



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6177 del 2012, proposto da:

Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

contro

Bioristoro Italia Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Strano, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via degli Scipioni, 288;

nei confronti di

Istituto Romano di San Michele, rappresentato e difeso dagli avv. Luciana Selmi e Carlo Rienzi, con domicilio eletto presso l'avv. Luciana Selmi in Roma, via Paolo Emilio, 57;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 04757/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva gara per l'affidamento del servizio di cucina e mensa per gli ospiti della casa di riposo e della R.S.A. "Toti".

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Bioristoro Italia Srl e di Istituto Romano di San Michele;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2013 il Cons. Paolo Giovanni Nicolo' Lotti e uditi per le parti gli avvocati Brugnoletti, Carbone per Strano;

FATTO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma, Sez. III-ter, con la sentenza n. 4757 del 25 maggio 2012, ha accolto il ricorso proposto dall'attuale appellato Bioristoro Italia s.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva al CNS, comunicata il 13.12.2011, della gara per l'affidamento del servizio di cucina e mensa per gli ospiti della casa di riposo e della R.S.A. Toti, della deliberazione dell'Istituto Romano di San Michele n. 157 del 5.12.2011, recante detta aggiudicazione definitiva, delle note dell'Istituto intimato in data 6.12.2011, recante

notizia dell'invio di informazioni ai sensi dell'art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006, e in data 13.10.2011 (di comunicazione della graduatoria provvisoria di gara), del verbale di gara n. 14 del 27.11.2011, di aggiudicazione provvisoria; il TAR ha, inoltre, respinto il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Nazionale Servizi – CNS.

Il TAR fondava la sua decisione rilevando, sinteticamente, che nel caso di specie era incontestato che l'offerta dell'aggiudicataria non superasse le soglie per il controllo doveroso di anomalia e che la commissione giudicatrice, pur chiarendo tale circostanza, abbia nondimeno ritenuto che il ribasso offerto dal CNS apparisse “non congruo rispetto alla media dei ribassi offerti dalle altre società in gara”; sulla scorta di tale affermazione, Bioristoro ebbe tempestivamente a chiedere, in sede di lettura della graduatoria provvisoria (verbale n. 14), l'effettuazione della verifica di congruità.

Per il TAR è, dunque, possibile rilevare il difetto di istruttoria prospettato dalla ricorrente sotto il profilo dell'assenza di qualsivoglia approfondimento circa il rilievo della commissione giudicatrice, poiché l'Amministrazione avrebbe dovuto prendere in dovuta considerazione l'assunto del seggio di gara, se del caso chiedendo chiarimenti circa gli eventuali “elementi specifici” che avrebbero indotto al rilievo di congruità, e solo in un secondo momento stabilire se dar corso o no alla verifica; nel caso di specie, invece, la stazione appaltante non ha tenuto nel minimo conto detta dichiarazione, ingiustificatamente considerata tamquam non esset.

Inoltre, nel merito delle censure relative alla congruità dell'offerta, il TAR ha rilevato che proprio quanto asserito dal Consorzio, ossia che il personale “direttamente impiegato nel servizio” sarebbe noto alla stazione appaltante, trattandosi dei medesimi lavoratori già operanti presso l'Istituto e che il vincitore avrebbe dovuto assumere in forza della c.d. clausola sociale derivante dall'inerente CCNL, dimostra l'erroneità dell'interpretazione data dal CNS stesso e dall'Istituto resistente alla *lex specialis*.

Secondo il TAR, infatti, la richiesta del bando e del capitolato, ove intesa nel senso di identificare il personale “impiegato direttamente nel servizio” esclusivamente con quello adibito alla preparazione e distribuzione dei pasti (definito “operativo” dalla controinteressata), sarebbe infatti del tutto inutile, riguardando appunto soggetti conosciuti dalla stazione appaltante in quanto dipendenti dell'appaltatore uscente; essa andava pertanto riferita anche al rimanente personale (denominato “di supporto” dal CNS), peraltro incaricato di mansioni parimenti essenziali al proficuo svolgimento del servizio (così il responsabile d'area, il direttore del servizio e il responsabile qualità, elencati a pag. 34 dell'offerta CNS), non comprendendosi altrimenti (a voler seguire la tesi esposta anche dall'Istituto) perché prevedere l'attribuzione di uno specifico punteggio, peraltro non irrilevante (fino a 10 punti), per la voce in questione.

Sotto un secondo profilo, ha aggiunto il TAR, il “programma di formazione” del personale è descritto in modo talmente generico (senza cioè indicazione di periodi e modalità di svolgimento) che nemmeno la dedotta “continuatività” di detta formazione (pag. 22 offerta CNS) pare idonea a integrare quello specifico impegno contrattuale che invece la *lex specialis* richiedeva ai concorrenti e sul quale la stazione appaltante avrebbe potuto commisurare l'esatto adempimento degli obblighi negoziali assunti in proposito dall'appaltatore; tali carenze hanno consentito pertanto al TAR di rilevare la palese erroneità del punteggio assegnato al Consorzio per il sub-criterio in considerazione, certamente sovrastimato con riferimento all'offerta CNS.

Secondo il TAR, anche in relazione alle migliorie alle attrezzature e ai locali (punto 7.1.2), voce prevista quale autonomo criterio di valutazione (punto 5, sub-criterio 5.1, del disciplinare), il profilo del “sistema di distribuzione dei pasti” sembra esaurito dalla proposta di utilizzo di un “nuovo carrello per la distribuzione ai reparti”, innovativo per l'aspetto qualitativo della conservazione del cibo e per “il suo sistema di conservazione non ventilato dei vassoi e delle pietanze” (il CNS rimanda alla relativa scheda tecnica); il punteggio di 2,16, pari a circa la metà di quello massimo attribuibile per la voce in disamina è sembrato al TAR frutto di un palese errore

valutativo, atteso che l'elemento offerto dal CNS pare attenersi a un miglioramento, più che del "sistema di distribuzione dei pasti", delle attrezzature utilizzate per l'esecuzione dell'appalto (basti al riguardo esaminare l'offerta della ricorrente, che, ad esempio, offre la possibilità, prima inesistente, per gli ospiti della RSA e gli anziani allettati della Casa di riposo di scegliere le pietanze del menù; cfr. offerta tecnica Bioristoro, punto 1.3, dep. 6.4.2012).

L'appellante contestava la sentenza del TAR deducendo:

- Travisamento. Violazione dell'art. 74 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 10 del disciplinare di gara. Violazione del principio di par condicio. Insufficiente motivazione;
- Violazione dell'art. 8 del disciplinare. Violazione dell'art. 75 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 1936 c.c.;
- Violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 8 del disciplinare di gara;
- Travisamento. Violazione degli artt. 5 e 8 del disciplinare di gara. Violazione dell'art. 41 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del principio di par condicio. Eccesso di potere per disparità di trattamento;
- Travisamento. Violazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 26 del d.lgs. n. 81 del 2009. Violazione della par condicio dei concorrenti.

Nella parte in cui l'appellante ha contestato la sentenza del TAR laddove ha accolto il ricorso principale ed i motivi aggiunti proposti da Bioristoro, è stato dedotto:

- Violazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. n. 163 del 2006. Omessa pronuncia sulla eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado in merito all'anomalia dell'offerta;
- Violazione degli artt. 39 c.p.a. e 112 c.p.c. sulla valutazione dell'offerta tecnica;
- Violazione del principio di insindacabilità della valutazione tecniche della commissione. Violazione degli artt. 13 e 14 del disciplinare di gara, sempre sulla valutazione dell'offerta tecnica.

Con l'appello in esame, chiedeva la riforma della sentenza appellata.

Si costituivano la parte appellata Bioristoro Italia s.r.l., chiedendo il rigetto dell'appello ed interponendo appello incidentale, e l'Amministrazione intimata, chiedendo l'accoglimento dell'appello.

All'udienza pubblica del 4 giugno 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare, deve essere disattesa l'eccezione di improcedibilità dell'appello proposto dal CNS per la mancata impugnazione degli atti relativi alla rinnovata attività di valutazione delle offerte effettuate dall'Istituto, in esecuzione della sentenza impugnata.

Infatti, in ragione della pronuncia del TAR, l'Istituto San Michele si è limitato, dichiaratamente, a dare esecuzione alla sentenza medesima, effettuando una nuova valutazione delle offerte tecniche, posto che la precedente era stata annullata con la sentenza stessa (delibera n. 106 del 4 luglio 2012).

Pertanto, solo con l'impugnazione della sentenza, qui in esame, si può contestare la fondatezza o l'infondatezza delle censure mosse avverso l'originaria attività valutativa dell'Amministrazione, a nulla rilevando la successiva valutazione, destinata ad essere automaticamente caducata in ipotesi di accoglimento dell'appello.

Nel merito dell'appello, ritiene il Collegio che possa condividersi l'impostazione data alla soluzione della presente controversia dall'ordinanza cautelare d'appello di questa Sezione n. 3837 del 26 settembre 2012, secondo cui sono apparsi sussistere elementi di fondatezza con riguardo al sesto motivo di appello principale, tali da giustificare l'accoglimento dell'appello cautelare.

Deve infatti osservarsi che, con l'appello in esame, il Consorzio Nazionale Servizi ha articolato una serie di censure volte, rispettivamente, alla riproposizione dei motivi di ricorso incidentale articolati in primo grado e rigettati dal

Giudice di prime cure (Parte I dell'atto di appello, motivi da 1 a 5), e a censurare la sentenza nei capi in cui ha aderito alle censure mosse da Bioristoro con il ricorso principale e successivi motivi aggiunti (Parte II dell'atto di appello, motivi da 6 a 8).

Secondo questo Collegio, in condivisione con quanto accertato in sede cautelare, si deve ritenere che il sesto motivo d'appello (primo motivo di appello principale) sia fondato nella parte in cui la sentenza del TAR impugnata ha censurato l'operato della Stazione Appaltante, che non ha sottoposto a verifica di congruità l'offerta del CNS, in ragione del fatto che questa non aveva superato la soglia di anomalia.

In effetti, non appare revocabile in dubbio la circostanza che, non avendo superato la soglia di anomalia, non vi era alcun obbligo per la stazione appaltante di sottoporre l'offerta a verifica di anomalia.

Il TAR ha ritenuto irragionevole la scelta di non avviare la verifica a ragione del fatto che la commissione, all'esito dell'apertura delle offerte economiche, aveva osservato che il ribasso offerto dal CNS fosse "incongruo rispetto alla media dei ribassi delle altre tre concorrenti".

Detta conclusione, tuttavia, non costituisce di per sé ragione sufficiente, che deve essere idoneamente motivata, della decisione di sottoporre l'intera offerta a valutazione di anomalia. Infatti, la verifica di anomalia ha per oggetto l'offerta nel suo complesso, posto che essa deve essere effettuata sulla base del punteggio attribuito tanto per il progetto tecnico, quanto per l'offerta economica, mentre il ribasso non è che una delle molteplici voci che compongono la sola offerta economica e che, singolarmente considerata, è del tutto insufficiente a costituire un valido indice per valutare la congruità dell'offerta complessiva.

La citata asserzione della commissione non implica, dunque, che la complessiva offerta dell'appellante fosse incongrua, in quanto aveva preso in considerazione il solo ribasso, ma deve essere ragionevolmente circoscritta ad un mero rilievo relativo al fatto che il ribasso presentato fosse inferiore alla media dei ribassi offerti dalle altre concorrenti; constatazione da cui non è possibile dedurre, in difetto di valutazione specifica e congruamente motivata dall'Amministrazione, l'effettuazione di alcuna valutazione da parte della commissione circa la congruità dell'offerta complessivamente considerata.

Infatti, in nessuna fase del procedimento, nemmeno al momento della valutazione delle offerte economiche da parte della commissione, è stata rilevata la presenza dell'unica circostanza che avrebbe potuto indurre l'Istituto ad attivare il procedimento di verifica facoltativa: ovvero la sussistenza di quegli "elementi specifici" (indicazione letterale contenuta nell'art. 86, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006, ed integralmente recepita nel disciplinare) alla luce dei quali la legge riconosce la facoltà di sottoporre a verifica di anomalia l'offerta, anche nel caso in cui questa non superi la soglia che fa scattare l'obbligo di effettuare il controllo.

In altre parole, mentre l'art. 86, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 impone un obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia da quella stessa previsione individuati, il successivo comma 3 si limita a facoltizzare la stazione appaltante a procedere alla suddetta verifica sempre che l'offerta, pur in assenza delle condizioni indicate dal comma precedente, appaia, in base ad elementi specifici, da indicare ovviamente con idonea motivazione, anormalmente bassa (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 27 luglio 2011, n. 4489).

In sostanza, la citata disciplina distingue tra obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia individuati dalla legge e facoltà riservata all'Amministrazione di ipotizzare autonomamente, in base ad elementi specifici, casi di anomalia diversi da quelli prestabiliti.

Nel caso di specie, l'Amministrazione non ha rilevato alcuno di quegli specifici elementi che la potevano indurre a dubitare della congruità dell'offerta della appellante e a giustificare la decisione di sottoporla a verifica di anomalia; pertanto, la decisione del TAR di censurare tale comportamento per irragionevolezza è da ritenersi erronea, in quanto finisce per interferire con il merito amministrativo, la cui discrezionalità tecnica non è

sindacabile in assenza dei presupposti che possano giustificare il suddetto sindacato, sconfinando altrimenti il Giudice nella sfera riservata dalla legge alla valutazione discrezionale della P.A. (cfr. Cassazione civile, Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312).

L'accoglimento di tale motivo d'appello esime il Collegio dall'esame delle ulteriori censure contenute nell'atto d'appello che possono ritenersi assorbite.

Per quanto riguarda l'appello incidentale, invece, a prescindere dai profili di inammissibilità, pure delibabili con serietà, esso è da ritenersi infondato nel merito.

Infatti, l'appellato Bioristoro afferma che l'offerta del C.N.S. sarebbe incompleta e carente, in quanto il progetto presentato dallo stesso contenebbe unicamente una descrizione generale della struttura aziendale, senza descrivere la "struttura dedicata all'esecuzione del servizio.

Bioristoro, infatti, sostiene che il criterio di valutazione di cui al punto 1.1. dell'art. 14 del disciplinare, nel prevedere la valutazione della "struttura aziendale organizzativa e logistica complessiva dell'impresa sul territorio", dovesse intendersi volto a valutare la specifica struttura aziendale dedicata allo svolgimento del servizio che l'Istituto resistente intendeva appaltare.

La tesi dell'appellante incidentale è, tuttavia, ad avviso del Collegio, rinnegata dal tenore letterale del citato criterio, la cui lettura rivela unicamente che la commissione doveva esprimere una valutazione sulla descrizione "complessiva" della struttura organizzativa e logistica dell'impresa, così come presente sul territorio, in cui doveva svolgersi il servizio e non già sull'organizzazione concretamente apprestata per lo svolgimento del servizio stesso.

Peraltro, la tesi di Bioristoro è confutata dallo stesso art. 9 del disciplinare di gara che, nell'illustrare il contenuto di cui doveva comporsi il progetto tecnico, al punto 2 prevedeva espressamente che le imprese concorrenti avrebbero dovuto fare una presentazione della propria impresa e descrivere l'organizzazione aziendale sul territorio, giammai chiedendo la descrizione, in tale sezione, dell'organizzazione specificamente dedicata allo svolgimento del servizio da appaltare.

Infatti, l'organizzazione aziendale concretamente devoluta alla prestazione del servizio da appaltare era oggetto di valutazione attraverso tutti gli altri sottocriteri enucleati sub 1 dal disciplinare e sarebbe evidentemente illogica una duplicazione di valutazioni riguardanti tale criterio.

Anche la doglianza contenuta nell'appello incidentale, relativa al sub-criterio 1.4 dell'art. 14 del disciplinare ("piano d'approvvigionamento delle derrate ed il sistema di qualifica dei fornitori"), secondo cui l'offerta del CNS non descriva il sistema di qualifica dei fornitori, è infondata, atteso che non risulta illogica l'attribuzione dell'indicato punteggio minimale alla luce della presenza, nell'offerta, del piano di approvvigionamento e comunque di un riferimento alla qualifica dei fornitori; il progetto tecnico di CNS non è carente di alcuna parte e, relativamente alla suddetta sezione, non è particolarmente dettagliato, il che giustifica il punteggio ricevuto di 1.5 punti sui 5 complessivamente attribuibili, ma non può certamente comportare l'esclusione.

Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello principale deve accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso di primo grado, in quanto infondato; l'appello incidentale deve essere respinto in quanto infondato.

Le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio possono essere compensate sussistendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello principale come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Respinge l'appello incidentale.

Compensa le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/08/2013

IL SEGRETARIO

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