

N. 10231/2013 REG.PROV.COLL.
N. 03740/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.3740 del 2013 proposto da La Pultra di Tirelli Augusto s.a.s. in proprio e quale mandataria del RTI con mandante Clean Service S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Martinelli presso il cui studio in Roma, Via Blumenstihl n.71, è elettivamente domiciliata;

contro

- la Regione Lazio, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Fiammetta Fusco, con la quale è elettivamente domiciliata presso la sede dell'Avvocatura regionale in Roma, Via Marcantonio Colonna n.27;
- ASL Rm/C, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Cristina Tandoi, Barbara Bentivoglio e Gabriella Mazzoli ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Bentivoglio in Roma, Via Primo Carnera n.1;
- ASL Rm/D, Azienda Ospedaliera San Giovanni Addolorata, Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini, Ares 118, INMI Spallanzani, ASL Rm/H, Fondazione PTV Policlinico Tor Vergata, in persona dei rispettivi

legali rappresentanti pro-tempore, non costituiti in giudizio;

- ASL - Viterbo, ASL Latina, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, non costituite in giudizio;

- Azienda Policlinico Umberto I, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Paola Baglio, ed elettivamente domiciliata presso la sede della propria Avvocatura in Roma, Viale del Policlinico 155;

nei confronti di

- Teamservice Società Consortile a r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del RTI costituito con Snam Lazio Sud S.r.l. e Linda S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Avilio Presutti e Marco Laudani, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, p.zza San Salvatore in Lauro, 10;

- Manutencoop Facility Management S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi, Stefano Baccolini e Francesco Rizzo, ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via F. Confalonieri, 5;

- Cascina Global Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del RTI costituito con la Markas Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano Brugnoletti e Michele Perrone ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

- Colser Servizi S.c.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- Co.Lo.Coop. - Consorzio Lombardo Cooperative, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandatario del RTI costituito con National Cleaness S.r.l. e Universal Service S.r.l., non

costituito in giudizio;

- Società Consortile CNS - Consorzio Nazionale Servizi, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- Florida 2000 S.r.l. in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del RTI costituito con Tecno Pul S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Di Martino, presso il cui studio in Roma, via dell'Orso, 74, è elettivamente domiciliata;

per ottenere

A) l'ANNULLAMENTO della determinazione n. b00860 dell'11/03/2013, con la quale la Regione Lazio ha disposto l'aggiudicazione della gara comunitaria per l'acquisizione del servizio di pulizia sanificazione consegna e trasporto occorrente alle aziende sanitarie presenti sul territorio della regione Lazio, con riferimento ai lotti cinque ed otto;

B) la CONDANNA dell'amministrazione regionale al risarcimento del danno in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia dei contratti ove eventualmente stipulati, o in subordine per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, dell' ASL Rm/C, dell'Azienda Policlinico Umberto I, di Teamservice Società Consortile, di Cascina Global Service S.r.l., di Manutencoop Facility Management S.p.a. e di Florida 2000 S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visto il ricorso incidentale proposto da Manutencoop Facility Management S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2013 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente, la quale ha partecipato quale mandataria del costituendo RTI con la mandante Clean Service S.r.l. alla gara, strutturata in 10 lotti, indetta dalla Regione Lazio per l'acquisizione del servizio di pulizia, sanificazione, consegna e trasporto occorrente alle Aziende sanitarie presenti sul territorio regionale e da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato la determinazione, in epigrafe indicata, per la parte in cui è stata disposta l'aggiudicazione dei lotti nn.5 e 8.

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

- a) relativamente al lotto n.5 per il quale è risultata aggiudicataria, con punti 90,07, l'offerta del RTI avente come mandataria Teamservice Società Consortile, la ricorrente si è classificata al settimo posto della relativa graduatoria con punti n.64,89;
- b) per quanto concerne il lotto 8 è risultata aggiudicataria l'offerta di Manutencoop Facility Management S.p.a. con punti 92,00 mentre la ricorrente si è collocata al quinto posto con punti 62,01.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

- 1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89 del D.lgvo n.163/2006, dell'art.97 della Costituzione e della lex specialis di gara. Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e motivazione, perplessità dell'azione amministrativa, illogicità e sviamento di potere;
- 2) Violazione e falsa applicazione dell'art.81 del D.lgvo n.163/2006, della legge n.241/1990, dell'art.97 della Costituzione e della lex specialis di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di ordine generale delle procedure concorsuali; Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, falsità della causa e sviamento di potere;

3) Violazione e falsa applicazione degli artt.10, 86, 87, 88 del D.lgvo n.163/2006, dell'art.121 del DPR n.207/2010, della L. n.241/1990 e della lex specialis di gara. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare incompetenza, difetto di motivazione, illogicità e irrazionalità, perplessità dell'azione amministrativa, sviamento di potere;

4) Violazione e falsa applicazione dell'art.3 della L. n.241/1990, degli artt. 2, 74 e 83 del D.lgvo n.163/2006, dell'art.286 del DPR n.207/2010 e della lex specialis di gara. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare difetto di istruttoria e di motivazione, perplessità dell'azione amministrativa, travisamento dei fatti, sviamento di potere. Violazione dei principi di correttezza, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità.

Si sono costituite la Regione Lazio, l'ASL Rm/C e l'Azienda Policlinico Umberto I contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Si sono altresì costituite le seguenti imprese :

- a) Teamservice Società Consortile, aggiudicataria del lotto n.5;
- b) Manutencoop Facility Management S.p.a., aggiudicataria del lotto 8 e collocatasi al secondo posto nella graduatoria del lotto 5;
- c) Cascina Global Service S.r.l., collocatasi al 4° posto nella graduatoria del lotto 5.

Tutte hanno contestato la fondatezza delle dedotte doglianze concludendo per il rigetto delle stesse.

La società Manutencoop Facility Management ha altresì proposto ricorso incidentale con il quale ha contestato la mancata esclusione dell'offerta della società ricorrente per entrambi i lotti in questione e formulando a tal fine le seguenti doglianze:

- a) Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, in particolare violazione e/o falsa applicazione dell'art.49 del D.lgvo n.163/2006. Violazione e/o falsa applicazione dell'art.88 del DPR n.207/2010.

Violazione e/o falsa applicazione del bando di gara e del disciplinare di gara. Eccesso di potere. Difetto di istruttoria. Difetto di motivazione. Errore nei presupposti e travisamento dei fatti;

b) Violazione dell'art.75 del D.lgvo n.163/2006, dell'art.10.1 del disciplinare di gara e della par condicio con riferimento alla cauzione provvisoria prodotta dal RTI di cui la società ricorrente è mandataria;

c) Violazione di legge per violazione del disciplinare di gara (art.9, sub punto 2) nonché del bando di gara (punto III.2.1. " Condizioni di partecipazione). Violazione di legge per violazione degli artt.1 e 4 della L. n.82/1994 e del relativo regolamento di attuazione di cui al DM 7.7.1994 n.276 sub art.3 (Fasce di classificazione). Violazione della circolare 29 maggio 1998 n.3444/C del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica, in particolare del principio di par condicio tra i concorrenti.

Alla pubblica udienza del 5.11.2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio ritiene necessario dare precedenza all'esame del ricorso incidentale proposto dalla società Manutencoop Facility Management (di seguito Manutencoop) con cui è stata contestata la mancata esclusione dell'offerta della ricorrente per entrambi i lotti in questione, atteso che l'accoglimento dello stesso comporterebbe l'improcedibilità del ricorso principale.

Al riguardo deve essere precisato che l'interesse alla proposizione del ricorso incidentale sussiste non solo per il lotto 8 in cui la soc. Manutencoop è risultata aggiudicataria, ma anche per il lotto 5 in cui la stessa si è posizionata davanti all'offerta del raggruppamento capeggiato dalla ricorrente principale e per il quale ha interesse sia a non essere esclusa sia a non essere scavalcata nella relativa graduatoria dall'eventuale accoglimento di alcune delle censure dedotte in via principale, nonché, in

via generale, dall'eventuale annullamento della gara conseguente all'accoglimento delle altre doglianze dedotte, atteso che la suddetta società ha contestato con autonomo ricorso la mancata aggiudicazione a proprio favore del lotto in questione.

Con il primo motivo del ricorso incidentale Manutencoop ha sostenuto che l'offerta del RTI con mandataria la società La Pultra doveva essere esclusa per mancata dimostrazione del possesso del requisito del fatturato globale conseguente alla invalidità dei contratti di avvalimento stipulati da entrambe le società componenti il raggruppamento per la dimostrazione del possesso del suddetto requisito.

Al riguardo è stato fatto presente che:

- a) il disciplinare di gara (art.9) richiedeva il possesso dei seguenti requisiti:
 - I) un fatturato globale d'impresa conseguito nel triennio antecedente la pubblicazione della presente procedura pari almeno a 1,5 volte l'importo stabilito per ciascun lotto al quale si partecipa, IVA esclusa. Ove la partecipazione si estende a più lotti, il fatturato globale deve essere pari almeno a 1,5 volte la somma dei lotti a cui si ciascun concorrente partecipa;
 - II) un fatturato specifico d'impresa inerente i servizi analoghi nel settore oggetto della gara nel triennio 2008-2009-2010 pari almeno a 0,7 volte il valore del lotto a cui si partecipa, IVA esclusa. Ove si partecipi a più lotti il fatturato specifico deve essere almeno pari a 0,7 volte il valore della somma dei lotti a cui si partecipa;
- b) ai fini della dimostrazione del possesso del requisito del fatturato globale le società componenti il raggruppamento ricorrente hanno dichiarato di avvalersi, rispettivamente, di TRA.SER. S.r.l. e di Omnia Servitia S.r.l.;
- c) tuttavia entrambi i contratti di avvalimento risultavano in palese contrasto con quanto prescritto dall'art.88 del DPR 207/2010 stante l'estrema genericità del loro contenuto in quanto:
 - c1) nel contratto stipulato tra la società Pultra e TRA.SER. quest'ultima si

impegnava genericamente a consentire l'utilizzo del citato requisito (fatturato globale);

c2) analogamente nel contratto di avvalimento intervenuto tra Clean Service S.r.l. e Omnia Servitia S.r.l. era stato affermato che quest'ultima quale ausiliaria " mette a disposizione della Clean Service S.r.l., per tutta la durata dell'appalto, l'importo di fatturato globale alla stessa mancante";

d) conseguentemente, stante l'invalidità dei contratti di avvalimento, entrambe le società del raggruppamento ricorrente non avrebbero dimostrato il possesso del requisito del fatturato globale e, pertanto, sia l'offerta relativa al lotto n.5 sia quella relativa al lotto n.8 dovevano essere escluse.

La fondatezza di tale conclusione è stata contestata dalla ricorrente principale la quale afferma che la normativa intesa a disciplinare il contenuto del contratto di avvalimento, sarebbe entrata in vigore successivamente alla pubblicazione del bando e, pertanto, non poteva trovare applicazione nella gara in questione.

In proposito il Collegio ha avuto modo di affermare con recente pronuncia (cfr. TAR Lazio, Sez. III quater, Sent. 28 ottobre 2013, n. 9196) che l'art. 357, c. 10, del Regolamento al codice dei contratti pubblici, approvato con D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, secondo cui le disposizioni della parte IV si applicano ai contratti i cui bandi sono pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, va interpretato nel senso che a tal fine occorre aver riguardo alla pubblicazione sulla Gazzetta della Comunità Europea e non a quella sulla Gazzetta della Repubblica Italiana.

Sicchè le disposizioni del citato D.P.R. n. 207/2010 non trovano applicazione nel caso di specie, essendo entrate in vigore dopo la pubblicazione del bando sulla G.U.C.E..

Ciò premesso, va peraltro precisato che l'esigenza di una puntuale individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento (sia che riguardi il

requisito economico del fatturato globale, sia che riguardi il requisito di capacità tecnico-professionale) è stata avvertita dalla giurisprudenza amministrativa già prima dell'entrata in vigore dell'art. 88 del citato Regolamento.

Ha condivisibilmente rilevato il giudice di appello (C.d.S., Sez. V, Sent. n. 4510/2012) che “tale esigenza, difatti, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico, nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (ed indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connesse alle procedure contrattuali del settore pubblico, nella necessità di non permettere - fin troppo - agevoli aggiornamenti del sistema dei requisiti di ingresso alle gare pubbliche”.

Prosegue la suddetta decisione evidenziando che “in questa prospettiva, la pratica della mera riproduzione, nel testo dei contratti di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle *risorse necessarie di cui è carente il concorrente* (o espressioni similari) si appalesa, oltre che tautologica (e, come tale, indeterminata per definizione), inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti”, mentre quest'ultima deve attentamente valutare se con il singolo avvalimento il concorrente abbia raggiunto una effettiva situazione di equivalenza rispetto al concorrente autosufficiente quanto ai requisiti comprovando di poter disporre di tutte le misure necessarie per supplire alle proprie carenze (cfr. C.d.S., Sez. V, 20.6.2011, n. 3670 ed ancora nn. 3066, 5496 e 6079/2011 e n. 1624/2009). I suesposti principi trovano applicazione sia nel caso in cui l'avvalimento investa l'intera organizzazione aziendale (C.d.S., Sez. III, 18.4.2011, n. 23444; V, 23.5.2011, n. 3066) sia nel caso che riguardi, invece, un solo settore (C.d.S., Sez. III, 15.11.2011, n. 6040).

In conclusione l'art. 88 del D.P.R. n. 207/2010, enunciando la necessità che il contratto di avvalimento descriva compiutamente "le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico" non appare dotato del carattere di innovatività poiché "esplicita un canone già esistente nell'ordinamento di settore, e dotato di una portata ben più ampia di quella attinente al solo *prestito* dei requisiti di qualificazione in senso stretto".

Pertanto la censura in esame, con le precisazioni sopra evidenziate, merita adesione.

Le suesposte considerazioni non vengono scalfite dal rilievo della ricorrente principale, secondo cui il RTI che vede la società La Pultra quale mandataria poteva eventualmente essere escluso dal lotto 5 ma non dal lotto 8 per il quale ciascuna impresa componente possedeva comunque in via autonoma requisiti di partecipazione, alla luce di quanto stabilito dal punto 9 del disciplinare di gara secondo cui " l'impresa ovvero RTI o Consorzio che concorre a più lotti e dichiara di possedere i fatturati di cui ai punti 7 e 8 in misura inferiore a quelli richiesti, sarà ammessa a partecipare unicamente ai lotti per i quali possiede i requisiti e sarà esclusa dai restanti in ragione dell'ordine decrescente di importanza economica dei lotti".

In merito il Collegio osserva che la tesi della ricorrente principale omette di considerare che un'offerta formulata sulla base della sussistenza di un contratto di avvalimento al fine di dimostrare il possesso di un determinato requisito di partecipazione è diversa da un'offerta formulata senza l'utilizzo di tale istituto; pertanto, una volta acclarata la nullità del contratto di avvalimento al fine di dimostrare il possesso del requisito, l'offerta dell'impresa concorrente non poteva essere sanata sul presupposto, anche fondato, che quest'ultima possedeva in proprio il requisito de quo, in quanto un tale *modus operandi* finirebbe con il consentire una modifica dell'originaria offerta in palese contrasto con il principio della *par condicio*

dei concorrenti.

Pertanto, assorbita ogni ulteriore doglianza, il ricorso incidentale deve essere accolto.

Conseguentemente il ricorso principale va dichiarato improcedibile essendo venuto meno nella ricorrente principale, in quanto concorrente esclusa, l'interesse a contestare la gara in questione.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III quater, definitivamente pronunciando sul ricorso n.3740 del 2013, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale e dichiara improcedibile il ricorso principale.

Condanna la società ricorrente al pagamento in parti uguali delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi Euro 12.000 a favore della Regione Lazio, dell'Azienda Policlinico Umberto I, dell'Asl Rm/C, di Teamservice Società Consortile a r.l., di Manutencoop Facility Management S.p.a. e di Cascina Global Service S.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/11/2013

IL SEGRETARIO

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