

N. 00067/2012 REG.PROV.COLL.
N. 01814/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1814 del 2011, proposto da:

Gestione Servizi Integrati s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Sanino, Franco Coccoli, Lorenzo Aureli, Alfonso Viscusi, con domicilio eletto presso Alfonso Viscusi in Firenze, via La Marmora n. 14;

contro

CNR - Consiglio Nazionale delle Ricerche, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura distr.le dello Stato di Firenze, domiciliataria per legge;

nei confronti di

La Serenissima Ristorazione s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Mario Calgaro, Domenico Iaria, con domicilio eletto presso Domenico Iaria in Firenze, via dei Rondinelli 2;

per l'annullamento, previa sospensione,

a) della determinazione di estremi non noti - comunicata alla ricorrente a mezzo fax in data 8 settembre 2011 - con la quale la Stazione appaltante ha

aggiudicato definitivamente il "... servizio di ristorazione e bar, preparazione e distribuzione pasti degenti unità clinica, preparazione parti asilo nido eureka dell'area di ricerca di Pisa " alla Ditta La Serenissima;

b) per quanto occorrer possa di tutti i verbali di gara ivi compresi quelli relativi alle sedute del 24 maggio 2011 e dell'8 luglio 2011 durante le quali la Commissione ha valutato le giustificazioni prodotte dalla Ditta La Serenissima in seno al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

c) di ogni atto presupposto, preparatorio, conseguente e comunque connesso ad oggi non conosciuto dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consiglio Nazionale delle Ricerche e di La Serenissima Ristorazione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2011 il dott. Bernardo Massari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato il 25 marzo 2010 il Consiglio Nazionale delle Ricerche, Area della ricerca di Pisa, indiceva una gara per l'affidamento dell'appalto concernente il "*servizio di ristorazione e bar, preparazione e distribuzione pasti degenti unità clinica, preparazione parti asilo nido Eureka dell'area di ricerca di Pisa*" da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 83 d.lgs. n. 163/2006.

In particolare, la legge di gara prevedeva l'attribuzione del punteggio massimo di 60 per l'offerta tecnica e di 40 per l'offerta economica.

All'esito della valutazione operata dalla commissione, la gara era

provvisoriamente aggiudicata alla ditta La Serenissima Ristorazione s.r.l. che riportava il punteggio complessivo di 92,485 (di cui 50,80 per il profilo tecnico e 35,831 per quello economico), a fronte del punteggio di 91,973 (di cui 53,80 per l'offerta tecnica e 31,973 per quella economica) attribuito alla ricorrente, classificatasi al secondo posto.

Nella seduta dell'8 aprile 2011 la commissione procedeva alla valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria provvisoria alla luce delle giustificazioni preventivamente prodotte contestualmente all'offerta, ritenendole, tuttavia, non sufficienti ad escluderne l'incongruità.

Venivano richieste alla controinteressata giustificazioni integrative segnalando, in particolare, che *"ai fini dell'anomalia particolare rilevanza ha avuto il prezzo offerto per i pasti dei bambini dell'asilo nido Eureka"*.

Nonostante le ulteriori giustificazioni fornite da La Serenissima la commissione giudicatrice richiedeva ulteriori precisazioni in merito al profilo già rilevato, segnalando come i prezzi di mercato dei prodotti biologici (oggetto del servizio relativamente ai pasti forniti per l'asilo nido) fossero considerevolmente superiori a quelli offerti dalla ditta. Quest'ultima produceva perciò in data 28 aprile 2011 ulteriori giustificazioni.

Nella seduta dell'8 luglio 2011 la commissione prendeva atto dei chiarimenti forniti e, pur ritenendo opportuno porre all'attenzione della Stazione appaltante *"la criticità che potrebbe derivare dall'offerta presentata dalla ditta La Serenissima per il basso costo offerto relativamente al pasto per i bambini del nido Eureka"*, riteneva complessivamente congrua l'offerta.

Con nota dell'8 settembre 2011 la Stazione appaltante comunicava alla società ricorrente di aver aggiudicato definitivamente servizio alla controinteressata.

Avverso l'atto di aggiudicazione proponeva ricorso la società in intestazione chiedendone l'annullamento, previa sospensione, e deducendo le seguenti censure, vinte le spese:

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 8 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dei principi di imparzialità e par condicio tra i concorrenti di gara. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, confusione e perplessità dell'azione amministrativa, illogicità manifesta, grave sviamento di potere e contraddittorietà.

2. Violazione e falsa applicazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara. Violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità e par condicio tra i concorrenti di gara. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, confusione e perplessità dell'azione amministrativa, illogicità manifesta, grave sviamento di potere e contraddittorietà.

3. Violazione e falsa applicazione del principio di continuità e concentrazione della gara. Violazione e falsa applicazione del principio di imparzialità e par condicio tra i concorrenti di gara. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche e in particolare per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, confusione e perplessità dell'azione amministrativa, illogicità manifesta, grave sviamento di potere e contraddittorietà.

Si costituivano il giudizio l'amministrazione intimata e la società La Serenissima Ristorazione opponendosi all'accoglimento del ricorso.

Con ordinanza n. 1073, pubblicata l'8 ottobre 2011, veniva accolta la domanda incidentale di sospensione dell'atto impugnato e contestualmente fissata la data di trattazione del merito.

All'udienza pubblica del 20 dicembre 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame viene impugnata la determinazione con la quale il

Consiglio Nazionale delle Ricerche la Stazione ha aggiudicato definitivamente il "... servizio di ristorazione e bar, preparazione e distribuzione pasti degenti unità clinica, preparazione parti asilo nido Eureka dell'area di ricerca di Pisa" alla ditta La Serenissima, unitamente ai verbali di gara relativi alle sedute in cui la Commissione ha valutato le giustificazioni prodotte dall'aggiudicataria in seno al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Il ricorso è fondato.

Per ragioni logiche vanno esaminate, con priorità sulle altre censure, quelle il cui accoglimento può dar luogo al travolgimento dell'intera procedura ad evidenza pubblica per cui è causa.

Ebbene, in tal senso va condiviso, in primo luogo, quanto dedotto con il secondo motivo in ordine alla violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara, avendo la Commissione proceduto ad apertura in seduta riservata dei plichi contenenti le offerte tecniche.

Come è noto, la questione dell'apertura in seduta pubblica delle buste contenenti le offerte tecniche, nelle gare d'appalto in cui il contratto venga affidato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha dato luogo a numerose contrasti giurisprudenziali tra le diverse sezioni del Consiglio di Stato, ora risolti con la sentenza n. 13 del 2011 pronunciata dall'Adunanza plenaria del Supremo consesso della Giustizia amministrativa.

Ad un indirizzo affermate che l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara è confinato esclusivamente alla fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica (cfr. Cons. Stato sez. V, 13 ottobre 2010 n. 7470; id. 16 agosto 2010 n. 5722; id. 14 ottobre 2009 n. 6311; id. 10 gennaio 2007 n. 45) si contrapponeva la tesi secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica tutti gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti

l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa sia che si tratti di documentazione in materia di offerta tecnica (cfr. Cons. Stato sez. V, 23 novembre 2010 n. 8155; id. 28 ottobre 2008 n. 5386; id., sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856).

Sciolte le incertezze interpretative di cui sopra, l'Adunanza plenaria giunge ad affermare che costituisce principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta devono svolgersi in seduta pubblica, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto dei plichi, fermo restando che, ultimate le fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi e dei documenti in essi contenuti, la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta va, invece, effettuata in seduta riservata, al fine di evitare influenze esterne sui giudizi dei membri della commissione giudicatrice.

Ne segue che essendo incontestata la circostanza che, effettivamente, nella gara di cui trattasi (cfr. i verbali delle sedute del 26 e 28 ottobre, 10, 11 e 18 novembre 2010) la commissione di gara ha proceduto in seduta riservata all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica delle ditte concorrenti, l'intera procedura risulta per tale aspetto viziata.

Infatti, come rilevato dal Giudice d'appello *“la mera constatazione dell'integrità delle buste non soddisfa che in modo parziale le esigenze di trasparenza e pubblicità: essa non consente, infatti, ai concorrenti presenti di prendere contezza dei documenti recanti le offerte tecniche, così come avviene per i documenti amministrativi e per le offerte economiche”* di modo che *“i concorrenti, senza una ricognizione pubblica del contenuto documentale delle offerte, non sono garantiti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, eventualmente dovute ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti?”* (Cons. Stato, Ad. plen. 28 luglio 2011, n.

13)

L'obbligo in parola, pur non direttamente contemplato dal codice dei contratti pubblici e dal suo regolamento di attuazione, risponde al principio di pubblicità delle gare quale canone di diritto comunitario e interno costantemente applicato dalla giurisprudenza amministrativa e finalizzato a svolgere non solo la funzione della constatazione che i plichi contenenti le offerte non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma anche a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara.

Con ciò viene assicurata l'effettiva e non formale pubblicità delle sedute del seggio di gara, rispondendo all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939; 10 novembre 2010, n. 8006; 4 marzo 2008, n. 901; sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856; sez. V, 3 dicembre 2008, n. 5943; sez. IV, 11 ottobre 2007, n. 5354; sez. V, 18 marzo 2004, n. 1427).

Con il terzo motivo la ricorrente si duole altresì che la commissione, come risulta dai verbali di gara, abbia omesso di approntare le cautele necessarie ad evitare il pericolo della manomissione delle offerte, violando così il principio di continuità e concentrazione della gara.

L'assunto merita adesione.

Osserva il Collegio che, in base a consolidati principi, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all'azione amministrativa, le sedute di una commissione di gara devono ispirarsi al principio di

concentrazione e di continuità. In particolare, le operazioni di esame delle offerte tecniche ed economiche devono essere concentrate in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al precipuo fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione.

Nei casi in cui la particolare complessità delle valutazioni da svolgere o l'elevato numero delle offerte da giudicare renda necessario il protrarsi delle operazioni della commissione per più sedute (circostanza di per sé non illegittima) è necessario, tuttavia, che siano poste in essere (e verbalizzate) tutte le tutele opportune a garantire la massima garanzia di conservazione dei plichi contenenti le singole offerte (Cons. Stato sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203; id. 23 novembre 2010, n. 8155; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 2 febbraio 2010, n. 244)

Né è necessario, al fine di pervenire alla conclusione dell'invalidità della gara che tali manomissioni si siano effettivamente verificate, bastando all'uopo il mero pericolo di un tale accadimento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2001 n. 4973; Id., sez. V, 10 giugno 2002 n. 3200).

Da ultimo, per completezza d'argomentazione non può non rilevarsi che anche il giudizio di congruità dell'offerta economica presentata dalla controinteressata si presta, in adesione a quanto dedotto dalla ricorrente con il primo motivo, a perspicui rilievi.

Infatti, come rilevato nel gravame, il costo del lavoro che pure secondo il disciplinare di gara, non avrebbe potuto essere, a pena di inammissibilità, inferiore al costo vigente stabilito dal contratto collettivo nazionale di categoria, viene giustificato sotto tale aspetto dall'aggiudicataria, da un lato attraverso l'applicazione di un tasso di assenteismo aziendale asseritamente inferiore a quello indicato dalle tabelle ministeriali, ma in alcun modo documentalmente comprovato, dall'altro sottraendo al computo orario della manodopera l'imputazione dei costi relativi a IRES e IRAP, fatti confluire

forfettariamente a tale scopo nelle spese generali. E ciò contrariamente a quanto dalla medesima indicato nelle giustificazioni preventive prodotte unitamente all'offerta in tal guisa riducendo l'utile aziendale lordo ad un valore che non pare compatibile con una adeguata redditività del contratto sottoscritto, tenuto conto delle numerose altre voci che vanno a confluire in quella delle spese generali.

Per altro verso, anche il prezzo offerto per i pasti da predisporre per l'asilo nido, utilizzando unicamente materie prime biologiche, appare sfornito di ragionevole credibilità.

Invero è la stessa commissione di gara a rilevare prima che *"i costi dei pasti in altre mense biologiche e i prezzi di mercato dei prodotti biologici...risultano essere significativamente superiori a quanto dichiarato dalla ditta La Serenissima"* e, successivamente, pur ritenendo giustificata l'anomalia dell'offerta, a porre sull'avviso la stazione appaltante sulla *"criticità che potrebbe derivare dall'offerta presentata dalla Ditta La Serenissima per il basso costo offerto relativamente al pasto per i bambini del nido Eureka"*.

Orbene, pur nella consapevolezza che la valutazione di anomalia dell'offerta è volta a verificare la complessiva sostenibilità dell'offerta e non a sindacarne la struttura, come tale espressione di un potere tecnico-discrezionale del committente sindacabile entro limiti prevalentemente segnati dalla manifesta illogicità, erroneità o del travisamento dei fatti, non vi è chi non veda come nella fattispecie tale giudizio, oltre che inficiato da intrinseca contraddittorietà, non rechi un'adeguata giustificazione in merito alla serietà e sostenibilità dell'offerta stessa.

Conclusivamente, per le ragioni esposte, il ricorso deve essere accolto conseguendone l'annullamento degli atti impugnati.

Le spese seguono la soccombenza come da liquidazione fattane in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Condanna l'Amministrazione resistente e la società controinteressata, in solido fra loro, al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano forfettariamente in € 4.000,00, oltre IVA e CPA.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Bernardo Massari, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2012

IL SEGRETARIO

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