

N. 00019/2011 REG.SEN.

N. 01329/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1329 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Alessio S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Bruno Sarzotti e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso Bruno Sarzotti in Torino, corso Re Umberto, 27;

contro

Azienda Sanitaria Locale AL, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Castellotti, Maria Daniela Cogo ed Elio Garibaldi, con domicilio eletto presso l'Avvocatura della Regione Piemonte in Torino, piazza Castello, 165;

nei confronti di

Dussmann Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Martinez, Davide Moscuza e Giulietta Redi, con domicilio eletto presso Giulietta Redi in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto avente ad oggetto l'affidamento del servizio di ristorazione ai degenti ed ai dipendenti della A.S.L. AL - presidi ospedalieri ed aree territoriali di Casale Monferrato, Tortona e Valenza - disposta dall'Azienda Sanitaria Locale AL in favore della Dussman Service S.r.l. in data 20 novembre 2009;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso ai precedenti ed in particolare di tutti i verbali della Commissione di gara, tutti in parte qua, della deliberazione n. 1094 del 30 aprile 2009 che ha approvato gli atti di gara, nonché dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della controinteressata;

e per la condanna dell'Ente intimato al risarcimento del danno derivante alla Società ricorrente dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

nonché per l'accertamento del diritto della ricorrente ad avere pieno accesso alla documentazione richiesta con nota in data 24/11/1009, relativa a tutti gli atti del procedimento, e per la conseguente condanna dell'Ente intimato ad esibire la predetta documentazione;

nonché, con motivi aggiunti di ricorso, per l'annullamento

- della deliberazione del Direttore Generale dell'A.S.L. AL n. 2009/2149 del 28 dicembre 2009 con la quale l'Amministrazione resistente ha approvato gli atti della procedura avente ad oggetto l'affidamento del servizio di ristorazione ai degenti ed ai dipendenti della A.S.L. AL - presidi ospedalieri ed aree territoriali di Casale Monferrato, Tortona e Valenza - e aggiudicato in via definitiva l'appalto alla Dussman Service S.r.l.;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso al precedente

e per la conseguente condanna dell'Ente intimato al risarcimento del danno derivante alla Società ricorrente dall'esecuzione dei provvedimenti impugnati;

nonché, con motivi aggiunti di ricorso,
per la caducazione del contratto nel frattempo stipulato.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale AL e di
Dussmann Service S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2010 il dott. Richard Goso e
uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) Con deliberazione del Direttore Generale n. 1094 del 30 aprile 2009, l'Azienda Sanitaria Locale AL di Casale Monferrato ha indetto una gara, a procedura aperta, per l'affidamento del servizio di ristorazione per i degenti dei presidi ospedalieri e per i dipendenti, per un periodo di nove anni.

Con il medesimo provvedimento, sono stati approvati il bando di gara e il capitolato speciale.

La legge di gara prevedeva che l'appalto sarebbe stato aggiudicato con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 55 punti per l'offerta tecnica e 45 punti per il prezzo.

2) All'esito della valutazione delle offerte tecniche, la Commissione giudicatrice attribuiva 43,5 punti alla ricorrente e 53,5 punti alla Dussmann Service S.r.l.

Per l'offerta economica, erano attribuiti 45 punti alla ricorrente e 42,97 punti alla Dussmann Service S.r.l.

L'appalto era quindi aggiudicato provvisoriamente alla Dussmann Service S.r.l. che aveva conseguito 96,47 punti complessivi, mentre la ricorrente si collocava al secondo posto della graduatoria con 88,50 punti.

3) Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, Alessio S.p.a. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara, deducendo motivi di gravame così rubricati:

I) Violazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. 163/2006; violazione dei principi di imparzialità, trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa. Violazione del principio di par condicio tra i concorrenti. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione. Contraddittorietà tra atti.

II) In via subordinata: violazione e falsa applicazione del punto IV.2.1) del bando. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006. Violazione dei principi di imparzialità e par condicio tra i concorrenti. Violazione dei principi di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa; eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà tra atti. Violazione dei principi di trasparenza, di libera concorrenza e par condicio tra i concorrenti.

III) Ancora in via subordinata: violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006; violazione dei principi di imparzialità e trasparenza, efficienza e buona amministrazione; contraddittorietà intrinseca; difetto di motivazione; violazione del principio di par condicio tra i concorrenti.

Sulla scorta di tali censure, la ricorrente ha proposto domanda per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara e per il risarcimento del danno; ha chiesto, altresì, che venga ordinato l'accesso a tutti gli atti di gara, in particolare alla documentazione presentata dall'aggiudicataria ai fini dell'ammissione.

4) Si sono costituiti in giudizio l'intimata Amministrazione e l'impresa aggiudicataria, entrambe argomentando nel senso dell'infondatezza del ricorso.

- 5) Con ordinanza n. 983 del 21 dicembre 2009, è stata respinta, per carenza di fumus, l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente.
- 6) Con un primo ricorso per motivi aggiunti, Alessio S.p.a. ha esteso l'impugnazione al provvedimento 28.12.2009 di aggiudicazione definitiva della gara, deducendo i seguenti nuovi motivi di gravame:
 - IV) violazione degli artt. 11 e 40, punto 4, del capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà tra atti. Violazione dei principi di imparzialità, trasparenza ed efficienza dell'azione amministrativa.
 - V) Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. 163/2006. Violazione dei principi di imparzialità ed efficienza dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, contraddittorietà tra atti. Illogicità.
 - VI) Illegittimità derivata per illegittimità della lex specialis di gara.
- 7) Le parti resistenti hanno depositato memorie con le quali contrastano la fondatezza dei motivi aggiunti di ricorso.
- 8) Con ordinanza n. 80 del 29 gennaio 2010, è stata respinta, sempre per carenza di fumus, l'istanza cautelare proposta con il ricorso per motivi aggiunti.
- 9) Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, Alessio S.p.a., senza impugnare nuovi atti né dedurre nuovi vizi di legittimità, ha ulteriormente articolato le censure proposte con i precedenti mezzi di gravame e introdotto la domanda di caducazione del contratto d'appalto stipulato in data 1° febbraio 2010.
- 10) In prossimità della pubblica udienza, le parti hanno depositato memorie difensive e di replica.
- 11) Chiamato alla pubblica udienza del 2 dicembre 2010, il ricorso è stato ritenuto in decisione; il giorno successivo è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 87/2010.

DIRITTO

12) Con il primo motivo del ricorso introduttivo, proposto avverso l'aggiudicazione provvisoria della gara d'appalto, Alessio S.p.a. sostiene che l'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto connotata da "manifesti profili di anomalia".

Sostiene l'esponente che tale offerta comporterebbe spese per il personale e per l'investimento tecnologico di entità tale da non consentire gli ulteriori costi di gestione, quali quelli per le materie prime.

Parrebbe inverosimile, inoltre, la previsione di contenimento delle spese generali in misura inferiore al 13-15%.

In disparte la genericità delle riferite censure, le stesse sono inammissibili in quanto, in presenza di un atto endoprocedimentale di aggiudicazione provvisoria e quindi a procedura di gara non ancora conclusa, non sono ipotizzabili contestazioni circa l'anomalia dell'offerta, essendo queste afferenti unicamente il provvedimento di aggiudicazione definitiva che implica e presuppone proprio il giudizio di congruità dell'offerta medesima (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 10 novembre 2005, n. 18837).

13) Il secondo motivo del ricorso introduttivo, dedotto in via subordinata, concerne la metodologia applicata per l'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche, asseritamente tale da ridurne all'estremo l'incidenza e da introdurre conseguenti elementi distorsivi nella valutazione complessiva delle offerte.

Più precisamente, la deducente ritiene che il metodo applicato nel caso di specie si basi su una formula matematica che comporta un eccessivo "appiattimento" tra i punteggi per le diverse offerte economiche e determina "l'alterazione del rapporto tra pesi ponderali dell'offerta tecnica e dell'offerta economica sancito dalla lex specialis di gara in 55/45".

Per evitare tale effetto distorsivo, l'Amministrazione avrebbe dovuto fare applicazione della metodologia prevista dall'allegato B al d.P.R. n. 554/1999.

Il motivo di ricorso è parzialmente inammissibile, poiché l'esponente non comprova che l'applicazione del diverso metodo suggerito per l'attribuzione del punteggio le avrebbe consentito di colmare il divario risultante dalla valutazione dell'offerta tecnica.

Esso, comunque, è infondato nel merito.

Per ciò che concerne il riferimento al d.P.R. n. 554/1999, va precisato che tale decreto, contenente disposizioni regolamentari di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici, non trovava necessaria applicazione, sotto questo profilo, nella procedura di gara in esame, avente ad oggetto un appalto di servizi.

La formula matematica applicata nella fattispecie ricalca incontestatamente, invece, il modello disegnato dal d.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117 (tuttora vigente), che, pur riferito ad una diversa tipologia di contratti, detta regole le quali, almeno fino all'entrata in vigore del regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici, possono trovare valida applicazione per la determinazione dei parametri di ponderazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella generalità degli appalti di servizi.

Tale formula comporta l'attribuzione di punteggi inversamente proporzionali a quello del concorrente che ha presentato la migliore offerta economica, calcolati secondo un criterio aritmetico oggettivo e idoneo a valorizzare la diversa consistenza delle singole offerte, potendosi conseguentemente affermare che la relativa omogeneità dei punteggi attribuiti per tale elemento non sia stata provocata dalla particolare metodologia di attribuzione dei punteggi, ma, al contrario, dalla ridotta distanza tra i valori delle offerte economiche.

14) Il terzo motivo del ricorso introduttivo, dedotto in via ulteriormente subordinata, investe le presunte carenze della legge di gara nella parte in

cui non specifica i criteri motivazionali che avrebbero dovuto trovare applicazione per l'attribuzione dei punteggi.

Tale omissione, precisa la ricorrente, impedirebbe di comprendere l'iter logico seguito dalla Commissione di gara, non essendo sufficienti a tal fine le indicazioni che si rinvencono dalla lettura dei criteri e sottocriteri fissati dalla *lex specialis*.

Neppure questa censura può essere condivisa, atteso che la specificazione dei criteri motivazionali può essere omessa laddove i criteri e i sub-criteri di valutazione, debitamente coordinati con le ulteriori indicazioni contenute nella legge di gara, risultino così dettagliati da consentire di prescindere.

E' quanto si verifica nel caso in esame, ove i sub-criteri elencati dall'art. 42 del capitolato speciale, integrati con gli elementi rivenienti dalla lettura degli artt. 4 e 40 (rispettivamente riferiti alle modalità di svolgimento del servizio e alla relazione tecnica da presentare a corredo dell'offerta), rendono agevole l'individuazione degli elementi che la Commissione giudicatrice era chiamata a valorizzare ai fini dell'attribuzione dei punteggi per il parametro qualità.

Per dimostrare tale assunto, ci si può riferire proprio all'esempio formulato da parte ricorrente la quale si duole dell'ambiguità del sub-criterio "organizzazione della veicolazione dei pasti" che, in assenza di più specifiche indicazioni, non consentirebbe di comprendere se il criterio motivazionale per l'attribuzione del punteggio dovesse essere individuato nel tempo stimato per la veicolazione, nell'idoneità dei mezzi impiegati a preservare la temperatura dei cibi ovvero nel numero di veicoli impiegati.

L'obiettivo margine di indeterminatezza proprio di tale sub-criterio viene meno, però, alla luce delle più puntuali indicazioni contenute nell'art. 4, punto 4.6, del capitolato speciale ("Trasporto e consegna dei pasti per i

degenti”), che evidenzia con chiarezza le caratteristiche della prestazione da valorizzarsi ai fini dell’attribuzione del punteggio, essenzialmente riconducibili all’utilizzo di “automezzi idonei ed igienicamente conformi al tipo di servizio”, “possibilmente a basso impatto ambientale”, e all’adozione di “soluzioni che possano garantire il rispetto delle temperature”.

15) Con il primo motivo aggiunto di ricorso, l’esponente sostiene che l’offerta di Dussmann Service S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto non idonea a garantire la continuità del servizio nella fase transitoria di adeguamento dei locali e degli impianti: l’aggiudicataria, infatti, non avrebbe titolo per utilizzare il centro di cottura di proprietà di terzi indicato nell’offerta e tale struttura, comunque, non avrebbe una sufficiente “capacità produttiva” rispetto alle esigenze della stazione appaltante.

In sede cautelare, si è già rilevato come tale censura non sia idonea a rivelare profili di illegittimità dell’impugnata aggiudicazione, “traducendosi sostanzialmente in un giudizio prognostico circa futuri inadempimenti degli obblighi assunti con il contratto”.

Va solamente soggiunto che la soluzione progettuale di cui si discute non era configurata dalla lex specialis quale requisito di partecipazione alla gara e che la controinteressata ha comunque comprovato il possesso di un titolo giuridico che la legittima all’utilizzo del centro cottura indicato nell’offerta, le cui caratteristiche, come si evince dalla documentazione versata in atti, paiono sufficienti a garantire il fabbisogno della stazione appaltante.

16) Il secondo motivo aggiunto di ricorso investe il giudizio di congruità reso nei confronti dell’offerta aggiudicataria che, ad avviso dell’esponente, sarebbe viziato sotto il profilo del difetto di istruttoria e di motivazione nonché per incongruenze di carattere sostanziale.

16.1) Quanto al primo profilo di censura, la deducente lamenta che l'Amministrazione avrebbe considerato le sole giustificazioni prodotte in sede di gara, richiamandole per relationem, nonostante la loro pretesa insufficienza, a motivazione del giudizio finale di non anomalia dell'offerta.

La correttezza di un siffatto modus operandi, peraltro, è confermata dalla giurisprudenza amministrativa la quale, con orientamento univoco, ha precisato che l'obbligo di motivare in maniera particolarmente approfondita il giudizio di anomalia sorge solo nell'ipotesi in cui la stazione appaltante esprima un giudizio negativo che fa venir meno l'aggiudicazione, mentre, laddove la verifica di anomalia conduca a non escludere l'offerta oggetto di verifica, non è richiesto che la motivazione sia particolarmente analitica e puntuale, potendo in tal caso trovare sostegno per relationem nelle stesse giustificazioni presentate dal concorrente o nei documenti prodotti a corredo dell'offerta (cfr, fra le ultime, T.A.R. Piemonte, sez. II, 29 ottobre 2010, n. 3934; Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7266; idem, 22 febbraio 2010, n. 1029; T.A.R. Piemonte, sez. I, 16 novembre 2009, n. 2554).

16.2) Sotto il profilo sostanziale, l'esponente rileva elementi di incongruità dell'offerta aggiudicataria, con particolare riferimento alla pretesa sottostima dei costi per il personale e delle spese generali, senza però allegare elementi idonei a dimostrare l'effettiva insostenibilità dell'offerta.

16.2.1) Quanto al costo per il personale, afferma che esso sarebbe stato "sottostimato di quasi un terzo", anche se limita i propri rilievi alla mancata previsione degli oneri per la sostituzione di particolari figure (quali il responsabile del servizio, il capo cuoco e il magazziniere) e per la corresponsione di determinate indennità contrattuali (quali l'indennità di reperibilità e gli straordinari).

Va innanzitutto rilevato come l'offerta dell'aggiudicataria fosse corredata da un'analitica tabella con l'indicazione delle unità di personale da impiegare nel servizio e dei relativi costi distinti per qualifica, comprensiva del personale

necessario per le sostituzioni, nonché dalla dichiarazione di conformità rispetto alle tabelle ministeriali ed ai valori contrattuali.

La ricorrente non fornisce specifici elementi a confutazione dei contenuti della tabella e della dichiarazione di cui sopra e trascura anche di considerare che la propria offerta prevedeva una spesa complessiva per il personale inferiore di quasi 3 milioni di euro a quella (asseritamente anomala) dell'aggiudicataria e che il costo orario previsto per il proprio personale era inferiore per la quasi totalità delle figure professionali da impiegare nel servizio.

Gli ulteriori rilievi dedotti al riguardo con il secondo ricorso per motivi aggiunti investono aspetti piuttosto marginali, incapaci anche in astratto di condurre ad una effettiva dimostrazione dell'inaffidabilità sotto il profilo economico dell'offerta aggiudicataria.

16.2.2) Quanto alle spese generali, l'esponente giudica inverosimile che le stesse possano essere contenute nella misura del 3,78% del prezzo offerto, a fronte della quantificazione operata dall'art. 34 del d.P.R. n. 554/1999 (variabile fra il 13% e il 15%).

Quest'ultima percentuale, peraltro, è riferita agli appalti di lavori pubblici e la ricorrente non adduce elementi atti a far ritenere che essa possa trovare applicazione anche negli appalti di servizi (nel settore della ristorazione, secondo quanto riferisce la controinteressata, tale rapporto non supererebbe mai la soglia del 5%).

La percentuale di spese generali prevista dall'aggiudicataria è pari, comunque, al non trascurabile importo di € 945.000.000 che la stazione appaltante, con giudizio scevro da profili di irragionevolezza, ha reputato sufficiente a "coprire" i costi fissi dell'appalto (tanto più che le notevoli dimensioni dell'impresa aggiudicataria garantiscono, contrariamente a quanto presume la ricorrente, il potenziale conseguimento di apprezzabili economie di scala).

17) Il giudizio di infondatezza riferito alle censure sopra illustrate comporta la reiezione dell'ultimo motivo aggiunto di ricorso, inerente l'illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Nel contesto di tale motivo di ricorso, peraltro, l'esponente inserisce un nuovo rilievo critico, riferito ad una presunta disparità di trattamento nell'attribuzione del punteggio per il sub-criterio "piano di organizzazione del servizio".

Più precisamente, Alessio S.p.a. lamenta di aver ricevuto, per tale parametro di valutazione, soli 4 punti, per aver previsto nella dotazione di personale dell'ospedale di Tortona la sola figura dell'aiuto cuoco, mentre l'aggiudicataria, che aveva formulato identica previsione, ha conseguito il massimo di 8 punti.

Tale rilievo, peraltro, è insufficiente a garantire il superamento della prova di resistenza in quanto, anche attribuendo all'offerta di Alessio S.p.a. ulteriori 4 punti, essa si collocherebbe ancora ampiamente al di sotto del punteggio complessivo dell'aggiudicataria.

18) In conclusione, il ricorso è infondato e deve essere respinto.

19) Non vi è luogo a provvedere sulla domanda di accesso documentale, atteso che, all'esito dell'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante ha reso accessibili tutti gli atti di gara.

20) Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese del grado di giudizio che liquida forfetariamente nell'importo complessivo di € 2.500,00 oltre IVA e CPA per ognuna delle parti resistenti.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Alfonso Graziano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2011

IL SEGRETARIO

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