

N. 05309/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01118/2014 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso principale numero di registro generale 1118 del 2014, proposto da:

C. BORGOMEIO & Co. S.r.l., in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e Legale Rappresentante della società, Dott. Carlo Borgomeio, in proprio e in qualità di mandataria della costituenda associazione d'impresе con lo Studio Come S.r.l., rappresentata e difesa, anche disgiuntamente tra loro, dagli avv.ti prof. Stefano Vinti (PEC s.vinti@legalmail.it) e Ferruccio Barone (PEC ferruccioarone@avvocatitnapoli.legalmail.it), fax 06/42007440, elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Via Emilia, n. 88;

e sul ricorso incidentale proposto da ERNST & YOUNG FINANCIAL — BUSINESS ADVISORS S.P.A., in persona della dott.ssa Federica Giardini in qualità di Consigliere delegato e legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa, giusta procura a margine del presente atto, dall'Avv. Prof. Angelo Clarizia ( Fax: 06/32609846 — Pec: angelo.clarizia@pec.it) ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Via principessa Clotilde, 2

contro

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura dello Stato, domiciliataria ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Ernst & Young Financial Business Advisors Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per l'annullamento

con il ricorso principale:

- del Decreto Direttoriale del 20.12.2013, comunicato in pari data con nota prot. 35/0007014/MA002.A003.1679, con il quale sono stati approvati gli atti della "Procedura ristretta accelerata per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83 del D.Lgs. n.163/2006, del servizio di assistenza tecnica a supporto dei compiti della Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione in materia di minori stranieri (accolti e non accompagnati)" CIG 5321696277 e disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio in favore di Ernst Young Financial Advisors S.p.A.;
- dei verbali delle sedute del 22 e 27 novembre 2013, della Commissione giudicatrice, nella parte in cui viene ammessa e positivamente valutata l'offerta tecnica presentata da Ernst & Young ancorché macroscopicamente indeterminata e carente sotto molteplici profili;
- del verbale della seduta del 20 dicembre 2013, della Commissione per la verifica dell'offerta anormalmente bassa

presentata dalla società Ernst & Young, nella parte in cui sono ammessi e valutati positivamente i giustificativi offerti dall'impresa e conseguentemente disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara;

- ove ritenuto necessario, di tutti i restanti verbali di gara;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ivi compreso l'eventuale contratto d'appalto, ove nel frattempo stipulato;

nonché, in via subordinata,

per il risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica, anche attraverso la declaratoria di nullità e/o di sopravvenuta inefficacia del contratto conseguente ai provvedimenti impugnati qualora nel frattempo stipulato fra le parti; ovvero in difetto mediante reintegrazione per equivalente.

E con il ricorso incidentale:

degli atti della gara impugnata con il ricorso principale, nella parte in cui non hanno escluso la C. BORGOMEIO & Co. S.r.l già in sede di prequalifica;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e di Soc Ernst & Young Financial Business Advisors Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2014 la dott.ssa Ines Simona Immacolata Pisano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con il ricorso principale in epigrafe, la ricorrente C. BORGOMEIO & Co. S.r.l. ha esposto:

- che con bando di gara inviato per la pubblicazione sulla GUCE il 23 settembre 2013, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (di seguito anche più brevemente "Stazione Appaltante" o "Ministero") indiceva una Procedura ristretta accelerata per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83 del D.Lgs. n.163/2006, del "servizio di assistenza tecnica a supporto dei compiti della Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione in materia di minori stranieri (accolti e non accompagnati)" — CIG 5321696277, per un importo a base d'asta di €365.000,00 oltre IVA;

- che alla selezione prendevano parte la Ernst & Young, la C. BORGOMEIO & Co. S.r.l. e il costituendo RTI guidato dalla Lattanzio e Associati S.p.A, le quali venivano invitate a presentare l' offerta nel rispetto delle modalità stabilite nel capitolato d'oneri e disciplinare di gara.

- che quest'ultimo, in particolare, all'art. 25, precisava che le offerte tecniche dovevano contenere:

«1. Il progetto tecnico (del numero massimo di 30 pagine in formato Arial, carattere 10, interlinea 1,5, n. 40 righe per pagina, esclusi eventuali grafici e tabelle), con la descrizione delle attività previste al precedente art. 2 ed il dettaglio di tutto quanto richiesto nel presente capitolato, delle caratteristiche e delle modalità di erogazione dei servizi richiesti, degli aspetti organizzativi e temporali e di ogni altro elemento che il concorrente ritenga utile per consentire un'appropriata valutazione dell'offerta.

2. Elenco dei componenti del gruppo di lavoro corredato dai relativi Curricula vitae debitamente sottoscritti dagli

interessati, sulla base del modello "Allegato n. 4 risorse umane».

Ai sensi del successivo art. 27, l'appalto sarebbe stato aggiudicato secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in base ai seguenti parametri:

A - Offerta tecnica Punti 70

B - Prezzo complessivo Punti 30

e la valutazione dell'offerta tecnica avrebbe fatto riferimento ai seguenti elementi e punteggi:

Qualità complessiva dell'offerta tecnica, intesa come completezza, chiarezza e rispondenza della stessa ai contenuti del capitolato, nonché al contesto normativo —procedurale di riferimento:

Max 30 punti

Esperienza ed impegno delle risorse umane impiegate:

Max 10 punti

Adeguatezza del modello organizzativo proposto rispetto al servizio e alle modalità di raccordo con la Direzione Generale

Max 10 punti

Valore aggiunto rispetto allo standard minimo richiesto, con specifico riferimento a:

- organizzazione del presidio giornaliero delle risorse umane ( max 10 punti)

- capacità di adeguamento organizzativo del gruppo di lavoro rispetto al verificarsi di situazioni emergenziali (max 10 punti)

Per un totale di - max 20 punti.

Le operazioni di gara avevano inizio il 22 novembre 2013, con l'esame della regolarità e completezza dei plichi contenenti le offerte.

In quell'occasione, con riferimento all'offerta presentata dalla Ernst & Young, la Commissione — su segnalazione del rappresentante della Borgomeo & Co. — prendeva atto "che nell'allegato 4 — Risorse Umane non sono riportati i nominativi di Marina Rotili e Carlo Chiattelli, i quali risultano, tuttavia, inseriti nella tabella 5 — Composizione del Gruppo di lavoro (pag. 29-ter): sono stati inoltre allegati i relativi Curricula vitae, sottoscritti dagli interessati" .

All'esito dell'esame delle offerte tecniche presentate dai tre concorrenti in gara, la graduatoria provvisoria risultava essere la seguente:

1) Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.A. 57,51

2) C. BORGOMEO & CO. S.r.l. (Mandataria) -Studio Come S.r.l. (Mandante) 47,02

3) RTI LATTANZIO e ASSOCIATI S.p.A. (Mandataria)- Men at Work Soc. Coop. Sociale O.N.L.U.S. per azioni (Mandante) 42,29

Il successivo esame delle offerte economiche non determinava alcun mutamento sostanziale nella predetta graduatoria.

La classifica finale risultava essere la seguente:

Ernst & Young Financial Business Advisors S.p.A.

57,51 25,50: 83,01

RTI C. BORGOMEIO & CO. S.r.l. (Mandataria)- Studio Come S.r.l. (Mandante)

47,02 30,00: 77,02

RTI LATTANZIO e ASSOCIATI S.p.A. (Mandataria)- Men at Work Soc. Coop. Sociale

O.N.L.U.S. per azioni (Mandante)

42,29 22,10: 64,39

La Commissione, rilevata la presunta anomalia dell'offerta presentata da Ernst & Young, attivava il procedimento di verifica previsto dagli artt. 87 e 88 del D.lgs. 163/2006 e s.m.i., richiedendo giustificazioni del prezzo offerto.

I giustificativi prodotti dalla controinteressata venivano esaminati nella seduta del 20 dicembre 2013, nel corso della quale la Commissione osservava che: "l'Offerente sottolinea come l'esperienza maturata negli anni precedenti consentirà l'utilizzo di metodi già collaudati per l'espletamento del servizio.

Il gruppo di lavoro risulta immediatamente operativo in quanto non necessita di alcuna formazione preliminare, avendo accumulato adeguate conoscenze e competenze settoriali specialistiche.

Quanto sopra esposto permette di sfruttare le economie di scala connesse con la realizzazione del servizio e di ridurre tempi e costi necessari per la comprensione del contesto di riferimento e per lo start up nell'erogazione del servizio.

La società ha inoltre adottato soluzioni tecniche per la standardizzazione di processi e flussi ai fini di ottimizzare le procedure, ridurre la tempistica per l'espletamento delle attività e rendere più efficienti le risorse utilizzate.

Gli strumenti e le metodologie utilizzati rappresentano un Know - how consolidato e pertanto la loro applicazione non comporta oneri finanziari aggiuntivi ai fini della determinazione del prezzo del servizio".

Sulla base delle suddette giustificazioni, la Commissione dichiarava la congruità dell'offerta e trasmetteva gli atti alla Stazione Appaltante per le determinazioni conseguenti.

In data 20 dicembre veniva emanato il decreto direttoriale con il quale veniva decretata l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Società Ernst & Young.

Avverso tale provvedimento la ricorrente ha proposto il ricorso principale, deducendone l'illegittimità sotto vari profili, articolati in un'unica censura e di seguito sintetizzati:

violazione dell'art. 46, comma 1-bis del D.lgs. 163/2006 e s.m.i., violazione degli artt. 3 e 25 del disciplinare di gara in ordine alla modalità di presentazione dell'offerta tecnica ed economica con conseguente necessità di disporre l'immediata esclusione del concorrente dalla gara, atteso che l'offerta presentata dalla Società Ernst & Young si è rivelata affetta da profili di ambiguità e contraddittoria con riferimento all'aspetto della composizione del Gruppo di Lavoro; più precisamente, il Progetto Tecnico presentato dava conto della presenza di due figure, Marina Rotili e Carlo Chiattelli - apparentemente incaricati di funzioni apicali ed essenziali ai fini del coordinamento dell'intero Gruppo di Lavoro e quindi del corretto espletamento del servizio - che invece non sono riportate nell'apposito Allegato 4, contenente l'elencazione analitica delle Risorse Umane impiegate per l'esecuzione dell'appalto, la cui esatta compilazione era richiesta, a pena di esclusione, dall'art. 25 del capitolato, proprio al fine di garantire la determinatezza ed immodificabilità del contenuto dell'offerta;

incongruità dell'offerta rispetto alle due figure professionali indicate, dei quali non viene indicato il numero delle giornate lavorative (astrattamente) dedicate all'esecuzione del servizio oggetto di gara né la valutazione economica dell'apporto;

illegittimità delle valutazioni compiute dalla Commissione di gara, in quanto l'aver premiato con 8 punti su 10 l'elemento "C - Adeguatezza del modello organizzativo proposto rispetto al servizio e alle modalità di raccordo con la Direzione Generale" dell'offerta presentata dalla Ernst & Young, costituisce ad avviso della ricorrente "un clamoroso errore", probabilmente frutto dell'errata considerazione e valutazione anche dei due "profili aggiuntivi" descritti nella citata tabella 5 del progetto presentato, di cui non poteva né doveva tenersi conto.

Con memoria del 15/02/14 si è costituito in giudizio il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, resistendo al gravame

con articolate controdeduzioni.

In particolare, con riferimento alla censura circa l'indeterminatezza dell'offerta della controinteressata, ha replicato che la previsione, nel progetto tecnico presentato da Ernst Young, di due risorse umane aggiuntive (incaricate di funzioni apicali ed essenziali impegnate in attività di coordinamento del Gruppo di Lavoro e di quality review, che attengono a profili organizzativi interni all'offerente e come tali, esulano dalle attività da prestarsi in favore dell'amministrazione) non indicate nell'allegato 4 "Risorse Umane" non mina affatto il contenuto dell'intera offerta e non incide pertanto sulla partecipazione dell'offerente alla gara.

L'esame dell'offerta tecnica della Ernst & Young s.p.a., infatti, palesa solo che il concorrente ha separato dall'elencazione del dettaglio delle figure professionali facenti parte del gruppo di lavoro, coerentemente valorizzate in termini di impegno lavorativo nell'allegato 4 e in termini economici nell'allegato 5 "offerta economica" gli ulteriori due profili aggiuntivi con compiti di coordinamento e quality review. Infatti, a pagina 29 dell'offerta tecnica, Ernst & Young ha specificato che "la tabella 5 descrive la composizione e le caratteristiche del GdL proposto. I profili aggiuntivi sono contrassegnati con un asterisco".

La commissione giudicatrice, comprendendo la differenza tra Gruppo di lavoro e profili aggiuntivi (alla luce della particolare natura del servizio come indicato nel capitolato speciale), ha ritenuto corretto che questi ultimi non siano stati inseriti all'interno del gruppo di lavoro, in quanto non chiamati a svolgere alcuna delle attività previste dall'art. 2 del capitolato d'onori e che di conseguenza non siano stati inclusi nel modello "allegato 4 risorse umane", né tra i profili professionali indicati nell'offerta economica in quanto i costi connessi alle 40 giornate lavorative degli stessi non concorrono alla quantificazione del prezzo offerto.

Con riferimento alla seconda censura, secondo cui l' incompleta ed incongruente definizione del gruppo di lavoro di Ernst & Young avrebbe inciso anche sulla valutazione dell'offerta tecnica da parte della commissione che, relativamente ai criteri di cui alle lettere A, C e D, avrebbe quindi errato nell'attribuire il conseguente punteggio, l'amministrazione ha dettagliatamente replicato richiamando le motivazioni sottese ai differenti punteggi attribuiti alle due concorrenti, che ha visto attribuire alla Borgomeo un punteggio di molto inferiore a quello della Ernst & Young.

Con memoria del 18/02/14 si è costituita altresì la SOC. ERNST & YOUNG FINANCIAL BUSINESS ADVISORS SPA.

Con ordinanza cautelare del 22/02/2014 il Collegio ha respinto l'istanza di sospensione del provvedimento impugnato col ricorso principale, rappresentando dettagliatamente i profili di infondatezza dello stesso.

Con atto del 27/02/14 la ERNST & YOUNG ha proposto ricorso incidentale rilevando che, a seguito dell'accesso alla documentazione ed all'offerta presentate dal RTI Borgomeo & C s.r.l. svolto dalla E&Y il 18/02/2014, sono emersi dei vizi che avrebbero dovuto comportare l'esclusione del RTI Borgomeo & C srl dalla gara già in sede di prequalifica, poiché la documentazione amministrativa era viziata ed in palese violazione del disciplinare di gara (art. 20), con conseguente difetto assoluto dell'interesse al ricorso principale.

In particolare, la ricorrente incidentale ha dedotto le seguenti censure:

l) Violazione/falsa applicazione del disciplinare di gara in particolare dell' art.25 (contenuto dell'offerta) in relazione all'indicazione del costo orario; violazione e falsa applicazione dell'art. 86 comma 3 bis codice contratti; Eccesso di potere, difetto di istruttoria. Il disciplinare di gara prevedeva all'art. 25 Contenuto dell'offerta in relazione alla busta e) — offerta economica: "La busta C riportante la dicitura "busta C- offerta economica", deve contenere, pena l'esclusione, l'offerta economica la quale deve essere redatta sulla base del modello"allegato n.5 offerta economica" e deve indicare:

Il prezzo globale offerta, espresso in cifre ed in lettere (al netto dell'IVA);

La percentuale di ribasso praticata rispetto al corrispettivo posto a base d'asta;

L'importo relativo agli oneri di **sicurezza**.

L'indicazione del dettaglio del costo orario, al netto d'IVA, per giornate/uomo (onnicomprensivo di tutte le spese) delle: figure professionali che costituiscono il gruppo di lavoro al precedente art. 3."

In realtà, argomenta la ricorrente incidentale, dalla visione della documentazione presentata in sede di gara dal RTI Borgomeo & C srl risulta che l'offerta presentata dalla ricorrente principale non riporta l'indicazione nel dettaglio del costo orario per giornate/uomo (onnicomprensivo di tutte le spese) delle figure professionali che costituiscono il gruppo di lavoro, come prescritto, a pena di esclusione, dall'art. 25 del disciplinare.

Tale carenza dell'offerta economica avrebbe dovuto comportare l'esclusione del RTI Borgomeo dalla gara, poiché priva

di un elemento essenziale della proposta contrattuale, previsto a pena di esclusione dalla lex specialis.

Inoltre, nell'offerta economica del RTI Borgomeo il costo delle figure professionali offerte, escluso il coordinatore del gruppo di lavoro, è stato indicato di importo uguale per tutti, indipendentemente dalle specifiche esperienze maturate e dalle funzioni svolte.

La circostanza che sia stato offerto un costo finale pari a €120 per tutti, rende ancora più evidente la necessità per la concorrente di specificare il costo orario effettivo delle singole figure professionali, almeno nelle due macro distinzioni tra risorse con almeno 3 anni di esperienza specifica e quelle con meno di 3 anni di esperienza specifica.

La ratio della disposizione di gara sull'indicazione specifica del costo orario delle figure professionali componenti il GdI offerto risponde infatti alle previsioni normative, poste a garanzia del rispetto del costo del lavoro.

Il legislatore, anche a seguito delle recenti modifiche (introduzione del nuovo comma 3-bis dell'art.82 del D.Lgs 163/2006 introdotto dall'art.32, comma 7-bis, dalla legge 9 Agosto 2013, n.98 , G.U. n 194, s.o. 63, del 20/08/2013, di conversione del DL 69/2013), ha previsto che il costo del lavoro sia valutato puntualmente in quanto "costo puro ed incompressibile" da non assoggettare al mercato e la verifica non può limitarsi ad un mero controllo di congruità formulato sulla base di valutazioni parametriche e decontestualizzate.

Proprio tenendo conto di siffatte modifiche legislative il Ministero ha specificatamente chiesto nel disciplinare di gara l'indicazione del costo orario delle singole figure professionali, per verificare il costo effettivo del lavoro.

II. Violazione o falsa applicazione del disciplinare di gara in particolare dell'art.25 (contenuto dell'offerta) in relazione all'indicazione dei costi della **sicurezza**; violazione e falsa applicazione dall'art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006; Eccesso di potere, difetto di istruttoria.

Il disciplinare di gara prevedeva all'art. 25 Contenuto dell'offerta in relazione alla busta c) —offerta economica: "La busta C riportante la dicitura "busta C- offerta economica", deve contenere, pena l'esclusione, l'offerta economica la quale deve essere redatta sulla base del modello "Allegato n.5 offerta economica" e deve indicare:

Il prezzo globale offerta, espresso in cifre ed in lettere (al netto dell 'IVA);

La percentuale di ribasso praticata rispetto al corrispettivo posto a base d'asta;

L'importo relativo agli oneri di **sicurezza**;

L'indicazione del dettaglio del costo orario, al netto d'IVA, per giornate/uomo (onnicomprensivo di tutte le spese) delle figure professionali che costituiscono il gruppo di lavoro al precedente art. 3."

Dalla visione della documentazione presentata in sede di gara dal RTI Borgomeo &C. srl risulta invece che l'offerta presentata dalla ricorrente principale non riporta l'indicazione dell'importo relativo agli oneri della **sicurezza**, prescritto a pena di esclusione delle disposizioni di gara.

Nell'offerta economica predisposta dal RTI Borgomeo nel riquadro n. 1 non è indicato alcun importo "sul totale progetto", mentre è indicato 0,00 % nello spazio previsto per l'indicazione: % su totale progetto.

In sintesi, nessun importo è stato indicato dal RTI Borgomeo &C srl in relazione agli oneri della **sicurezza**, con conseguente necessità di esclusione dalla gara d'appalto per incompletezza dell'offerta.

Nella gara in questione, infatti, la lex specialis prescriveva chiaramente, a pena di esclusione, l'indicazione dell'importo relativo agli oneri della **sicurezza** e l'allegato 5 (fax simile di gara) offerta economica, conteneva un riquadro specifico (n.1) per l'indicazione degli oneri della **sicurezza**.

La mancata indicazione preventiva dei costi per la **sicurezza**, in particolare, rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente pregnante, alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, impedendo alla pubblica amministrazione un adeguato controllo sulla affidabilità del concorrente: in altri termini, l'offerta economica priva dell'indicazione degli oneri di **sicurezza** manca di un elemento essenziale e costitutivo, con conseguente applicazione della sanzione dell'esclusione dalla gara, anche in assenza di una specifica previsione in seno alla lex specialis, attesa la natura immediatamente precettiva della disciplina contenuta nelle norme citate, idonea ad eterointegrare le regole procedurali (su tale specifico punto: Cons. Stato n. 4622/2012; n. 4849/2010 citate).

Né, possono chiedersi ulteriori integrazioni in proposito trattandosi di elementi costitutivi dell'offerta, la cui mancanza

vanifica la stessa esistenza della proposta.

III. Violazione e falsa applicazione delle disposizioni di gara, in particolare dell'art. 20 del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 e ss.mm.; eccesso di potere, difetto di istruttoria.

Dalla visione della documentazione amministrativa presentata dal RTI Borgomeo in sede di prequalifica sarebbe emerso che la mandataria Studio Come non ha presentato tutte le dichiarazioni richieste dall'art. 20 del disciplinare di gara.

Per lo Studio Come srl la domanda di partecipazione è stata infatti resa dalla sig.ra Patrizia di Santo, in qualità di Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante, che ha presentato anche l'Allegato 1 "Dichiarazione sostitutiva di certificazione" riferito alle cause di esclusione ex art. 38 del comma 1 dalla lettera a) alla lettera m)-quater, del D. Lgs. n.163/2006 e s.m.i..

In particolare, per quanto riguarda la dichiarazione relativa alla seguente causa di esclusione: "non è pendente alcun procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 6 del D.Lgs. n. 159/2011 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 67 del D.Lgs. n. 159/2011 " di cui alla lett. b dell'art. 38 d.lgs. 163/2006, la dichiarazione è stata rilasciata dal legale rappresentante (dott.ssa Patrizia di Santo) per sé e per Ornella Casale che risulta essere socia dello Studio COME s.r.l. (ma non socio unico).

Al riguardo occorre precisare che l'art. 38 del d.lgs. 163/2006 prevede:

"1. Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, ne' possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti:

lett. b) nei cui confronti e' pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'articolo 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una delle cause ostative previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società' in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società' in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società' con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società".

Dalla visura dello Studio Come s.r.l, risulta che la compagine societaria è composta da due soci (Patrizia di Santo ed Ornella Casale).

Consigliere delegato e Presidente del consiglio di amministrazione è la dott.ssa Patrizia di Santo, che ha reso la dichiarazione di cui all'Allegato 1 nonché quella di cui Allegato 3, sulla non sussistenza delle cause di divieto, decadenza e sospensione prevista dall'art. 67 del dlgs. n.159 del 2011(codice antimafia); altro consigliere del C.D.A è Armando Lalloppizzi, che ha reso solo la dichiarazione di cui all'art. 67 d.lgs. n.159/2011, così come la sig.ra Ornella Casale, che ha reso solo la dichiarazione ex art.67 dlgs 158/2006 .

Dallo statuto della società risulta che al Consiglio di Amministrazione sono conferiti:

1. I più ampi poteri di rappresentanza ai due membri del consiglio di amministrazione, riservando al consiglio stesso ogni e qualsiasi questione ad oggetto il personale dipendente.
2. Uso della firma sociale e tutti i poteri, sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, ai propri membri, delegandoli a qualsiasi atto di amministrazione ad eccezione di quanto proposto per i rapporti con il personale dipendente.

Ad avviso della ricorrente incidentale, quindi, risulta evidente che le dichiarazioni ex art. 38 del d.lgs. 163/2006 dovevano essere rese anche dal sig. Armando Lalloppizzi, in qualità di Consigliere del C.D.A, della società, perché dotato di poteri di rappresentanza legale della società.

La ricorrente ha infine concluso per l'accoglimento del ricorso incidentale, con conseguente declaratoria di inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale.

Nell'udienza pubblica del 17 aprile 2014, viste le memorie di replica presentate dalle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di dover esaminare, prioritariamente, il ricorso incidentale per il suo carattere "escludente", venendo in esso sollevata l'eccezione di carenza di interesse del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che avrebbe dovuto essere escluso dalla gara ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione (Cons. Stato Sez. V, 08-04-2014, n. 1656; Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 25-02-2014, n. 9).

Il ricorso incidentale va accolto, in considerazione della fondatezza del secondo motivo, con assorbimento delle restanti censure.

Con la censura in oggetto, la ricorrente incidentale argomenta che la ricorrente principale illegittimamente non è stata esclusa dalla gara, sin dalla fase di prequalifica, per incompletezza dell'offerta, non avendo la stessa fornito alcuna indicazione, nella propria offerta, con riferimento agli oneri aziendali per la **sicurezza**.

Ed invero, nelle gare d'appalto l'indicazione degli oneri aziendali per la **sicurezza** costituisce, in virtù degli artt. 86, comma 3-bis, e art. 87, comma 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti) un adempimento direttamente imposto dalla legge" (Cons. Stato - Sez. V, 29-02-2012, n. 1172) al punto che, anche a fronte dell'eventuale mancata previsione, nella lex specialis di gara, di una specifica ipotesi di esclusione, le citate disposizioni normative devono ritenersi immediatamente precettive ed idonee ad eterointegrare le regole procedurali" (cfr., ex multis, T.A.R. Lazio Roma - Sez. 1, 17-10-2012, n. 8522).

Nella gara in questione, oltretutto, la lex specialis prescriveva chiaramente, a pena di esclusione, l'indicazione dell'importo relativo agli oneri della **sicurezza** e l'allegato 5 (fax simile di gara) offerta economica, conteneva un riquadro specifico (n.1) per l'indicazione degli oneri della **sicurezza**, adempimento difatti assolto dalla ricorrente incidentale ERNST & YOUNG.

La censura merita di essere condivisa.

In particolare, non convincono le argomentazioni fornite dalla ricorrente principale, che ha invocato in proposito l'art.5 del capitolato d'onori, il quale precisava che "Ai sensi di quanto disposto dall'art. 26 commi 1,2, 3 e 5 del D. lgs. n. 81/2008 e s.m.i, non sussiste l'obbligo di elaborazione del D.UV.R.I. in quanto gli oneri di **sicurezza** per i rischi da interferenza sono pari a zero, tenuto conto della natura strettamente intellettuale del servizio."

In particolare, secondo la ricorrente principale, "poiché la stazione appaltante ha dichiarato che gli oneri di **sicurezza** per i rischi da interferenza sono pari a zero, tenuto conto della natura strettamente intellettuale del servizio, del tutto legittima appare la valutazione in termini di "irrelevanza" e/o "ininfluenza" dei costi della **sicurezza** dichiarata dal RTI Borgomeo".

In proposito, il Collegio - pur non disconoscendo le peculiarità dell'appalto in questione avente ad oggetto il reclutamento di un contingente di personale al fine di integrare, presso la Direzione Generale dell'immigrazione e delle politiche di integrazione in materia di minori stranieri, quello destinato al servizio di assistenza al programma di valutazione e approvazione dei programmi solidaristici di accoglienza temporanea e il monitoraggio sulle modalità di soggiorno dei minori stranieri accolti temporaneamente in Italia, nell'ambito dei programmi solidaristici di accoglienza (sotto il profilo e dell'aggiornamento costante della banca dati informatizzata, impulso alle indagini familiari, rilascio dei pareri ex art. 32 del T.U. sull'immigrazione; e della tutela del minore stesso, a partire dall'accoglienza del minore e fino all'inserimento sociale e lavorativo)- ritiene che ciò non esimesse, comunque, la ricorrente dal prendere specificatamente in considerazione e ponderare adeguatamente, pur con le peculiarità del caso, gli obblighi gravanti ex lege sull'impresa, in materia di indicazione dei costi di **sicurezza** aziendali.

In particolare, si definisce "costo della **sicurezza** aziendale" (CS), il valore determinato come frazione percentuale delle spese generali (SG) che l'impresa sostiene nell'esecuzione dell'appalto, in base alla tipologia dei lavori dell'opera e alla stato dei luoghi. Tra tali costi rientrano, certamente, i "costi della **sicurezza**" e, all'interno di essi, anche quelli genericamente riferibili alla **sicurezza** "nel" luogo di lavoro, come oggi chiaramente indicato dal nuovo comma 3 bis dell'art.83 del Codice Appalti (inserito dall'art. 32, comma 7-bis, D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, prima che venisse bandita la gara in questione).

Tale disposizione, con riferimento al criterio del prezzo più basso - ma con una ratio che ad avviso del Collegio deve imprescindibilmente essere applicata anche agli altri criteri - chiarisce che infatti " Il prezzo più basso è determinato al netto (...) delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e **sicurezza** nei luoghi di lavoro".

Ciò premesso, come chiarito anche da una recente decisione (cfr. T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 15-01-2014, n. 7), i costi di **sicurezza** per i rischi da interferenza - la cui misura va predeterminata dalla stazione appaltante- devono essere distinti dai costi di **sicurezza** "aziendali", la cui quantificazione compete ad ogni concorrente in rapporto alla sua offerta economica, rispetto all'entità ed alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura.

L'omessa previa indicazione dei costi per la **sicurezza** pertanto- sia nel comparto dei lavori che in quelli dei servizi e delle forniture- rende l'offerta incompleta sotto un profilo di particolare rilevanza, alla luce della natura costituzionalmente

sensibile degli interessi protetti, impedendo alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa, con il corollario che la sanzione per tale omissione non può che essere l'esclusione dalla gara (cfr. T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 15-01-2014, n. 7; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, n. 181/2013, cit.), come peraltro stabilito dalla lex specialis di gara

La circostanza, quindi, che l'amministrazione abbia escluso la sussistenza di rischi da interferenze - e, nel caso in esame, l'obbligo di elaborazione del D.U.V.R.I. in quanto gli oneri di **sicurezza** per i rischi da interferenza sono pari a zero, "tenuto conto della natura strettamente intellettuale del servizio" - non esclude l'onere per l'impresa di prevedere e quantificare in sede di offerta i costi della **sicurezza** da c.d. "da rischio specifico" il cui obbligo, come già evidenziato, deriva direttamente dalla norme di legge poste a presidio di diritti fondamentali dei lavoratori e, quindi, deve ritenersi sussistente pur ove il disciplinare di gara non rechi alcuna previsione al riguardo (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. III, 28 agosto 2012, n. 4622; T.A.R. Veneto, Sez. I, n.1050 dell'8 agosto 2013, n. 1050; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, II, 19 febbraio 2013, n. 181; T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 15-05-2013, n. 1091).

Del resto, come chiarito dalla giurisprudenza (cfr., in proposito, T.A.R. Lazio Roma Sez. I ter, 15-07-2013, n. 6999, Cons. Stato Sez. III, 02-09-2013, n. 4369) i costi per la **sicurezza** propri dell'impresa devono essere specificatamente indicati anche nel caso in cui siano eventualmente ritenuti dalla concorrente -per la peculiarità del servizio, del luogo di lavoro o per altre ragioni- pari a "zero".

Tale adempimento, nel caso in esame, non è stato assolto, con la conseguenza che non può neppure aderirsi alla tesi esposta dal difensore della ricorrente principale, secondo cui tale aspetto, al più, avrebbe potuto essere preso in considerazione in sede di congruità dell'offerta.

Né può aderirsi alla tesi secondo cui, nel caso in esame, la violazione avrebbe una mera rilevanza "formale", attesa - ad avviso della ricorrente principale- la "sicura assenza, nell'ambito delle lavorazioni oggetto della gara, di profili di interesse in tema di salute e **sicurezza** sul lavoro" con la conseguenza che l'imposizione della specificazione di tali costi a titolo di "rischio specifico" non sarebbe pertinente con gli interessi sostanziali dell'Amministrazione .

Infatti, la circostanza che il servizio appaltato attenesse a prestazioni di carattere prettamente "intellettuale" - con conseguente esonero, per quanto riguarda gli obblighi dell'amministrazione appaltante, dell'ottemperanza alle prescrizioni di cui all'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (strumento deputato unicamente ad indicare le misure da adottare per eliminare o, ove ciò non risulti possibile, ridurre al minimo esclusivamente i c.d. "rischi da interferenze" tra i propri lavoratori e quelli dell'Impresa appaltatrice e prevederne i relativi costi della **sicurezza**) - nel caso di specie non esimeva l'impresa appaltatrice dal valutare esplicitamente, la sussistenza di profili di interesse in tema di salute e **sicurezza** del personale sul luogo di lavoro (si pensi, a titolo di esempio, ai rischi per la salute connessi all'utilizzo di strumenti informatici), anche al fine di escludere la necessità di sostenere costi specifici.

Ed infatti, il Capitolato d'onere e disciplinare di gara allegato alla determina a contrarre dell'11 settembre 2013 prevedeva espressamente, all'art.12, che qualsiasi onere relativo al rispetto della normativa vigente a tutela dei lavoratori, anche sotto il profilo previdenziale e della **sicurezza**, fosse posto a carico dell'aggiudicatario, con esonero totale dell'amministrazione anche per eventuali ipotesi di infortunio di qualsiasi genere anche per attività svolte nei locali dell'amministrazione precedente, con la conseguenza che tali costi avrebbero dovuto senz'altro essere computati nell'ambito del rischio specifico della concorrente.

Anche a volere aderire, quindi, all'orientamento da ultimo espresso dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Consiglio di Stato, n.330 del 22 gennaio 2014, che nel caso esaminato, ha ritenuto l'indicazione dei costi sulla **sicurezza** non obbligatoria nelle gara di servizi di natura intellettuale, in quanto agli atti di causa era stata fornita da parte dell'impresa documentazione attestante il rispetto degli obblighi di **sicurezza** sul lavoro), il principio ivi affermato non potrebbe applicarsi al caso in esame, in cui non solo tale dimostrazione non risulta fornita, ma comunque le peculiari modalità della prestazione intellettuale fornita (nell'ambito di locali e con l'utilizzo di supporti tecnologici altrui, ma a rischio esclusivo dell'aggiudicatario) imponevano di indicare espressamente, a pena di esclusione comminata dall'art.31 (Ulteriori cause di esclusione dalla procedura) la dichiarazione relativa all'importo relativo agli oneri di **sicurezza** (cfr.art.25 del Disciplinare, Contenuto dell'offerta), così da potersi ritenere, a tal fine, del tutto insufficiente la mera attestazione della "regolarità nei confronti delle norme in materia di salute e **sicurezza** sui luoghi di lavoro", pur richiesta dall'art.20 lett.g) del Disciplinare di gara. In conclusione, il ricorso incidentale va accolto, attesa la fondatezza del secondo motivo con assorbimento delle ulteriori censure e, per l'effetto, va disposto l'annullamento degli atti gravati con il predetto ricorso incidentale, nella parte in cui l'amministrazione non ha disposto l'esclusione della C. BORGOMEIO & Co. S.r.l già in sede di prequalifica.

La accertata fondatezza del ricorso incidentale preclude al Collegio l'esame del merito delle censure proposte dal ricorrente principale con il ricorso introduttivo (Cons. Stato Sez. III, 07-04-2014, n. 1634) che, pertanto, va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposti:

accoglie il ricorso incidentale, per gli effetti di cui in motivazione;

dichiara improcedibile il ricorso principale;

condanna parte ricorrente alle spese di lite, che si liquidano nella misura di euro 4.000,00 (quattromila), oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pierina Biancofiore, Presidente FF

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere, Estensore

Alfredo Storto, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/05/2014

IL SEGRETARIO

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