

Va, a questo punto, valutata la domanda di risarcimento danni per equivalente proposta dalla ricorrente

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

La condotta provvedimento dell'Amministrazione non risulta caratterizzata dall'elemento della 'colpa' (indispensabile per configurare una responsabilità della Stazione appaltante)

La ricorrente . ha genericamente avanzato la propria pretesa risarcitoria riservandosi di fornire elementi di prova in corso di causa ma ha, poi, omesso di fornire elementi di valutazione al riguardo.

In ordine al primo aspetto, va considerato che, per quanto concerne la corretta applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici (relativamente al profilo oggetto di causa) sia la giurisprudenza che l'Autorità di vigilanza hanno assunto nel tempo diversi orientamenti, mentre, per quanto riguarda i vizi attinenti alla congruità dell'offerta del Controinteressata, i giudizi che la Stazione appaltante è stata chiamata ad esprimere erano caratterizzati da un'apprezzabile complessità, sicché deve ritenersi scusabile l'errore in cui è incorsa l'Amministrazione.

In ogni caso, e passando all'esame del secondo degli aspetti evidenziati, va rilevato che il giudice può condannare l'Amministrazione a risarcire il danno patito dalla mancata aggiudicataria in presenza di una domanda di parte e della concreta dimostrazione del danno subito dall'operatore economico, come stabilito dall'art. 245-quinquies, co. 1, del codice dei contratti pubblici.

La disposizione da ultimo citata, introdotta dal d.lgs. n. 53/2010, impone di ritenere che il risarcimento

presuppone non solo una domanda di parte, ma anche la prova piena del danno, con specifico onere a carico del danneggiato.

Ciò preclude al giudice di quantificare il danno in modo forfetario o in via equitativa, prendendo in considerazione, in particolare, il mancato utile 'presunto' della mancata aggiudicataria, potendo essere risarcito solo il danno concretamente provato in relazione all'offerta presentata in gara dalla danneggiata.

Nella fattispecie, come detto, la ricorrente S.r.l. non ha fornito elementi di valutazione al riguardo e, quindi, anche per tale ragione, la domanda di risarcimento per equivalente va respinta.

7. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto, nei sensi indicati in motivazione, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

8. Sussistono giustificati motivi - legati all'applicazione della nuova disciplina sopra richiamata e alla complessità delle questioni trattate - per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

A cura di *****

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 32377 del 22 settembre 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

N. 32377/2010 REG.SEN.

N. 03213/2009 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 3213 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Ricorrente Service Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti *****, ***** e *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, viale Angelico, 103;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Controinteressata, rappresentato e difeso dall'avv. *****, con domicilio eletto presso ***** in Roma, corso Vittorio Emanuele II,18;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento n. 4 datato 17 febbraio 2009 (comunicato alla ricorrente con nota prot. 2/2/1476 in data 19 febbraio 2009), con il quale è stata definitivamente aggiudicata al Controinteressata controinteressato la procedura ristretta accelerata finalizzata alla stipula di un accordo della durata di 4 anni per il servizio di pulizia degli Enti, Distaccamenti e Reparti della Marina Militare, lotto 2 Centro ed Isole; dei verbali di gara, con particolare riferimento a quelli relativi relativo alla ammissione alla gara del controinteressato; degli atti e provvedimenti del procedimento di gara, con particolare riferimento alla mancata esclusione dell'offerta del controinteressato per anomalia dell'offerta; nonché di ogni altro atto connesso, conseguente, presupposto od attuativo, ancorché non conosciuto, con particolare riferimento all'eventuale contratto stipulato con l'aggiudicatario;

nonché per la condanna

ai sensi e per gli effetti della legge n. 1034/1971 e del D.Lgs. n. 80/1998, al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ovvero per equivalente, con riserva di determinarne l'ammontare nel corso del giudizio.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Vista l'istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati depositata in data 18 giugno 2009;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e del Controinteressata;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2010 il dott. ***** e uditi per le parti i difensori avv. ***** per la società ricorrente, l'avv. dello Stato ***** e con delega per il consorzio controinteressato, l'avv. *****;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo del giudizio la parte ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, deducendo censure attinenti violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili, ed evidenziando quanto segue.

Con avviso di gara spedito all'Ufficio Pubblicazione UE in data 1° febbraio 2008, il Ministero della Difesa - Ufficio Generale del Centro di Responsabilità Amministrativa Marina Militare ha indetto una procedura ristretta accelerata per la stipula di un accordo quadro della durata di anni 4 per il servizio di pulizia degli Enti, Distaccamenti e Reparti della Marina Militare, sulla base di una suddivisione in 3 distinti lotti da affidare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nella lettera di invito gli importi presunti annui dei lotti inizialmente previsti sono stati modificati nel seguente modo: - lotto 1 Nord € 4.083.453,39 oltre IVA; - lotto 2 Centro ed Isole € 3.590.450,36 oltre IVA; - lotto 3 Sud € 4.238.338,26 oltre IVA.

Alla procedura ha partecipato, insieme ad altri concorrenti, la ricorrente Ricorrente Service S.r.l., la quale ha presentato domanda di partecipazione per tutti e tre i lotti, ma ha proposto ricorso limitatamente all'esito della procedura relativa al lotto 2.

Nel termine previsto dal bando, per il lotto 2 Centro ed Isole sono pervenute all'Amministrazione aggiudicatrice 9 offerte.

Nel corso delle sedute del 16 e 29 luglio 2008, il seggio di gara ha proceduto all'apertura delle buste ed alla verifica della documentazione amministrativa, ammettendo tutti i concorrenti alle successive fasi di gara. Quindi, la Commissione giudicatrice ha proceduto, in diverse sedute riservate, all'esame delle offerte tecniche e all'attribuzione dei punteggi. Alla seduta pubblica del 30 settembre 2008, il seggio di gara ha dato lettura dei punteggi tecnici e proceduto all'apertura delle offerte economiche, formulando una graduatoria che ha visto quale prima classificata l'offerta dell'ATI composta dalle ditte ALFA e **** (con un punteggio totale di 86,98). Tale offerta è stata, però, sottoposta a verifica di anomalia, a seguito della quale non è stata giudicata congrua.

A questo punto, anzichè procedere alla verifica della seconda graduata in applicazione di quanto disposto dall'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163/2006, l'Amministrazione ha deciso di aggiudicare la gara al Controinteressata.

Ritenendo illegittime le determinazioni assunte dall'Amministrazione, la ricorrente ha proposto ricorso dinanzi al TAR del Lazio.

Con memoria recante motivi aggiunti in data 29.3.2010, ritualmente notificata, la ricorrente, a seguito delle produzioni documentali dell'Amministrazione, ha evidenziato e contestato ulteriori profili di illegittimità degli atti impugnati.

L'Amministrazione resistente e la controinteressata, costitutesi in giudizio, hanno sostenuto l'infondatezza del ricorso e ne hanno chiesto il rigetto.

Con ordinanza del 1°.7.2009 n. 3001 il TAR ha preso atto della rinuncia della ricorrente alla domanda cautelare contenuta nel ricorso introduttivo del giudizio.

In data 30.12.2009 l'Amministrazione ed il Controinteressata hanno stipulato l'Accordo quadro n. 38 della durata di 4 anni per il servizio di pulizia degli Enti, Distaccamenti e Reparti della Marina Militare - Lotto 2 (Centro e Isole), a cui hanno fatto seguito il 14.4.2010 alcuni specifici contratti d'appalto.

Con ordinanza del 17.2.2010 n. 771 il TAR ha respinto una domanda cautelare proposta in corso di causa dalla parte ricorrente.

Con ordinanza del 4 maggio 2010 n. 2044, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello proposto avverso la

citata ordinanza cautelare del TAR n. 771/2010.

Con successive memorie le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive difese.

All'udienza del 16.7.2010 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio osserva che avverso gli atti impugnati sono state proposte le seguenti censure, contenute nel ricorso introduttivo del giudizio e nella citata memoria recante motivi aggiunti:

- violazione dell'art. 38, commi 1 e 2, d.lgs. n. 163/2006; violazione della disciplina di gara; eccesso di potere; omessa istruttoria: - la domanda di ammissione alla gara è stata presentata dal Controinteressata e da due imprese ad esso consorziate (la Gener Service srl e la DELTA srl); - se si esamina la dichiarazione resa dal legale rappresentante della società DELTA srl si ricava che questi ha dichiarato che nei propri confronti non è stata pronunciata sentenza di condanna, nè decreto penale o patteggiamento per reati sulla moralità professionale; - in particolare, il legale rappresentante della DELTA srl ha dichiarato di "non essere a conoscenza della sussistenza di cause di esclusione dalla partecipazione alle gare a carico dei legali rappresentanti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione della gara ..."; - tale dichiarazione non integra i requisiti richiesti dalla norma sul possesso dei requisiti generali, né le specifiche prescrizioni di gara che imponevano ai concorrenti di attestare "l'insussistenza di ciascuna delle cause di esclusione dalla partecipazione di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006" (cfr. Avviso di gara, lett. c, sub doc. 1 di parte ricorrente); - ciò a fronte delle altre dichiarazioni del Consorzio e dell'altra impresa consorziate, che risultano formulate correttamente, in quanto attestano l'insussistenza di cause di esclusione e non si limitano a dichiarare di non conoscere l'esistenza di esse; - in subordine, una simile dichiarazione avrebbe, comunque, dovuto indurre la stazione appaltante ad eseguire una immediata verifica;

- violazione dell'art. 55 della Direttiva 2004/18/CE; violazione dell'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006; violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare; eccesso di potere; difetto di istruttoria, illogicità, ingiustizia manifesta e disparità di trattamento, irragionevolezza: - l'aggiudicazione risulta essere stata disposta in violazione delle norme comunitarie e nazionali sulle offerte anomale, dal momento che l'offerta del Consorzio controinteressato risulta incongrua; - il Controinteressato, con la propria offerta economica, ha proposto un ribasso del 18,17% che, applicato all'importo annuo posto a base d'asta per il lotto 2 (3.590.450,36), determina un valore economico complessivo di euro 2.938.065,53; - dall'esame dell'offerta tecnica del controinteressato si ricava un monte ore annuo di 192.200, che determina un costo annuo complessivo per la sola manodopera di euro 2.809.764,84 (calcolato applicando il costo orario definito dalle Tabelle FISE per ciascuna provincia ove sono ubicati gli enti, i distaccamenti e i reparti ove si deve svolgere il servizio di pulizia); - sottraendo tale costo della manodopera al valore dell'offerta complessiva del Consorzio, residuano poco più di 128.000 euro, che si rivelano insufficienti per coprire la notevole quantità di costi ulteriori (macchine; attrezzature; formazione del personale; dispositivi di protezione), nonché per garantire la copertura delle spese generali ed assicurare un utile alla controinteressata; - con particolare riferimento alla manodopera, risulta erroneo il giudizio espresso dal Ministero della Difesa secondo cui sarebbe stata ritenuta congrua l'offerta del Consorzio per il fatto che, detratti i costi della manodopera, sarebbero residuati euro 160.432,88; - riguardo alla 'formazione', dal progetto tecnico del Consorzio emerge la previsione, per ciascuna figura professionale, di ore di formazione da svolgersi in parte "in aula" ed in parte "sul luogo di lavoro" (cfr. doc. 7 parte ricorrente), e tenuto conto del programma di formazione esposto nel progetto del controinteressato, si deve ritenere che il costo totale della formazione offerta ammonta ad euro 24.382,50; invece, il controinteressato si difende sul punto affermando che "Per quanto riguarda poi i programmi di formazione professionale ..., vi è da dire che questi si svolgono attraverso lunghi periodi di affiancamento sul luogo di lavoro proprio durante le ore di servizio, con la conseguenza che la formazione viene erogata mentre si svolge il servizio stesso, grazie appunto a programmi di affiancamento ... Ne consegue che così facendo il costo è praticamente nullo"; in sostanza, negli scritti difensivi si afferma che il costo della formazione è nullo in quanto sarebbe previsto un semplice affiancamento, mentre in sede di gara il Consorzio ha offerto una formazione da svolgere anche in aula; - relativamente alle spese per attrezzature e macchinari il Controinteressato ha precisato (nei propri scritti difensivi) di non aver esposto nella propria offerta economica alcun costo per i macchinari in quanto gli stessi sarebbero già di sua proprietà e, quindi, già ammortizzati, mentre nelle giustificazioni all'offerta ha previsto una spesa per l'ammortamento; - riguardo alle migliorie, il Controinteressato ha conseguito il punteggio di 4,5 in quanto la Commissione ha ritenuto che le proposte migliorative dallo stesso offerte fossero "di notevole interesse" (cfr. doc. 6 di parte ricorrente), ma nel

documento di giustificazione della propria offerta economica il Controinteressata non ha indicato somme a copertura delle "migliorie" offerte in sede di progetto tecnico, mentre in giudizio è stato affermato che ciò è dovuto al fatto che le migliorie sarebbero state offerte a titolo gratuito; - circa, infine, i costi per la sicurezza, tenuto conto del personale offerto in progetto dal Controinteressata, si deve ritenere che il costo per i soli dispositivi di protezione individuale (esclusi i costi per la formazione) ammonterebbe ad oltre 27.600,00 euro/annui (come indirettamente confermato dall'Amministrazione nella propria relazione depositata in data 28.1.2010), mentre il controinteressato ha quantificato tale costo in euro 17,400,00 nelle proprie giustificazione all'offerta economica; - in sostanza, dalle circostanze e dagli elementi indicati risulta dimostrato che l'offerta economica del Controinteressata non è sufficiente a coprire le voci di spesa descritte e, conseguentemente, risulta risultano violati gli artt. 55 della Direttiva 2004/18/CE e 88 del d.lgs. n. 163/2006, poiché l'Amministrazione ha ommesso di compiere una analitica verifica dell'offerta del Consorzio;

- incongruità manifesta dell'offerta tecnica del Controinteressata; difetto assoluto di istruttoria; carenza di motivazione; ingiustizia grave e manifesta: - il Controinteressata nell'espone, nel proprio progetto tecnico, l'organizzazione dell'organigramma proposto per la commessa, ha indicato un totale di addetti al servizio variabile da 385 a 264 unità, confermando l'incertezza della propria offerta.

2. La Difesa erariale ha contestato le censure proposte dalla ricorrente, depositando i documenti relativi alla procedura oggetto di causa e una relazione dell'Amministrazione tesa a dimostrare, in particolare, la correttezza dei presupposti di fatto e delle valutazioni di diritto sulla base delle quali sono state assunte le determinazioni impugnate dalla Dussman Service S.r.l..

3. Anche il Controinteressata, ha contestato le censure avanzate dalla ricorrente evidenziando, in particolare:

- l'infondatezza delle censure aventi ad oggetto la presunta violazione dell'articolo 38, commi 1 e 2 del D.Lgs. n. 163/2006: - in quanto il legale rappresentante della consorziata DELTA ha correttamente dichiarato che non sussistono nei propri confronti le condizioni di cui alla norma richiamata e di "non

essere a conoscenza della sussistenza di cause di esclusione dalla partecipazione a carico dei legali rappresentanti cessati dalla carica nel triennio antecedente...”; - come risulta dal tenore letterale della autodichiarazione citata, la parte della dichiarazione cui si riferisce la ricorrente attiene solo ai legali rappresentanti cessati nel triennio antecedente alla pubblicazione del bando, ma poiché la domanda di partecipazione alla gara scadeva il 3 marzo 2008 e poiché la consorziata DELTA aveva avuto fino al 15 settembre 2005 (e dunque nel triennio antecedente) due legali rappresentanti diversi da quello attuale, quando il 25 febbraio 2008 sono stati preparati e trasmessi i documenti per la partecipazione alla gara stessa, con riferimento ai legali rappresentanti cessati, si è resa necessaria da parte del legale rappresentante attualmente in carica di DELTA la generica dicitura contestata da controparte; - le dichiarazioni del Consorzio e della consorziata *****, invece, sono diverse perché tali soggetti non hanno mutato il loro legali rappresentanti nel triennio in questione; - in sostanza, si è agito in linea con quanto affermato dall’Autorità di vigilanza con parere n. 164 del 21.5.2008 e, comunque, il Consorzio ha rispettato quanto imposto dalla lex specialis di gara, perché il bando di gara alla lettera c) richiedeva una generica autocertificazione “attestante l’insussistenza di ciascuna delle cause di esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici di cui all’art. 38 del DLgs. n. 163/2006”, precisando solo che “relativamente alla documentazione di cui al comma 1 lett, c) la stessa dovrà riferirsi anche ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente”; - il bando inoltre, prevedeva l’esclusione dalla gara solo in caso di omessa presentazione dell’autodichiarazione, ma tale circostanza non si è verificata nella fattispecie (avendo l’operatore economico presentato tempestivamente l’autodichiarazione) sicché correttamente l’Amministrazione non ha escluso il Consorzio dalla gara; - del resto, a seguito di richiesta prot. n. 2/2/586 del 27 gennaio 2009 della Stazione appaltante, ai sensi dell’art, 48 comma 2 del D.lgs. n. 163/2006, il possesso dei requisiti dichiarati è stato comprovato con lettera del 4 febbraio 2009 con la quale l’esponente e le due consorziate hanno trasmesso alla Marina Militare la documentazione richiesta, tra cui copia conforme all’originale dei certificati del casellario giudiziale e carichi pendenti dei legali rappresentanti del Consorzio e delle due consorziate;

- l’infondatezza delle censure aventi ad oggetto la presunta incongruità dell’offerta del Controinteressata in quanto: - tali censure attengono alla valutazione tecnico-discrezionale dell’Amministrazione e sono sottratti al sindacato giurisdizionale; - comunque, tali censure sono infondate perché l’Amministrazione ha accertato che “l’offerta prevede inoltre un residuo non inferiore a circa 121.000,00 euro/annuo, corrispondenti a circa 480.000,00 euro nei quattro anni di durata dell’appalto. Tale cifra risulta ampiamente sufficiente a coprire i rimanenti costi, posto che alcune voci ... ove non già in possesso

dell'aggiudicataria, potrebbero essere sostenuti una sola volta nel quadriennio"; - tale affermazione risulta condivisibile se si considera, tenuto conto del margine di approssimazione che caratterizza valutazioni di questo genere, che la stessa Ricorrente Service S.r.l. ha stimato l'importo residuo in 128.300,69 euro/annui; - con riferimento alle altre censure mosse dalla ricorrente va considerato, in merito al costo della manodopera, che il Consorzio, nel predisporre la propria offerta, ha dovuto rispettare la Tabella salariale ministeriale di cui al D.Lgs. n. 163/2006 che prevede costi della manodopera in realtà maggiori rispetto a quelli effettivi; il costo effettivo della manodopera, infatti, è senz'altro inferiore e ciò trova giustificazione, caso per caso, per esempio, con minori costi dell'Inps e/o dell'Inail, o con lo scarso assenteismo del singolo dipendente; anche di questo l'esponente ha tenuto conto nel presentare la propria offerta; - circa i programmi di formazione del personale, essi non comportano particolari oneri perché si svolgono attraverso lunghi periodi di affiancamento sul luogo di lavoro proprio durante le ore di servizio, con la conseguenza che la formazione viene erogata mentre si svolge il servizio stesso; nell'offerta si faceva riferimento anche alla formazione "in aula" ma è evidente che, trattandosi di un servizio di pulizia tale formazione viene fatta sul posto, sia affiancando la persona mentre lavora, sia, per esempio, in stanze vuote messe a disposizione sul momento; - riguardo ai macchinari ed alle attrezzature, la ricorrente non considera che si tratta di beni di proprietà del Consorzio e, quindi, già ammortizzati in magazzino come del resto è stato precisato già in sede di calcolo dell'offerta presentata del Consorzio; peraltro, il Consorzio è solito acquistare i macchinari da alcune ditte (come la Ditta Fiorentini s.r.l.) per stock, ad un prezzo sicuramente vantaggioso che tiene fermi nel proprio magazzino e che quindi resteranno nuovi in vista di futuri utilizzi; per quanto riguarda i macchinari di marca ***** il Consorzio riesce ad ottenerli a prezzi di particolare favore essendo il loro rivenditore autorizzato per la Toscana; - in merito alle migliorie, per politica interna del Consorzio, le spese non ricadono sulla singola offerta ma vengono inglobata dalle singole società; - con riferimento al costo della sicurezza e al relativo acquisto dei dispositivi di protezione individuale, come evidenziato in sede di giustificazioni, la Tabella Ministeriale indica che per un lavoratore a tempo pieno un costo della sicurezza pari ad euro 150,00 all'anno; si consideri che un addetto a tempo pieno lavora per un numero totale di ore mensili pari a 173,33 (40 ore settimanali per 52 settimane da dividere per 12 mesi); tuttavia, nella fattispecie vi sono anche lavoratori part-time, sicché il costo della sicurezza deve essere parametrato alle ore effettivamente lavorate in un mese; nell'analisi dei costi allegata all'offerta l'esponente ha quantificato il costo della sicurezza in euro 17.420,52 all'anno, quale importo proporzionato rispetto al numero degli addetti che lavorano part-time; ciò trova conferma nel fatto che il Decreto Ministeriale 25 febbraio 2009 dispone che il costo della sicurezza ha un'incidenza dello 0,60% sul costo orario e dall'analisi sopra svolta risulta che la percentuale destinata dal Consorzio esponente alla sicurezza è addirittura dello 0,62%.

- l'infondatezza delle censure aventi ad oggetto il numero degli addetti all'espletamento del servizio in quanto: - al di là del dato numerico effettivamente indicato dall'esponente nel progetto, che fornisce un'indicazione di massima di come si intende organizzare il lavoro, ciò che determina il prezzo è il monte-ore offerto; - una volta individuato il monte-ore e di conseguenza il prezzo, è del tutto irrilevante per l'Amministrazione il numero dei lavoratori impiegati per svolgere un determinato servizio, anche perché uno stesso lavoratore legittimamente può prestare la propria opera anche in più di una Caserma o Ufficio; - e ciò che l'Amministrazione ha reputato congruo è proprio il prezzo offerto per il monte-ore lavorato e, dunque, l'offerta nella sua globalità.

4. Il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto per le ragioni di seguito indicate, premettendo che il rigetto della domanda cautelare di cui all'ordinanza n. 771/2010 è stato fondato sulla stipula dell'Accordo quadro n. 38/2010, ma, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010, tale circostanza non assume rilievo ai fini della decisione del merito del ricorso, dovendo il giudice amministrativo verificare se dichiarare inefficace il contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione.

4.1. In merito alle censure con le quali è stata contestata la violazione dell'art. 38, commi 1 e 2, lett. c), del codice dei contratti pubblici, va condiviso l'orientamento dell'Autorità di vigilanza secondo cui la dichiarazione sostitutiva è rilasciata dai soggetti indicati dalla disposizione richiamata anche se di tenore negativo, nel caso in cui il soggetto cessato non abbia subito condanne (cfr. pareri dell'Autorità n. 11 del 20 settembre 2007 e n. 237 del 5 novembre 2008). Può ritenersi, tuttavia, ammissibile, con riguardo ai soggetti cessati dalla carica, che il legale rappresentante, ai sensi dell'articolo 47, comma 2 del d.P.R. n. 445/2000, produca una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà "per quanto a propria conoscenza", specificando le circostanze che rendono impossibile (ad esempio, in caso di decesso) o eccessivamente gravosa (ad esempio, in caso di irreperibilità o immotivato rifiuto) la produzione della dichiarazione da parte dei soggetti interessati (determinazione AVCP 12 gennaio 2010, n. 1).

In sostanza, è preferibile una dichiarazione proveniente da diretto interessato, ma il legale rappresentante in carica può produrre anche un'autodichiarazione qualora sia impossibile o eccessivamente oneroso acquisire la dichiarazione del legale rappresentante cessato dalla carica.

Nella fattispecie, il legale rappresentante della DELTA S.r.l. ha optato per questa ultima soluzione omettendo, però, di motivare le ragioni della omessa acquisizione della dichiarazione dei legali rappresentanti della *****à precedentemente cessati, limitandosi ad affermare “di non essere a conoscenza della sussistenza di cause di esclusione dalla partecipazione a carico dei legali rappresentanti cessati dalla carica nel triennio antecedente...”.

E' vero che la lex specialis di gara non imponeva di acquisire una dichiarazione rilasciata da ciascun legale rappresentante cessato dalla carica, limitandosi a richiedere un'autocertificazione “attestante l'insussistenza di ciascuna delle cause di esclusione dalla partecipazione agli appalti pubblici di cui all'art. 38 del DLgs. n. 163/2006”, precisando solo che “relativamente alla documentazione di cui al comma 1 lett. c) la stessa dovrà riferirsi anche ai soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente” (cfr. bando di gara alla lettera c), ed è vero che lo stesso bando prevedeva l'esclusione dalla gara solo in caso di omessa presentazione dell'autodichiarazione.

Ma, tale disciplina va applicata luce della disciplina normativa richiamata, da interpretare secondo quanto precisato dall'Autorità di vigilanza tenendo conto dell'importanza dell'accertamento dei requisiti di ordine generale. Sicchè, la Stazione appaltante avrebbe dovuto, quanto meno, chiedere chiarimenti in merito all'impossibilità o all'eccessiva difficoltà di reperire le dichiarazioni dei legali rappresentanti cessati dalla carica, prima di considerare ammissibile l'offerta del Controinteressata.

4.2. Risultano fondate anche le censure aventi ad oggetto l'incongruità dell'offerta del Controinteressata in quanto, nei limiti che il sindacato giurisdizionale incontra nell'esaminare l'attività tecnico-discrezionale dell'Amministrazione, va osservato che, dall'esame degli atti di gara e dalle valutazioni eseguite in merito alla congruità dell'offerta del Consorzio aggiudicatario, esplicitate dall'Amministrazione con memoria depositata il 28.1.2010, emerge che il Controinteressata, con la propria offerta economica, ha proposto un ribasso del 18,17% che, applicato all'importo annuo posto a base d'asta per il lotto 2 (3.590.450,36=), determina un valore economico complessivo di euro 2.938.065,53=. Dall'esame dell'offerta tecnica del controinteressato si ricava un monte ore annuo di 192.200, che determina un costo annuo complessivo per la sola manodopera di euro 2.809.764,84 (calcolato applicando il costo orario definito dalle Tabelle FISE per ciascuna provincia ove sono ubicati gli enti, i distaccamenti e i reparti ove si deve svolgere il servizio

di pulizia).

Sottraendo tale costo della manodopera al valore dell'offerta complessiva del Consorzio, a parere della ricorrente, residuano poco più di 128.000 euro. Secondo l'Amministrazione, invece, tale importo va stimato in euro 121.000,00.

In ogni caso, a parere del Collegio, tale importo appare insufficiente per coprire i costi legati alle macchine, alle attrezzature, alla formazione del personale, ai dispositivi di protezione, alla copertura delle spese generali e ad assicurare un utile alla contro interessata.

Circa i programmi di formazione del personale, infatti, il Consorzio ha affermato che essi non comportano particolari oneri perché si svolgono attraverso lunghi periodi di affiancamento sul luogo di lavoro proprio durante le ore di servizio, con la conseguenza che la formazione viene erogata mentre si svolge il servizio stesso.

Ma nell'offerta, invece, si faceva riferimento anche alla formazione "in aula", sicché è evidente l'incongruenza delle giustificazioni offerte in relazione a tale voce di costo, considerato che ai fini della valutazione dell'offerta la Stazione appaltante ha giudicato quanto effettivamente proposto dal Consorzio.

Riguardo ai macchinari ed alle attrezzature, il Consorzio ha affermato che si tratta di beni di proprietà del Consorzio e, quindi, già ammortizzati in magazzino, ma in sede di giustificazioni è stato, invece, affermato che "Per gli ammortamenti macchinari e attrezzature è stata prevista una spesa annuale pari ad Euro 33.717,12".

Relativamente alle migliorie, il Controinteressata ha conseguito il punteggio di 4,5 in quanto la Commissione ha ritenuto che le proposte migliorative dallo stesso offerte fossero "di notevole interesse"

(cfr. doc. 6 di parte ricorrente), ma (non è contestato che) nel documento di giustificazione della propria offerta economica il Controinteressata non indicato somme a copertura delle “migliorie” offerte in sede di progetto tecnico, mentre in giudizio è stato affermato che ciò è dovuto al fatto che le migliorie sarebbero state offerte a titolo gratuito.

Circa, l’organizzazione dell’organigramma proposto per la commessa, è vero quanto rilevato dalla ricorrente in merito al fatto che nel progetto tecnico è stato, prima, indicato un totale di addetti al servizio pari a 385 unità (cfr. doc. 8 parte ricorrente, pag. 20), poi, è stata precisata (con apposite tabelle) la distribuzione del personale operativo nei vari distaccamenti del Ministero della Difesa, indicando un numero di unità operative pari a 335 (cfr. doc. 4 parte ricorrente), infine, è stato precisato che il numero di addetti impiegati sarebbe stato pari a 264 unità (cfr. doc. 9 parte ricorrente).

Sicché, anche sotto questo profilo, appare evidente l’incertezza dell’offerta del Consorzio aggiudicatario, pur a voler tenere conto di quanto affermato in giudizio dal contro interessato circa l’importanza da dare al prezzo offerto in relazione al monte-ore indicato.

Il tutto, peraltro, senza considerare che nell’importo sopra indicato dovrebbero trovare spazio ed essere considerate anche altre voci quali i costi dei prodotti di consumo, le spese generali e l’utile di impresa.

5. L’annullamento dell’aggiudicazione impone di valutare se annullare o meno l’Accordo quadro n. 38 stipulato il 30.11.2009 e gli atti negoziali conseguenti (tra i quali quelli stipulati il 14.4.2010), posto che non ricorrono le condizioni per dichiarare automaticamente inefficaci tali atti negoziali ai sensi dell’art. 245-bis, co. 1, del codice dei contratti pubblici, poiché nella fattispecie non si versa in una delle ipotesi disciplinate da tale disposizione, ma potrebbero ricorrere i presupposti utili per pronunciare l’inefficacia ai sensi dell’art. 245-ter del medesimo codice.

Tale disposizione stabilisce che “Fuori dei casi indicati dagli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il

giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta”.

In sostanza, al di fuori dei casi di inefficacia del contratto in ipotesi di violazioni gravi (cfr. art. 245-bis, d.lgs. n. 163/2006), il codice dei contratti pubblici, a seguito delle modifiche ed integrazioni intervenute a cura del d.lgs. n. 53/2010, lascia al giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva la scelta di dichiarare o meno inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto dei seguenti elementi: 1) gli interessi delle parti; 2) l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati; 3) lo stato di esecuzione del contratto; 4) la possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta.

Non c'è dubbio che nella fattispecie ricorrono i primi tre elementi citati, ma la ricorrente, pur avendo proposto domanda di risarcimento danni in forma specifica (oltre che per equivalente) non ha avanzato domanda di subentro nel rapporto contrattuale.

Il Collegio, quindi, ritiene di non poter pronunciarsi nel senso dell'inefficacia del contratto considerato, da una parte, che la normativa richiamata richiede la domanda di parte ai fini del subentro in corso di rapporto, correttamente, considerando il subentro cosa diversa dall'instaurazione del rapporto contrattuale ab initio, e, dall'altra, che la ricorrente non ha manifestato un tale interesse al subentro neanche in corso di causa (a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010) impedendo, così, di interpretare la domanda di risarcimento in forma specifica quale manifestazione di interesse al subentro.

Ne consegue che il Collegio ritiene di non poter far conseguire l'inefficacia del contratto dall'annullamento dell'aggiudicazione.

6. Va, a questo punto, valutata la domanda di risarcimento danni per equivalente proposta dalla ricorrente, osservando che la condotta provvedimento dell'Amministrazione non risulta caratterizzata dall'elemento della 'colpa' (indispensabile per configurare una responsabilità della Stazione appaltante), e che la Dussman Service S.r.l. ha genericamente avanzato la propria pretesa risarcitoria riservandosi di fornire elementi di prova in corso di causa ma ha, poi, ommesso di fornire elementi di valutazione al riguardo.

In ordine al primo aspetto, va considerato che, per quanto concerne la corretta applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici (relativamente al profilo oggetto di causa) sia la giurisprudenza che l'Autorità di vigilanza hanno assunto nel tempo diversi orientamenti, mentre, per quanto riguarda i vizi attinenti alla congruità dell'offerta del Controinteressata, i giudizi che la Stazione appaltante è stata chiamata ad esprimere erano caratterizzati da un'apprezzabile complessità, sicché deve ritenersi scusabile l'errore in cui è incorsa l'Amministrazione.

In ogni caso, e passando all'esame del secondo degli aspetti evidenziati, va rilevato che il giudice può condannare l'Amministrazione a risarcire il danno patito dalla mancata aggiudicataria in presenza di una domanda di parte e della concreta dimostrazione del danno subito dall'operatore economico, come stabilito dall'art. 245-quinquies, co. 1, del codice dei contratti pubblici.

La disposizione da ultimo citata, introdotta dal d.lgs. n. 53/2010, impone di ritenere che il risarcimento presuppone non solo una domanda di parte, ma anche la prova piena del danno, con specifico onere a carico del danneggiato.

Ciò preclude al giudice di quantificare il danno in modo forfetario o in via equitativa, prendendo in considerazione, in particolare, il mancato utile 'presunto' della mancata aggiudicataria, potendo essere risarcito solo il danno concretamente provato in relazione all'offerta presentata in gara dalla danneggiata.

Nella fattispecie, come detto, la Dussman Service S.r.l. non ha fornito elementi di valutazione al riguardo e, quindi, anche per tale ragione, la domanda di risarcimento per equivalente va respinta.

7. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che il ricorso sia fondato e debba essere accolto, nei sensi indicati in motivazione, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

8. Sussistono giustificati motivi - legati all'applicazione della nuova disciplina sopra richiamata e alla complessità delle questioni trattate - per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione I[^] bis, stabilisce quanto segue:

- accoglie la domanda di annullamento degli atti amministrativi indicati in epigrafe;
- respinge la domanda di risarcimento danni;
- compensa integralmente tra le parti le spese di lite;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

*****, Presidente

*****, Consigliere

*****, Estensore

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/09/2010

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

IL SEGRETARIO

<https://www.diritto.it/va-a-questo-punto-valutata-la-domanda-di-risarcimento-danni-per-equivalente-proposta-dalla-ricorrente/>