

N. 03156/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00243/2014 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 per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 243 del 2014, proposto da:

- Itaca Ristorazione e Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Antonio Caputo, con domicilio eletto presso Michele Borrello in Milano, Via Arbe, 31;

contro

- Comune di Cormano, in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Romano, Michele Romano e Pietro Romano, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. Lombardia, in Milano;

nei confronti di

- Serist Servizi Ristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.

Marianna Fragalà Coppola e Alfonso Erra, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Roberto Scaramella in Milano, Via A. Lamarmora, 21;

per l'annullamento

- della determinazione n. 413 del 5.12.2013, nonché della relativa comunicazione, ex art. 79, comma 5, lett. a) d.lgs. n. 163/06, del 6.12.13, ricevuta - a mezzo pec - il successivo 9.12.13, alle ore 9.01, con cui il Comune di Cormanò ha aggiudicato in via definitiva alla Soc. Serist la gestione del servizio di ristorazione scolastica;
- del verbale di verifica delle giustificazioni del 19.11.2013, nella parte in cui l'offerta dell'aggiudicataria viene ritenuta congrua, attesa l'illegittimità che si dedurrà appresso;
- del verbale di Commissione di gara del 9.10.2013, nella parte in cui, in sede di verifica "estrinseca" dei plichi contenenti le offerte tecniche, viene genericamente indicato - per tutte le otto partecipanti alla gara - (e, quindi, anche per l'aggiudicataria), già appurate conformi circa la regolarità e completezza del contenuto della busta "A" (documentazione amministrativa) - che la documentazione di cui alla busta "B" risultasse "completa", senza specificare alcunché;
- della comunicazione inviata alla Soc. Itaca, n.q., con la quale è stata confermata l'aggiudicazione provvisoria, laddove, nella motivazione assunta circa la congruità del cespite giustificativo del costo indicato per il "Prezzo della merenda" dall'aggiudicatario, viene resa nota la "non anomalia" dell'offerta della prima graduata;

- del bando di gara, nella parte in cui, all'epigrafe "Operazioni di gara", lascia intendere che la "verifica documentazione amministrativa" consenta una modalità di apertura e di puntuazione - in sede di verbale di gara - delle offerte tecniche dei concorrenti ammessi come quella poi illegittimamente avvenuta;

- del primo verbale di gara, del 9.10.13, ove a pag. 11 dispone la custodia solo delle offerte economiche e non di tutta la documentazione di gara e quindi, a prescindere dalla non opportuna custodia della documentazione amministrativa, delle offerte tecniche già aperte e non opportunamente asservite al verbale di gara nei termini di legge;

nonché, per la declaratoria del diritto della ricorrente all'aggiudicazione della gara e per la conseguente declaratoria di inefficacia del contratto, ove eventualmente stipulato, con conseguente obbligo per la Stazione Appaltante di disporre il subentro della Ricorrente nel citato contratto, qualora lo stesso dovesse essere in fase di esecuzione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cormanico e di Serist Servizi Ristorazione S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2014 la dott.ssa Concetta Plantamura e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato l'8 gennaio 2014 e depositato il successivo 18 gennaio 2014 la società Itaca Ristorazione e Servizi a r.l. (da ora anche solo Itaca) ha impugnato gli atti in epigrafe specificati, con i quali il Comune di Cormano ha aggiudicato alla società Serist Servizi Ristorazione S.r.l. (da ora anche solo Serist) la procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione della ristorazione scolastica per gli anni 2014-2015.

Avverso tale esito della gara - cui si è giunti col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - Itaca ha interposto il gravame in epigrafe, affidato a tre motivi.

Con il primo motivo, dedotto in via principale, essa censura gli atti sopra specificati per violazione di legge ed eccesso di potere sotto plurimi profili.

Si deduce, in particolare, l'inidoneità della motivazione addotta dalla p.a. per ritenere congruo il prezzo offerto dall'aggiudicataria per la singola merenda e non anomala la sua offerta; lo sviamento dei presupposti e la disparità di trattamento, sempre con riguardo alla fase di valutazione delle offerte; la violazione di legge, per disapplicazione dell'articolo 55, co. 1 della direttiva comunitaria 2004/18/CE, in quanto la

stazione appaltante avrebbe applicato astrattamente le indicazioni di verifica di cui all'articolo 87 del decreto legislativo n. 163 del 2006; la violazione dei principi di non discriminazione e proporzionalità, di cui all'articolo 2, co. 1 del decreto citato, letto in combinato disposto con il successivo art. 27, co. 1 dello stesso codice dei contratti.

In sostanza, Itaca lamenta l'assoluta genericità delle giustificazioni addotte dalla contro-interessata a proposito della simbolicità del prezzo offerto per la singola merenda, nonché la non congruità e la inadeguatezza motivazionale in cui sarebbe incorsa la commissione di gara per giungere a non ravvisare l'anomalia dell'offerta de qua.

Con i restanti due motivi, dedotti in via subordinata, Itaca prospetta, poi, una serie di censure finalizzate alla rinnovazione della gara.

In dettaglio, col secondo motivo essa lamenta la violazione dei principi di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa, sia per mancata indicazione di quanto rinvenuto nella rispettiva busta contenente l'offerta tecnica, sia per omessa custodia dei plichi.

Con il terzo ed ultimo motivo l'esponente si duole della violazione del principio di custodia e segretezza delle offerte, escluse quelle economiche, non avendo la commissione dato conto delle modalità di conservazione dei plichi contenenti le offerte medesime.

Si sono costituiti il Comune di Cormanò e la società Serist, contro-deducendo alle censure avversarie e insistendo per il rigetto del ricorso.

Con ordinanza del 5 febbraio 2014 la sezione ha respinto la domanda cautelare.

Con ordinanza del 5 marzo 2014 il Consiglio di Stato ha accolto l'appello per la riforma dell'ordinanza succitata "sotto il limitato profilo della sollecita fissazione della causa nel merito".

All'udienza pubblica del 26 novembre 2014 la causa, sentite le parti, è stata trattenuta dal collegio per la decisione.

Il primo motivo di ricorso è infondato.

Il procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte non deve mirare a ricercare inesattezze in ogni singolo elemento, bensì deve valutare se l'offerta nel suo complesso sia seria e attendibile, sicché la stessa può ritenersi anomala solo quando il giudizio negativo, sul piano dell'attendibilità, riguardi voci che, per la loro rilevanza e incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile (cfr., ex multis, Cons. Stato, IV, 22 marzo 2013, n. 1633).

Nel caso in esame, la commissione ha legittimamente proceduto a verificare, sulla base delle giustificazioni fornite da entrambe le parti in causa, che la percentuale di utile ricavabile dalla differenza tra ricavi e costi, dimostrasse la sostenibilità economica dell'offerta nel suo complesso.

Non hanno pregio, allo scopo di confutare quanto dinanzi assunto e di dimostrare che la verifica dell'anomalia dell'offerta avrebbe dovuto riguardare autonomamente la singola voce

“costo della merenda”, le osservazioni critiche di Itaca che fanno leva, da un lato, sul sub punteggio massimo attribuito dal bando al prezzo della merenda (+2), che poteva essere raggiunto offrendo la fornitura della merenda sottocosto e, dall’altro, sul fatto che tale fornitura assumeva un valore irrilevante rispetto a quello complessivo del servizio.

Come correttamente osservato dalla difesa dell’amministrazione resistente, infatti, non è vietato offrire un singolo servizio sottocosto o gratuitamente se vi è prova della convenienza economica dell’intera offerta, proprio perché, come già accennato, l’offerta deve essere valutata nella sua globalità, non rilevando, ai fini della verifica dell’anomalia, che lo svolgimento di un servizio di non rilevante entità rispetto al complesso di quelli offerti sia fornito sottocosto, in quanto compensabile con quanto ricavato dallo svolgimento degli altri servizi (così, ex multis, Cons. di Stato, V, sent. del 14 giugno 2013 n.3314).

La contestazione di Itaca, inoltre, appuntandosi sull’effetto distorsivo prodotto sull’esito della gara dallo sconto sul prezzo della merenda, non può riguardare il sub procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta (disciplinato dai suindicati principi e finalizzato esclusivamente a verificare la serietà ed attendibilità dell’offerta complessivamente intesa), ma dovrebbe, al più, dirigersi nei confronti del bando che, per contro, non è stato al riguardo attinto da alcuna censura.

Detto effetto distorsivo discende, infatti, dalla scelta, contenuta nel bando, di attribuire all’offerta economica due sub punteggi, uno per il prezzo del pasto e l’altro per il prezzo della merenda,

di cui, tuttavia, non essendone stata proposta impugnazione, non si può discutere in questa sede.

Deve, nondimeno, escludersi che nella *lex specialis* di gara fosse contenuta una previsione analoga a quella rinvenibile nella fattispecie concreta oggetto del caso esaminato dal Consiglio di Stato, nella decisione n. 3603/2014, richiamata in memoria dal patrocinio ricorrente. Qui, infatti, era chiaramente previsto che i concorrenti dovessero espressamente dichiarare nel modulo dell'offerta economica che ognuno dei prezzi offerti fosse comprensivo di tutti i costi relativi alla specifica fase al quale esso si riferiva. Analoga previsione non si rinviene nel caso in esame dove, pertanto, opera appieno quanto ribadito, anche di recente, dal Consiglio di Stato, per cui: "il controllo di anomalia si concretizza in un giudizio complessivo sull'affidabilità dell'offerta economica complessivamente intesa, al fine di verificarne la credibilità" (così, la decisione del 29 aprile 2014, n. 2220).

Sotto il profilo sostanziale, poi, va aggiunto che, le valutazioni compiute dalla stazione appaltante in sede di riscontro dell'anomalia delle offerte, costituiscono espressione di un potere tecnico-discrezionale (cfr. Cons. Stato, V[^], 21.10.2009 n. 6461, ove si parla di "altissima discrezionalità tecnica"), sindacabile in sede giurisdizionale solo nel caso in cui le valutazioni operate appaiano, diversamente dal caso in esame, manifestamente illogiche, irrazionali o fondate su insufficiente motivazione o palesi errori di fatto (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sezione V, 17 gennaio 2014, n. 162).

Anche i restanti due motivi di ricorso sono infondati, e possono essere esaminati congiuntamente in quanto strettamente connessi.

La censura che contesta la genericità del verbale nella parte in cui riporta che: “la documentazione risulta regolare”, riveste carattere meramente formale, non essendo state affatto adombrate dall’istante delle irregolarità sostanziali.

A ben vedere, poi, nella busta “B” - relativa all’offerta tecnica - doveva essere riposta la sola relazione tecnica sottoscritta dal legale rappresentante, sì che l’attestazione della commissione, la quale dà atto che la documentazione (quindi esistente) è regolare (a differenza dell’attestazione relativa alla documentazione amministrativa, contenuta nella busta “A”, che risultava “completa e regolare”, poiché più erano i documenti da inserire in tale busta), è del tutto idonea a perseguire le finalità di imparzialità e trasparenza sottese alla prescritta verbalizzazione.

Corroborano tale assunto, tanto la circostanza che le operazioni di apertura delle buste “A” e “B” e di controllo della relativa documentazione, come ricavabile dai verbali di gara versati in atti, furono svolte in modo tutt’altro che frettoloso, quanto la circostanza che esse si svolsero in seduta pubblica, alla presenza dei rappresentanti di quattro delle imprese partecipanti, tra i quali il Signor Antonio Sabatino, per Itaca, che nulla oppose.

Ad avvalorare, infine, la legittimità dell’operato della commissione è utile richiamare la recente decisione dell’adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n.8 del 3 febbraio

2014) che, confermando in subjecta materia l'orientamento meno formalista, ha affermato che, ogni contestazione del concorrente volta ad ipotizzare una possibile manomissione o esposizione a manomissione dei plichi, idonee ad introdurre un vulnus alla regolarità del procedimento di selezione del contraente, non può trovare sostegno nel solo dato formale delle indicazioni che si rinvencono nel verbale, redatto per ogni adunanza della commissione preposta all'esame delle offerte, ma deve essere suffragata da circostanze ed elementi che, su un piano di effettività e di efficienza causale, abbiano inciso sulla cosiddetta genuinità dell'offerta, che va preservata in corso di gara.

Per tale via, sempre secondo il giudice d'appello, il fatto che le modalità di conservazione non siano state particolarmente rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi. Per concludere, quindi, si è in presenza di un vizio invalidante soltanto ove sia positivamente provato o, quantomeno, vi siano seri indizi, che le carte siano state manipolate negli intervalli fra un'operazione e l'altra.

Ebbene, non avendo la ricorrente fornito indicazioni in tal senso, deve ribadirsi l'infondatezza delle censure svolte nei surriportati due motivi.

Per le considerazioni che precedono, quindi, il ricorso in epigrafe specificato deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono poste a carico della ricorrente e a favore della resistente e della contro-interessata, liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite, nella misura di euro 2.000,00 a favore del comune di Cormano e di euro 2.000,00 a favore della contro-interessata e, così, per complessivi euro 4.000,00 oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Concetta Plantamura, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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