

N. 00065/2010 REG.SEN.

N. 00036/2010 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 36 del 2010, proposto da:
Sodexo Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Gemma Coquillard e
Roberto Invernizzi, con domicilio eletto presso Gemma Coquillard in
Aosta, via Festaz, 66;

contro

Comunita' Montana Monte Cervino, rappresentata e difesa dagli avv.
Hebert D'Herin e Alessandra Favre, con domicilio eletto presso Segreteria
T.A.R. Valle d'Aosta in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

nei confronti di

Full Residence S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Claudio
D'Alessandro e Giacobbe Ranieri, con domicilio eletto presso Filippo
Vaccino in Aosta, corso Battaglione Aosta, 8;

per l'annullamento

- del decreto dirigenziale 6 aprile 2010 n. 217/2010/amm di approvazione dei verbali della gara afferente al “servizio di preparazione e trasporto pasti e giornate alimentari per il servizio sociale della Comunità montana Cervino - per il periodo 1 luglio 2010 30 giugno 2013, aggiudicazione del servizio”, dei verbali nn. 1 e 2 del 26 gennaio 2010, n. 3 del 10 febbraio 2010, n. 4 del 23 febbraio 2010, nn. 5 e 6 del 24 marzo 2010, della nota 23 aprile 2010 prot. 4388 C.2/C2/F di comunicazione a Sodexo dell’esito della gara, del bando e del decreto dirigenziale 25 novembre 2009 n. 649/2009/amm di sua approvazione, di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi a quelli indicati, e in specie dell’eventuale atto di aggiudicazione definitiva, oltre alla nota 18 maggio 2010 prot. 5717 C.2/c.2/F, di richiesta a Sodexo della comprova del possesso dei requisiti dichiarati ex art. 48 d.lgs. 163/2006, nella parte in cui non specifica che Sodexo è aggiudicataria della gara;

- nonché per la dichiarazione della caducazione ab origine del contratto frattanto eventualmente stipulato oltre che per la condanna della Comunità montana a risarcire, in forma specifica, anche con il subentro nell’esecuzione contrattuale che fosse stata frattanto avviata, o in subordine in parte o in tutto per equivalente, i danni arrecati alla ricorrente da atti e comportamenti amministrativi impugnati

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Comunita' Montana Monte Cervino e di Full Residence S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2010 il cons. Silvio Ignazio Silvestri e uditi per le parti gli avvocati: Roberto Invernizzi per la ricorrente, Hebert d'Herin e Alessandra Favre per la Comunità montana e Giacobbe Ranieri per la società controinteressata.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Comunità montana Monte Cervino ha indetto una gara per affidare il servizio di preparazione e trasporto pasti e giornate alimentari per il servizio sociale della comunità, con un importo a base d'asta di € 900.000, da assegnare all'offerta economicamente più vantaggiosa.

Al termine della procedura alla quale hanno partecipato due ditte, la gara è stata aggiudicata alla società Full Residence S.r.l., collocatasi al primo posto con punti 69,29 mentre la seconda classificata Sodexo Italia spa ha avuto punti 67,12.

Avverso l'aggiudicazione e gli altri atti meglio descritti in epigrafe, Sodexo propone ricorso deducendo le seguenti censure.

1) violazione ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241/1990 nonché degli articoli 19, 20 e 27 del DLgs 163/2006; violazione della direttiva 2004/18 /CE, della lex specialis; sviamento, difetto di motivazione e istruttoria.

L'offerta prima graduata avrebbe dovuto essere esclusa perché non era corredata dalla fotocopia del documento di identità del sottoscrittore.

2) violazione ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241/1990 nonché degli articoli 19, 20 e 27 del DLgs 163/2006; violazione della direttiva 2004/18 /CE, della lex specialis; sviamento, difetto di motivazione e istruttoria.

La relazione corredante l'offerta della controinteressata, con riferimento al parametro valutativo "progetto di gestione del servizio" consta di 23 pagine perciò non avrebbe dovuto essere valutata in applicazione della lex specialis che imponeva un massimo di 15 pagine formato A4 per ciascuna relazione e precisava (pagina 8, articolo 13) che le relazioni con contenuto superiori alle 15 facciate di stampa o con formato diverso "non verranno valutate".

3) violazione ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241/1990 nonché degli articoli 19, 20 e 27 del DLgs 163/2006; violazione della direttiva 2004/18 /CE, della lex specialis; sviamento, difetto di motivazione e istruttoria.

Con riferimento ai titoli professionali omogenei all'oggetto dell'affidamento, quelli vantati dalle due concorrenti sono stati ritenuti pressoché equivalenti, ricevendo Sodexo punti 3 e la controinteressata punti 2,5; senonché i titoli avversi non avrebbero potuto essere presi in considerazione essendo costituiti dalla fotocopia di un certificato qualitativo ISO 9001, da un menù e dal curriculum di quattro soggetti, liberi professionisti e collaboratori autonomi esterni all'impresa offerente.

4) violazione ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241/1990 nonché degli articoli 19, 20 e 27 del DLgs 163/2006; violazione della direttiva 2004/18 /CE, della lex specialis; sviamento, difetto di motivazione e istruttoria.

Con riferimento al punteggio da attribuire (sino a 11 punti) per il "progetto di gestione del servizio oggetto di affidamento, indicante gli obiettivi e risultati da raggiungere" la commissione ha attribuito a Sodexo 8,5 punti ma tale limitato punteggio non sarebbe stato adeguatamente giustificato.

5) violazione ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241/1990 nonché degli articoli 19, 20 e 27 del DLgs 163/2006; violazione della direttiva 2004/18 /CE, della lex specialis; sviamento, difetto di motivazione e istruttoria.

Con riferimento alla medesima voce la controinteressata ha ottenuto 10 punti su 11; senonché tale maggior punteggio sarebbe riconducibile esclusivamente a valutazioni politiche e, perciò irrilevanti.

6) violazione ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241/1990 nonché degli articoli 19, 20 e 27 del DLgs 163/2006; violazione della direttiva 2004/18 /CE, della lex specialis; sviamento, difetto di motivazione e istruttoria.

In ogni caso il punteggio assegnato all'offerta della controinteressata per la proposta di gestione del servizio sarebbe del tutto sproporzionato e comunque la valutazione sarebbe del tutto immotivata.

7) violazione ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241/1990 nonché degli articoli 19, 20 e 27 del DLgs 163/2006; violazione della direttiva 2004/18 /CE, della lex specialis; sviamento, difetto di motivazione e istruttoria.

Tra i parametri di assegnazione di punteggio erano previsti anche: l'attività di progettazione/coprogettazione finanziate o autofinanziate, sviluppate nell'area su cui insiste il servizio oggetto di affidamento (bando di gara, pagina 8) nonché l'indicazione di sinergie da sviluppare, comunque formalizzata da documentati accordi (bando di gara, pagina 9).

Senonché con tali previsioni sarebbero stati avvantaggiati i concorrenti che avessero già in essere progetti ed accordi con le istituzioni del territorio ma esse sarebbero illegittime (e perciò viene impugnato anche il bando) per violazione del principio generale delle gare pubbliche di divieto di commistione fra i criteri soggettivi di pre-qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta; da ciò l'illegittimità dell'attribuzione dei punteggi per tali voci.

8) violazione ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241/1990 nonché degli articoli 19, 20 e 27 del DLgs 163/2006; violazione della

direttiva 2004/18 /CE, della lex specialis; sviamento, difetto di motivazione e istruttoria.

Nella riunione del 26 gennaio 2001, prima della lettura delle relazioni fornite dai concorrenti, la commissione ha stabilito di valutare un punto per ogni progetto presentato con riguardo al fattore ponderale della "attività di progettazione/coprogettazione di interventi di protezione e promozione sociale sul territorio.

In tal modo sarebbe stato violato l'articolo 83 del DLgs 163/2006 che rimette esclusivamente al bando l'individuazione di sub-criteri.

9) violazione ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241/1990 nonché degli articoli 19, 20 e 27 del DLgs 163/2006; violazione della direttiva 2004/18 /CE, della lex specialis; sviamento, difetto di motivazione e istruttoria.

Plurime illegittimità si riscontrerebbero nella valutazione dei singoli profili di offerta della controinteressata e della ricorrente, venendo così violati i principi di imparzialità, parità di trattamento e proporzionalità.

10) violazione ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; violazione degli articoli 1, 3 e 6 della legge 241/1990 nonché degli articoli 19, 20 e 27 del DLgs 163/2006; violazione della direttiva 2004/18 /CE, della lex specialis; sviamento, difetto di motivazione e istruttoria.

La controinteressata non avrebbe offerto indicazioni sul numero di dipendenti da applicare al servizio del monte ore necessarie per la sua

esecuzione; perciò non si avrebbero elementi per valutare anche in via presuntiva l'utile di impresa e la correlata remuneratività del prezzo.

Si sono costituiti in giudizio la Comunità montana e la controinteressata Full residence S.r.l.; entrambe hanno controdedotto alle argomentazioni del ricorso e chiesto una pronuncia di rigetto.

Le parti hanno depositato ulteriori documenti e memorie a sostegno delle rispettive pretese e, all'udienza pubblica del 13 ottobre 2010 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

La Sodexo Italia spa impugna l'aggiudicazione alla controinteressata Full residence S.r.l. e gli altri atti meglio indicati in epigrafe relativi alla gara bandita dalla Comunità montana Monte Cervino per il servizio di preparazione trasporto dei pasti e giornate alimentari per il servizio sociale della comunità montana.

Con il primo motivo sostiene che l'offerta della controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa in applicazione della disposizione contenuta nel bando di gara che impone l'allegazione della fotocopia di un documento di identità del legale rappresentante.

Rileva il collegio che la censura, anche se non viene precisato nel ricorso, deve intendersi riferita, non alla busta A, contenente i documenti di ammissione ma alla busta B, contenente i documenti per la valutazione della qualità dell'offerta; ciò risulta definitivamente chiarito dal deposito in corso di causa di ulteriori documenti e memorie.

L'argomentazione si basa sulla circostanza, successivamente chiarita nel corso del processo, che la documentazione relativa alla busta B, consegnata in copia alla ricorrente a seguito di un accesso agli atti e di cui il pubblico ufficiale attesta la conformità all'originale, non conterrebbe appunto il documento di identità del legale rappresentante.

La censura è infondata in quanto l'amministrazione ha depositato in atti l'originale dell'offerta presentata dalla controinteressata da cui risulta che il documento di identità in questione è inserito nella facciata anteriore e interna del raccoglitore che la contiene; d'altronde l'attestazione di conformità si riferisce alla autenticità dei documenti prodotti ma non esclude l'esistenza di ulteriore documentazione, che nel caso in esame deve considerarsi provata attraverso il deposito degli atti originali.

Con il secondo motivo si deduce la violazione della *lex specialis* nella parte in cui imponeva un massimo di 15 pagine formato A4 per ciascuna relazione, avvertendo che relazioni con contenuti superiori alle 15 facciate di stampa "non verranno valutate".

L'offerta tecnica della controinteressata riguardante il progetto di gestione del servizio sarebbe stata formata da 23 pagine e, perciò, non avrebbe dovuto essere valutata.

La censura è infondata in quanto la relazione della Full residence è composta da 12 pagine nonché un allegato di natura pubblicitaria di altre 10 pagine molte delle quali, tra l'altro, contenenti immagini o sigle di fornitori; perciò la commissione ha ben potuto svolgere la sua valutazione alla luce di quanto indicato nella relazione, ignorando l'opuscolo allegato.

3) con il terzo motivo si contesta l'attribuzione del punteggio per titoli professionali riconosciuti esistenti in capo alla controinteressata nonostante si basasse su un certificato qualitativo ISO 9001, un menu e sull'esistenza di soggetti liberi professionisti esterni all'impresa. Invece la commissione ha attribuito alle due concorrenti per tale voce un punteggio sostanzialmente equivalente ricevendo Sodexo 3 punti e l'altra impresa 2,5 punti.

La censura è infondata in quanto il bando non escludeva la possibilità di fare riferimento anche a soggetti estranei all'impresa partecipante, fermo restando l'onere di avere alle dipendenze (il cui adempimento non viene contestato) un certo numero di figure dirigenziali.

Lo stesso articolo 42 del DLgs 12 aprile 2006 n. 163 prevede al comma 1, lettera b) la possibilità di indicare professionisti "facenti direttamente capo, o meno, al concorrente", con ciò confermando la possibilità di utilizzare soggetti esterni.

D'altronde la ricorrente ha ricevuto un punteggio comunque più alto e non offre ulteriori elementi di riscontro che consentano di accertare una evidente sproporzione o inconferenza nella valutazione di tale voce.

Con il motivo sub 4) la ricorrente lamenta di aver ottenuto solo 8,5 punti su 11 in relazione al fattore ponderale "progetto di gestione del servizio oggetto di affidamento"; tale ridotta attribuzione non risulterebbe giustificata.

La censura è infondata in quanto la commissione ha constatato che la relazione della ditta Sodexo presenta alcune parti difformi dalle indicazioni

fornite nell'articolo 13 del bando di gara; inoltre non sono stati indicati in maniera esplicita gli obiettivi del servizio e non sono stati espressi gli indicatori per la misurazione dei risultati.

Tali osservazioni hanno comunque condotto all'attribuzione di 8,5 punti, a fronte dei 10 riconosciuti alla controinteressata, la cui relazione è stata evidentemente più apprezzata, nell'ambito di un margine di valutazione discrezionale in cui non si evidenziano elementi di illogicità o di irragionevolezza.

Con il quinto motivo si reitera una censura di carenza di motivazione, relativamente alla voce "progetto di gestione del servizio" in quanto alla controinteressata sono stati attribuiti 10 punti, su 11, perché sono stati apprezzati "gli obiettivi ben dichiarati ed in linea con quelli affidati dalla parte politica dell'ente".

Tale motivazione, oltre che indimostrata, non sarebbe ammissibile perché violerebbe la *lex specialis*, gli articoli 15 e 16 del DLgs 165/2001 nonché il DLgs 267/2000 che disegnano un sistema di amministrazione degli enti locali informato al principio fondamentale della separazione dei livelli delle scelte politiche e di quelle gestionali.

La censura è infondata in quanto il punteggio della commissione si basa su una serie di considerazioni: gli obiettivi sono ben dichiarati e in linea con quelli affidati dalla parte politica dell'ente; il funzionigramma è ben definito e dettagliato; il servizio trasporti è descritto con particolare attenzione; il progetto di gestione non pare articolato sufficientemente

sull'intera giornata; non sono stati espressi gli indicatori per la valutazione dei risultati.

A fronte di tale articolata motivazione il riferimento agli obiettivi affidati dalla parte politica assume una rilevanza marginale e può ben essere interpretato come un semplice richiamo alle finalità generali insite nelle attività di servizio quale quella in questione; in ogni caso tale semplice richiamo non può certo considerarsi quale violazione del principio fondamentale di separazione tra scelte politiche e scelte gestionali.

Con una analitica argomentazione contenuta nel sesto motivo, la ricorrente esamina l'offerta della controinteressata con riferimento alla voce "progetto di gestione del servizio" sostenendo l'inaccettabilità del punteggio per essa assegnato.

La censura è inammissibile in quanto contesta nel merito scelte che sono riservate al potere discrezionale della commissione la quale, invece, ha espresso in maniera chiara gli elementi che l'hanno indotta ad attribuire il punteggio riconosciuto alla contro interessata, senza che emergano elementi di illogicità o di irragionevolezza.

Con il settimo motivo si rileva che tra i parametri di assegnazione di punteggi alle offerte vi erano anche: attività di progettazione/coprogettazione finanziate o autofinanziate, sviluppate nell'area su cui insiste il servizio oggetto di affidamento; nonché l'indicazione di sinergie da sviluppare comunque formalizzate da documentati accordi in collaborazione con il tessuto sociale.

Tali previsioni avvantaggerebbero i concorrenti che avessero già in essere progetti ed accordi con le istituzioni del territorio e si sostanzierebbero in requisiti soggettivi, con ciò violando il principio generale regolatore delle gare pubbliche che vieta la commistione tra criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione.

Il collegio non sconosce la rilevanza del principio invocato, tuttavia ritiene che nel caso specifico, trattandosi di valutare non un singolo prodotto, ma una complessa attività finalizzata allo svolgimento di un servizio, possa considerarsi ammissibile una valorizzazione delle esperienze pregresse, purché con una incidenza ponderale limitata, in quanto può essere utile a meglio valutare la qualità dell'offerta (Cons. St. sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808).

Con l'ottavo motivo si deduce la violazione dell'articolo 83 del DLgs 163/2006 che rimette esclusivamente al bando l'individuazione di sub-criteri, sub-pesi e sub-punteggi, eliminando perciò ogni margine di discrezionalità alla commissione.

Tale norma sarebbe applicazione dei principi generali di trasparenza e di imparzialità che trovano fonte dell'articolo 2 del DLgs 163/2006 nonché negli articoli 1 e 12 della legge 241/1990; perciò la violazione non potrebbe essere giustificata appellandosi al formalistico dubbio di non applicabilità nella specie dell'articolo 83.

La censura è infondata perché, come ipotizzato dalla stessa ricorrente, la gara in esame riguarda i servizi alberghieri e di ristorazione e rientra

nell'elenco di cui all'allegato IIB del DLgs 163/2006, perciò, ai sensi dell'articolo 20 dello stesso decreto, è disciplinata esclusivamente dagli articoli 65, 68 e 225.

Né può ritenersi che una limitata possibilità per la commissione di integrare i criteri violi i principi invocati dalla ricorrente, tant'è vero che, sino alla modifica dell'articolo 83 (intervenuta ad opera della lettera u) del comma 1 dell'art. 1, D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152) essa era consentita.

In ogni caso, poiché per tale criterio ponderale è stato attribuito solo un punto alla controinteressata, nel caso di reiezione di tutte le censure riguardanti l'attribuzione del punteggio, diventa anche improcedibile in quanto non supera la prova di resistenza, posto che il divario definitivo tra la prima e la seconda classificata è maggiore di un punto.

Con il nono motivo Sodexo contesta nel merito i punteggi attribuiti all'offerta della controinteressata che sarebbero illogici in sé e nel confronto comparativo con quelli assegnati alla ricorrente.

La censura è inammissibile in quanto si limita a proporre delle valutazioni differenti rispetto a quelle della commissione che, però, sono tutte adeguatamente giustificate, sia pure sinteticamente, e non presentano alcuna contraddittorietà o illogicità che, sole, potrebbero consentire un intervento in sede giurisdizionale.

Con il decimo motivo si lamenta che la aggiudicataria non abbia offerto indicazioni sul numero di dipendenti da applicare al servizio e del monte ore che reputa necessario per la sua esecuzione sicché non si avrebbero elementi per computare, anche solo in via presuntiva, l'utile d'impresa e la

correlata remuneratività del prezzo; invece la sua analisi, in relazione al costo del servizio, avrebbe dovuto essere primario scrupolo per i preposti alla gara.

Non è del tutto chiaro quale illegittimità venga contestata, perciò la censura è inammissibile per genericità ed equivocità; in ogni caso vale la pena di chiarire che la lex specialis di gara non prevede il procedimento di verifica di cui agli articoli 87 e 88 del DLgs 163/2006 ma semplicemente un meccanismo di attribuzione del punteggio che, di fatto, produce l'effetto di calmierare l'offerta economica.

Né d'altronde può ritenersi che l'offerta della controinteressata appaia *ictu oculi* troppo bassa sol che si tenga conto che, rispetto a quella della ricorrente, si differenzia per circa € 6.000 a fronte di un importo complessivo di oltre € 850.000.

In definitiva tutte le censure dedotte sono infondate o inammissibili e, conseguentemente, il ricorso deve essere respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la società soccombente al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 3000,00 (tremila,00) a favore della Comunità montana e € 3000,00 (tremila,00) a favore della controinteressata Full residence S.r.l.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010
con l'intervento dei magistrati:

Paolo Turco, Presidente

Silvio Ignazio Silvestri, Consigliere, Estensore

Giuseppe La Greca, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/11/2010

IL SEGRETARIO

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