ALLEGATO X)

N. 01047/2009 REG.SEN. N. 00866/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 866 del 2008, proposto da:

- Pirelli & C Real Estate Integrated Facility Managment Spa, con sede in Milano, in persona dell'Amministratore delegato e legale rappresentante, in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo della costituenda ATI con la Tepor S.p.A. e la Proger S.p.A.;

- Tepor S.p.A., con sede in Cagliari, in persona dell'Amministratore

delegato e legale rappresentante,

rappresentate e difese, anche disgiuntamente, dagli avv. Gianluca Gariboldi, Stefano Soncini e Andrea Pasquale Cannas, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Cagliari, via Dante n. 19;

contro

l'Azienda U.S.L. n. 8, con sede in Cagliari, in persona del direttore generale e legale rappresentante, rappresentato e difeso, anche disgiuntamente, dagli avv. Giuseppe Macciotta e Rosaria Russo Valentini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Cagliari, viale Regina Margherita n. 30;

nei confronti di

Siram S.p.A., con sede in Milano, in persona del procuratore speciale, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con C.N.S. – Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. e Studio Archè, rappresentata e difesa dagli avv. Bruno Becchi, Loredana Grillo, Giuseppe Martelli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Cagliari, viale Regina Margherita n. 30;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

della delibera n. 722 dell'11 giugno 2008, con la quale il Direttore Generale dell'Azienda U.S.L. n. 8 della Regione Sardegna ha approvato gli atti della procedura di gara per l'affidamento dell'appalto multi servizi per la "Manutenzione del patrimonio immobiliare dell'Azienda Sanitaria n. 8 di Cagliari" e definitivamente aggiudicato il medesimo appalto al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra la SIRAM S.p.A. (capogruppo mandataria), il CNS — Consorzio Nazionale Servizi e lo Studio Archè (mandanti);

dei verbali, atti ed operazioni della Commissione di gara ivi compreso il provvedimento che individua come offerta economicamente più vantaggiosa quella presentata dal RTI SIRAM;

degli atti allegati alla delibera principalmente impugnata ed in particolare della relazione in data 14 aprile 2008, con la quale il responsabile del Servizio Tecnico del"Azienda U.S.L n. 8 ha ritenuto congrua l'offerta presentata dal costituendo r.t.i. SIRAM;

della nota prot. n. 53945 del 15 luglio 2008;

per quanto occorra, della delibera del Direttore Generale della Azienda Ospedaliera Universitaria di Cagliari n. 712 del 18 luglio 2008, recante l'adesione all'appalto multi servizi bandito dall'ASL n. 8, nonché della nota del medesimo Direttore Generale prot. n. 8184 del 2 ottobre 2008.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda U.S.L. n. 8 di Cagliari;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della SIRAM Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13/05/2009 il primo referendario Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

- 1. Le società ricorrenti hanno partecipato, quali componenti di una costituenda associazione temporanea (in prosieguo A.T.I. Pirelli Real Estate) alla procedura aperta indetta dalla A.S.L. n. 8 di Cagliari per l'affidamento, per un periodo di tre anni, "dell'appalto multiservizi per la manutenzione del patrimonio immobiliare" della medesima azienda, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Entro il termine prescritto dal bando di gara hanno presentato offerta, oltre l'A.T.I. Pirelli Real Estate, anche il raggruppamento temporaneo formato da SIRAM S.p.A., CNS Consorzio Nazionale Servizi soc. coop., Studio Archè (in prosieguo: A.T.I. SIRAM), e quello formato da Elettro C.I.M.A.R. s.r.l., S.I.C.E. s.r.l., Greenservice Ambiente s.r.l., Ingg. De Carlo, Farris, Torelli e Studio Associato Daedalus (in prosieguo ATI Elettro C.I.M.A.R.). All'esito delle operazioni di gara, con deliberazione n. 722 dell'11 giugno 2008, il direttore generale dell'A.S.L. n. 8 ha approvato gli atti di gara e aggiudicato definitivamente l'appalto all'A.T.I. SIRAM, la cui offerta ha ottenuto complessivamente 93 punti su 100, precedendo quella delle società ricorrenti alla quale sono stati attribuiti 91,42 punti.
- 2. Con ricorso consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica 29 ottobre 2008 e depositato il successivo 12 novembre 2008, la Pirelli & C. Real Estate Integrated Facility Management S.p.A. impugna il provvedimento di aggiudicazione suddetto, nonché gli altri atti meglio indicati in epigrafe, domandandone l'annullamento sulla base dei seguenti motivi.

Con il primo, si denuncia la violazione dell'art. 87, comma 4, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), e la conseguente illegittimità della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria A.T.I. SIRAM, sia perché nelle giustificazioni che accompagnano tale offerta non sono separatamente individuati i costi e gli oneri per la sicurezza, sia perché il responsabile del procedimento ha omesso la verifica in ordine a tali oneri.

Con il secondo, la ricorrente si duole della violazione del paragrafo 1.3.3., parte III, del capitolato speciale d'appalto, nel punto in cui stabilisce le prestazioni minime richieste all'appaltatore, in quanto nell'offerta aggiudicataria non è contemplata la gestione dei magazzini di proprietà della stazione appaltante e tutte le attività connesse.

Nel terzo motivo, si rileva la incongruità dell'offerta aggiudicataria per la mancata previsione del personale per la conduzione degli impianti di gestione calore, prevista dal capitolato.

Con il quarto, premesso che la lex specialis di gara (parte I, paragrafo 3.2.1. del c.s.a.) prevedeva che l'offerta tecnica contenesse la specificazione dei titoli di studio degli operatori impiegati nella gestione del servizio, si deduce che l'offerta dell'ATI aggiudicataria non

conterrebbe tali indicazioni. Inoltre, l'offerta tecnica della SIRAM non avrebbe rispettato nemmeno la prescrizione del capitolato speciale che imponeva la presentazione di una relazione sulle attrezzature e mezzi per l'effettuazione del servizio.

Con il quinto, sesto e settimo motivo, la ricorrente rileva che ulteriori elementi dell'offerta tecnica presentata dall'ATI SIRAM non sarebbero conformi a quanto previsto dal capitolato speciale ovvero non sarebbero suffragati dalle giustificazioni prodotte in sede di verifica di congruità dell'offerta. Sotto questo profilo la ricorrente ribadisce anche la censura relativa al difetto di istruttoria imputabile alla stazione appaltante, per non aver rilevato le omissioni e incongruenze dell'offerta SIRAM, dalle quali sarebbe emerso che quest'ultima doveva essere qualificata come anormalmente bassa o inaffidabile e quindi esclusa.

Con i motivi ottavo e nono, la ricorrente deduce, solo in via gradata, ulteriori vizi attinenti al procedimento di gara. In particolare (ottavo motivo) lamenta la contraddittorietà e illogicità dei punteggi assegnati all'offerta della SIRAM, in corrispondenza delle omissioni e carenze (sopra segnalate) di cui la stessa sarebbe affetta.

Inoltre, con il nono motivo censura l'attività della commissione di gara in quanto, violando l'art. 83, comma 4, del codice dei contratti pubblici, non avrebbe preliminarmente fissato i criteri motivazionali.

Infine, con il decimo motivo si censura, per illegittimità derivata, l'impugnata deliberazione con la quale l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Cagliari aderisce all'appalto multi servizi bandito dall'ASL n. 8.

- 3. Con atto depositato il 20 novembre 2008, si è costituita in giudizio l'Azienda USL n. 8 di Cagliari, chiedendo che il ricorso sia respinto. Nella memoria del 7 maggio 2009, depositata in vista dell'udienza di trattazione, sostiene, in specie, la inammissibilità del ricorso per genericità dei motivi atteso che questi non sono preceduti dalla c.d. epigrafe, omissione che non consentirebbe di capire esattamente quale sia il vizio dedotto.
- 4. Si è costituita per resistere al ricorso la SIRAM S.p.A., anche nella qualità di mandataria del raggruppamento di imprese aggiudicatario dell'appalto in questione, con atto depositato il 20 novembre 2008, chiedendo che il ricorso sia respinto.

La controinteressata ha proposto altresì ricorso incidentale, impugnando gli atti della procedura di gara relativi alla ammissione dell'offerta dell'A.T.I. Pirelli Real Estate. Deduce la violazione dell'art. 51 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006), in quanto, dopo la presentazione dell'offerta da parte della Pirelli & C Real Estate Facility Management, questa società si è fusa per incorporazione nella società

"NewCo RE 2 s.r.l.". Tale circostanza è emersa in sede di controllo del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara effettuato dalla stazione appaltante dopo l'intervenuta aggiudicazione. Deduce che non vi è stata la comunicazione alla stazione appaltante dell'avvenuta fusione, né vi è stata la verifica, nei confronti della nuova società, dei requisiti soggettivi di ordine generale e speciale. come prescritto dal citato art. 51.

5. – All'udienza del 13 maggio 2009, la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Il primo motivo è fondato.

Secondo l'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici (ma si veda anche l'art. 86, comma 3-bis), vigente ratione temporis, i costi relativi alla sicurezza "devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture". Dalla lettura della disposizione in esame emergono, in particolare, due diversi effetti giuridici, i quali si dirigono, il primo, nei confronti dei concorrenti che intendano partecipare alle procedure di gara, imponendo loro di presentare l'offerta economica segnalando espressamente quali sono gli oneri economici che ritengono di dover sopportare al fine di adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro. Il secondo effetto si verifica nei confronti dell'amministrazione appaltante, che è tenuta a valutare la congruità dell'importo destinato ai costi per la sicurezza.

Anche l'elaborazione giurisprudenziale più recente converge sul punto. Infatti, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della controinteressata attraverso un richiamo solo parziale a una delle poche decisioni che hanno affrontato la questione (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 17 giugno 2008), precisato che solo nei bandi di gara relativi agli appalti di lavori, ai sensi dell'art. 131 del codice dei contratti pubblici, devono essere evidenziati gli oneri di sicurezza non soggetti a ribasso, esattamente si afferma che "Se invece il costo per la sicurezza non è dall'amministrazione aggiudicatrice quale componente del costo del lavoro (come avviene in particolare quando non sia possibile stabilire a priori un modello omogeneo di misure per la sicurezza) è necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica per valutare se sia congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori". Quanto sintetizzato costituisce esplicazione del contenuto normativo dell'art. 87, comma 4, del codice, dal quale discendono sia l'obbligo per gli offerenti di indicare separatamente i costi per la sicurezza sia il dovere dell'amministrazione aggiudicatrice di procedere, in sede di verifica dell'anomalia, alla valutazione di congruità degli oneri contemplati nell'offerta economica dei singoli concorrenti.

Il punto centrale, per risolvere la questione sollevata col motivo in esame, non è, pertanto, rappresentato dalla circostanza che l'amministrazione appaltante non avesse indicato nel bando di gara gli oneri di sicurezza connessi alla esecuzione dell'appalto, ma dalla necessità per l'offerente – pur in assenza di una prescrizione della lex specialis di gara – di prevedere, nell'ambito delle giustificazioni o chiarimenti in ordine alla composizione dell'offerta economica, la separata quantificazione degli oneri. Solo in tal modo si consente alla stazione appaltante l'operazione di verifica di congruità.

Nel caso di specie, nelle giustificazioni prodotte dalla SIRAM (come ammesso dalla stessa: v. pag. 10 della memoria difensiva del 21 novembre 2008), gli oneri di sicurezza non erano indicati separatamente ma erano "ricompresi nella voce spese generali" (con riferimento ai servizi a forfait compresi nell'appalto). Pertanto, non prevedeva quella specifica indicazione richiesta dall'art. 87, comma 4, del codice. E dunque andava esclusa.

Si potrebbe, in effetti, dubitare dell'automaticità dell'esclusione di offerte così formulate, in assenza di una espressa sanzione in tal senso nel bando di gara. Ma si dovrebbe rammentare la peculiare natura delle norme in materia di sicurezza del lavoro, finalizzate a garantire l'intangibilità di diritti fondamentali della persona del lavoratore, quali quelli alla vita e alla salute, come emerge dalla ampia produzione legislativa degli ultimi anni. Il conseguimento di tali fini rappresenta, quindi, un obiettivo essenziale del sistema normativo in materia, che si giova altresì di sicuri agganci costituzionali (basti citare gli articoli 2, 3, 32 e 38 della Costituzione).

In particolare, le norme che compongono la disciplina della previsione e della valutazione degli oneri di sicurezza nella fase di affidamento dei contratti pubblici esprimono l'esigenza che il rispetto della normativa sulla sicurezza del lavoro sia comunque assicurato anche quando la promozione di tale valore essenziale si ponga in contrasto con alcuni dei principi che governano il procedimento di affidamento dei contratti pubblici. Sotto questo profilo si giustifica, quindi, la integrazione automatica delle norme del bando di gara (secondo il meccanismo previsto dagli articoli 1374 e 1339 del cod. civ., come ha precisato, per altra ipotesi, il Consiglio di Stato, sez. V, 18 novembre 2004, n. 7555), se queste non prevedono espressamente quanto obbligatoriamente disposto dalle norme dell'ordinamento.

2. - La riscontrata fondatezza del ricorso principale, per un motivo che comportando l'esclusione dalla gara dell'offerta presentata dall'ATI aggiudicataria controinteressata – è certamente satisfattivo delle pretese sostanziali azionate dalla società ricorrente, consente di ritenere assorbiti

gli ulteriori mezzi di gravame dedotti.

3. - La fondatezza del ricorso principale impone, altresì, di passare all'esame del ricorso incidentale.

Il ricorso incidentale è infondato.

In primo luogo, va rilevato che l'art. 51 del codice dei contratti (ai sensi del quale "Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati ... procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società ... sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale..."), non impone ai concorrenti un obbligo di comunicare alla stazione appaltante gli eventi indicati nella stessa disposizione. Il principio sotteso alla norma di cui all'art. 51 cit. è quello di evitare che l'amministrazione aggiudicatrice concluda il contratto con operatori economici i quali non abbiano partecipato alla gara e nei confronti dei quali, in particolare, non sia stata effettuata la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine economico-finanziario (cfr. sul punto, in senso conforme, Cons. St., sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873). Al fine di garantire la generale applicazione del principio appena esposto, la norma (si veda anche l'art. 116 del codice dei contratti, per la fase dell'esecuzione del contratto) identifica le ipotesi ammissibili di modificazioni dell'organizzazione produttiva o della natura giuridica del concorrente o dell'offerente, subordinando l'adozione dell'atto favorevole (in relazione alle fasi procedimentali in cui in relazione alla fase del procedimento di gara in cui si integra la modificazione soggettiva: l'ammissione alla procedura, l'aggiudicazione o la stipulazione del contratto) alla verifica dei requisiti di partecipazione nei confronti del soggetto risultante dalle operazioni giuridiche ammesse. Tuttavia, come accennato, l'art. 51 - a differenza di quanto stabilisce l'art. 116 nei confronti dell'esecutore del contratto - non impone ai concorrenti un obbligo di comunicare alla stazione appaltante gli eventi indicati. Peraltro, nel caso in cui la stazione appaltante non venga a conoscenza della modifica soggettiva nelle fasi procedimentali precedenti, il rispetto del principio sopra enunciato è comunque garantito dalle norme del codice dei contratti pubblici che impongono all'amministrazione di verificare la sussistenza dei requisiti dell'aggiudicatario, prima di procedere alla aggiudicazione o alla stipulazione del contratto (art. 48, comma 2, del codice, per quanto concerne i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa; art. 38, per i requisiti di ordine generale).

4. - Nel caso di specie, pertanto, poiché l'amministrazione, in sede di esecuzione della presente decisione, dovrà riprendere il procedimento di gara dalla fase di aggiudicazione, qualora la società ricorrente, nella veste risultante dalla fusione per incorporazione, dovesse risultare quale migliore offerente e quindi aggiudicataria provvisoria del contratto, nei

suoi confronti si dovrà procedere alla verifica del possesso dei requisiti prima della aggiudicazione definitiva e della stipula del contratto (salva, ovviamente, l'ipotesi che nelle more del giudizio tale controllo non sia stato già effettuato).

- 5. Quanto alle domande risarcitorie, esse sono, allo stato, infondate, posto che la ricorrente principale si sottrae all'adempimento dell'onere della prova di tutti gli elementi costitutivi dell'illecito.
- 6. Considerata la novità delle questioni affrontate, si giustifica la integrale compensazione tra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Prima Sezione, definitivamente pronunciando, così dispone:

- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- rigetta il ricorso incidentale;
- rigetta le domande di risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 13/05/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giorgio Manca, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/06/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO

Il presente allegato è composto di n° _____ fogli.

Il Responsabile del Servizio Tecnico
(Ing. Massimig Masia)

ALLEGATO ALLA DELIBERAZIONE

DIL DIRETTOR BURNERALE
(Dott. Beneficito Barranu)