



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 9080 del 2012, proposto da:

Pulitori ed Affini s.p.a. in persona del legale rappresentante in proprio ed in qualità di mandataria del RTI con Consorzio di Servizi Globali Centro Nord Est in persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dall'Avv. Massimiliano Brugnoletti presso il cui studio in Roma, alla Via Antonio Bertoloni, n. 26/b sono elettivamente domiciliate;

contro

Fondazione Enasarco in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Antonio Liroi e Cinzia Guglielmello ed elettivamente domiciliata presso lo studio legale degli stessi "Gianni, Origoni, Grippo Cappelli & Partners" in Roma, Via delle Quattro Fontane, n. 20;

nei confronti di

Soc Issitalia A Barbato Srl, in persona del legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione del RTI Pulitori ed Affini – Consorzio Nord Est dalla gara per l'affidamento dei servizi di pulizia e servizi accessori assimilabili degli uffici centrali e periferici della Fondazione Enasarco adottato l'11 ottobre 2012, ed in via subordinata degli articoli 3 e 4 del Capitolato nonché dei chiarimenti pubblicati dalla Fondazione Enasarco e di ogni atto connesso, presupposto e consequenziale, nonché per il risarcimento del danno per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fondazione Enasarco;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2012 il dott. Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato alla Fondazione resistente ed al controinteressato in data 5 novembre 2012 e depositato il successivo 7 novembre 2012, il raggruppamento ricorrente espone di avere partecipato alla gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia, disinfezione, disinfestazione, derattizzazione e sanificazione degli uffici di Roma, per un valore complessivo di Euro 1.350.000,00 oltre IVA secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riservandosi 60 punti all'offerta tecnica e 40 punti all'offerta economica.

Al termine della valutazione delle offerte il ricorrente raggruppamento risultava aver offerto 53 punti per l'offerta tecnica e 36,70 per l'offerta economica per un totale di 89,70 punti che risultando superiore alla soglia di anomalia formava oggetto di verifica di congruità.

Espongono ancora le interessate che al termine della verifica di congruità risultavano escluse per "mancata rispondenza alle clausole determinate nelle condizioni di gara e, nella specie, all'art. 3 del Capitolato speciale di appalto" in quanto il numero complessivo di ore lavorate offerte e pari a 15,588,91 risultava inferiore a quello indicato nel Capitolato e pari 16.367,40.

Avverso tale esclusione oppongono:

1. Violazione degli articoli 3 e 4 del Capitolato; violazione degli articoli 66 e 70 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, eccesso di potere per travisamento ed erroneità dei presupposti; violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.
2. Violazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione degli articoli 83 e 76 del d.lgs. n. 163/2006; violazione degli articoli 3 e 4 del capitolato; violazione del punto II.1.8 del bando; violazione dell'art. 5.1. del disciplinare; violazione dell'art. 1655 c.c., dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 e dell'art. 68 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Concludono con richiesta di risarcimento del danno, con istanza cautelare e chiedendo l'accoglimento del ricorso.

La Fondazione Enasarco ha rassegnato, invece, conclusioni opposte a quelle del ricorrente raggruppamento.

Il ricorso è pervenuto per la trattazione dell'istanza cautelare alla Camera di Consiglio del 22 novembre 2012 alla quale esso è stato trattenuto per la decisione in forma semplificata, avvertitene all'uopo le parti costituite.

DIRITTO

1. Il ricorso è fondato e va pertanto accolto nei termini di cui appresso.

Come esposto in narrativa con esso il ricorrente raggruppamento, che ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia presso gli uffici della Fondazione resistente per un importo a base di gara di Euro 1.350.000,00 oltre IVA impugna l'esclusione che è stata disposta dalla Commissione di gara a seguito della verifica di congruità dell'offerta delle società interessate risultata anomala e pari a 89,70 per mancata rispondenza dell'offerta alle clausole determinate nelle condizioni di gara e, nella specie, all'art. 3 del capitolato speciale d'appalto.

2. Il ricorso è sostanzialmente affidato alle seguenti doglianze.

2.1 Le ricorrenti lamentano che le prescrizioni di gara non prevedevano in realtà un numero minimo di ore di lavoro, laddove la commissione di gara è giunta a questa conclusione moltiplicando il numero minimo di addetti previsto all'articolo 4 del capitolato e cioè 12 per 5 ore al giorno, (dato quest'ultimo previsto soltanto per la sede principale della Fondazione in Roma), per 5 giorni alla settimana, per 4,33 settimane (per individuare il dato mensile) per 12 mesi, ottenendo l'ammontare di 16.637,40 anziché quello offerto dalle ricorrenti a pari a 15.588,91. Tuttavia il monte ore così ottenuto si riferisce soltanto alla sede di Via Usodimare, mentre la fondazione resistente non ha tenuto conto del diverso ambito di applicazione delle due diverse norme capitolari attribuendo anche alle

sedi periferiche lo stesso calcolo previsto per la sede di Roma. Né possono alle ricorrenti opporsi i chiarimenti che si presentano del tutto innovativi a fronte della chiara lettera del bando, contro tutta la giurisprudenza amministrativa pure in vigore.

Le società interessate dunque impugnano anche gli articoli 3 e 4 del capitolato per violazione dell'art. 70 del d.lgs. n. 163/2006 qualora si dovessero ritenere efficaci i chiarimenti. Infatti, attraverso lo strumento dei chiarimenti è come se la Fondazione avesse modificato il capitolato non adottando le forme di pubblicazione previste per gli atti modificati, né concedendo termini congrui (avendo provveduto alla pubblicazione degli ultimi chiarimenti l'11 aprile ed il termine ultimo per presentare le offerte era il successivo 18 aprile) per riarticolare l'offerta.

2.1.1. La censura può essere accolta.

L'art. 3 del Capitolato stabiliva:

“Le attività idonee a salvaguardare lo stato igienico sanitario degli ambienti di lavoro, finalizzate ad assicurare il massimo confort e le migliori condizioni di igiene, sono elencate, unitamente alla periodicità minima richiesta nell'Allegato B al presente Capitolato.

L'appaltatore svolgerà il servizio tutti i giorni dal lunedì al venerdì ad eccezione delle festività in vigore presso la Fondazione Enasarco.

Relativamente agli uffici della sede di Roma, siti in Via A, Usodimare 31, si precisa che:

- il servizio di pulizia della Sala del Consiglio di Amministrazione dovrà essere effettuato prima e dopo l'utilizzo dell'aula stessa che normalmente avviene una o due volte al mese;
- le attività potranno essere svolte, per un numero minimo di 5 ore giornaliere per ciascun lavoratore e di 8 ore giornaliere per il Capo Operaio, durante l'orario di apertura della sede, dalle 6,00 alle 19,30, proponendo in sede di offerta un orario che interferisca il meno possibile con l'ordinario svolgimento delle attività amministrative e funzionali dei dipendenti della Fondazione.”.

L'art. 4 del capitolato stabiliva pure che:

“Il personale addetto ai servizi in oggetto del presente capitolato dovrà essere regolarmente assunto sotto la responsabilità esclusiva della ditta e dovrà essere adeguato per numero almeno 12 unità, e qualificazione alle esigenze della Fondazione.”.

Con la sua proposta le ricorrenti hanno interpretato l'art. 3 del Capitolato nel senso di ritenere che il numero minimo di 5 ore da esso indicato fosse previsto soltanto per la sede di Roma e che comunque impiegando un numero maggiore di 19 operatori fossero in grado di effettuare in maniera migliore il servizio adeguandolo alle esigenze della Fondazione che, aveva necessità che il servizio di pulizia non interferisse con i lavori del Consiglio di Amministrazione e degli uffici romani. Hanno pure offerto per le sedi periferiche pari a 18 altre 19 unità per un totale di 38 unità complessivamente impiegate nel progetto.

Pare al Collegio che l'interpretazione del capitolato offerta dai chiarimenti, per come riportata dalla contestazione effettuata dalle ricorrenti, non sia attendibile avuto riguardo alla lettera delle disposizioni sopra riportate che si riferiscono chiaramente alla possibilità (l'art. 3 recita “le attività potranno essere svolte per un minimo di 5 ore giornaliere”) di effettuare un minimo di 5 ore e non al dovere di effettuarle e che, nel momento in cui stabilisce che l'orario non deve interferire con lo svolgimento delle attività amministrative e funzionali della sede di Roma consentiva una diversa modulazione del servizio, per come dalle ricorrenti effettuato con la loro offerta di 19 unità nella sede di Roma. Sostanzialmente le stesse propongono complessivamente 62,7 ore di pulizia con 19 operatori impiegati per 3,30 ore al giorno nella sede di Roma a fronte delle 60 ore previste con 12 operatori impiegati per 5 ore al giorno previste dal Capitolato.

Sotto questo profilo la verifica di congruità, affidata ad una lettura del capitolato non del tutto conforme al dato

letterale e che cioè esso prevedesse l'obbligo di effettuare il servizio di pulizia per gli Uffici di Roma per non meno di 5 ore, piuttosto che la possibilità con conseguente modulazione in relazione alle esigenze dell'Ente, appare effettivamente inserire nella stessa regola di gara un quid pluris da essa non espressamente previsto e per di più in sede di chiarimenti, con conseguente violazione della norma di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 come pure con la seconda censura posto in risalto.

Deve pure essere osservato che l'art. 87 del Codice degli Appalti lega la valutazione dell'offerta anomala a criteri ben precisi, anche se l'elencazione di cui al secondo comma è recata a titolo esemplificativo e tra detti criteri rientrano le soluzioni tecniche adottate. Per come rilevato in ricorso, l'offerta delle ricorrenti appare migliorativa rispetto a quanto richiesto dal Capitolato in relazione al numero dei lavoratori adibiti al servizio di pulizia, mentre non pare che tale profilo sia stato neppure preso in considerazione dalla Commissione, pur portando ad un incremento delle ore di pulizia giornaliera, rispetto al ritenuto standard richiesto dal capitolato, per come sopra osservato.

2.2. Con la seconda doglianza le interessate lamentano che il provvedimento di esclusione è illegittimo anche nella parte in cui ha rilevato una non conformità tra l'orario proposto dal RTI Pulitori e Affini per il servizio nelle sedi romane (dalle 6,00 alle 8,00 e dalle 18,00 alle 19,30 per un totale di 3,30 ore lavorate a lavoratore) e l'art. 3 del capitolato, laddove si afferma che "le attività potranno esser svolte per un minimo di 5 ore giornaliere per ciascun lavoratore e di 8 ore per il capo operaio". In realtà le violazioni dell'art. 3 del capitolato non erano sanzionate dall'esclusione, mentre l'art. 46 al comma 1 bis del d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che "in materia di appalti vige la tassatività delle cause di esclusione, non residuando alcun margine di discrezionalità per l'amministrazione", laddove tale regola non vige solo per le violazioni meramente formali della documentazione amministrativa, ma anche per le prescrizioni inerenti le offerte, per le quali può disporsi l'esclusione solo in caso di incertezza sul contenuto o provenienza delle offerte. L'interpretazione letterale della regola enunciata all'art. 3 del Capitolato letto nella sua interezza qualifica come prestazioni minime inderogabili le sole prestazioni descritte nell'Allegato B e la loro periodicità, laddove sono descritte le singole operazioni a carico dell'aggiudicatario. L'art. 3 infatti rimanda all'Allegato B le prestazioni minime che indica anche la loro frequenza, ma non detta prescrizioni attinenti agli orari di lavoro di ciascun lavoratore. Sotto questo profilo l'offerta effettuata dalla ricorrente si presenta assolutamente migliorativa, perché laddove il capitolato richiedeva ai concorrenti di proporre un orario che interferisca il meno possibile con l'ordinario svolgimento delle attività amministrative e funzionali dei dipendenti della Fondazione, le ricorrenti proponendo l'orario 6,00 – 8,00 e 18,00 – 19,30 per 3,30 ore ma impiegando 19 lavoratori nelle sedi romane, consente una riduzione della permanenza in loco dei pulitori così da consentire un minore intralcio all'amministrazione. E tale proposta era conforme pure ai dettami del disciplinare che consentiva di elaborare una in ordine all'organizzazione della commessa; al numero dei lavoratori impiegati, alle fasce orarie"; ed anche al bando di gara che al punto II.1.9 ammetteva la possibilità di proporre varianti migliorative.

Osservano infine che nella denegata ipotesi in cui si dovesse ritenere legittima l'esclusione della ricorrente la prescrizione dell'art. 3 del capitolato che impone al concorrente un numero minimo di ore viola anche l'art. 1655 c.c. nella parte in cui non tiene conto che nell'appalto di servizi l'organizzazione dei lavoratori che l'appaltatore andrà ad impiegare è rimessa all'autonomia dello stesso, essendo tale elemento caratterizzante del contratto di appalto di servizi.

2.2.1 Con le osservazioni che precedono le ricorrenti approfondiscono quanto già osservato nella prima censura, con la conseguenza che anche le ridette argomentazioni possono essere condivise.

In particolare va condiviso l'aspetto con cui le stesse pongono in risalto che il capitolato non prevedeva l'esclusione per la difformità dell'offerta in ordine alle ore di pulizia impiegabili nel servizio e che, di conseguenza,

appare anche violato l'art. 46, comma 1 bis del Codice degli Appalti, stante il quale: "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle."(il comma è stato inserito di recente con l'art. 4, comma 2, lettera d), legge n. 106 del 2011).

La norma, che sancisce il principio di tassatività delle cause di esclusione e risponde al principio di parità di trattamento e di massima partecipazione alle gare, non consente alcuna discrezionalità su di esse alla stazione appaltante, secondo la giurisprudenza sulla materia formatasi (C. Stato, sezione V, 23 ottobre 2012, n. 5408) e poiché nel caso in esame devono escludersi tutte le ipotesi di esclusione dalla norma previste, tranne quella sulla incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, che non ricorre neppure essa per le superiori osservazioni, la censura pare proprio cogliere nel segno.

Ma va accolto anche il profilo di censura col quale le ricorrenti pongono in rilievo che in realtà lo stesso Disciplinare di gara all'art. 5.1 indicava tra i sub criteri di valutazione dell'offerta proprio "l'organizzazione della commessa, il numero dei lavoratori impiegati, le fasce orarie proposte;..." laddove poi del tutto contraddittoriamente, trovandosi di fronte ad una offerta modulata in base alle esigenze dell'Ente per come emergenti dagli artt. 3 e 4 del Capitolato, la Commissione di gara sembra avere effettuato un brusco revirement rispetto a quella che è nel suo complesso la *lex specialis* della gara.

Tale profilo di censura, come sopra osservato, non fa che rendere ancora più palese l'illegittimità dell'esclusione delle ricorrenti dalla gara per come effettuata sia in base ad una erronea interpretazione della *lex specialis* della gara, sia per la mancata corrispondenza della causa di esclusione con una delle cause tassativamente previste dalla elencazione di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i.

3. L'accoglimento della pretesa principalmente proposta consente di ritenere soddisfatto l'interesse della ricorrente in forma specifica, chiarendosi peraltro che la richiesta di risarcimento del danno, che parte ricorrente si riserva di quantificare, si presenta allo stato pure generica ed andrebbe comunque rigettata.

4. Per le superiori considerazioni il ricorso va accolto in parte e per l'effetto va annullato l'atto di esclusione del RTI Pulitori ed Affini – Consorzio Nord Est dalla gara per l'affidamento dei servizi di pulizia e servizi accessori assimilabili degli uffici centrali e periferici della Fondazione Enasarco adottato l'11 ottobre 2012 e per il resto va respinto.

5. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per l'effetto annulla l'atto di esclusione del RTI Pulitori ed Affini – Consorzio Nord Est dalla gara per l'affidamento dei servizi di pulizia e servizi accessori assimilabili degli uffici centrali e periferici della Fondazione Enasarco adottato l'11 ottobre 2012 e per il resto lo respinge.

Condanna la Fondazione Enasarco al pagamento di Euro 2.000,00 a favore del Raggruppamento ricorrente per spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Evasio Speranza, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2012

IL SEGRETARIO

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