



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 323 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sodexo Italia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Maurizio Boifava, Alessandro Tudor, con domicilio eletto presso Alessandro Tudor Avv. in Trieste, Galleria Protti 1;

contro

Erdisu di Udine, rappresentato e difeso dagli avv. Michela Delneri, Daniela Cantarutti, domiciliata in Trieste, piazza Unita' D'Italia 1;

nei confronti di

Dussmann Service Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Filippo Martinez, Davide Moscuza, Franco De Robbio, con domicilio eletto presso Franco De Robbio Avv. in Trieste, largo Bonifacio 1;
Logos Srl;

per l'annullamento

Quanto al 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 srl 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;

- in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente;

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 7 luglio 2011:

- del provvedimento dirigenziale dd. 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.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Erdisu di Udine e di Dussmann Service Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto da Dussmann Service Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Filippo Martinez, Davide Moscuzza, Franco De Robbio, con domicilio eletto presso l'avv. Franco De Robbio, per l'annullamento del provvedimento di ammissione alla gara della ricorrente principale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2012 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Parte ricorrente ha partecipato alla procedura negoziata indetta dall'ERDISU di Udine, con aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al fine di individuare un operatore economico contraente al quale affidare l'allestimento e la gestione del servizio di ristorazione delle mense universitarie ... " il cui importo presunto era pari a complessivi € 20.165.521,94, suddiviso in due lotti ("Lotto 1 - mense ERDISU di Trieste € 14.706.961,94; Lotto2- mense ERDISU di Udine 5.458.560,00") , classificandosi al terzo posto della graduatoria capeggiata dalla controinteressata

Questi i motivi di ricorso:

1) violazione e falsa (applicazione) dei principi informanti procedure ad evidenza pubblica sub specie trasparenza, custodia e par condicio; violazione e falsa applicazione dell'art. 27 del d. lgs. 163/2006; nell'assunto che i verbali non contengono indicazioni circa le modalità di conservazione e custodia della documentazione concorsuale.

2) violazione e falsa (applicazione) dei principi informanti procedure ad evidenza pubblica sub specie trasparenza e pubblicità; nell'assunto che la busta n. 2 è stata aperta in seduta riservata, contrariamente al principio di pubblicità del procedimento concorsuale, il che comporterebbe l'illegittimità anche dell'art. 9 del disciplinare di gara.

Con i motivi aggiunti sono poi stati impugnati anche il

provvedimento dirigenziale di conferma dell'aggiudicazione definitiva in esito al preavviso di contenzioso e quello di nomina della commissione giudicatrice.

Questi i motivi aggiunti:

3) Invalidità derivata.

4) violazione e falsa applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 3 e 21 octies, comma 2 l. 241/1990; violazione e falsa applicazione del divieto di integrazione postuma della motivazione; violazione e falsa applicazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa.; nell'assunto che il decreto di conferma, nella parte in cui afferma "... 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", opererebbe un'illegittima integrazione a posteriori della motivazione dei verbali di gara.

5) violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d. Lgs. 163/2006; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; nell'assunto che il dott. Aldo Roberto Mazzolini, direttore del servizio interventi diritto ed opportunità dell'Erdisu di Udine, non avrebbe potuto far parte della commissione in quanto è il funzionario incaricato di vigilare (funzione svolta anche rispetto al precedente appalto) sull'esecuzione dell'opus concorsuale nell'ambito territoriale di competenza dell'Erdisu di Udine e, pertanto incorrerebbe nell'incompatibilità di cui al comma 4 dell'art. 84 cit.

L'ERDISU e la controinteressata Dussman Service srl si sono costituiti in giudizio controdeducendo per il rigetto del ricorso. La seconda ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione alla gara della ricorrente deducendo il seguente motivo:

Violazione degli artt 86 e 87 comma 4 del d.lgs 163/2006: mancata indicazione dei costi relativi alla sicurezza nell'offerta dell'ATI Sodexo-Markas – eccesso di potere per gravissimo difetto di istruttoria, illogicità ed irragionevolezza, omessa motivazione – violazione dell'art. 97 Cost.; nell'assunto che l'omessa indicazione di tali costi nell'offerta economica avrebbe dovuto portare all'esclusione dell'offerta.

Erdisu di Udine oltre a contro dedurre per il rigetto del ricorso ne ha eccepito l'inammissibilità in primis per la mancanza di un interesse al conseguimento dell'appalto da parte della ricorrente, che si è classificata terza in graduatoria, nell'assunto che il declinato interesse strumentale alla ripetizione della gara potrebbe essere fatto valere solo da soggetto che sia comunque portatore anche di un interesse finale all'aggiudicazione; in secondo luogo l'inammissibilità deriverebbe dalla mancata notifica del ricorso a Erdisu di Trieste, che sarebbe amministrazione appaltante al pari di Erdisu di Udine.

Il Collegio ritiene che vada preliminarmente effettuato l'esame delle eccezioni preliminari sollevate con riguardo all'ammissibilità del ricorso principale, che peraltro si rivelano infondate.

Non può esservi dubbio sul fatto che la ricorrente, operatore del

settore, partecipante alla gara, non esclusa ma regolarmente inserita in graduatoria, possa agire giudizialmente anche per la tutela del suo interesse meramente strumentale al rifacimento della gara, indipendentemente dalla prevedibilità o meno che l'esito possa poi effettivamente risultare diverso. Ciascun partecipante non vincitore ha infatti interesse a contestare lo svolgimento della gara in violazione di norme procedurali, come è stato fatto nel caso di specie.

A norma dell'art. 2 del disciplinare di gara l'unica stazione appaltante era poi Erdisu Udine, tant'è che il provvedimento di aggiudicazione definitiva è stato assunto con decreto dirigenziale n. 307 del 17.6.2011 del Direttore di Erdisu Udine; pertanto, ai sensi dell'art. 42 comma 2 c.p.a., il ricorso doveva essere notificato nei termini solo a tale amministrazione, che era quella che ha emesso l'atto impugnato, e ciò è stato regolarmente effettuato.

Anche l'eccezione, implicante la intempestività dell'impugnazione della clausola del disciplinare di gara (art. 9) che ha previsto l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata, deve essere disattesa poichè il Collegio aderisce all'orientamento giurisprudenziale che ritiene che le uniche clausole di bando che devono essere immediatamente impugnate sono quelle che impediscono la partecipazione alla gara, cioè le cosiddette clausole escludenti.

Proseguendo secondo l'ordine di esame delle questioni

potenzialmente preclusive dell'esame del merito del ricorso deve quindi essere affrontato l'esame del ricorso incidentale, che risulta peraltro infondato.

L'art. 69 del capitolato speciale per il primo lotto Erdisu Trieste e l'art. 70 dello stesso capitolato relativo al secondo lotto Erdisu Udine prevedevano 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 tra i Servizi di Prevenzione e Protezione delle parti e saranno tempestivamente computati previa verifica delle interferenze stesse". Sostiene peraltro la ricorrente incidentale che tale previsione non poteva esimere l'offerente dall'indicare espressamente nella propria offerta economica i costi di sicurezza afferenti l'esercizio della propria attività per l'esecuzione dell'appalto in questione, perché la previsione succitata poteva riguardare solo i costi per la sicurezza "da interferenza" noti all'amministrazione e che a questa spetta indicare e non i costi interni o aziendali, che non potranno essere pari a zero e che debbono essere in ogni caso indicati per il disposto dell'art. 86 c. 3 bis del d.lgs 163/2006, norma imperativa e da applicarsi anche se non richiamata nel bando perché eterointegrativa dello stesso.

Il Collegio, pur ritenendo fondato quanto sopra ricordato, deve tuttavia constatare che al riguardo la normativa di gara si rivelava sicuramente ambigua perché, oltre a non contenere alcun richiamo

all'art. 86 cit., declinava espressamente dei costi della sicurezza pari a zero, senza fare alcuna ulteriore specificazione, inoltre prevedeva un modello da compilare per la presentazione dell'offerta economica che non contemplava alcuno spazio per la loro indicazione.

Pertanto, poiché la stazione appaltante era responsabile del fatto di avere redatto il bando in maniera ambigua e tale da poter indurre l'offerente a sbagliare in buona fede, non ne sarebbe mai potuta derivare l'automatica esclusione di un'offerta redatta in conformità alla lex di gara, sussistendo l'onere dell'amministrazione di esercitare il proprio dovere di soccorso e provvedere a richiedere un'integrazione della stessa, onde non violare la tutela dell'affidamento (TAR Veneto n. 1720 del 22.11.2011).

Il ricorso incidentale – che mira ad ottenere l'annullamento del provvedimento di ammissione alla procedura di gara della ricorrente principale onde far venir meno la sua legittimazione al ricorso – va quindi respinto perché, come già precisato, l'amministrazione non avrebbe potuto procedere all'esclusione dell'offerta della ricorrente principale né, a tale esclusione, si può quindi pervenire adesso.

La ricorrente principale mantiene quindi lo status di partecipante non escluso dalla gara e la sua legittimazione al ricorso.

E' appena il caso di aggiungere che a questo punto non sussiste alcun interesse nell'ambito del ricorso incidentale, all'impugnazione degli articoli 70 del capitolato speciale d'appalto per il primo lotto ERDISU Trieste e 71 del capitolato speciale d'appalto relativo al

secondo lotto ERDISU Udine, che dispongono che "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. I costi per la sicurezza derivanti da obblighi di legge propri della ditta (es. fornitura OPI, formazione obbligatoria ecc.) dovranno essere indicati nel Piano di sicurezza o DVR. Tali costi devono essere congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dell'attività appaltata nonché rispetto ai prezzi desumibili dai prezziari o da indagini di mercato. Eventuali costi aggiuntivi per la sicurezza dovuti a cause di forza maggiore non imputabili all'appaltatore saranno riconosciuti a quest'ultimo previo accertamento da parte della stazione appaltante. In caso di errori di valutazione da parte del/'appaltatore nulla in più gli sarà riconosciuto rispetto a quanto pattuito. Tali costi aggiuntivi saranno pertanto a carico della ditta.", dalla cui eventuale fondatezza, tra l'altro, non poteva che derivare il travolgimento della procedura di gara, cui si perviene comunque in accoglimento del ricorso principale.

Nel merito il ricorso è fondato perché il secondo motivo del ricorso introduttivo si rivela fondato e assorbente, derivandone l'annullamento dell'intera procedura di gara che dovrà essere integralmente rinnovata.

E' incontrovertito che, nel caso di specie, l'apertura delle buste

contenenti le offerte tecniche sia avvenuta in seduta riservata perché così disponeva l'art. 9 del disciplinare di gara, che è stato infatti anch'esso impugnato. Tale norma risponde ad una prassi che ha ottenuto in passato anche il supporto di una parte della giurisprudenza, determinandosi indirizzi giurisprudenziali difformi che sono peraltro stati definitivamente risolti con l'A.P. n. 13/2011 che ha affermato, sostanzialmente, che la previsione relativa all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata contrasta con le esigenze di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa che si evincono dalla corretta interpretazione dei principi comunitari, oltre che della specifica normativa del codice degli appalti e conseguente normativa regolamentare.

Le obiezioni circa la sopravvenienza della decisione dell'Adunanza Plenaria rispetto all'indizione e svolgimento della gara de quo vanno disattese perché, come già ricordato, tale previsione non era comunque sorretta da un costante orientamento giurisprudenziale favorevole ed è quindi innegabile che l'amministrazione abbia consapevolmente scelto di correre il rischio di vedersi contestare la legittimità di tale scelta e di poter incorrere nel suo annullamento giurisdizionale.

Per le considerazioni che precedono il ricorso è fondato e deve essere accolto con il conseguente annullamento di tutti gli atti

impugnati con la conseguente necessità della riedizione dell'intera procedura concorsuale, fermo restando il potere dell'amministrazione di provvedere ad un diverso assetto del servizio.

Le spese possono essere comunque compensate tra le parti in considerazione del preesistente oscillamento giurisprudenziale di cui si è dato atto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna la resistente amministrazione a rifondere alla ricorrente il contributo unificato ai sensi di legge e compensa tra le parti le restanti spese di giudizio.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

Rita De Piero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/02/2012

IL SEGRETARIO

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