

N. 03228/2013REG.PROV.COLL.
N. 01681/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1681 del 2013, proposto dalla:

Società E.P. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Armando Profili, con domicilio eletto in Roma, Via G. Palumbo n. 26;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale di Bari, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanna Corrente, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

nei confronti di

Ladisa S.p.A., in proprio e quale Capogruppo mandataria di Rti con Mediterranea Soc. Coop. Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Michele Castellano, Michele Perrone e Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto presso Arnaldo Del Vecchio in Roma, viale Giuseppe Mazzini n. 73;

Dussmann Service S.r.l. e R.R. Puglia S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, Sede di Bari, Sezione II, n. 294 del 1 marzo 2013, resa tra le parti, concernente la gara per l'affidamento del servizio di ristorazione della ASL di Bari.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della ASL di Bari e di Ladisa S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza n. 1039 del 22 marzo 2013 con la quale questa Sezione ha respinto la domanda cautelare avanzata dall'appellante;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2013 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Armando Profili, Meo, su delega di Giovanna Corrente, e Mario Sanino, su delega di Michele Castellano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società E.P., gestore uscente del servizio, ha impugnato davanti al T.A.R. per la Puglia il provvedimento con il quale l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bari ha aggiudicato alla Ladisa S.p.A., Capogruppo mandataria di Rti con Mediterranea Soc. Coop. Sociale Onlus, la gara per l'affidamento, per 12 mesi, prorogabili per altri 6, del servizio di ristorazione della ASL di Bari, nonché tutti gli atti presupposti.

Il T.A.R. per la Puglia, Sede di Bari, con sentenza della Sezione II, n. 294 del 1 marzo 2013, resa in forma semplificata, ha respinto il ricorso. Il T.A.R., dopo aver ricordato che i servizi alberghieri e di ristorazione rientrano nell'All. II B del codice dei contratti, con la conseguenza che per le relative gare si applicano solo alcune disposizioni del codice, ha rilevato che la ricorrente si era classificata al quarto posto nella graduatoria di merito ed ha ritenuto infondati i motivi riguardanti la regolarità della

procedura di gara.

2.- La società E.P. ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

3.- Per esaminare le censure sollevate che, tenuto conto della posizione occupata dall'appellante nella graduatoria di merito, riguardano (anche in appello) il procedimento seguito dall'amministrazione per l'aggiudicazione della gara, occorre ricordare che, nel caso di selezione delle offerte da svolgersi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (artt. 83 e segg. del Codice dei contratti pubblici), il procedimento di gara si svolge, normalmente, in tre fasi: in due fasi sono necessarie prevalenti competenze amministrative ed in una fase sono necessarie prevalenti competenze tecniche.

3.1.- Dopo aver ricevuto le offerte, nel termine indicato dal bando, l'amministrazione in una prima fase svolge diverse operazioni preliminari alla valutazione delle offerte: verifica la regolarità dell'invio dell'offerta e il rispetto delle disposizioni generali e di quelle speciali contenute nel bando (o nella lettera di invito) e nel disciplinare di gara (e l'osservanza delle regole sulla produzione dei documenti).

La stazione appaltante provvede quindi, in seduta pubblica, all'apertura dei plichi delle diverse offerte che (di norma) contengono tre buste: la busta A (documentazione amministrativa), la busta B (documentazione tecnica) e la busta C (offerta economica).

3.2.- La stazione appaltante, disposta l'idonea conservazione delle buste (C) contenenti le offerte economiche, procede quindi all'apertura delle buste (A) contenenti la documentazione amministrativa per verificarne il contenuto e per consentire la successiva verifica dei requisiti generali previsti dalla normativa sugli appalti pubblici (artt. 38 e 39 del codice degli appalti) e dei requisiti speciali, dettati dagli atti di gara (artt. 41 e 42 del codice), nonché di tutte le altre condizioni dettate per la partecipazione alla

gara.

4.- L'amministrazione procede poi, sempre in seduta pubblica (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28 luglio 2011, n. 13 e poi art. 12 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 2012, n. 94) all'apertura delle buste (B), contenenti la documentazione tecnica, per prendere atto del relativo contenuto e per verificare l'effettiva presenza dei documenti richiesti nel bando (o nella lettera di invito) e nel disciplinare di gara (schede tecniche, relazioni tecniche illustrative, certificazioni tecniche etc.). Anche tale documentazione è poi conservata in plico sigillato.

5.- Tali attività, preliminari alla valutazione delle offerte, sono eseguite dal seggio di gara o direttamente dal responsabile del procedimento unico (RUP), di norma il dirigente preposto alla competente struttura organizzativa della stazione appaltante (che si avvale anche dei funzionari del suo ufficio), che, ai sensi dell'art. 10, comma 2 del Codice, «svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti» e, ai sensi del comma 3, lettera c) «cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure».

6.- Dopo la preliminare fase di verifica dei contenuti dell'offerta, si passa alla seconda fase di valutazione delle offerte tecniche.

A tale seconda fase provvede l'apposita Commissione tecnica che è nominata ai sensi dell'art. 84 del Codice dei contratti e dell'art. 283, comma 2 del Regolamento di cui al D.P.R. n. 207 del 2010.

In una o più sedute riservate, la Commissione verifica quindi la conformità tecnica delle offerte e valuta le stesse, assegnando i relativi punteggi sulla base di quanto previsto dal disciplinare di gara (e delle altre regole che la stessa Commissione si è data).

7.- Completato l'esame dell'offerta tecnica, l'amministrazione procede,

nuovamente in seduta pubblica, ad informare i partecipanti delle valutazioni compiute, a dare notizia di eventuali esclusioni e a dare lettura dei punteggi assegnati dalla Commissione sulle offerte tecniche dei concorrenti non esclusi.

Quindi, verificata l'integrità del plico contenenti le buste con le offerte economiche (e l'integrità delle singole buste), l'amministrazione procede all'apertura delle stesse con la lettura delle singole offerte, con l'indicazione dei ribassi offerti e dei conseguenti prezzi netti e la determinazione (matematica) dei punteggi connessi ai prezzi.

8.- Il seggio di gara formula quindi la graduatoria finale sulla base della somma dei punteggi assegnati per l'offerta tecnica e per l'offerta economica e procede all'aggiudicazione provvisoria in favore dell'offerta che ha raggiunto il maggiore punteggio complessivo.

9.- Come si è esposto, nella prima fase della procedura, ai relativi atti (apertura dei plichi, verifica della documentazione amministrativa e presa d'atto della documentazione tecnica) provvede, in seduta pubblica, il seggio di gara.

9.1.- Le operazioni di valutazione e di graduazione nel merito delle offerte tecniche, come si è ricordato, vengono espletate, in uno o più sedute riservate, dalla commissione giudicatrice.

9.2.- Le operazioni della (terza) fase conclusiva dell'iter di gara (comunicazione dell'esito della valutazioni tecniche, lettura dei prezzi offerti, formulazione della graduatoria finale ed aggiudicazione provvisoria) sono infine espletate, in seduta pubblica, dal seggio di gara.

9.3.- In proposito ogni questione che era stata prima sollevata circa l'esatta individuazione dell'organo tenuto agli adempimenti di tale fase deve ritenersi risolta a seguito dell'approvazione del regolamento di esecuzione del Codice dei Contratti pubblici (D.P.R. n. 207 del 2010) che, all'art. 283, comma 3, ha previsto che «in seduta pubblica, il soggetto che presiede la

gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284» alla verifica di anomalia di cui all'art. 86 del codice, avvalendosi anche di apposita Commissione (o della stessa Commissione tecnica) e dichiarando l'aggiudicazione provvisoria in favore della migliore offerta risultata congrua.

9.4.- Per quanto riguarda, in particolare, il procedimento per la verifica dell'anomalia, l'art. 284 del D.P.R. n. 207 del 2010, nel dare attuazione all'art. 88 del Codice in relazione agli appalti di servizi, rinvia all'art. 121 del D.P.R. n. 207 che, al comma 10, per le gare da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevede espressamente che, qualora vi siano offerte da sottoporre alla verifica di congruità, ai sensi dell'art. 86, comma 2, del Codice «... qualora il punteggio relativo al prezzo e la somma dei punteggi relativi agli altri elementi di valutazione delle offerte siano entrambi pari o superiori ai limiti indicati dall'articolo 86, comma 2, del codice, il soggetto che presiede la gara chiude la seduta pubblica e ne dà comunicazione al responsabile del procedimento, che procede alla verifica delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'articolo 87, comma 1, del codice avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita».

Da tali disposizioni si evince che è il responsabile del procedimento ad essere investito anche della funzione di svolgere la verifica dell'anomalia, potendosi avvalere, ove costituita, della apposita Commissione (o della stessa Commissione tecnica).

10.- Alla luce di tutto quanto esposto, le censure sollevate dalla società appellante risultano infondate.

10.1- Con il primo motivo di appello la società E.P. ha sostenuto l'erroneità

della sentenza del T.A.R. nella parte in cui ha respinto il terzo motivo del ricorso di primo grado con il quale aveva lamentato la violazione dell'art. 14 del disciplinare di gara e degli articoli 87 e 88 del Codice dei contratti perché, diversamente da quanto previsto, nessuna seduta pubblica era stata convocata per procedere, a conclusione del procedimento di verifica di anomalia, alla aggiudicazione provvisoria della gara.

10.2.- Il T.A.R. ha ritenuto la censura infondata, in quanto il disciplinare (pag. 18) prevedeva la seduta pubblica per le attività dichiarative dell'esito della verifica di anomalia dell'offerta (assoggettata dal disciplinare agli artt. 87 e 88 del codice dei contratti) ma non contemplava la seduta pubblica anche per le operazioni di verifica di anomalia.

10.3.- Sostiene la società E.P. che, in primo grado, non aveva peraltro lamentato la mancata esecuzione in seduta pubblica delle operazioni di verifica dell'anomalia dell'offerta ma il fatto che era stata ritenuta congrua l'offerta e disposta l'aggiudicazione provvisoria non in seduta pubblica. Mentre l'art. 14 del disciplinare di gara prevedeva che il soggetto che presiede la gara, in seduta pubblica, o dichiara l'anomalia dell'offerta o, «nel caso in cui venga accertata la congruità della offerta sottoposta a verifica, aggiudica provvisoriamente la gara in favore della stessa».

10.4.- Tuttavia la censura, anche così prospettata, non risulta fondata.

Come risulta, infatti, dal verbale della seduta del 17 ottobre 2012, l'offerta di Ladisa S.p.A., Capogruppo mandataria di Rti con Mediterranea Soc. Coop. Sociale Onlus, era stata sottoposta a verifica di anomalia, ai sensi dell'art. 86, comma 2 del Codice dei contratti, in quanto i punteggi assegnati superavano i quattro quinti del punteggio massimo attribuibile sia per l'elemento qualità che per l'elemento prezzo.

La Commissione Tecnica, esaminate le giustificazioni fornite dall'interessata e tutta la documentazione presentata, con nota del 4 dicembre 2012, ha peraltro comunicato che l'offerta presentata dal R.t.i. formato da Ladisa

S.p.A. e Mediterranea Soc. Coop. Sociale risultava «nel suo complesso attendibile, non ravvisandosi elementi che possono compromettere la corretta esecuzione dell'appalto» ed ha quindi invitato il RUP alla formalizzazione dell'aggiudicazione alla quale questi ha provveduto.

10.5.- Ciò chiarito, l'appellante non si duole della valutazione compiuta dall'amministrazione sull'anomalia dell'offerta del raggruppamento risultato aggiudicatario ma lamenta solo la mancata convocazione di una (ulteriore) seduta pubblica per la comunicazione dell'esito della verifica di anomalia e della conseguente aggiudicazione provvisoria.

Ma la mancanza di una (ulteriore) seduta pubblica per tale comunicazione deve ritenersi del tutto irrilevante.

Infatti tutte le operazioni per le quali, come si è su ricordato, è necessaria la seduta pubblica sono state regolarmente svolte in seduta pubblica. E, in particolare, in seduta pubblica, dopo la lettura delle valutazioni compiute sulle offerte tecniche, sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche ed è stata redatta la graduatoria di merito all'esito della quale la Stazione appaltante ha sottoposto alla verifica di anomalia il raggruppamento collocatosi al primo posto nella graduatoria (e quindi aggiudicatario provvisorio).

Con la conseguenza che la mancata comunicazione formale in seduta pubblica anche dell'esito della verifica di anomalia (con la conseguente aggiudicazione provvisoria) non costituisce un vizio capace di inficiare la procedura, né da tale mancanza può essere derivato alcun danno all'appellante che ha avuto modo, anche a seguito delle comunicazioni effettuate dall'amministrazione, di far valere le sue ragioni nei confronti delle valutazioni effettuate dall'amministrazione.

11.- Con il secondo motivo la Società E.P. ha sostenuto che la sentenza appellata è erronea anche nella parte in cui ha respinto il motivo (primo nel ricorso di primo grado) con il quale aveva lamentato la violazione dell'art.

84 del codice dei contratti perché la Commissione di gara, prevista nel caso di aggiudicazione di gara con l'offerta economicamente più vantaggiosa, non aveva svolto le attività di valutazione ed ammissione dei concorrenti e di graduazione dei punteggi ma aveva lasciato tali attività al RUP, il cui nome era peraltro già conosciuto prima del termine di presentazione delle offerte, o addirittura ad un suo delegato.

La censura non è fondata.

Nella fattispecie, come ha affermato anche il T.A.R., correttamente il Seggio di gara ha svolto tutte le attività che, come si è ricordato, possono ritenersi facenti parte della prima fase della procedura. Mentre all'attività di valutazione delle offerte ha regolarmente provveduto l'apposita Commissione giudicatrice.

11.1- Non ha quindi rilievo la circostanza che tali atti non siano stati compiuti dalla commissione in composizione plenaria, né ha rilievo la circostanza che il RUP si è fatto assistere da diversi soggetti posto che, nelle operazioni che procedono la valutazione tecnica delle offerte, il RUP è assistito da testimoni, uno dei quali con il ruolo di segretario verbalizzante. Ma, in ogni caso, né i testimoni né il segretario partecipano alla formazione delle decisioni adottate dal presidente di seggio in ordine alle modalità di gestione delle sedute di gara.

11.2.- Contrariamente a quanto affermato dall'appellante, il seggio di gara ha svolto quindi compiti che potevano essere svolti dal seggio, riguardanti la verifica della regolarità dei plichi e dei requisiti per la partecipazione alla gara, nonché della documentazioni presentata.

11.3.- Né può avere alcun rilievo la circostanza che il nome del RUP fosse già conosciuto prima del termine di presentazione delle offerte trattandosi di circostanza ordinaria. Mentre è la commissione giudicatrice che, a garanzia della regolarità della gara, deve essere nominata solo dopo lo scadere del termine ultimo di presentazione delle offerte (art. 84, comma

10 del Codice). E nella fattispecie, come ricordato anche dal T.A.R., la Commissione tecnica è stata nominata il 5 luglio 2012 dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte (16 aprile 2012).

Non risultano pertanto violati, come pure affermato dal T.A.R., data la natura meramente istruttoria dell'attività svolta, con esclusione di ogni attività valutativa, i principi di par condicio, imparzialità e trasparenza.

12.- Le argomentazioni esposte consentono di respingere anche il terzo motivo (secondo motivo del ricorso di primo grado) con il quale l'appellante ha sostenuto che il seggio di gara, nella seduta del 24 aprile 2012, nella quale si ammettevano le ditte alla fase successiva, non era composto secondo il disciplinare e in ottemperanza alla delega conferita dal Dirigente.

13.- In conclusione l'appello deve essere respinto.

E ciò rende irrilevante ogni questione sollevata (con il quarto motivo di appello) in ordine all'esame del ricorso incidentale proposto in primo grado dal raggruppamento risultato aggiudicatario della gara.

13.1 - Mentre deve essere dichiarato improcedibile anche in appello, per carenza di interesse, il ricorso incidentale riproposto dalla società Ladisa, in proprio e quale Capogruppo mandataria di Rti con Mediterranea Soc. Coop. Sociale Onlus.

14.- Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Dichiara improcedibile, per carenza di interesse, il ricorso incidentale riproposto dalla società Ladisa, in proprio e quale Capogruppo mandataria di Rti con Mediterranea Soc. Coop. Sociale Onlus.

Condanna l'appellante Società E.P. al pagamento di € 4.000,00 (quattromila) in favore di ciascuna delle parti resistenti, per un totale di € 8.000,00 (ottomila), per le spese e competenze del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/06/2013

IL SEGRETARIO

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