



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3817 del 2013, proposto da:

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, presso il primo dei quali è elettivamente domiciliata in Roma, via F. Confalonieri, 5;

contro

Regione Lazio, in persona del Presidente della Giunta regionale pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Fiammetta Fusco, con domicilio eletto in Roma, via Marcantonio Colonna n.27;
Asl 109 – Viterbo, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

nei confronti di

Servizi Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Guido Anastasio Pugliese e Marcello Anastasio Pugliese, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via G.G. Porro, 26;

per l'annullamento

della determinazione n. B00860 dell'11.3.2013, nella parte in cui ha aggiudicato il lotto 9 alla controinteressata Servizi generali S.r.l.; nonché di tutti gli atti di gara, compresi il bando di gara e il disciplinare di gara nei limiti dell'interesse e, occorrendo, le risposte ai chiarimenti, in particolare, le risposte nn. 51 e 55, rese dalla S.A. con nota prot. n. 167233 del 20.9.2011; e per l'accertamento del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e, per l'effetto, di stipulare il relativo contratto, eventualmente anche a mezzo subentro, per l'intera durata dell'affidamento;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e di Servizi Generali S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla S.r.l. Servizi Generali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 17 aprile 2013 e depositato il successivo 26 aprile la Manutencoop Facility Management S.p.a. impugna gli atti indicati in epigrafe e ne chiede l'annullamento.

Riferisce di aver partecipato alla gara, indetta dalla Regione Lazio, per l'affidamento del "...servizio di pulizia, sanificazione, consegna e trasporto occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio", classificandosi seconda per il lotto 9, relativo alla A.S.L. di Viterbo.

A seguito di accesso agli atti, ha potuto constatare la mancata corrispondenza dell'offerta dell'aggiudicataria, Servizi Speciali S.r.l., alle prescrizioni di gara.

All'uopo deduce:

Violazione e falsa applicazione della lex specialis, in particolare dell'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006; dell'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, errore nei presupposti e travisamento dei fatti.

Assume che la controinteressata era priva dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria.

Infatti il Disciplinare di gara (art. 9), prescrive il possesso dei seguenti requisiti: "(...) 7. fatturato globale d'impresa conseguito nel triennio antecedente la pubblicazione della presente procedura; 8. fatturato specifico d'impresa inerente i servizi analoghi al settore oggetto della gara nel triennio 2008-2009-2010; 9. di aver stipulato e/o di avere in corso nel triennio 2008-2009-2010 almeno un contratto di pulizia presso strutture pubbliche e/o private adibite a destinazione sanitaria (...)".

La controinteressata ha dichiarato di avvalersi della Teknobrill S.r.l. sia per il fatturato specifico, sia per il c.d. contratto di pulizia nel triennio, sia per il fatturato globale, sicché appare chiaro che essa era priva dei fondamentali requisiti di capacità tecnica e finanziaria richiesti dalla lex specialis.

Né appare legittimo il ricorso all'avvalimento, poiché tanto le dichiarazioni che il contratto prodotto riportano che la ausiliaria "...si obbliga nei confronti della Servizi generali a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto".

Senonché l'art. 88 del DPR n. 207 del 2010 richiede in modo esplicito l'indicazione dell'oggetto del contratto, vale a dire: a) le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico; b) la durata; c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.

Nella specie non sono stati indicati in modo determinato e specifico le risorse e i mezzi offerti dall'ausiliante, nel senso che non sono stati precisati gli elementi qualificanti che integrano lo schema di contratto di avvalimento;

2. violazione dell'art. 75 d. lgs. n. 163 del 2006; dell'art. 10.1 del disciplinare di gara e della par condicio, con riferimento alla cauzione provvisoria prodotta dalla Servizi generali S.r.l..

Assume l'istante che ai fini della garanzia fideiussoria, l'aggiudicataria non ha considerato l'importo relativo ai costi della sicurezza di cui al DUVRI, (all. D al disciplinare di gara), a nulla rilevando che detti oneri non siano soggetti a ribasso e siano nominalmente esclusi dalla base d'asta. Inoltre, la cauzione non è stata rilasciata per la durata prescritta dal disciplinare. (180 gg contro i 240 gg previsti dal Disciplinare).

3. violazione e falsa applicazione del punto 9 del Disciplinare, nonché dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, disparità di trattamento, contraddittorietà e irragionevolezza.

Il motivo attiene alla mancata presentazione della dichiarazione ex art. 38 da parte della Teknobrill, impresa ausiliaria dell'aggiudicataria in relazione al sig. Vecchi Gaetano, che alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte risultava essere un procuratore munito del potere di piena rappresentanza, ancorché successivamente dimessosi.

4. Violazione e falsa applicazione del punto 9 del Disciplinare; degli artt. 1 e 4 della legge n. 82 del 1994 e del relativo Regolamento di attuazione di cui al D.M. 7 luglio 1004, n. 274, sub. art. 3; Violazione della Circolare 29 maggio 1998, n. 3444/C del Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato; Violazione del principio di par condicio tra i concorrenti. Eccesso di potere.

La controinteressata è iscritta nella fascia di classificazione lettera "G", sicché avrebbe dovuto essere esclusa dalla partecipazione all'affidamento del Lotto 9, la cui base d'asta è pari a 11.755.000,00 di euro, mentre la lettera "G" abilita alla partecipazione sino a euro 4.131.655,19. Con atto notificato il 15 maggio 2013 e depositato il successivo 20 maggio la controinteressata Servizi Generali S.r.l. ha proposto ricorso incidentale, ritenendo che la ricorrente principale avrebbe dovuto a sua volta essere esclusa dalla gara.

Deduce al riguardo:

1. Eccesso di potere per erroneità dei presupposti, travisamento dei fatti nonché difetto di istruttoria. Violazione e falsa applicazione di legge nonché del disciplinare di gara (punto 10.3); violazione del D.M. del 12.12.2000, dell'art. 8 d. lgs. n. 38 del 2000; violazione dei costi sulla manodopera.

Assume la controinteressata che la ricorrente principale ha erroneamente applicato i tassi INAIL in sede di offerta economica, tanto che la Commissione di gara ha ritenuto di richiedere chiarimenti sulla riduzione del tasso INAIL applicato al costo del lavoro nell'ambito dell'offerta economica.

In pratica la ricorrente principale ha usufruito del tasso ponderato spettante alla Manutencoop Società Cooperativa e non alla Manutencoop Facility Management S.p.a, la quale, costituita il 1° dicembre 2003, in base dell'art. 8 d. lgs. n. 38 del 2000 non poteva più utilizzare il sistema della ponderazione, in quanto eliminato dal predetto art. 8 del d. lgs. n. 38 del 2000. Avrebbe invece dovuto denunciare tutte le attività svolte e ottenere i vari inquadramenti con le voci di Tariffa riconducibili alle singole lavorazioni, come in realtà ha fatto per gli anni 2008-2009-2010-2011.

Nel caso di esercizio di più attività riconducibili a più voci di Tariffa della Gestione nella quale il datore di lavoro è inquadrato, caso specifico della ricorrente, la classificazione è effettuata applicando, per ciascuna lavorazione, la corrispondente voce di Tariffa e il relativo tasso. Sicché nella specie la ricorrente principale avrebbe dovuto applicare il tasso applicato per la voce di Tariffa 0411. In pratica, ha applicato il tasso medio di 2,159% in luogo di quello del 5,5%.

Il su illustrato rilievo appare assorbente rispetto all'ulteriore rilievo relativo ai parametri di incidenza delle attività oggetto di appalto (pulizia, facchinaggio, trasporto, igienico-sanitaria) utilizzati da Manutencoop per determinare la media ponderale del tasso INAIL pari al 2,159%, poiché non corrispondono alle voci di ricavo desumibili dal bilancio di esercizio al 31.12.2012;

2. Eccesso di potere per carenza di istruttoria ed erroneità nei presupposti; violazione della lex specialis art. 120.3 del Disciplinare di gara e falsa applicazione degli artt. 86, co. 3 bis, 87, co. 4, del d. lgs. n. 163 del 2006 Manifesta irragionevolezza nel giudizio di congruità espresso dalla S.A. sui chiarimenti della Manutencoop; violazione del D.M.12.12.2000 e dell'art. 8 del d. lgs. 23.2.2001, n. 17; violazione dei costi sulla manodopera.

Ulteriore profilo di illegittimità viene ravvisato nel giudizio positivo che la Commissione tecnica ha espresso sulle giustificazioni della Soc. Manutencoop Facility Management, che, al contrario, avrebbe dovuto essere esclusa per "inammissibilità dell'offerta".

Si è costituita la Regione Lazio, la quale conclude per il rigetto del ricorso.

All'Udienza del 9 ottobre 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso principale Manutencoop Facility Management S.p.a. chiede l'annullamento della determinazione n.

B00860 dell'11.3.2013, nella parte in cui ha aggiudicato alla controinteressata Servizi Generali S.r.l. il lotto 9 del servizio di "...pulizia, sanificazione, consegna e trasporto occorrente alle Aziende Sanitarie della Regione Lazio", sostenendone l'illegittimità unitamente agli ulteriori atti di gara impugnati.

Il soggetto aggiudicatario Servizi Generali S.r.l. ha notificato ricorso incidentale, lamentando l'illegittimità della mancata esclusione della ricorrente.

Secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza amministrativa va esaminato in via prioritaria il ricorso incidentale, avente natura escludente, atteso che dal suo eventuale accoglimento discende l'inammissibilità del ricorso principale.

Esso, tuttavia, è infondato.

Con il primo motivo, la ricorrente incidentale assume, sulla base di una perizia di parte, la erroneità dei tassi INAIL indicati dalla controparte, tanto che la Commissione di gara ha ritenuto di richiedere chiarimenti sulla riduzione del tasso INAIL applicato al costo del lavoro nell'ambito dell'offerta economica, peraltro calcolato su parametri di incidenza afferenti alla Manutencoop Società Cooperativa non più operante dal 2004, data in cui alla stessa è subentrata la società ricorrente in via principale Manutencoop Facility Management.

In proposito deve essere rilevato che il Capitolato tecnico elenca le attività e le modalità di esecuzione dei vari servizi richiesti, i quali alla luce delle Istruzioni tecniche delle Tariffe dei Premi in materia di assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, pubblicate dall' INAIL (edizione 2010) non sono solo quelli riferibili alla voce tariffa 0411, ma anche quelli relativi alla voce di tariffa 0721, quali attività di pulizia quotidiana ed alla voce di tariffa 0422, quali attività di sterilizzazione, disinfestazione e derattizzazione.

Le voci di tariffa da applicare in concreto devono dunque essere individuate procedendo ad un esame analitico delle diverse attività che compongono la lavorazione principale sicché non va trascurata l'incidenza delle tre voci di tariffa sopra indicate sul costo del lavoro, che non può essere rapportato alla sola tariffa 0411 concernente attività di grandi pulizie.

Osserva inoltre il Collegio che l'utilizzo del tasso in contestazione ed il trasferimento della situazione di Manutencoop Società Cooperativa a Manutencoop Facility Management S.p.a. sono stati regolarmente notificati all'INAIL, il quale, non riscontrando alcuna modificazione della natura delle lavorazioni, ai sensi dell'art. 25 del D.M. 12 dicembre 2000, nulla ha osservato in contrario ed ha operato la ricongiunzione dei corrispondenti rischi consentendo il subentro del nuovo soggetto nel rischio assicurato.

Né appare decisivo l'ulteriore rilievo sui parametri di incidenza ritenuti non corrispondenti alle voci di ricavo risultanti dal bilancio di esercizio.

La tesi della controinteressata si fonda su dati di ricavo relativi alla totalità delle attività di parte ricorrente. Senonché detto criterio non sembra condivisibile, poiché l'istante si è basata su parametri interni al settore merceologico "servizi di pulizia e sanificazione", comprensivo di diverse attività.

Quanto sopra vale a confutare anche il secondo motivo del ricorso in esame volto a censurare la valutazione che la Commissione di gara ha dato alle giustificazioni della ricorrente principale; valutazione che attiene comunque alla sfera di discrezionalità dell'amministrazione cui compete rapportare l'eventuale sottostima del costo del lavoro alla entità dell'offerta nel suo complesso.

Ne consegue, quindi, che le censure dedotte con il ricorso incidentale si rivelano prive di fondamento.

Fondato è, di contro, il ricorso principale.

Con il primo motivo di gravame si deduce che sia nel contratto di avvalimento stipulato tra Servizi Generali S.r.l. e l'ausiliaria Teknobrill S.r.l. sia nelle dichiarazioni rese dalla concorrente e dall'ausiliaria non sarebbero precisati i requisiti (fatturato globale, fatturato specifico, un contratto di pulizia presso strutture pubbliche e/o private) messi a

disposizione dall'impresa ausiliaria, a parte un generico impegno a fornire i requisiti di cui la concorrente sarebbe carente:

La mancata indicazione in dettaglio delle risorse prestate dall'impresa ausiliaria sarebbe in contrasto con l'art. 49, co. 2, del d. lgs. n. 162 del 2006 e con l'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010 (Reg. di esecuzione al codice dei contratti pubblici).

Va, preliminarmente precisato che non può essere condiviso quanto dedotto sia dalla resistente amministrazione che dalla controinteressata circa la inapplicabilità dell'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010 al caso di specie, essendo la pubblicazione del bando avvenuta sulla GUCE in data 3 giugno 2011 e, quindi, anteriore all'entrata in vigore della disposizione regolamentare (8 giugno 2011).

Invero, sul punto è sufficiente richiamare la costante giurisprudenza (cfr. TAR Umbria, 30 gennaio 2012, n. 22) secondo cui ai sensi dell'art. 66, co. 8, D.Lgs. n. 163/2006, la decorrenza giuridica degli effetti che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale, decorrono dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e non dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea.

Nella specie, il bando ha avuto pubblicità sulla GURI il 10 giugno 2011 quando il d.P.R. n. 207 del 2011 era vigente e con lo stesso l'obbligo di dichiarare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica desumibili dal fatturato globale d'impresa conseguito nel triennio antecedente la pubblicazione della presente procedura; dal fatturato specifico d'impresa inerente i servizi analoghi al settore oggetto della gara nel triennio 2008-2009-2010; dall'aver stipulato e/o di avere in corso nel triennio 2008-2009-2010 almeno un contratto di pulizia presso strutture pubbliche e/o private adibite a destinazione sanitaria.

Ciò premesso, osserva il Collegio, condividendo l'orientamento giurisprudenziale (Cons. St., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; Cons. St., III, 18 aprile 2011 n. 2343; Cons. St., III, 3 settembre 2013, 4386; TAR Lombardia, Milano, III, 17 luglio 2013, n. 1881;), recepito anche dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (cfr. determinazione n. 2 dell'1/8/2012), che ai sensi dell'art. 88 del DPR n. 207 del 2010 il contratto di avvalimento di cui all'art. 49, co. 2, lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006 deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestatati dalla società ausiliaria. Invero, l'art. 88 citato esplicita un canone già esistente nell'ordinamento di settore con una portata ben più ampia di quella attinente al solo "prestito" dei requisiti di qualificazione in senso stretto.

Consegue che la 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 di espressioni similari, risulta essenzialmente tautologica e, come tale, indeterminata, nonché inidonea a permettere qualsivoglia sindacato, da parte della stazione appaltante, sull'effettività della messa a disposizione dei requisiti (TAR Campania, sez. I, 4/4/2012, n. 1589), poiché non è idonea ad integrare uno schema minimale di diritti, obblighi e quindi garanzie per una sicura attuazione dell'avvalimento, e dunque dello stesso appalto pubblico, in condizioni di chiarezza e trasparenza.

Peraltro, da un contratto di avvalimento che non sia in grado di precisare, per la sua indeterminatezza e indeterminabilità, l'effettività della messa a disposizione degli stessi requisiti da parte di chi ne disponga, non risulta garantita, neppure dalla regola della responsabilità solidale, l'esatta esecuzione della prestazione di appalto con gli standard pretesi. E ciò a parte ogni considerazione, sul terreno civilistico, della nullità di un contratto in cui l'oggetto sia indeterminato ed indeterminabile (TAR Campania, sez. I, n. 1589/2012 cit.). Siffatti rilievi valgono anche nell'ambito degli appalti di servizio, come sottolineato dalla Circolare ministeriale 30/12/2012, n. 4536, recante primi chiarimenti in ordine all'applicazione delle disposizioni di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

La necessità di clausole puntuali nel contratto di avvalimento è da correlare al pericolo che una generica indicazione di requisiti svincolata da qualsivoglia collegamento con risorse materiali o immateriali possa snaturare l'istituto dell'avvalimento per piegarlo ad una logica di agevole elusione ed aggiramento del sistema dei requisiti di

partecipazione alle gare pubbliche.

Anche la normativa comunitaria esige che l'operatore economico che fa affidamento per i requisiti prescritti sulle capacità di altri soggetti ha l'onere di provare compiutamente alla stazione appaltante la disponibilità in maniera effettiva e continua dei mezzi e delle risorse necessarie.

A fronte di ciò, un generico impegno a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le risorse necessarie, come avviene nella specie, non soddisfa tale esigenza, laddove l'Amministrazione deve essere in grado di valutare se mediante l'avvalimento il concorrente sia effettivamente in condizione equivalente ad un soggetto autosufficiente circa il possesso dei requisiti.

In conclusione, merita adesione la censura riguardante la mancanza, a causa della carenze del contratto di avvalimento in esame, di una valida dimostrazione del possesso dei requisiti da parte di Servizi Generali S.r.l., nella specie riguardanti appunto la capacità economico-finanziaria e tecnica desumibile dal fatturato globale d'impresa conseguito nel triennio antecedente la pubblicazione della presente procedura; dal fatturato specifico d'impresa inerente i servizi analoghi al settore oggetto della gara nel triennio 2008-2009-2010; dall'aver stipulato e/o di avere in corso nel triennio 2008-2009-2010 almeno un contratto di pulizia presso strutture pubbliche e/o private adibite a destinazione sanitaria.

La fondatezza della doglianza sopra esaminata è assorbente rispetto alle altre censure dedotte, concernenti ulteriori profili di esclusione dell'aggiudicataria, posto che un valida ragione di esclusione è già sufficiente a determinare l'effetto espulsivo dalla procedura concorsuale e a dimostrare l'illegittimità dell'ammissione in gara della concorrente.

Va, conseguentemente, annullata l'aggiudicazione impugnata con il ricorso principale e dichiarato l'obbligo della stazione appaltante di riaprire la procedura concorsuale, adottando tutti gli atti consequenziali.

Per l'effetto va inoltre dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato per l'affidamento del servizio in questione con decorrenza dalla nuova aggiudicazione definitiva in favore della società ricorrente.

Il venir meno dell'affidamento all'ATI controinteressata, in vista di una nuova aggiudicazione del servizio, è soddisfacente in forma specifica dell'interesse vantato dalla società ricorrente, per cui non vi è spazio per il riconoscimento di ulteriori pretese risarcitorie per equivalente.

Attese le peculiarità della vicenda e delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati; respinge il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere, Estensore

Giuseppe Sapone, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2013

IL SEGRETARIO

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