



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.2864 del 2013 proposto da Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Filippo Martinez, Davide Moscuza e Ulisse Corea ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Corea in Roma, Via dei Monti Parioli n.48;

contro

Regione Lazio, in persona del Presidente pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Fiammetta Fusco con la quale è elettivamente domiciliata presso la sede dell'Avvocatura Regionale in Roma, Via Marcantonio Colonna n.27;

nei confronti di

- Vivenda s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandataria del costituendo RTI con la soc. coop. Solidarietà e Lavoro;
 - Solidarietà e Lavoro soc. coop, in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale mandante del costituendo RTI con Vivenda s.p.a.;
- rappresentate e difese dagli avv.ti Massimiliano Brugnoletti e Michele Perrone ed elettivamente domiciliati presso lo studio dell'avv. Brugnoletti in Roma, Via Antonio Bertoloni n.26/b;
- Serist Servizi Ristorazione s.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per ottenere:

A) l'ANNULLAMENTO:

della determinazione regionale B00437 dell'11 febbraio 2013 nella parte in cui ha disposto l'aggiudicazione dei lotti 5, 6 e 7 della gara indetta per l'affidamento del servizio di ristorazione occorrente alle aziende sanitarie della Regione Lazio, nonché dei verbali di gara nella parte in cui hanno ammesso il RTI contro interessato alla procedura selettiva ed hanno ritenuto congrua, per il lotto 7 l'offerta di Serist Servizi Ristorazione s.r.l.; in subordine, dei verbali di valutazione delle offerte tecniche e della determina di nomina della commissione oltre che del sub-procedimento di anomalia;

B) la CONDANNA dell'intimata amministrazione regionale al risarcimento del danno in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia dei contratti eventualmente stipulati con le società aggiudicatrici dei lotti in questione, ovvero, in subordine, al risarcimento per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio, di Vivenda s.p.a. e di Cooperativa di Lavoro

Solidarietà e Lavoro soc. coop;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 novembre 2013 il Cons. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente, la quale aveva partecipato alla gara, suddivisa in n.10 lotti, indetta dall'intimata amministrazione per l'affidamento del servizio di ristorazione occorrente alle aziende sanitarie regionali e da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato la determinazione, in epigrafe indicata, nella parte in cui ha disposto l'aggiudicazione dei lotti 5, 6 e 7.

In punto di fatto deve essere rilevato che:

a) i lotti n.5 e 6 sono stati entrambi aggiudicati al RTI Vivenda s.p.a. - Solidarietà e Lavoro soc. coop. e la ricorrente si è posizionata nelle relative graduatorie al terzo posto dopo la Serist Servizi Ristorazione s.r.l.;

b) il lotto 7 è stato aggiudicato alla Serist e la ricorrente si è classificata nella relativa graduatoria sempre al terzo posto dopo il RTI capeggiato da Vivenda s.p.a..

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi di doglianza:

I) In via principale (per l'annullamento del provvedimento di ammissione alla gara del RTI contro interessato e dell'aggiudicazione a favore dello stesso dei lotti 5 e 6),

1) Violazione dell'art.37, comma 4, e dell'art.46, comma 1 bis, del D.lgvo 163/2006. Eccesso di potere per violazione dell'art.5 del Disciplinare di gara, del principio di adeguatezza, serietà, affidabilità, determinazione e completezza dell'offerta e del principio di trasparenza;

II) In via principale (per l'annullamento del provvedimento di ammissione alla gara della controinteressata Serist Servizi Ristorazione s.r.l. e del provvedimento di aggiudicazione a favore della stessa del lotto n.7),

2) Violazione dell'art.38 del D.lgvo n.163/2006 e dell'art.5 del Disciplinare di gara per mancata presentazione della dichiarazione da parte del socio di maggioranza - Eccesso di potere per sviamento;

3) Illegittimità del procedimento di accoglimento delle giustificazioni della Serist e del provvedimento di aggiudicazione alla stessa del lotto n.7. per irragionevolezza e contraddittorietà, difetto di istruttoria e motivazione; sviamento dalla causa tipica e violazione degli artt.87 e 88 del D.lgvo n.163/2006;

In via subordinata (per l'annullamento dell'intera procedura di gara),

4) Violazione della legge di gara (art.9 del disciplinare di gara); eccesso di potere per sviamento e contraddittorietà;

5) Violazione del principio di par condicio dei concorrenti, violazione del principio di segretezza delle offerte; violazione del principio di buon andamento ed imparzialità della P.A.; violazione dell'art.97 della Costituzione;

6) Eccesso di potere per sviamento; violazione del principio di buon andamento della P.A.; violazione dell'art.97 della Costituzione;

7) Violazione della legge di gara (art.5 del disciplinare di gara); violazione di legge (art.88 del D.lgvo n.163/2006); violazione dell'art.121 del DPR n.207/2000; incompetenza, eccesso di potere per sviamento; violazione del principio di buon andamento della P.A.; violazione dell'art.97 della Costituzione.

Si è costituita l'amministrazione regionale contestando con dovizia di argomentazioni la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Si è pure costituito il RTI aggiudicatario dei lotti 5 e 6, che si è collocato al secondo posto della graduatoria

relativa al lotto 7, il quale ha confutato analiticamente le dedotte doglianze ed ha proposto, altresì, ricorso incidentale contestando la mancata esclusione dell'offerta della ricorrente.

Alla pubblica udienza del 5.11.2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dal previo esame del ricorso incidentale che, avendo contestato la mancata esclusione dell'offerta della società Dussmann, avrebbe dovuto essere esaminato per primo, stante l'infondatezza delle doglianze dedotte in via principale.

Da rigettare è il primo motivo di gravame con cui la società ricorrente assume che l'offerta del RTI aggiudicatario dei lotti 5 e 6 doveva essere esclusa, non avendo la stessa indicato le parti del servizio che sarebbero state svolte da ciascuna impresa componente il suddetto RTI come prescritto dall'art.37, comma 4, del D.lgvo n.163/2006, il quale prevede che "Nel caso di forniture o servizi devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati".

In punto di fatto deve essere evidenziato che:

a) il raggruppamento in questione è di tipo orizzontale;

b) ciascuna impresa dello stesso aveva dichiarato che avrebbe svolto tutte le attività oggetto del servizio, ognuna delle quali quantificata secondo le quote di partecipazione della singola impresa al raggruppamento.

In tale contesto, come puntualmente rilevato dall'amministrazione regionale, l'offerta del RTI contro interessato risultava essere correttamente formulata, alla luce di quanto sostenuto nella sentenza n.22/2012 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato secondo la quale nel caso di specificazione delle parti del servizio da eseguire " dovrà adottarsi un criterio ermenutico di tipo sostanzialistico, nel senso che l'obbligo deve ritenersi assolto sia nel caso di indicazione in termini descrittivi delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, delle quote di riparto della prestazione che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e della entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate".

Ad abundantiam non può non essere rilevato che la sentenza di questo Tribunale n.2705/2013, richiamata dalla società ricorrente al fine di giustificare l'insufficienza del criterio della mera indicazione percentuale, con riferimento a tutte le attività oggetto di un appalto, ad assolvere all'obbligo di cui all'art.37 comma 4, è stata riformata dalla sentenza n.3639/2013 della Sezione Terza del Consiglio di Stato, la quale si è uniformata a quanto statuito in materia dalla menzionata Adunanza Plenaria.

Ciò considerato, pertanto, la doglianza esaminata deve essere respinta.

Inammissibili per carenza di interesse devono essere dichiarati i motivi rubricati ai nn.2 e 3, con cui la società ricorrente ha contestato la mancata esclusione dell'offerta della Serist Servizi Ristorazione s.r.l. aggiudicataria del lotto 7 e collocatasi davanti alla ricorrente nelle graduatorie relative ai lotti 5 e 6.

Al riguardo il Collegio osserva che nessuna utilità può conseguire la società Dussmann dall'accoglimento delle suddette censure una volta acclarata la legittimità dell'offerta presentata dal RTI capeggiato da Vivenda s.r.l., aggiudicatario dei lotti nn.5 e 6 e collocatosi al secondo posto nella graduatoria relativa al lotto n.7.

Con il quarto motivo di doglianza la ricorrente lamenta che per la valutazione della qualità dei prodotti offerti di cui all'allegato A3 al Disciplinare di gara la Commissione ha utilizzato una formula diversa da quella riportata nel disciplinare di gara.

Al riguardo il Collegio sottolinea che la doglianza in questione non è supportata in alcun modo da una analitica dimostrazione, che la ricorrente era tenuta a dare, in ordine alla lesività del nuovo criterio adottato dalla

Commissione, che identicamente a quello previsto dal disciplinare, non lasciava alcuna discrezionalità al suddetto organo nell'attribuzione del punteggio.

In particolare doveva essere dimostrato che:

- a) il punteggio conseguito dalla società ricorrente con il nuovo criterio era diverso da quello che avrebbe potuto conseguire con l'applicazione del criterio di cui al disciplinare;
- b) che se fosse stato applicato tale ultimo criterio per tutte le offerte, fermi restando i punteggi conseguiti per le altre voci, l'offerta della società ricorrente si sarebbe collocata al primo posto di una o di tutte le graduatorie relative ai lotti de quibus.

L'omissione di tale fondamentale prova non può che comportare la declaratoria di inammissibilità per difetto di interesse della censura in trattazione.

Con la successiva doglianza è stata prospettata la violazione del principio di segretezza delle offerte, atteso che:

- a) in tutti i verbali delle sedute riservate in cui la commissione ha valutato le offerte tecniche non risulta documentata alcuna cautela idonea a garantire l'integrità e la perfetta conservazione delle buste contenenti la documentazione di gara;
- b) sussisterebbe una discordanza tra quanto affermato nei verbali della seduta pubblica di apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e i verbali di apertura delle buste contenenti le offerte economiche in quanto nei verbali in questione sono indicati due locali differenti per la conservazione dei plichi.

Premesso che in tutti i verbali sono state indicate le modalità di conservazione dei plichi, la censura in trattazione non è suscettibile di favorevole esame atteso che:

- I) come affermato dal consolidato orientamento giurisprudenziale, meticolosamente richiamato dalla resistente Regione, la mancata indicazione nei verbali delle modalità di custodia dei plichi e dei documenti non costituisce causa di illegittimità della gara quando non si sia verificata l'alterazione della documentazione;
- II) la società ricorrente non ha alcun modo provato che la documentazione sia stata manomessa, essendosi limitata solamente ad affermare in termini estremamente generici la carenza di cautele idonee a garantire l'integrità dei plichi.

In ordine al secondo profilo di doglianza l'asserita contraddittorietà dei verbali, come chiarito dalla Regione Lazio, era dovuta alla circostanza che nel giugno 2012 la Centrale Acquisti è stata trasferita al 4° piano della Palazzina C con conseguente spostamento dei pacchi contenenti le offerte tecniche delle imprese concorrenti.

Sulla base di tali argomentazioni, pertanto, anche la censura in esame deve essere rigettata.

Con la successiva doglianza la società ricorrente ha contestato l'operato della Commissione di gara relativamente alle valutazioni dalla stessa effettuata in merito ad alcuni aspetti dell'offerta tecnica (progetto tecnico di adeguamento dei locali e delle attrezzature destinate all'esecuzione del servizio), atteso che i componenti del suddetto organo non possedevano le necessarie competenze per valutare adeguatamente gli aspetti in questione.

Ad avviso della deducente, infatti, dalle funzioni svolte dai componenti della predetta Commissione si evincerebbe che le loro competenze "ricoprono gli aspetti finanziari (per quanto riguarda il Presidente dott. Marafini) e nutrizionali (per quanto riguarda i componenti dr. Amadei e dr. Sandri)" ma non quelli prettamente tecnici concernenti l'adeguamento locali, impianti e attrezzature.

Anche tale censura deve essere rigettata avuto presente che:

- a) proprio uno dei componenti della Commissione (il menzionato dottor Amadei) era il responsabile nell'ambito della ASL Roma A del Servizio Igiene degli Alimenti e della Nutrizione che ha compiti di controllo sulle imprese alimentari per la verifica della presenza delle condizioni di sicurezza igienica previste dalla normativa di settore, sicurezza igienica che non può prescindere dall'adeguatezza delle strutture utilizzate e dei percorsi interni alle

cucine;

b) in ogni caso la giurisprudenza citata dall'amministrazione regionale, cui il Collegio intende uniformarsi, ha affermato il principio che nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione di gara deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte e in ciascuna delle materie tecniche e scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla lex specialis di gara ai fini valutativi.

Consegue che nella specie non appare sussistente il vizio di incompetenza dell'organo collegiale.

Palesamente infondata, è infine l'ultima doglianza dedotta con cui la società ricorrente assume che il subprocedimento di verifica della congruità delle offerte sia stato, illegittimamente, effettuato dalla Commissione di gara anziché dal responsabile del procedimento.

Al riguardo deve essere sottolineato che:

a) l'Adunanza Plenaria con sentenza n.36/2012 ha affermato che, giusta quanto stabilito dall'art.121 del DPR n.207/2010 per la verifica dell'anomalia nella gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il responsabile del procedimento può provvedere personalmente ovvero delegare la commissione aggiudicatrice (sempre esistente in questo tipo di procedure ai sensi dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici);

b) nella controversia in trattazione è pacifico che il Responsabile del procedimento con nota del 14.12.2012 aveva incaricato la Commissione di procedere alla verifica sugli elementi costitutivi di ciascuna offerta anormalmente bassa.

Da ultimo non può trovare accoglimento la proposta azione risarcitoria, stante l'acclarata infondatezza dell'azione impugnatoria.

Ciò premesso, il ricorso in parte deve essere rigettato e in parte va dichiarato inammissibile.

Le spese del presente giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III quater, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 2864 del 2013, come in epigrafe proposto, in parte lo rigetta e in parte lo dichiara inammissibile.

Condanna la società ricorrente al pagamento, in parti uguali, a favore della Regione Lazio, di Vivenda s.p.a. e della soc. coop. Solidarietà e Lavoro delle spese del presente giudizio, liquidate in complessivi Euro 9.000,00=

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

II 05/02/2014

IL SEGRETARIO

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