

Pubblicato il 23/03/2022

N. 02133/2022REG.PROV.COLL.
N. 09708/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 9708 del 2021, proposto da
-OMISSIS-in proprio e quale -OMISSIS-in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Orsola Cortesini, Giuseppe
Morbidelli, Matteo Anastasio, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia;

contro

-OMISSIS-in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato
e difeso dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

Regione Toscana - -OMISSIS--, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza) n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2022 il Cons. Raffaello Sestini;

Viste le difese delle parti come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - La Regione Toscana, soggetto aggregatore che si avvale di -OMISSIS- ha bandito una gara pubblica finalizzata alla stipulazione di una convenzione quadro per l'affidamento del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale.

2 – Quanto al lotto n. 5, riferito ai presidi ospedalieri e alle strutture territoriali dell'Azienda USL Toscana Nord Ovest (ex USL 1 di Massa e Carrara) dell'Ospedale -OMISSIS-, -OMISSIS— -OMISSIS- dalla fase di valutazione economica per mancato superamento del punteggio minimo previsto, quale soglia di sbarramento, per l'elemento B “Produzione e confezionamento dei pasti” dell'offerta tecnica;

3 – -OMISSIS-ha proposto ricorso al TAR della Toscana, che lo ha respinto con sentenza n. -OMISSIS-, Sez. III, peraltro riformata dal Consiglio di Stato, Sez. III, con la sentenza n. -OMISSIS-, che ha disposto l'annullamento dell'esclusione del RTI -OMISSIS- e dell'aggiudicazione definitiva in favore di -OMISSIS-, ed inoltre ha dichiarato inefficace la Convenzione quadro che era stata nel frattempo sottoscritta dalla predetta società con la Regione Toscana, ai fini della riammissione del raggruppamento -OMISSIS- alla gara e del riesame, da parte della Commissione, del giudizio espresso sull'elemento B della sua offerta tecnica.

4 - -OMISSIS- ha quindi disposto la riconvocazione della Commissione giudicatrice, che ha proceduto al riesame del solo giudizio sull'elemento B dell'offerta tecnica del RTI -OMISSIS-, attribuendo ad esso il punteggio (riparametrato) di 10 punti (corrispondente al giudizio "buono") prendendo altresì atto "delle valutazioni in precedenza espresse per gli altri criteri di valutazione e per tutti gli operatori economici ammessi" che sono state così meramente e integralmente confermate.

5 - Tale punteggio ha consentito al RTI -OMISSIS- il superamento della soglia di sbarramento e la conseguente ammissione alla fase di apertura e valutazione dell'offerta economica. Nella seduta pubblica dell'11.2.2021 le è stato quindi assegnato il "punteggio prezzo" che, sommato al punteggio "qualità", ha determinato il collocamento del predetto RTI al primo posto in graduatoria.

6 - L'offerta del RTI -OMISSIS- ha, altresì, superato la soglia di anomalia ex art. 97, comma 3, D.lgs. 50/2016 ed è stata pertanto sottoposta al subprocedimento di verifica di congruità, con richiesta di giustificativi da parte di -OMISSIS-, che il RTI ha presentato in data 2.3.2021 e che sono stati esaminati con esito positivo, con conseguente determinazione n. -OMISSIS- di aggiudicazione del Lotto 5 in favore del RTI -OMISSIS-;

7 - Le suddette determinazioni di aggiudicazione sono state impugnate davanti al TAR della Toscana da -OMISSIS- che ha anche riferito di aver proposto davanti alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione un ricorso (attualmente pendente) avverso la sentenza n. -OMISSIS- per il superamento dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa con invasione della sfera riservata alla P.A.

8 - -OMISSIS- si è costituita in giudizio e, con memoria del 10.7.2021, ha dedotto in ordine alla irricevibilità, all'inammissibilità e comunque all'infondatezza dei quattro motivi del ricorso di -OMISSIS- ed ha riferito di aver proposto apposito controricorso per contestare la palese inammissibilità del ricorso per cassazione di -OMISSIS-. Anche -OMISSIS- si è costituita nel

giudizio davanti al TAR argomentando, con memoria del 9.7.2021, l'inammissibilità e l'infondatezza del gravame.

9 - Con ordinanza n. -OMISSIS- il TAR della Toscana ha accolto la domanda cautelare e fissato l'udienza pubblica del 19.10.2021. In vista di tale udienza le parti hanno depositato i propri scritti difensivi e -OMISSIS- ha prospettato censure (III motivo, nuovo e quindi inammissibile secondo -OMISSIS-) che il TAR della Toscana ha accolto, dopo aver accolto l'eccezione di tardività dei primi due motivi del ricorso (trattandosi di censure che avrebbero dovuto essere dedotte da -OMISSIS- mediante apposito ricorso incidentale nel precedente giudizio davanti al TAR) e aver respinto il IV motivo di ricorso.

10 - Con la sentenza n. -OMISSIS- il TAR ha, in particolare, affermato che il RTI -OMISSIS-n avrebbe *“modificato in sede di giustificazioni, la spesa originariamente prevista per la manodopera da utilizzare nell'appalto”* dando luogo ad una *“sostanziale modifica dell'offerta in uno dei suoi elementi essenziali quale è la voce relativa al costo del personale impiegato”*;

11 - La suddetta sentenza viene appellata da -OMISSIS-, secondo cui la tesi del TAR è smentita dai documenti di gara, dai quali risulterebbe in maniera incontestabile che gli addetti impiegati per l'appalto sono 29 e che il relativo costo è integralmente coperto dagli importi indicati in offerta e specificati nei giustificativi, tanto è vero che lo stesso TAR riconosce espressamente che la *“spesa originariamente prevista per la manodopera”* risulta *“incrementata”*; che il costo di ventisette addetti trova copertura nella voce costo del personale e che *“la spesa degli altri due trova copertura in altra voce del quadro economico”*. Vengono inoltre riproposti i motivi e le eccezioni già accolti dal Tar in primo grado.

10- Ai fini della decisione, considera il Collegio che la questione controversa in esame, ancorché tecnicamente complessa, risulta agevolmente risolvibile sul piano logico, in quanto l'offerta dell'appellante, così come emerge dagli atti di gara allegati al giudizio, prevedeva già 29 dipendenti e per tutti è stata fornita giustificazione complessiva dei costi, seppure indicati in voci di spesa diverse. Ne discende, da un lato, che non vi è alcuna variazione dell'offerta e,

dall'altro, che la giustificazione dei costi risulta adeguata ai fini di un giudizio di complessiva ragionevolezza economica della medesima offerta, che risulta pertanto ammissibile.

11 - Appare tuttavia opportuno aggiungere che, ove mai fosse risultata confermata la circostanza per la quale in sede di giustificazione dei costi era stata *“modificata la spesa originariamente prevista per la manodopera da utilizzare nell'appalto”*, indicando i dipendenti in numero di 29 anziché di 27 e giustificando il loro costo, a prezzo invariato e nel non contestato rispetto dei previsti limiti retributivi minimi del personale impiegato, mediante l'utilizzo di altra voce di spesa già indicata, senza incrementare il prezzo complessivo e senza incidere sulla tenuta economica dell'offerta pur riducendo gli utili, saremmo comunque in presenza non di una *“sostanziale modifica dell'offerta in uno dei suoi elementi essenziali quale è la voce relativa al costo del personale impiegato”* come ritenuto dal giudice di primo grado, bensì di una offerta semplicemente migliorativa rispetto a quella inizialmente proposta, e già risultata aggiudicataria indipendentemente dal predetto miglioramento, cui l'impresa aggiudicataria si è unilateralmente ma irrevocabilmente obbligata in sede di giustificazione dell'offerta, potendo così apparire del tutto paradossale la prevista conseguente esclusione dalla gara.

12 – Alla stregua delle pregresse considerazioni, l'appello deve essere accolto. Per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza il ricorso di primo grado deve essere rigettato, discendendone l'accertamento della non anomalia dell'offerta della società appellante e il conseguente obbligo di aggiudicazione in suo favore.

13 - Le spese del doppio grado di giudizio possono essere, infine, compensate considerata la particolarità e parziale novità delle questioni dedotte.

P.Q.M.

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

Compensa fra le parti le spese del doppio grado di giudizio

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento di qualsiasi dato idoneo ad identificare le due imprese in giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

L'ESTENSORE
Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.