministrativo comunque risalente alla stazione appaltante, connesso od attuativo e per la conseguente condanna dell'Ente Regionale per il diritto e le opportunità allo studio universitario di Udine;
  - e per la conseguente condanna, in via principale, alla riedizione dell'intera procedura concorsuale e, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente;
  - con motivi aggiunti depositati in data 7 luglio 2011:
  - del provvedimento dirigenziale in data 30.6.2011 a mezzo del quale, in esito al preavviso di contenzioso, il R.U.P. comunica che "lo svolgimento della gara di cui all'oggetto si è svolta nel pieno rispetto dei principi di pubblicità che governano il sistema delle gare pubbliche" e che, per quanto riguarda la custodia dei plichi contenenti le offerte, si precisa che la stessa è stata assicurata con la massima cura ed attenzione conservando i plichi in luogo sicuro" e, per l'effetto, "... si conferma l'aggiudicazione definitiva e quindi quanto disposto con decreto n. 307 del 17/06/2011 che risulta a tutti gli effetti pienamente legittimo";
  - del decreto n. 234 del 10/05/2011 di nomina della Commissione giudicatrice;
- e per il conseguente accoglimento delle domande già formulate con il ricorso introduttivo.

2. La s.r.l. Dussmann Service ha proposto ricorso incidentale, per l'annullamento del provvedimento di ammissione alla gara della ricorrente principale, deducendo la violazione degli articoli 86 e 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006, per la mancata indicazione dei costi per la sicurezza nell'offerta del r.t.i. Sodexo - Markas.

3. Il giudice adito, con la sentenza n. 74 del 2012, ha respinto il ricorso

incidentale ed ha accolto quello principale, condannando l'Amministrazione resistente a rifondere alla ricorrente il contributo unificato ai sensi di legge, con compensazione tra le parti delle restanti spese del giudizio.

4. Con l'appello in epigrafe è chiesto l'annullamento della sentenza di primo grado, con domanda cautelare di sospensione dell'esecutività.

All'udienza del 17 aprile 2012 l'esame della domanda cautelare è stato abbinato alla trattazione della causa nel merito.

5. All'udienza del 17 luglio 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Nella sentenza di primo grado riguardo al ricorso incidentale si afferma:

- negli articoli 69 e 70, rispettivamente, del capitolato speciale relativo al primo lotto (Erdisu Trieste) e al secondo lotto (Erdisu Udine) sono indicati costi prevedibili per l'esecuzione dell'appalto "pari a zero", rinviandosi alle opportune comunicazioni tra i servizi responsabili delle parti per il computo di eventuali costi da interferenze successivamente individuati;
- in questo quadro dovrebbe ritenersi fondato il motivo dedotto con il ricorso incidentale, secondo il quale l'offerente non risulterebbe comunque esentato dall'indicare i costi per la sicurezza relativi alla propria attività di esecuzione, essendo i costi previsti come pari a zero quelli "da interferenza" ma non quelli aziendali interni, la cui indicazione è comunque richiesta dall'art. 86, comma 3-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*"Codice dei contratti pubblici"*, d'ora in avanti *"Codice"*);
- non di meno, soggiunge il primo giudice, il ricorso deve essere respinto in ragione dell'ambiguità della legge di gara, poiché non recante alcun rinvio al citato art. 86 e contenente l'indicazione espressa di costi per la sicurezza pari a zero, con il rinvio ad un modello predisposto per la presentazione dell'offerta economica privo di spazio per indicazioni al riguardo, venendo così indotto l'offerente a commettere errore in buona fede e risultando ingiustificata, di conseguenza, la sua esclusione dalla gara alla luce

dell'onere per la stazione appaltante di esercitare il “dovere di soccorso” di cui all'art. 46 del Codice.

Viene poi esaminato ed accolto il ricorso principale.

2. Nell'appello si deduce l'erroneità della sentenza per avere respinto il ricorso incidentale, in quanto:

- nel capitolato speciale di appalto i costi nascenti dai rischi di interferenze sono indicati (articoli 69, per il lotto 1 e 70 per il lotto 2) come quelli “*a carico della stazione appaltante*” e richiamati distintamente da quelli per la sicurezza interni, propri dell'azienda (articoli 70, per il lotto 1 e 71 per il lotto 2), essendo obbligati i concorrenti alla loro indicazione ai sensi degli articoli 26, comma 6, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (recante norme in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro) e degli articoli 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del Codice, che integrano la legge di gara per il principio di eterointegrazione della *lex specialis* da parte di norme imperative;

- non è applicabile nella specie l'art. 46 del Codice, poiché non riferito agli elementi costitutivi dell'offerta ma alla regolarizzazione della sola documentazione sul possesso dei requisiti di cui agli articoli da 38 a 45 del Codice, né la norma è riferibile a documenti richiesti a pena di esclusione;

- ciò è confermato dagli articoli 70 e 71 del capitolato speciale, rispettivamente per i lotti 1 e 2, la cui previsione della presentazione del documento di valutazione dei costi per la sicurezza a carico dell'aggiudicatario deve intendersi estesa a tutti i concorrenti alla luce della citata normativa di legge, a salvaguardia del confronto concorrenziale, riproponendosi, in caso di interpretazione dell'obbligo come ristretto al solo aggiudicatario, il motivo incidentale subordinato di illegittimità dei detti articoli del capitolato, già dedotto in primo grado.

3. Le censure dedotte in appello, così sintetizzate, sono infondate per le ragioni che seguono.

3.1. I capitolati di gara recano, per entrambi i lotti, le seguenti, identiche previsioni:

- a) articoli 69 per il lotto 1 e 70 per il lotto 2, rubricati “*Costi della sicurezza a carico della stazione appaltante*”, in cui si dispone che “*I costi della sicurezza attualmente prevedibili per l'esecuzione dell'appalto sono pari a zero. Eventuali costi derivanti da interferenze, individuate successivamente dalla ditta e/o dalla stazione appaltante saranno oggetto di opportune comunicazioni fra i Servizi di Prevenzione e Protezione delle parti e saranno tempestivamente computati previa verifica delle interferenze stesse*”;

- b) articoli 70 per il lotto 1 e 71 per il lotto 2, rubricati “*Costi della sicurezza propri della ditta*”, in cui “*Ai sensi della determinazione n. 3/2008 dell'Autorità di vigilanza sui Contratti per i costi della sicurezza afferenti all'esercizio dell'attività svolta, l'impresa aggiudicataria deve obbligatoriamente elaborare il proprio documento di valutazione e provvedere all'attuazione delle misure necessarie per eliminare o ridurre al minimo i rischi...*”;

c) articoli 71 per il lotto 1 e 72 per il lotto 2, rubricati “*Documento di Valutazione dei Rischi*”, per cui “*La ditta appaltatrice dovrà effettuare la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dal D.Lgs. n. 81 del 09 aprile 2008 che andrà elaborato in collaborazione con il Servizio Prevenzione e Protezione dell'Ente in un unico DVR che indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi per la salute e la sicurezza dei lavoratori presenti nell'ambito dell'organizzazione cui essi prestano la propria attività*”;

- il disciplinare di gara prevede che nella “*Busta 3-OFFERTA ECONOMICA...dovrà essere contenuta, a pena di esclusione, l'offerta economica MODELLO 5 oppure modello 5Bis (per RTI e Consorzi)*” essendo precisato, nel detto modello, che l'offerta economica deve essere formulata “*...al netto degli oneri per la sicurezza*”.

3.2. Da questa disciplina emerge che, contestualmente, indicati i costi per la

sicurezza a carico della stazione appaltante come prevedibilmente “*pari a zero...per l'esecuzione dell'appalto*”, l'esposizione obbligatoria di quelli di sicurezza propri della ditta è prescritta soltanto a carico dell'aggiudicatario, in quanto “*affendenti all'esercizio dell'attività svolta*”, alla elaborazione del DVR è obbligata la “*ditta appaltatrice*”, non sono richiamate le prescrizioni di cui ai pertinenti articoli del d.lgs. n. 81 del 2008 e del Codice e, insieme con ciò, la specificazione degli oneri per la sicurezza non è richiesta nella presentazione dell'offerta economica.

Ciò rilevato il Collegio, condividendo la giurisprudenza sulla obbligatorietà della indicazione dei costi per la sicurezza nell'offerta economica (Cons. Stato, Sez. V: n. 4849 del 2010; n. 1172 del 2012) pur in assenza di indicazioni nella legge di gara, deve però osservare che nel caso di specie le indicazioni al riguardo nella disciplina della gara sono invece espresse e tali da portare obbiettivamente ad errare in buona fede, se non idonee, invero, ad orientare plausibilmente verso una interpretazione legittimante la non esposizione nell'offerta economica dei costi in questione, non soltanto per il mancato richiamo della normativa, ma in particolare per la previsione dell'obbligo a carico del solo aggiudicatario e per l'esclusione di indicazioni nel modello di presentazione dell'offerta.

Ne consegue che un'impresa concorrente la quale, vista tale obbiettiva ambiguità, abbia presentato l'offerta senza l'esposizione dei detti costi e sia per tale motivo esclusa, lo sarebbe, in sostanza, non per avere volontariamente eluso prescrizioni di gara palesi ed inequivoche ma per aver ritenuto una loro interpretazione plausibile in quanto testualmente giustificabile, avendo maturato, di conseguenza, un fondato affidamento sulla legittimità della propria partecipazione alla procedura; affidamento che, per le obbiettive peculiarità del caso di specie, è tutelabile anche a fronte della ritenuta inosservanza della normativa richiamata dall'appellante, la cui non applicazione non è rimproverabile all'impresa offerente, fermo

restando, comunque, che l'osservanza delle prescrizioni sulla sicurezza nell'esecuzione dell'appalto rimane garantita in quanto asseverata a carico dell'aggiudicatario.

Si ritiene perciò, in stretto riferimento alle caratteristiche del caso in esame, che correttamente il primo giudice ha respinto il ricorso incidentale proposto dall'odierna appellante.

In questo quadro il motivo incidentale subordinato, qui anche riproposto, non può essere ammesso poiché non rilevante ai fini della decisione della controversia, considerato che non è in questione la legittimità della previsione per il solo aggiudicatario dell'obbligo di specificare i costi per la sicurezza ma se, essendo comunque stata posta tale prescrizione ed essendosi definita la regola della gara anche per effetto di essa, la disciplina complessivamente risultante e applicata abbia legittimamente determinato o meno l'affidamento tutelabile di cui si è sopra detto.

4. Per le ragioni che precedono l'appello è infondato e deve essere quindi respinto.

La peculiarità dei profili di fatto e di diritto della controversia giustifica la compensazione delle spese del presente grado del giudizio fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) respinge l'appello in epigrafe n. 2149 del 2012.

Compensa le spese del presente grado del giudizio tra l'appellante, s.r.l. Dussmann Service, e le parti appellate costituite, s.p.a. Sodexo Italia, in proprio e in qualità di capogruppo del costituendo r.t.i., r.t.i. - Markas Service s.r.l. e in proprio.

Nulla sulle spese rispetto alle altre parti intime in quanto non costituite.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 17 luglio 2012,



con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Maurizio Meschino, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Roberta Vigotti, Consigliere

Andrea Pannone, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/09/2012

IL SEGRETARIO

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