



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1396 del 2012, proposto da:

Dussmann Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Filippo Martinez, Davide Moscuza e Ulisse Corea, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

contro

Regione Calabria, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Franceschina Talarico, con domicilio eletto presso Graziano Pungi in Roma, via Ottaviano, 9;

Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia, in persona del Direttore *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Siarc S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Simona Albano e Francesca Attinà, con domicilio eletto presso G. Pasquale Mosca in Roma, Corso d'Italia n. 102;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE II n. 1388/2011, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di ristorazione quinquennale per le strutture dell'azienda sanitaria

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Siarc S.r.l. e della Regione Calabria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2012 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti costituite gli Avvocati Pisano su delega di Corea, Pungi su delega di Talarico e Attinà;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando del 30.4.2011 la Regione Calabria-Autorità Regionale Stazione Unica Appaltante (SUA) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione quinquennale per le strutture dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Vibo Valentia, per un importo complessivo di euro 6.410.000 oltre IVA.

La procedura, alla quale hanno preso parte due soli concorrenti, è stata aggiudicata in favore di Siarc, risultata la

migliore offerente, seconda si è classificata la Dussmann Service.

2. Proposto ricorso avverso tale esito, lamentando la mancata esclusione della Siarc sia per l'incongruenza della sua offerta che per la mancata indicazione dei costi relativi alla sicurezza, il Tar ha accolto il primo motivo, assorbendo il secondo, ed ha quindi annullato l'aggiudicazione per la mancata verifica della congruità dell'offerta risultata la migliore.

3. Avverso la sentenza Dussmann ha proposto il presente appello con il quale ripropone, anche in questa sede, il motivo assorbito dal Giudice di primo grado e relativo alla mancata esclusione della Siarc per violazione degli artt. 86 co. 3 bis e 87 co. 4 del d.lgs. 163/2006, non avendo l'impresa aggiudicataria indicato, nella propria offerta economica, i costi relativi alla sicurezza.

3.1. Si sono difese la Regione e la Siarc eccependo, con memorie depositate in vista dell'udienza pubblica del 18.5.2012, la carenza di interesse di Dussmann all'appello, sul rilievo che la sentenza del Tar avesse accolto, seppure in parte, il ricorso proposto in primo grado e in ragione del fatto che, proprio in ottemperanza a tale pronuncia, l'amministrazione stesse procedendo alla verifica della congruità dell'offerta di Siarc. Nel merito hanno concluso per l'infondatezza del motivo di esclusione, anche alla luce della clausola del disciplinare che, all'art. 9, indicava come pari a zero l'importo degli oneri della sicurezza.

3.2. Rinviata la discussione in attesa che avesse termine la verifica di congruità, all'udienza del 6 luglio 2012, in vista della quale la difesa della Regione ha depositato il verbale della commissione di gara recante l'esito positivo per Siarc di tale verifica, la causa è stata discussa ed è passata in decisione.

4. Osserva preliminarmente il Collegio come sia manifestamente infondata l'eccezione di inammissibilità e/o improcedibilità sollevata dalla Regione e da Siarc nei confronti dell'appello.

4.1. Ricordato infatti come avverso l'originaria aggiudicazione Dussmann avesse proposto due distinti ed autonomi motivi di illegittimità, l'accoglimento del motivo di ricorso, il primo, incentrato sul dedotto vizio procedimentale della mancata verifica della congruità dell'offerta di Siarc, non poteva considerarsi come del tutto satisfattivo delle ragioni di Dussmann e non poteva pertanto giustificare l'assorbimento del secondo motivo (v. Cons. St., V, n. 213/2008).

4.2. Ciò sul fondamentale rilievo che il secondo motivo dell'originario ricorso, concernente la violazione degli artt. 86 e 87 co. 4 del Codice dei contratti per la mancata indicazione dei costi della sicurezza, ove accolto, avrebbe determinato l'immediata esclusione di Siarc dalla procedura e, quindi, con ogni ragionevole probabilità, l'immediata aggiudicazione della stessa in favore di Dussmann, unica concorrente rimasta in gara.

Da qui l'evidente interesse ad impugnare una sentenza incompleta, satisfattiva solamente in parte, a fronte di un bene della vita che, come noto, non si appunta (più) sulla semplice correttezza del procedimento amministrativo ma che, come si ricava dall'art. 124 del c.p.a., coincide con l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto di appalto.

4.3. Chiarita l'ammissibilità dell'appello, non può neppure dubitarsi della sua procedibilità a motivo del fatto che, *medio tempore*, in esecuzione della sentenza del Tar n. 1388/2011, la Commissione di gara della Stazione appaltante ha sottoposto a verifica l'offerta di Siarc ritenendola congrua, il che, secondo le difese delle controparti, dovrebbe preludere ad una nuova aggiudicazione che la Dussmann avrebbe l'onere di impugnare con un nuovo ricorso dinanzi al Tar.

Infatti, in disparte la possibilità di una simile impugnazione, la verifica di congruità dell'offerta economica posta in essere dalla Commissione, costituendo un'attività dovuta, poiché eseguita in diretta ottemperanza della sentenza del Tar, trova in tale pronuncia il proprio fondamento ed al contempo il proprio limite di validità ed efficacia, con la conseguenza che l'eventuale riforma della sentenza non potrà non avere effetti anche su tale attività.

5. Tanto premesso in rito, nel merito la questione all'esame del Collegio concerne la necessità di indicare i costi relativi alla sicurezza nell'offerta economica e, in particolare, le conseguenze che ne derivano in caso di sua inosservanza.

5.1. Data in premessa la distinzione tra oneri di sicurezza per le interferenze, nella misura predeterminata dalla stazione appaltante, e oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale, la cui quantificazione spetta a ciascuno dei concorrenti in rapporto alla sua offerta economica (v. Cons. St., III, n. 212/2012), nel caso di specie è pacifico che Siarc non abbia indicato nessun costo per la sicurezza (v. doc. 5 della produzione difensiva della Regione del 21.6.2012), sul presupposto – stando alle allegazioni di parte - che il disciplinare di gara non prevedesse un tale obbligo.

5.2. Simile presupposto è, tuttavia, privo di rilevanza ove, sulla scorta del dato normativo di agli artt. 86 e 87 co. 4 del Codice dei contratti e dell'art. 26 co. 6 del d.lgs. 81/2008, si riconosca ai costi per la sicurezza da rischio specifico la valenza di un elemento essenziale dell'offerta a norma dell'art. 46 co. 1 bis del Codice dei contratti, la cui mancanza rende la stessa incompleta e come tale, già di per solo, suscettibile di esclusione.

5.3. Né può giustificarsi la mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale in ragione del fatto che la *lex specialis* non li avrebbe, in questo caso, espressamente previsti e richiesti. Ciò sul fondamentale rilievo del carattere immediatamente precettivo delle norme di legge che tali costi prescrivono di indicare distintamente, idonee come tali ad eterointegrare le regole della singola gara, ai sensi dell'art. 1374 c.c., e a imporre, in caso di loro inosservanza, l'esclusione dalla procedura (v. Cons. St., V, n. 467/2012 e 4849/2010; Tar Piemonte, I, n. 23/2012; Tar Lombardia, Milano, I, n. 1217/2011).

5.4. Ne consegue, per tali ragioni, la fondatezza del motivo di appello ed il suo accoglimento, con conseguente riforma della sentenza nella parte in cui ha omesso di giudicare sulla mancata indicazione dei costi per la sicurezza aziendale, non annullando sotto tale profilo dirimente, l'aggiudicazione in favore di Siarc del 29.3.2011 e, prima ancora, il verbale di gara del 21.3.2011.

6. Le spese tra le parti costituite seguono il principio della soccombenza e sono liquidate con il dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado anche relativamente al secondo motivo, annullando gli atti con esso impugnati.

Condanna la Regione Calabria e Siarc s.r.l. a rifondere a Dussmann Service s.r.l. le spese del presente giudizio liquidate, a carico di ciascuno di essi, in misura pari ad euro 3.000,00 oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/08/2012

IL SEGRETARIO

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