



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 la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 914 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

D.D.S. Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Riccardo Caracciolo, Silvio Quaglia,
con domicilio eletto presso Silvio Quaglia in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

contro

Istituto Tecnico Commerciale Per Geometri "Cristoforo Colombo", Ministero
dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca, rappresentati e difesi
dall'Avvocatura, domiciliata per legge in Genova, v.le Brigate Partigiane 2;

nei confronti di

Coffee Time Sanremo Societa' A Responsabilita' Limitata con Unico Socio,
rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Massa, Gianluca Petruzzelli, con
domicilio eletto presso Francesco Massa in Genova, via Corsica 21 Anzi via Roma,
11/1;

per l'annullamento

PROVVEDIMENTO AVENTE AD OGGETTO GARE D'APPALTO:
ASSICURAZIONE, DISTRIBUTORE AUTOMATICO E FORNITURA
PANINI, IMPRESA DI PULIZIA

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Istituto Tecnico Commerciale Per Geometri "Cristoforo Colombo" e di Ministero dell'Istruzione dell'Universita' e della Ricerca e di Coffee Time Sanremo Societa' A Responsabilita' Limitata con Unico Socio;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Coffee Time Sanremo Sr. (Ric. Inc.), rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Massa, Gianluca Petruzzelli, con domicilio eletto presso Francesco Massa in Genova, via Corsica 21 Anzi via Roma, 11/1;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2011 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame introduttivo del giudizio la società ricorrente esponeva di aver partecipato alla procedura di gara in oggetto, concernente l'affidamento del servizio di ristoro. All'esito della gara, cui partecipavano solo le odierne parti ricorrente e controinteressata, il servizio di ristoro veniva aggiudicato per entrambi i lotti alla Coffee time.

Avverso l'aggiudicazione si muovevano pertanto le seguenti censure:

- violazione della lex specialis, del principio del buon andamento e di quelli generali che regolano le gare, eccesso di potere per insussistenza del presupposto, difetto di

motivazione sulla violazione dell'autolimita, travisamento fatti, per mancanza dei cinque anni di esperienza nel settore in quanto all'epoca dell'offerta la controinteressata svolgeva l'attività in questione da 4 anni e 5 mesi, cui è conseguita altresì attribuzione di punteggio massimo non spettante;

- violazione del bando di gara e degli artt. 2, 27, 30 e 121 d.lgs. 163\2006, eccesso di potere per falsità dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento fatti, illogicità, contraddittorietà, disparità di trattamento, manifesta ingiustizia, sviamento, per errato calcolo del punteggio relativo al prezzo in favore della controinteressata (69,57 in luogo di 68, 89) cui consegue il ribaltamento dell'esito della gara;

- violazione degli artt. 2, 27, 30, 81, 83 e 121 d.lgs. 163\2006 e dei principi di gara, eccesso di potere sotto analoghi profili, violazione dell'art. 34 d.m. 44\2001 e della delibera n. 19 del 7\7\2010 del consiglio di istituto, per l'illegittima assegnazione di 3 punti a insindacabile giudizio per attività simili svolte nello stesso istituto negli ultimi cinque anni, con ciò predeterminando un vantaggio fondamentale in capo alla odierna controinteressata, unico soggetto a trovarsi pacificamente in tali condizioni;

- in subordine analoghe censure per l'illegittimità della composizione e del funzionamento della commissione di valutazione, nonché violazione dell'art. 38 d.lgs, 163 cit, laddove reputato applicabile alla fattispecie in esame, in quanto la dichiarazione presentata dalla coffee time, pur conforme al bando, non lo è alla norma;

- illegittimità delle note datate 4 e 5\10\2010 di conferma degli atti di gara.

Venivano altresì formulate domande istruttorie, di accertamento, declaratoria inefficacia contratto, condanna in forma specifica e cautelare.

L'amministrazione intimata e la società controinteressata si costituivano in giudizio e, contro deducendo punto per punto, chiedevano il rigetto del gravame.

Con ordinanza n. 464 del 28\10\2010 questo Tar accoglieva la domanda cautelare proposta; per l'effetto fissava l'udienza di discussione e sospendeva l'esecuzione del provvedimento impugnato.

Con ricorso incidentale la società controinteressata contestava per tale via la mancata esclusione della ricorrente, deducendo le seguenti censure: violazione dell'artt. 38 d.lgs163 cit., eccesso di potere per difetto di istruttoria, motivazione e presupposto, per mancanza della necessaria dichiarazione da parte di tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza.

Avverso tale censura parte ricorrente chiedeva la declaratoria di inammissibilità ed il rigetto nel merito

Con atto di motivi aggiunti depositato in data 10\11\2010 parte ricorrente proponeva ulteriori censure, anche in via derivata rispetto ai motivi principali, in ordine ai seguenti profili: illegittimità della nota che rimette la possibilità di assistere alle operazioni di gara ad una espressa richiesta; illegittimità della nota che consentirebbe di dettare autonomi criteri procedurali; illegittimità della nota che da atto del supplemento di istruttoria in ordine alle pregresse esperienze ultraquinquennali della coffee time; incompetenza della giunta esecutiva; apertura delle buste contenenti le offerte economiche anteriormente all'assegnazione dei punteggi tecnici; mancanza della necessaria dichiarazione x art. 38 d.lgs. 163 cit. da parte del legale rappresentante.

Anche avverso tali motivi aggiunti le parti resistenti replicavano chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza del 3\2\2011 la causa passava in decisione.

DIRITTO

La presente controversia si impernia sull'impugnazione dell'esito e degli atti della gara in oggetto, in via principale da parte della ricorrente, la quale contesta sia il

punteggio che l'ammissione della vincitrice, e in via incidentale da parte della controinteressata, la quale contesta l'ammissione della ricorrente.

Come noto, se in generale nel caso in cui siano stati proposti un ricorso principale e un ricorso incidentale la scelta del giudice amministrativo nella priorità da dare al loro esame deve ancorarsi solo ai pilastri fondanti del giudizio, e cioè ai principi di economia processuale e di logicità, in linea particolare qualora le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra il giudice può, per ragioni di economia processuale, esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale) ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale) (cfr. ad es. Consiglio Stato , sez. IV, 12 giugno 2009 , n. 3696 e , sez. V, 01 febbraio 2010 , n. 417).

Nel caso di specie l'infondatezza del ricorso incidentale, peraltro coincidente con uno dei motivi di ricorso principale (con cui analogamente parte ricorrente contesta in via subordinata la mancata esclusione della aggiudicataria per mancanza della dichiarazione ex art. 38), ne impone l'analisi preliminare per poi passare al ricorso principale.

Parte controinteressata censura l'ammissione della ricorrente per violazione dell'art. 38 d.lgs. 163 cit. per mancanza della necessaria dichiarazione da parte di tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza.

La doglianza è infondata nella specie.

In linea di diritto questa sezione ha già più volte avuto modo di evidenziare come l'analisi della questione debba prendere le mosse dal dato normativo dell'art. 38 cit., il quale, dopo aver dettato che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i

soggetti" che si trovino in una serie di situazioni individuate dalla norma, prevede che il possesso di tali requisiti possa essere attestato mediante dichiarazione.

In generale, va quindi ribadito che la ratio della normativa di cui all'art. 38 risiede nella esigenza di verificare la affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrattare con la p.a. per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale (cfr. ad es. Tar Liguria 962 e 9201\2010).

Le singole lex specialis dettano regole di specificazione di tale onere che, se da un lato assumono il valore di vincolo per la stessa stazione appaltante e per gli aspiranti partecipanti, dall'altro devono sottostare agli ordinari criteri della chiarezza di redazione e della ragionevolezza di applicazione. Nel caso di specie le contestazioni riguardano non tanto la sussistenza dei requisiti quanto la formale assenza di dichiarazione da parte di alcuni dei soggetti interessati.

La lex specialis di gara richiedeva sul punto una sola dichiarazione sostitutiva, sottoscritta dal titolare \ legale rappresentante, con cui tale soggetto dichiara di non trovarsi nelle situazioni di cui all'art. 38 e in particolare che non è stata pronunciata nei confronti del medesimo titolare \ legale rappresentante condanna per reati relativi alla condotta professionale. Invero, la dichiarazione risulta essere stata presentata dal legale rappresentante dell'impresa in conformità a quanto previsto dalla lex specialis, in termini altresì generali e quindi riferibili a tutti i soggetti eventualmente interessati. In tale contesto, di rispetto pieno della lex specialis e di un dato normativo attento alla concreta verifica dei requisiti, appare doveroso non addossare all'impresa la formulazione eventualmente generica del bando o del disciplinare (cfr. sentenza Tar Liguria n. 10137\2010).

In proposito, va ricordata la prevalente opinione giurisprudenziale (cfr. ad es. Consiglio di Stato Sez. VI 4.8.2009, n. 4906, 22.2.2010, n. 1017) da ultimo in via

consolidamento, che si muove nella medesima ottica sopra evidenziata, a tenore della quale il comma 1 dell'art. 38 cit. ricollega l'esclusione dalla gara al dato sostanziale del mancato possesso dei requisiti indicati, mentre il comma 2 non prevede analoga sanzione per l'ipotesi della mancata o non perspicua dichiarazione: da ciò discende che solo l'insussistenza, in concreto, delle cause di esclusione previste dall'art. 38 comporta, "ope legis", l'effetto espulsivo. Quando, al contrario, il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la "lex specialis" non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, facendo generico richiamo all'assenza delle cause impeditive di cui alla normativa in esame, l'omissione o l'incompletezza in ordine a non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di mero formalismo come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o - si ripete - della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 09 novembre 2010, n. 7967). Analoghe valutazioni non possono che estendersi, a maggior ragione, al caso in cui il dichiarante si sia adeguato al modello generico di dichiarazione prevista dalla lex specialis. In senso conforme alla prospettata soluzione depone anche l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE che ricollega l'esclusione alle sole ipotesi di grave colpevolezza di false dichiarazioni nel fornire informazioni, non rinvenibile nel caso in cui il concorrente non consegua alcun vantaggio in termini competitivi, essendo in possesso di tutti i requisiti previsti (cfr. Cons. St. n. 1017/2010 cit.).

Passando all'esame del ricorso principale, preliminarmente va dichiarata l'infondatezza delle censure analogamente dedotte per violazione dell'art. 38 cit. sulla scorta delle considerazioni sopra svolte.

Nel restante merito, occorre prendere le mosse dal primo motivo di gravame, con cui parte ricorrente lamenta la mancanza, in capo alla coffee time, dei cinque anni di

esperienza nel settore in quanto all'epoca dell'offerta la controinteressata svolgeva l'attività in questione da 4 anni e 5 mesi, cui è conseguita altresì l'illegittima attribuzione di punteggio massimo non spettante. La censura appare infondata alla luce della documentazione versata in atti dalla controinteressata, da cui emerge l'esperienza pregressa ultra quinquennio, sia in termini sostanziali (per la pregressa attività dell'impresa individuale poi confluita in quella societaria), sia in termini formali (stante la costituzione della società in data 1\6\2005).

Con il secondo ordine di rilievi parte ricorrente contesta l'errato calcolo del punteggio relativo al prezzo in favore della controinteressata (69,57 in luogo di 68,89), derivante dal non previsto arrotondamento, cui sarebbe conseguito il ribaltamento dell'esito della gara.

La censura appare fondata. L'analisi del bando di gara conferma, in tema di modalità di gara e di aggiudicazione, la previsione, sia in ordine a bevande - snacks che a prodotti freschi, dell'attribuzione di un punteggio massimo di 85\100 punti al minor prezzo complessivo ricavato facendo la media aritmetica, separatamente, dei prezzi relativi alle singole voci. A fronte del concetto espresso dal bando in termini di media aritmetica, quale regola cui la stazione appaltante si è auto vincolata, le parti resistenti invocano la legittimità del disposto arrotondamento, che tuttavia nel caso di specie ha comportato (ed il punto non è contestato) un diverso esito finale; in proposito, alla natura vincolante per l'amministrazione delle regole di gara, a tutela della par condicio nonché della trasparenza e della regolarità della gara (principi all'evidenza applicabili quale che sia la natura dell'oggetto di gara, appalto o concessione), si accompagna la assenza di una regola generale in materia, cosicché nel caso de quo avrebbe dovuto procedersi negli esatti termini predeterminati dalla lex specialis, calcolando la media aritmetica in quanto tale.

In generale, sul punto va ribadito che nella delicata fase di individuazione dell'offerta più bassa o migliore, ogni arrotondamento costituisce una deviazione

dalle regole matematiche da applicare in via automatica; deve pertanto ritenersi che gli arrotondamenti sono consentiti solo se espressamente previsti dalle norme speciali della gara (cfr. ad es. Consiglio Stato , sez. V, 12 novembre 2009 , n. 7042 e T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 09 dicembre 2009 , n. 1879 e T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 28 ottobre 2009 , n. 2504).

Parimenti fondato è il terzo ordine di rilievi, con cui parte ricorrente contesta la illegittima assegnazione di 3 punti a insindacabile giudizio per attività simili svolte nello stesso istituto negli ultimi cinque anni, con ciò predeterminando un vantaggio fondamentale in capo alla odierna controinteressata, unico soggetto a trovarsi pacificamente in tali condizioni.

Preliminarmente parte resistente contesta la tardività della censura, in quanto avrebbe dovuto essere impugnato a suo tempo il bando; peraltro ciò è escluso dall'assenza di immediata lesività della regola in questione, la quale, pur costituendo una vera e propria fotografia a beneficio di soggetti predeterminati, ha assunto concreta e diretta lesività per l'impresa partecipante nel momento della graduatoria finale, atteso che all'epoca del bando non si sapeva chi avrebbe partecipato né la concreta rilevanza dei punti così attribuiti in termini di punteggio finale.

Nel merito, l'illegittimità della clausola di cui al punto d) delle modalità di gara e aggiudicazione del bando emerge a luce meridiana, attribuendo un punteggio unicamente in favore di chi abbia già prestato il servizio nello stesso istituto, venendo così a costituire una predeterminata attribuzione di punti ottenibile unicamente da soggetti predeterminati, con evidente lesione della necessaria par condicio tra concorrenti, lesione solo potenziale all'epoca della pubblicazione e divenuta rilevante in sede di graduatoria finale. A nulla rileva in senso contrario la rimessione alla positiva certificazione del dirigente, in quanto ciò non incide in alcun modo sull'evidente lamentata lesione della par condicio tra concorrenti,

costituendo in ogni caso una illegittima predeterminazione di favore in danno di quelle sole imprese del mercato che non hanno operato presso l'istituto nel precedente quinquennio.

In generale, alla stregua di una consolidata giurisprudenza, comunitaria e nazionale, costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione. In proposito, se l'esperienza pregressa specifica può in astratto costituire criterio di restrizione dei requisiti di ammissione, senza tuttavia poter mai evidentemente assurgere a necessaria pregressa esperienza presso la medesima stazione appaltante dovendosi garantire il rispetto dei principi di proporzionalità e tutela della concorrenza, va escluso in radice che la pregressa specifica esperienza possa costituire ragione per attribuire un punteggio maggiore alla offerta in gara, a maggior ragione nel caso di esperienza presso la medesima stazione appaltante.

Parimenti fondate appaiono le censure dedotte avverso l'attribuzione dei punteggi di ordine tecnico (in data 10 e 11\8\2010) successivamente alla disposta apertura dei plichi contenenti l'offerta economica (cfr. verbale 9\8\2010, in specie come risulta sub punto 4 denominato "apertura buste interne"), in violazione di consolidate regole di gara: costituisce ordinario quanto inderogabile canone operativo, nelle pubbliche gare, necessario a garantirne la trasparenza, la massima obiettività nell'assegnazione dei punteggi e, in definitiva, la par condicio tra i concorrenti, quello per cui l'assegnazione dei punteggi tecnici deve precedere la conoscenza delle offerte economiche (cfr. ad es. Consiglio Stato, sez. V, 2 ottobre 2006, n. 5735).

Relativamente ai motivi aggiunti, se per un verso vale quanto sin qui rilevato atteso che gli stessi riproducono in gran parte ed in sostanza le censure di cui al ricorso principale, estendendole e riproponendole in relazione ad atti istruttori, per un

altro verso parimenti fondata appare la ulteriore censura relativa all'omessa dichiarazione di una condanna patita dal legale rappresentante; in proposito, l'eventuale giudizio sulla rilevanza per la moralità professionale non esclude la necessità della trasparenza sul punto, al fine di consentire lo svolgimento della relativa valutazione, che nel caso di specie assume rilievo non favorevole stante la natura dei reati oggetto di condanna (confermato dal successivo, rispetto alla proposizione del presente gravame, comportamento della stessa società controinteressata).

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso è fondato nei termini evidenziati; per l'effetto vanno annullati gli atti impugnati.

Diversamente, vanno dichiarate inammissibili le domande ulteriori, concernenti la declaratoria di inefficacia ed il risarcimento del danno, in quanto, se da un lato nelle more non risulta stipulato il paventato contratto, dall'altro lato le esigenze perseguite da parte ricorrente risultano essere state adeguatamente garantite dall'accoglimento della domanda cautelare.

Le spese di lite, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza nei confronti dell'amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso di cui in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti impugnati. Dichiarà inammissibili le restanti domande.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese di lite in favore di parte ricorrente, liquidate in complessi euro 4.000,00 (quattromila\00), oltre accessori dovuti per legge. Spese compensate nella restante parte.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/02/2011

IL SEGRETARIO

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