

N. 03750/2015REG.PROV.COLL.

N. 04076/2015 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 4076 del 2015, proposto da:
Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso Martinez & Partners in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 21;

contro

Ente Servizi Tecnico - Amministrativi Area Vasta (ESTAV) Nord-Ovest (ora ESTAR), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18 (Studio legale Lessona);

nei confronti di

- Alisea Società Consortile a r.l., in proprio e quale mandataria di RTI con Cooperativa Italiana di Ristorazione Società Cooperativa (CIR Food), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Arturo Cancrini ed Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso Arturo Cancrini in Roma, Via G. Mercalli, n. 13;
- Serenissima Ristorazione S.p.A., in proprio e quale mandataria di costituendo RTI con Gemeaz Elicor S.p.A., n.c.;

per la riforma della sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sezione I, n. 140 del 29 gennaio 2015, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di ristorazione.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ente Servizi Tecnico - Amministrativi Area Vasta (ESTAV) Nord-Ovest (ora ESTAR) e di Alisea Società Consortile a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Visto il dispositivo di sentenza n. 3332 del 3 luglio 2015;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2015 il consigliere Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Filippo Martinez, Domenico Iaria ed Eugenio Dalli Cardillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società Dussmann Service, in costituendo RTI con la società CAMST, di seguito Dussmann, si è classificata al terzo posto, con punti 89,21, nella gara, indetta da ESTAV Nord-Ovest, Ente Servizi Tecnico -Amministrativi di Area Vasta (ora ESTAR), di seguito ESTAV, per l'affidamento del servizio di ristorazione dell'Azienda USL n. 5 di Pisa, dell'Azienda ospedaliera universitaria pisana, dell'Auxilium Vitae di Volterra, del Centro Direzionale e magazzino farmaceutico della stessa ESTAV, per la durata di 6 anni (e con possibile proroga di altri 3 anni), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (ai sensi dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006), con una base d'asta di € 44.966.770,00, esclusi IVA e oneri per la sicurezza.

La gara è stata aggiudicata al costituendo RTI formato da Alisea Società Consortile a r.l., e dalla Cooperativa Italiana di Ristorazione Società Cooperativa (CIR Food), di seguito RTI Alisea, classificatosi al primo posto nella graduatoria di merito, con punti 100, davanti al costituendo RTI formato da Serenissima Ristorazione S.p.a. e Gemeaz Elixir S.p.A., classificatosi al secondo posto nella graduatoria di merito con punti 90,56.

2.- Dussmann ha impugnato davanti al T.A.R. per la Toscana il provvedimento di aggiudicazione della gara in favore del RTI Alisea, e gli atti della procedura, e ne ha chiesto l'annullamento.

Al ricorso si è opposto il RTI Alisea che ha proposto anche ricorso incidentale.

3.- Il T.A.R. per la Toscana, Sezione I, con ordinanza n. 343 del 27 giugno 2014 ha respinto la domanda cautelare proposta da Dussmann, ritenendo, ad un primo esame, il ricorso non assistito da sufficienti elementi di fondatezza.

Tale decisione è stata impugnata da Dussmann ma questa Sezione, con ordinanza n. 3794 del 29 agosto 2014, ha respinto l'appello cautelare proposto, confermando, con diversa motivazione, l'ordinanza cautelare appellata.

4.- Il T.A.R. per la Toscana, Sezione I, con sentenza n. 140 del 29 gennaio 2015, ha ritenuto di dover accogliere il ricorso incidentale che era stato proposto dal RTI Alisea, ha in parte dichiarato improcedibile ed in parte ha respinto il ricorso principale, proposto da Dussmann, ed ha dichiarato poi irricevibile il successivo ricorso per motivi aggiunti depositato il 9 giugno 2014.

5.- Dussmann ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea per diversi profili.

A seguito dell'avvenuta stipula del contratto fra l'Amministrazione resistente e il RTI Alisea, in data 10 settembre 2014, Dussmann, ha dichiarato peraltro di non avere più interesse alle due censure, riguardanti la legittimità della procedura di gara, che erano state sollevate in via subordinata e che erano state respinte nel merito dal T.A.R.

All'appello si oppongono l'ESTAR, che è succeduta all'ESTAV, e il controinteressato RTI Alisea che ha anche proposto appello incidentale.

Il RTI Alisea, con memoria depositata prima dell'udienza di merito, ha peraltro rinunciato al motivo del suo appello incidentale riguardante il mancato possesso dei requisiti di partecipazione alla gara da parte di Dussmann.

6.- L'appello non è fondato e deve essere respinto.

6.1.- Il T.A.R. per la Toscana ha ritenuto di dover accogliere il terzo motivo del ricorso incidentale con il quale il RTI Alisea aveva sostenuto che Dussmann doveva essere esclusa dalla gara perché, in violazione dell'art 35 del capitolato speciale, non aveva prodotto nella sua offerta progettuale la descrizione degli interventi relativi alla "Ristrutturazione/riqualificazione locali e impianti e centro di cottura esterno", prevista al punto B.

Tale carenza, secondo il TAR, doveva ritenersi essenziale e doveva quindi essere sanzionata con l'esclusione dalla gara.

6.2.- Peraltro, ha aggiunto il T.A.R., la Stazione appaltante non poteva nemmeno prendere in considerazione la copiosa documentazione che, sul punto, era stata presentata da Dussmann, fra gli allegati al progetto, tenuto conto che l'offerta tecnica poteva avere una dimensione massima di 120 pagine e che la Commissione di gara non poteva prendere in considerazione la documentazione eccedente. Con la conseguenza che Dussmann doveva essere esclusa anche per il mancato raggiungimento del punteggio minimo previsto per l'offerta tecnica non potendo ritenersi utile il punteggio assegnato dalla Commissione per tale voce.

7.- Al riguardo, si deve ricordare che l'art. 8 del disciplinare di gara stabiliva che, ai fini dell'aggiudicazione, le imprese partecipanti dovevano, fra l'altro, prevedere (lettera B) la ristrutturazione/riqualificazione dei locali, impianti e centro di cottura esterni dei singoli presidi ospedalieri e, per il centro di cottura esterno del P.O. di Pontedera, e RR.SS.AA. e CC.DD., le imprese dovevano indicare «*capacità produttiva, planimetrie e lay out aree di stoccaggio, lavorazione e lavaggio*», nonché la dichiarazione concernente la messa disposizione del centro di cottura per tutta la durata dell'appalto.

7.1.- L'art. 35 del capitolato speciale di gara prescriveva, quindi, le modalità di presentazione delle offerte tecniche, prevedendo, al comma 1, che le imprese, «*pena l'esclusione dalla gara*», dovevano produrre la documentazione tecnica (indicata nello stesso articolo), rispettando l'ordine degli argomenti.

In particolare, la documentazione tecnica presentata dalle imprese partecipanti doveva contenere al punto B), che qui interessa, il progetto di ristrutturazione/riqualificazione dei locali siti presso i presidi ospedalieri, indicati in dettaglio nel punto B1), nonché, ai sensi del punto B2), il progetto di ristrutturazione/riqualificazione dei locali del centro di cottura esterno per il P.O. Pontedera e RR.SS.AA. e CC.DD, con indicazione della capacità produttiva, planimetrie e lay out aree di stoccaggio, lavorazione e lavaggio. Inoltre le imprese dovevano presentare una dichiarazione concernente la messa a disposizione del centro di cottura per tutta la durata dell'appalto.

7.2.- L'art. 35 del capitolato speciale di gara, al comma 2, stabiliva inoltre che il numero massimo di pagine utilizzabili per l'elaborazione dell'offerta tecnica (compreso l'indice) era di 120 pagine, con interlinea almeno "singola" e dimensioni di carattere almeno "11 Times New Roman", ed aggiungeva che, nel predetto numero massimo di pagine, non erano compresi gli allegati di cui al punto B), le schede tecniche e di sicurezza ed eventuali depliant.

7.3.- Con il chiarimento n. 2 dell'11 giugno 2013, l'Amministrazione aveva, in proposito precisato, rispondendo al quesito n. 3, che era possibile produrre allegati ma che comunque «*le 120 pagine previste per l'elaborazione dell'offerta tecnica saranno quelle prese in considerazione dalla Commissione Giudicatrice ai fini dell'attribuzione del punteggio della qualità*». L'Amministrazione aveva inoltre ricordato che nel predetto numero massimo di pagine non erano compresi gli allegati di cui al punto B), le schede tecniche e di sicurezza ed eventuali depliant.

8.- Ciò posto, come risulta dalla documentazione in atti, Dussmann ha presentato la sua offerta con una relazione tecnica progettuale priva della parte B) dedicata alla "Ristrutturazione/riqualificazione locali e impianti e centro di cottura esterno".

In relazione a tale circostanza, oggetto di uno dei motivi del ricorso incidentale del RTI Alisea, questa Sezione in sede cautelare, con l'ordinanza n. 3794 del 29 agosto 2014 ha ritenuto di dover respingere l'appello cautelare che era stato proposto da Dussmann.

Il T.A.R. per la Toscana, ha poi ritenuto, nell'appellata sentenza di merito, fondato il terzo motivo del ricorso incidentale proposto dal RTI Alisea ed ha quindi sostenuto che Dussmann doveva essere esclusa dalla gara per l'inottemperanza alla prescrizione imposta dall'art. 35 del capitolato speciale di gara (e dall'art 8 del disciplinare) che obbligava le imprese, a pena di esclusione, a produrre la documentazione tecnica indicata.

Infatti, come ha affermato il T.A.R., l'offerta di Dussmann era risultata priva di una delle componenti necessarie dell'offerta, la cui mancanza era sanzionata a pena di esclusione.

9.- L'appellante Dussmann ha sostenuto che, pur non avendo seguito pedissequamente l'ordine espositivo prescritto (o meglio consigliato) dalla Stazione appaltante per la presentazione dell'offerta, ha comunque inserito il capitolo B in allegato all'offerta tecnica ed ha aggiunto che non v'è dubbio che gli allegati costituiscono parte integrante dell'offerta tecnica.

Peraltro, ha aggiunto l'appellante, la Stazione appaltante non ha avuto difficoltà nel reperire (negli allegati) il capitolo B, né nel leggerlo e valutarlo con il complessivo giudizio di "buono".

9.1.- Ma la prospettazione dell'appellante non può essere condivisa per diversi motivi.

Innanzitutto deve essere chiarito che la sentenza appellata non ha affermato, come pure asserito dall'appellante, che era stato il mancato rispetto dell'ordine di presentazione dei documenti dell'offerta tecnica a rendere inammissibile la sua domanda di partecipazione alla gara.

Infatti, il T.A.R. per la Toscana, dopo aver evidenziato che la *lex specialis* prevedeva la presentazione della documentazione tecnica secondo un predeterminato ordine ha poi rilevato che l'offerta tecnica di Dussmann era del tutto carente della parte B riguardante la "ristrutturazione/riqualificazione locali e impianti e centro di cottura esterno" e che, per questo, risultava priva di una delle componenti dell'offerta che doveva ritenersi necessaria e la cui mancanza era sanzionata con l'esclusione dalla gara.

9.2.- Non può poi condividersi la tesi secondo la quale la documentazione tecnica riguardante il punto B dell'offerta doveva ritenersi validamente presentata negli allegati all'offerta. Infatti, gli allegati all'offerta tecnica non possono avere lo stesso valore degli atti contenuti nell'offerta tecnica tenuto conto della diversa funzione, principalmente esplicativa che hanno gli allegati tecnici e della circostanza – sottolineata dal resistente RTI Alisea – che gli allegati non sono stati sottoscritti dal RTI Dussmann, trattandosi di «*un'appendice che può avere un ruolo al limite chiarificante di quanto già formalmente offerto nel progetto, ma mai sostitutivo e/o equipollente della relazione progettuale*».

10.- Inoltre, come ha evidenziato il giudice di primo grado, la relazione progettuale, nel rispetto di quanto previsto dal comma 2 dell'art. 35 del capitolato speciale di gara, doveva essere formulata secondo determinati requisiti formali e doveva essere contenuta nel limite delle 120 pagine, come poi ulteriormente chiarito dalla Stazione appaltante nel già citato chiarimento n. 2.

10.1.- La Commissione giudicatrice doveva quindi considerare soltanto la relazione progettuale presentata (nel limite delle 120 pagine prescritte) e non anche gli allegati (se non per eventuali chiarimenti su aspetti tecnici dell'offerta) che peraltro, nel caso in specie, come evidenziato dal RTI resistente erano costituiti da circa duemila pagine relative ad argomenti diversi.

10.2.- Come ha sostenuto il T.A.R., in tale quadro, erroneamente la Commissione giudicatrice ha ritenuto di poter assegnare egualmente un punteggio al RTI Dussmann per la voce B del progetto facendo riferimento alla documentazione contenuta negli allegati al progetto.

Mentre, come ha evidenziato il T.A.R., qualora la Commissione giudicatrice non avesse (impropriamente) assegnato a Dussmann 13,90 punti per il punto B dell'offerta tecnica, la stessa Dussmann non avrebbe raggiunto il punteggio minimo di 36/60 necessario per essere ammessa alle successive fasi della procedura di gara.

11.- Resta da aggiungere che l'esclusione dalla procedura della Dussmann non può essere esclusa nemmeno sostenendo che, nella fattispecie, doveva essere fatta applicazione dell'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti.

11.1.- Tale disposizione, introdotta dall'art. 4, comma 2, del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, prevede che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, oltre quelle indicate nello stesso comma 1 bis e riguardanti il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

11.2.- Tale norma, come ha ricordato anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 9 del 25 febbraio 2014, è chiaramente volta a favorire la massima partecipazione alle gare, attraverso il divieto di un aggravio del procedimento, e «*mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali*».

Lo scopo della disposizione è, quindi, principalmente quello di evitare la possibile esclusione da una gara non a causa della mancanza dei requisiti (soggettivi o oggettivi) di partecipazione ma a causa del mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa.

11.3.- Mentre nella fattispecie l'offerta di Dussmann doveva essere esclusa per l'accertata carenza di una parte del contenuto dell'offerta ritenuta essenziale dalla stazione appaltante.

12.- I motivi dell'appello sollevati da Dussmann avverso la parte della sentenza del T.A.R. per la Toscana che ha accolto il ricorso incidentale del RTI Alisea, ritenendo illegittima l'ammissione alla gara di Dussmann, devono essere pertanto respinti e la sentenza appellata deve essere, sul punto, confermata.

12.1.- In conseguenza non è possibile esaminare, per carenza di interesse, gli altri motivi del ricorso che erano stati proposti dalla stessa Dussmann nei confronti del RTI Alisea, aggiudicatario della gara, e che sono stati riproposti in appello.

12.2.- In ogni caso risulta chiaramente infondata l'impugnazione (riproposta in appello) dei chiarimenti forniti dalla Stazione appaltante sul numero massimo delle pagine dell'offerta tecnica posto che tali chiarimenti non hanno modificato le regole di gara ma hanno solo meglio esplicitato quanto risultava già indicato nelle disposizioni di gara che si sono su ricordate. Né si può ritenere illegittima la disposizione contenuta nel capitolato speciale di gara che limitava il numero di pagine entro le quali doveva essere contenuta l'offerta tecnica.

12.3.- Risulta poi improcedibile, per carenza di interesse, l'appello incidentale proposto dal RTI Alisea.

13.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto e l'appellata sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sezione I, n. 140 del 29 gennaio 2015 deve essere confermata.

14.- Le spese del grado di appello 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.

Condanna l'appellante Dussmann Service S.r.l., al pagamento di € 4.000,00 in favore di ciascuna delle due parti resistenti, oltre agli accessori dovuti per legge, 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 2 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/07/2015

IL SEGRETARIO

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