



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1640 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Cristoforo Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Barchielli e Marco Falsini, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Firenze, piazza dell'Indipendenza, 10;

contro

Comune di Monteriggioni, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Bianchi, presso il cui studio è elettivamente domiciliato in Firenze, via Palestro 3;

Comune di Siena;

nei confronti di

Isola Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Catia Bibi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Matteo Spatocco in

Firenze, viale Spartaco Lavagnini 41;

per l'annullamento,

1) quanto alla prima gara:

- della determinazione del Responsabile dell'Unità organizzativa Affari Generali, Socio Educativo, del Comune di Monteriggioni, del 29 luglio 2014 n. 449, recante la revoca della “Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di refezione scolastica, servizi ausiliari presso il centro di cottura, l'apertura anticipata dei plessi scolastici e l'animazione e accompagnamento sugli scuolabus - CIG 553315471F”;
- del verbale della quarta seduta del 18 luglio 2014;
- per quanto occorrer possa dei verbali di gara relativi alle sedute del 6 marzo 2014 (prima), del 11 aprile (seconda) e 16 aprile 2014 (terza);
- per quanto occorrer possa del bando e del capitolato speciale di gara;
- di ogni atto presupposto ai precedenti, ovvero ad esso connesso o consequenziale, ancorche' allo stato incognito;

2) quanto alla nuova gara:

- della determinazione a contrarre del 6 agosto 2014 n. 474;
- del bando di gara, del capitolato speciale e dei relativi allegati;
- dei verbali di gara e dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione, ancorche' allo stato ancora incogniti;
- del provvedimento recante la proroga del servizio alla

controinteressata o di consegna in via d'urgenza del servizio, ancorche' allo stato ancora incogniti;

- di ogni atto presupposto ai precedenti, ovvero ad esso connesso o consequenziale, ancorche' allo stato incognito.

Visti i motivi aggiunti del 12/11/14:

1) quanto alla prima gara:

- della determinazione del Responsabile del Unita' organizzativa Affari Generali, Socio Educativo, del Comune di Monteriggioni, del 29 luglio 2014 n. 449, recante la revoca della "Procedura aperta per l'affidamento dei servizi di refezione scolastica, servizi ausiliari presso il centro di cottura, l'apertura anticipata dei plessi scolastici e l'animazione e accompagnamento sugli scuolabus - CIG 553315471F";

- del verbale della quarta seduta del 18 luglio 2014;

- per quanto occorrer possa dei verbali di gara relativi alle sedute del 6 marzo 2014 (prima), del 11 aprile (seconda) e 16 aprile 2014 (terza);

- per quanto occorrer possa del bando e del capitolato speciale di gara;

- di ogni atto presupposto ai precedenti, ovvero ad esso connesso o consequenziale, ancorche' allo stato incognito;

2) quanto alla nuova gara:

- della determinazione a contrarre del 6 agosto 2014 n. 474;

- del bando di gara, del capitolato speciale e dei relativi allegati;

- dei verbali di gara del 2 settembre 2014, 23 settembre 2014, 1 ottobre 2014, della determinazione dirigenziale n. 1742 del 9 ottobre 2014 del dirigente dell'Ufficio associato del Comune di Siena;
- dell'aggiudicazione definitiva disposta con determinazione del 27 ottobre 2014, n. 697;
- del provvedimento recante la proroga del servizio alla controinteressata e la consegna in via d'urgenza del servizio;
- di ogni atto presupposto ai precedenti, ovvero ad esso connesso o consequenziale, ancorche' allo stato incognito.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Monteriggioni e della controinteressata Isola Società Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2014 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Monteriggioni, tramite l'ufficio all'uopo costituito con il Comune di Siena, ha indetto nel gennaio 2014 la gara per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei propri servizi di refezione scolastica, nonché dei

servizi ausiliari presso il centro cottura, di apertura anticipata dei plessi scolastici e di animazione/accompagnamento sugli scuolabus. La legge di gara prevedeva che i punteggi per l'offerta tecnica sarebbero stati attribuiti mediante confronto a coppie di cui all'allegato G del D.P.R. n. 207/2010, ed in effetti, nella seduta riservata del 14 aprile 2014, la commissione giudicatrice ha fatto applicazione di tale metodo nel valutare le offerte delle due sole imprese ammesse, le cooperative sociali Cristoforo e Isola; quest'ultima, in virtù dell'elevato punteggio conseguito per l'offerta tecnica, si è resa quindi aggiudicataria provvisoria dell'appalto pur avendo formulato una percentuale di ribasso di gran lunga inferiore a quella dell'altra concorrente.

La seconda classificata Cristoforo, lamentando l'illegittima applicazione del metodo del confronto a coppie in presenza di due sole offerte ammesse, ha tuttavia presentato preavviso di ricorso ai sensi dell'art. 243-*bis* D.Lgs. n. 163/2006, a seguito del quale la stazione appaltante si è determinata, con atto del 29 luglio 2014, a revocare l'intera procedura di gara e a pubblicare un nuovo bando per l'affidamento dei medesimi servizi, fissando per la presentazione delle offerte il termine del 1 settembre 2014.

1.1. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, la cooperativa Cristoforo – assumendo che, se l'amministrazione precedente si fosse limitata a rinnovare l'attribuzione dei punteggi in seno alla prima gara, essa si sarebbe resa aggiudicataria dell'affidamento –

impugna la menzionata determinazione di revoca della procedura originaria e i provvedimenti di indizione della nuova procedura, unitamente agli atti presupposti e comunque connessi meglio indicati in epigrafe.

1.2. Con motivi aggiunti depositati il 12 novembre 2014, il gravame è stato esteso all'aggiudicazione definitiva in favore della cooperativa Isola della nuova gara, cui la ricorrente ha partecipato dichiarando di non voler, per questo, fare acquiescenza alle iniziative dell'amministrazione.

1.3. Costituitisi in giudizio il Comune di Monteriggioni e la controinteressata Isola, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 10 dicembre 2014, previa riunione al merito dell'istanza cautelare formulata dalla ricorrente Cristoforo con i motivi aggiunti.

2. Con il primo motivo di cui al ricorso introduttivo, la cooperativa Cristoforo sostiene che, una volta appurata in via di autotutela l'illegittimità dell'aggiudicazione provvisoria della prima gara in favore della odierna controinteressata Isola, stante il vizio dovuto all'attribuzione dei punteggi tecnici secondo il metodo del confronto a coppie, la stazione appaltante non avrebbe dovuto fare altro che rinnovare l'assegnazione dei punteggi viziati a partire dagli stessi giudizi già formulati dalla commissione sulle offerte tecniche, in ossequio al principio di conservazione degli atti di gara enunciato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione 26

luglio 2012, n. 30. Avrebbe pertanto errato il Comune di Monteriggioni nel ritirare l'intera procedura, anziché il solo segmento procedimentale viziato, sul presupposto dell'impossibilità per la commissione di gara di riformulare con imparzialità i propri giudizi sulle offerte tecniche, avendo, frattanto, avuto conoscenza del contenuto delle offerte economiche: nessun rischio di condizionamento del giudizio della commissione si configurerebbe infatti nel caso di specie, in quanto la valutazione delle offerte tecniche sarebbe stata già resa e verbalizzata dal seggio di gara, al quale non sarebbe rimasto che assegnare i coefficienti sulla cui base determinare i punteggi complessivi, con strettissimo margine di discrezionalità.

2.1. Con il secondo motivo, si contesta la sussistenza dei presupposti operativi dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990, giacché nessuna ragione di pubblico interesse assisterebbe la revoca della prima gara, motivata dal Comune resistente con riferimento ad asserite esigenze sopravvenute di modifica del bando che nasconderebbero, in realtà, un esercizio sviato del potere.

2.2. Con il terzo motivo, è denunciata l'illegittimità derivata degli atti di indizione della nuova gara, alla quale si trasmetterebbero i vizi della revoca della procedura originaria.

2.3. I motivi aggiunti, come accennato, sono indirizzati nei confronti dell'aggiudicazione della seconda gara in favore della controinteressata Isola, mirando nuovamente a farne valere

l'invalidità derivata da quella degli atti presupposti.

2.4. Le censure, da esaminarsi congiuntamente, sono infondate.

2.4.1. La determinazione n. 449/2014, recante la revoca della gara indetta dal Comune di Monteriggioni nel gennaio 2014 per l'affidamento del servizio di refezione scolastica e di altri servizi accessori, si fonda su di un duplice ordine di motivazioni: il primo implica il recepimento delle conclusioni raggiunte nella seduta del 18 luglio 2014 dalla commissione di gara, la quale – riconosciuta la fondatezza dei rilievi svolti dalla cooperativa Cristoforo circa l'inutilizzabilità del metodo del confronto a coppie in presenza di due sole offerte – ha ritenuto di non poter procedere alla riattribuzione dei punteggi per le offerte tecniche, per avere frattanto avuto cognizione del contenuto delle offerte economiche presentate dai concorrenti, circostanza che avrebbe precluso l'imparzialità del riesame; il secondo, invece, attiene alla ritenuta opportunità di apportare modifiche al capitolato di gara, al fine di prevedere: una diversa determinazione del corrispettivo per il servizio di refezione; l'esclusione dei servizi di apertura anticipata dei plessi scolastici e di animazione/accompagnamento sugli scuolabus; l'inserimento di alcuni servizi aggiuntivi, quali la distribuzione delle colazioni e la manutenzione di parte delle apparecchiature; la previsione di una percentuale minima di personale da assumere a tempo indeterminato.

2.4.2. Relativamente a detto secondo capo motivazionale, la

cooperativa ricorrente deduce un “evidente vizio di sviamento di potere” ed afferma che il Comune avrebbe ritenuto di conseguire il risultato di giustificare la revoca della gara “inventandosi” la necessità sopravvenuta di intervenire sugli atti della procedura, al di fuori dei casi in cui l’atto di secondo grado risponde effettivamente alla tutela dell’interesse pubblico. La tesi non è tuttavia corredata da alcun elemento obiettivo, dal quale desumere la pretestuosità delle giustificazioni addotte dal Comune a sostegno della revoca: in particolare, la ricorrente non svolge alcuna critica specifica nei confronti delle singole ragioni indicate dall’amministrazione quale presupposto della sopravvenuta opportunità di modificare gli atti di gara, e questo benché tali ragioni, muovendo da una rinnovata valutazione dei bisogni da soddisfare attraverso l’affidamento del servizio e comportando la richiesta all’appaltatore di prestazioni parzialmente difformi da quelle previste dal bando originario, appaiano astrattamente idonee a legittimare l’indizione di una nuova procedura ai sensi dell’art. 21-*quinquies* della legge n. 241/1990 (fra le altre, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156; id., sez. III, 16 ottobre 2012, n. 5282); con la conseguenza che la dimostrazione del presunto sviamento – inteso quale divergenza dell’impugnato provvedimento di revoca dalla sua funzione tipica – rimane inammissibilmente affidata a una generica congettura.

2.4.3. La ricorrente Cristoforo, in altri termini, mentre erra nel ritenere che la revoca della prima gara sia stata disposta dal Comune

unicamente in dipendenza dell'illegittimità commessa nell'applicazione del confronto a coppie, allo stesso tempo non offre argomenti che valgano a supportare la tesi della pretesa irragionevolezza dell'operato del Comune, né spiega perché in concreto le scelte dichiarate dall'amministrazione precedente costituirebbero una mera "invenzione", limitandosi a stabilire un'apodittica e insostenibile equivalenza fra l'indicazione dei motivi posti a fondamento dell'esigenza di modificare gli atti di gara e la presunta volontà del Comune di conferire alla revoca una giustificazione altrimenti inesistente. Basti dire che la ricorrente neppure si preoccupa di contestare in fatto le esigenze di pubblico interesse evidenziate dal Comune ai fini dell'indizione della nuova gara su basi almeno in parte differenti dalla prima, lacuna che non può essere colmata d'ufficio dal giudice, tenuto a pronunciarsi nei limiti delle allegazioni di parte.

2.4.4. L'infondatezza delle censure svolte dal ricorrente avverso uno degli autonomi capi motivazionali del provvedimento impugnato fa venire meno l'interesse all'esame dei motivi dedotti contro i capi motivazionali rimanenti (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4386). Facendo applicazione del principio, invalso, deve allora concludersi per l'inammissibilità delle censure mediante le quali la cooperativa Cristoforo rivendica a sé l'aggiudicazione della prima gara, che comunque risulta legittimamente revocata in autotutela dall'amministrazione resistente per i (diversi) motivi

appena esaminati sub 2.4.1. e ss..

2.5. Stante l'accertata legittimità della revoca della prima gara, vanno respinte le doglianze proposte dalla ricorrente in via di derivazione avverso gli atti di indizione, svolgimento e aggiudicazione definitiva della nuova procedura.

3. Il Comune di Monteriggioni ha chiesto la cancellazione, ai sensi dell'art. 89 c.p.c., di alcune espressioni contenute nel ricorso introduttivo e inerenti il preteso – e, come si è visto, indimostrato – sviamento nel quale il Comune stesso sarebbe incorso. La domanda non può essere accolta, posto che le espressioni in questione non appaiono il frutto di un gratuito intento dispregiativo, ma sono volte a colorare, sia pure con una certa enfasi, l'azione asseritamente illegittima dell'amministrazione intimata, senza con ciò trasmodare in insulto.

Del resto, è ben possibile che, nell'esercizio del diritto di difesa il giudizio sulla condotta reciproca possa investire anche il profilo della moralità e tradursi nell'utilizzo di terminologie e locuzioni non gradevoli, purché, dal complessivo esame dell'atto in cui questi sono contenuti, possa escludersi l'esistenza di una volontà offensiva (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 6748; Cass. civ., sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26195).

4. In forza di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso non può trovare accoglimento.

4.1. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come

in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, dichiara il ricorso e i connessi motivi aggiunti infondati e inammissibili nei sensi di cui in parte motiva, e condanna la ricorrente Cristoforo C.s.c. alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 2.000,00, oltre agli accessori di legge, in favore di ciascuna delle controparti resistenti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente FF

Gianluca Bellucci, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2015

IL SEGRETARIO

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