



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2859 del 2012, proposto da: His Vigilanza Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Renato Ferola, Mascia Fumini, Francesco Marone, Giovanni Congi, con domicilio eletto presso Renato Ferola in Milano, via Carlo Freguglia, 4;

European Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Marone, Renato Ferola, Mascia Fumini, Giovanni Congi, con domicilio eletto presso Renato Ferola in Milano, via Carlo Freguglia, 4;

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda, rappresentato e difeso dall'avv. Marco Finotti, con domicilio eletto presso Marco Finotti in Milano, piazza Ospedale Maggiore 3;

nei confronti di

Allsystem S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Invernizzi, Massimo Falsanisi, con domicilio eletto presso Roberto Invernizzi in Milano, via Monti 41; Omnia Secura S.r.l.;

per l'annullamento

del provvedimento del Direttore Generale dell'A.O. Ospedale Niguarda Cà Granda n. 733 del 18.10.2012 comunicato alla ricorrente il 22 ottobre 2012, con il quale è stato aggiudicato l'appalto per il servizio di vigilanza armata e non armata, indetto con la deliberazione n. 404 del 31.5. 2012 all'associazione temporanea di imprese costituita da allSystem S.p.a. e Omnia Secura s.r.l. per il periodo 1.12.2012-30.11.2015, nonchè di tutti gli atti connessi;

e per l'annullamento, con ricorso incidentale,

degli atti di gara e di approvazione delle operazioni di ammissione alla gara dei concorrenti e valutative nella parte in cui esse hanno ammesso il r.t.i. His Vigilanza.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Ospedale Niguarda Cà Granda e di Allsystem S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale All System S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Invernizzi, Massimo Falsanisi, con domicilio eletto presso Roberto Invernizzi in Milano, via Monti 41; Omnia Secura S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Massimo Falsanisi, Roberto Invernizzi, con domicilio eletto presso Roberto Invernizzi in Milano, via Monti 41;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2013 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente impugna l'aggiudicazione dell'appalto per il servizio di vigilanza dell'Ospedale Niguarda Ca Granda per i seguenti motivi.

I) Violazione dell'art. 38 d.lgs. 12.4.2006, n. 163. Secondo il ricorrente l'A.T.I. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, poiché non ha reso le dichiarazioni sui requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/06. In primo luogo la dichiarazione presentata da uno solo degli amministratori di AllSystem anche per gli altri non sarebbe sufficiente a soddisfare il requisito di legge. In secondo luogo mancherebbe l'elenco degli amministratori tenuti alla dichiarazione. Anche la dichiarazione presentata dall'amministratore di Omnia Secura sarebbe generica per gli stessi motivi.

II) Violazione dell'art. 42 d.lgs. 12.4.2006, n. 163; violazione dell'art. 17 del capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per presupposto erroneo. Secondo la ricorrente l'aggiudicataria non avrebbe esibito attestazioni delle Pubbliche Amministrazioni, dalle quali risultasse lo svolgimento di almeno tre contratti per servizi analoghi nel triennio di riferimento, di cui uno con un numero giornaliero di accessi pari o superiore a 5.000 unità.

III) Violazione dell'art. 29 del capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per sviamento; Violazione dell'art. 46, d.lgs. 12.4.2006, n. 163. Secondo la ricorrente la stazione appaltante avrebbe errato nell'attribuire i seguenti punteggi: a) quello relativo all'impegno ad assumere come dipendenti a tempo indeterminato il personale preposto all'esecuzione del servizio per mancanza di un formale impegno in tal senso; b) quello relativo all'uso di vetture a gpl in quanto non tutte le vetture offerte sarebbero dotate di tale requisito; c) quello relativo agli accorgimenti per il turn over in quanto sussisterebbe disparità di trattamento tra l'aggiudicataria e la ricorrente a parità di motivazione.

IV) Violazione degli artt. 88 d.lgs. 12.4.2006, n. 163 e 121 d.p.r. 5.10.2010 n. 207; eccesso di potere per sviamento e difetto di motivazione. In primo luogo la verifica di anomalia dell'offerta sarebbe stata effettuata dal RUP invece che dalla Commissione di gara. In secondo luogo le giustificazioni addotte dall'aggiudicataria non sarebbero sufficienti a motivare la congruità dell'offerta.

V) Violazione degli artt. 83 e 84 del Codice degli appalti in quanto la delibera di nomina della Commissione prevederebbe che essa possa operare quale collegio imperfetto e la documentazione amministrativa sarebbe stata valutata dal solo Presidente. In secondo luogo i criteri di valutazione delle offerte predisposti dal bando di gara sarebbero generici.

In merito ai profili sostanziali della valutazione di anomalia dell'offerta il Collegio, con l'ordinanza 06/03/2013 n. 599 ha disposto CTU ed ha formulato i seguenti quesiti: a) accerti il CTU se la differenza tra il costo orario del lavoro dichiarato dall'A.T.I. AllSystem e quello previsto nelle tabelle ministeriali sia giustificabile e, nel caso non lo sia, quantifichi il costo presunto delle voci di spesa necessarie in relazione all'oggetto dell'appalto; b) accerti il CTU se la media delle ore annue lavorate indicata dall'A.T.I. sia giustificata ed in particolare se la media delle ore di malattia, che secondo il ricorrente è inferiore a quella indicata dal CCNL, sia giustificata con le risultanze dei dati dell'impresa; c) descriva quali siano le conseguenze sul complesso dell'offerta nel caso accerti scostamenti ingiustificati dagli obblighi normativi.

Con successiva relazione il CTU ha accertato che "l'aggravio complessivo dei costi che AllSystem dovrebbe

sostenere per eseguire l'appalto è tale da determinare un utile per la società stimabile pari a 10.655 euro, anziché pari ai 194.767 euro preventivati in offerta”.

Con ricorso incidentale l'aggiudicataria impugna l'ammissione della ricorrente per i seguenti motivi di ricorso.

I) Violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e diritto; violazione del disciplinare di gara, della direttiva 2004/18/ce, degli artt. 2, 20, 27, 37, 46 e 74 d.lgs. 163/2006, degli artt. 1, 3 e 6 l. 241/1990; sviamento. Secondo la ricorrente incidentale His vigilanza avrebbe violato la legge di gara in quanto non avrebbe provato di avere svolto servizi di vigilanza armata.

II) Violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e diritto; violazione della direttiva 2004/18/ce, degli artt. 2, 20, 27, d.lgs. 163/2006, degli artt. 1, 3 e 6 l. 241/1990; carenza di istruttoria in quanto l'Azienda non avrebbe verificato che tipo di appalti di vigilanza armata HIS abbia già svolto. In merito poi alla vigilanza armata del "Palazzo di giustizia e degli altri uffici giudiziari di Milano" vantata dalla ricorrente, essa sarebbe stata svolta avvalendosi di un soggetto (Dual Service S.p.a.) privo di licenza ex art. 134 r.d. 773/1931 e quindi non costituirebbe titolo di esperienza valido.

III) Violazione di legge ed eccesso di potere; violazione del disciplinare di gara, della direttiva 2004/18/ce, degli artt. 2, 20, 27, d.lgs. 163/2006, degli artt. 1, 3 e 6 l. 241/1990; carenza di istruttoria in quanto il consigliere Signor Miramondi sarebbe cessato dalla carica e dal complesso degli illimitati poteri gestori e non avrebbe reso le dichiarazioni richieste dalla legge.

IV) Violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e diritto; violazione della direttiva 2004/18/ce, degli artt. 2, 20, 27, d.lgs. 163/2006, degli artt. 1, 3 e 6 l. 241/1990; carenza di istruttoria in quanto l'impegno della ricorrente ad assumere il personale preposto al servizio non risponderebbe ai requisiti richiesti dal bando.

V) Violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto e diritto; violazione del disciplinare di gara, della direttiva 2004/18/ce, degli artt. 2, 20, 27, d.lgs. 163/2006, degli artt. 1, 3 e 6 l. 241/1990; carenza di istruttoria in quanto HIS non offrirebbe di assumere tutto il personale in servizio ma solo parte di esso.

L'azienda ospedaliera ha chiesto la reiezione del ricorso.

All'udienza del 3 dicembre 2013 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. Il Collegio ritiene che stante l'infondatezza del ricorso principale non occorre analizzare il ricorso incidentale.

3. Il primo motivo di ricorso è infondato.

Il paragrafo 24 del capitolato speciale d'appalto consentiva la presentazione della dichiarazione autocertificata anche per conto di soggetti terzi, amministratori e direttori dotati di poteri di rappresentanza all'interno della società in quanto chiedeva all'impresa di dichiarare il possesso in capo agli amministratori dei requisiti generali.

Siffatta clausola è legittima in quanto conforme al principio generale del favor participationis ed in quanto le dichiarazioni relative all'assenza di condanne penali, in sede di offerta, sono rese non nell'interesse del solo soggetto dichiarante, bensì nell'interesse dell'impresa concorrente, sicché è ben possibile che l'amministratore che sottoscrive gli atti di gara renda le dichiarazioni anche in vece degli altri soggetti coinvolti, osservando le prescrizioni di cui all'art. 47, commi 1 e 2, del D.P.R. n. 445 del 2000 (così TAR Puglia, Bari, sez. I, 24 febbraio 2009 n. 399; Id., sez. I, 18 novembre 2010 n. 3916).

In ogni caso il Collegio ritiene necessario aderire a quell'orientamento secondo il quale eventuali omissioni degli atti di gara non possono riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modello predisposto dall'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2012 n. 2973) a maggior ragione nel caso in cui la ricorrente abbia presentato dichiarazioni nella stessa forma e quindi si esponga alla rilevazione del medesimo vizio nei suoi confronti.

In merito altra giurisprudenza ha chiarito che appare ragionevole ritenere che solo la presentazione dell'istanza, predisposta nei termini voluti dall'Amministrazione, costituisca adempimento richiesto a pena di esclusione, mentre la sottoscrizione della stessa da parte di altri soggetti, che risultino investiti di poteri di rappresentanza – pur corrispondendo ad un indirizzo giurisprudenziale (peraltro non univoco) di stampo “sostanzialista”, circa l'obbligo di rendere la dichiarazione stessa da parte di chiunque fosse in grado di impegnare la società – può giustificare una richiesta di integrazione documentale da parte della stazione appaltante, ma non anche l'esclusione di una società che abbia, come nella fattispecie avvenuto, diligentemente compilato il modulo in questione (Cons. Stato, , VI, ordinanza 1 febbraio 2013 n. 634).

Analoghe considerazioni valgono per il mancato elenco degli amministratori tenuti a rendere le dichiarazioni.

4. Il secondo motivo di ricorso è infondato in quanto il servizio di vigilanza armata del Tribunale di Milano deve considerarsi servizio analogo a quello oggetto di gara e sono rispettati i requisiti dei 5.000 accessi quotidiani ed il triennio di riferimento 2009-2011.

5. Il terzo motivo di ricorso è infondato nella parte in cui contesta il punteggio assegnato all'impegno all'assunzione del personale in servizio di guardiania presso l'ospedale in quanto l'obbligazione assunta non risulta generica ma si limita a subordinare a verifica le situazioni del personale in servizio al momento dell'assunzione dell'appalto.

Il motivo è infondato anche nella parte in cui contesta il punteggio perché che l'aggiudicataria avrebbe inserito nell'offerta una sola auto a GPL in quanto non tiene conto che essa ha offerto anche un'auto elettrica e ciò vale a differenziare l'offerta dell'aggiudicataria da quella della ricorrente.

Da ultimo non coglie nel segno la censura riservata alla valutazione dei progetti di turn over in quanto non è vero che le due imprese abbiano proposto i medesimi accorgimenti, avendo l'aggiudicataria indicato una pluralità di alternative.

6. Il quarto motivo di ricorso è infondato nella parte in cui contesta la competenza del RUP sulla verifica di anomalia in quanto l'art. 121 del d.P.R. nr. 207 del 2010 è chiaro nell'attribuire tale competenza al responsabile del procedimento il quale, per le gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può provvedere personalmente ovvero delegare la commissione aggiudicatrice (sempre esistente in questo tipo di procedure ai sensi dell'art. 84 del Codice) (Cons. Stato, Ad Plen. 29/11/2012 n. 36).

Venendo all'esame del giudizio di anomalia dell'offerta la CTU disposto dal Collegio è giunta alla conclusione che, sebbene sussistano imprecisioni nell'offerta, esse non sono tali da escludere che l'aggiudicataria ottenga un profitto dall'esecuzione dell'appalto.

In merito la giurisprudenza ha chiarito che la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (Consiglio di Stato, sez. VI – 21/05/2009 n. 3146; sentenza Sezione 08/02/2012 n. 195) (TAR Lombardia-Brescia, Sez. II, sentenza 10.08.2012 n. 1445). Ciò che rileva è che l'offerta rimanga nel complesso “seria” (Cons. Stato Sez. III, 26-01-2012, n. 343; Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 23.07.2012 n. 4206), con al conseguenza che, in tale ultimo caso, gli eventuali scostamenti nei conteggi dei costi rilevati dal CTU diventano irrilevanti.

Né è possibile sostenere, come fa la ricorrente, che per far quadrare l'offerta siano state spostate le voci dell'offerta, in quanto non ne sussiste la prova. Neppure può sostenersi che l'offerta sia in re ipsa anomala quando siano raggiunti i 4/5 del punteggio massimo, trattandosi di un criterio dettato dalla legge al solo scopo di individuare le offerte da assoggettare a verifica.

Ne consegue quindi che il motivo di ricorso è infondato.

6. L'ultimo motivo di ricorso è infondato nella parte in cui contesta la valutazione della documentazione amministrativa da parte del Presidente della Commissione in quanto la giurisprudenza ha chiarito che la commissione giudicatrice di procedure d'appalto pubblico, essendo collegio perfetto, deve operare con il plenum dei suoi componenti «trova deroga solo nei limitati casi in cui essa svolge un'attività meramente preparatoria e istruttoria e, comunque, sempre nel rispetto della collegialità quando è invece chiamata a fare scelte discrezionali, in ordine alle quali v'è l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà dell'organo collegiale espressa da tutti i suoi componenti» (così Consiglio di Stato, 3 marzo 2011, n. 1368).

Il motivo dev'essere respinto anche nella parte in cui contesta i criteri di valutazione dell'offerta per genericità.

In definitiva quindi il ricorso principale va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

L'onorario dovuto al consulente incaricato deve essere posto a carico della ricorrente e può essere determinato – tenuto conto della difficoltà e della completezza della prestazione – nei limiti della richiesta del professionista, con liquidazione del compenso finale pari ad una somma complessiva lorda di € 14.723,28.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso principale. Dichiara assorbito il ricorso incidentale.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida in euro 1.000,00 a favore di ciascuna delle altre parti, oltre IVA e CPA come per legge.

Liquida in favore del consulente tecnico di ufficio la somma complessiva lorda di € 14.723,28, importo che pone a carico della ricorrente.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

Fabrizio Fomataro, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/12/2013

IL SEGRETARIO

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

