

N. 00506/2009 REG.SEN.

N. 01203/2008 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1203 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Camst (Cooperativa Albergo Mensa Spettacolo e Turismo) Soc. Coop. a r.l., in persona del rappresentante legale pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Bertini, Mario P. Chiti, con domicilio eletto presso Mario Pilade Chiti in Firenze, via Lorenzo il Magnifico n. 83; contro

Estav Centro (Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta – Centro), in persona del rappresentante legale pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso Domenico Iaria in Firenze, via dei Rondinelli 2; Coordinatore Dipartimento Acquisti Beni e Servizi Estav Centro, non costituitosi in giudizio;

nei confronti di

Dussmann Service S.r.l., in persona del rappresentante legale pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Erba, Enzo Robaldo, Elena Vignolini, con domicilio eletto presso Elena Vignolini in Firenze, via F. Bonaini, 10;

per l'annullamento

del provvedimento dirigenziale n. 193 del 7.5.08, di aggiudicazione definitiva dell'appalto del servizio di ristorazione per l'A.O. Meyer, a firma del Coordinatore del Dipartimento acquisizione beni e servizi dell'ESTAV Centro (comunicato l'8.5.08);

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché ignoto, con speciale riferimento a:

- la nota dell'8.5.08, del RUP Dott.ssa Folli, di comunicazione dell'aggiudicazione e di risposta alle note di Camst del 22 e 24.4.08;
 - i verbali di gara, verbali del 14, 16, 17, 21, e 22.4.2008;
 - la richiesta di chiarimenti e integrazione documentale trasmessa da Estav a Dussmann tra il 17 e il 21.4.08;
 - la nota di Estav a Dussmann del 22 o 23.4.08 (richiesta di disponibilità a ridurre l'importo offerto di euro 68.657,98);
 - per quanto occorra, la lex specialis (lettera d'invito e capitolato speciale d'appalto);
 - il contratto medio tempore stipulato con la Dussmann;
 - ogni altro atto o provvedimento della procedura;
- con richiesta di risarcimento del danno.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti depositati presso questo Tribunale in data 22 settembre 2008,

con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estav Centro;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Dussmann Service S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Dussmann Service S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28/01/2009 il dott. Saverio Romano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con atto ritualmente notificato, la Camst (Cooperativa Albergo Mensa Spettacolo e Turismo) Soc. Coop. a r.l., esponeva quanto segue:

- di avere partecipato ad una gara espletata con una procedura negoziata senza bando per l'affidamento del servizio di ristorazione, con fornitura di arredi e attrezzature mediche, preceduta da una procedura ordinaria rimasta senza esito (nella quale la stessa Camst era l'unica impresa concorrente);
- in sede di gara, ravvisato che Dussmann non aveva indicato un proprio centro di preparazione pasti ma intendeva servirsi di una cucina di un ente pubblico (comune di Impruneta), ove svolge un appalto simile, e di un centro di cottura d'emergenza sito in Pistoia, invece di escluderla, Estav chiedeva chiarimenti nonché l'indicazione di una terza cucina (cui seguiva, da parte di Dussmann, l'indicazione di una cucina sita a Prato, previo accordo con la società La Querciola);
- prima dell'aggiudicazione, Estav chiedeva ed otteneva da Dussmann una riduzione dell'importo indicato nell'offerta economica.

Ritenendo illegittima l'aggiudicazione della gara alla controinteressata, la società esponente ha impugnato i provvedimenti sopra indicati, deducendo i seguenti motivi:

- 1) violazione della lex specialis e dei principi di serietà, completezza e immodificabilità delle offerte; violazione della par condicio; eccesso di potere per sviamento, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria, disparità di trattamento e ingiustizia manifesta; sostiene la ricorrente che anche per la procedura negoziale disciplinata dall'art. 57, comma 2, d. lgs. n. 163/2006, valgono i principi generali; nella specie, l'indisponibilità di un centro di cottura, elemento essenziale del capitolato, avrebbe imposto l'esclusione di Dussmann dalla gara; perciò è illegittima la richiesta di integrazione documentale disposta da Estav; l'offerta della controinteressata è comunque incongrua: le cucine di enti pubblici (Impruneta e Pistoia), destinate ad altri servizi e subordinate ad autorizzazione che non sono state rilasciate né prodotte dall'impresa interessata, non sarebbero in ogni caso disponibili per tutta la durata dell'appalto; i centri di cottura principali e secondari non rispettano il requisito di ubicazione prescritto dal capitolato (con riferimento al tempo massimo di consegna dei pasti ai reparti di 45 minuti);
- 2) il punteggio assegnato, per l'aspetto tecnico e organizzativo, in base alle ragioni esposte nel motivo che precede (riguardanti le cucine), doveva essere pari a zero;
- 3) violazione dell'art. 43 d. lgs. n. 163/2006, violazione della par condicio e dei principi in materia di sindacato giurisdizionale; eccesso di potere per sviamento, disparità, illogicità e ingiustizia manifesta; sarebbe illegittima la richiesta di integrazione documentale, riferita alla documentazione tecnica presentata da Dussmann; le clausole della lettera d'invito vanno intese nel senso sopra indicato, altrimenti esse sono illegittime e vanno annullate.

La ricorrente ha anche proposto domanda di risarcimento dei danni subiti, in tesi, in forma specifica, con ordine di aggiudicazione della gara ad Ati Camst; in subordine, per equivalente monetario, come sarà quantificato in corso di giudizio, oltre interessi e rivalutazione.

Costituitasi in giudizio in qualità di amministrazione intimata, Estav Centro ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, chiedendone in subordine la reiezione nel merito, in quanto infondato.

Costituitasi in giudizio in qualità di controinteressata, Dussmann Service S.r.l. ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, chiedendone in subordine la reiezione nel merito, in quanto infondato.

Dopo la costituzione in giudizio di Estav e l'acquisizione degli atti di gara, con motivi aggiunti depositati il 22 settembre 2008, Camst ha impugnato gli stessi atti oggetto del ricorso introduttivo, proponendo censure in parte integrative di quelle già dedotte, in parte nuove.

In particolare, oltre a quanto già dedotto, Camst ha eccepito quanto segue:

4) l'offerta di Dussmann sarebbe inammissibile, perché indeterminata (ultimato l'appalto di Impruneta-Tavarnuzze, non si capirebbe se la cucina di Pistoia diventa quella principale, ma mancherebbe la cucina d'emergenza, ovvero diventi la cucina d'emergenza e quella di Prato la cucina principale, o viceversa);

5) mancherebbe l'accordo per l'utilizzo della cucina della società La Querciola (Prato);

6) mancherebbe la relazione tecnica, richiesta dal punto 3 della lettera d'invito.

Dussmann ha notificato ricorso incidentale, censurando la mancata esclusione della ricorrente principale dalla gara sia per la mancata indicazione dei requisiti soggettivi degli altri soggetti che avrebbero la rappresentanza legale di Camst, sia l'inidoneità del progetto tecnico da essa presentato rispetto a quanto richiesto dal capitolato (mancanza d'immediatezza tra cottura e confezionamento dei pasti, vanificazione della tempistica prevista dallo stesso).

Le parti hanno depositato memorie difensive, argomentando le rispettive tesi sostenute.

All'udienza sopra indicata, la causa è passata in decisione ed è stata definita come da dispositivo pubblicato il 5 febbraio 2009.

DIRITTO

1 – Con il primo motivo di ricorso, la ricorrente deduce che, anche per la procedura negoziale disciplinata dall'art. 57, comma 2, d. lgs. n. 163/2006, seguita nella specie dalla stazione appaltante, valgono i principi generali in materia di appalti pubblici; pertanto: a) l'indisponibilità di un centro di cottura, elemento essenziale del capitolato, avrebbe imposto l'esclusione di Dussmann dalla gara; b) sarebbe illegittima la richiesta di integrazione documentale disposta da Estav; c) l'offerta della controinteressata sarebbe comunque incongrua, atteso che le cucine di enti pubblici indicate dalla aggiudicataria, destinate ad altri servizi e subordinate ad autorizzazione che non sono state rilasciate né prodotte, non sarebbero in ogni caso disponibili per tutta la durata dell'appalto e i centri di cottura principali e secondari non rispetterebbero il requisito di ubicazione prescritto dal capitolato.

Il motivo è infondato sotto tutti i profili prospettati.

Dopo l'inutile esperimento di due procedure di gara aperte per l'affidamento del servizio di ristorazione, della durata di cinque anni, nella quali Camst era l'unica concorrente per quanto riguarda il lotto n. 1 relativo al servizio dell'Azienda Meyer, è stata avviata una procedura di gara negoziata, senza previa pubblicazione del bando, ai sensi dell'art. 57, comma 2 lett. a) d. lgs. 163/06, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pervenute le offerte di tre imprese, ammesse alla prosecuzione della gara, la commissione rilevava che il possesso delle cucine esterne dichiarate dall'impresa Dussmann non copriva completamente la durata temporale prevista; interpellata per le vie brevi e invitata a produrre ulteriore documentazione, Dussmann dichiarava la disponibilità di un ulteriore centro di cottura (oltre a quello principale e a quello d'emergenza già indicati).

La stazione appaltante attribuiva quindi il punteggio per le offerte tecniche e successivamente il punteggio per le offerte economiche presentate e, a conclusione della gara, l'offerta più vantaggiosa risultava quella di Dussmann.

Successivamente, rilevato che entrambe le offerte delle imprese concorrenti prevedevano voci non pertinenti, la stazione appaltante stabiliva, quale condizione per procedere all'aggiudicazione dell'appalto, che Dussmann accettasse di ridurre l'offerta presentata del costo relativo a tali voci.

Verificatasi la condizione posta dall'amministrazione, la gara è stata aggiudicata.

Come anticipato, la procedura in esame si è svolta secondo le forme della procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'art. 57, comma 2 del d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (c.d. codice dei contratti pubblici).

Secondo l'art. 3, comma 40, del codice le "procedure negoziate" sono quelle in cui "le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto".

Il comma 6 dell'art. 57 dello stesso codice prevede che, ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica-finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta.

Nella fattispecie, il capitolato speciale di gara prescriveva che la ditta appaltatrice dovesse disporre per la preparazione dei pasti di un centro cottura ubicato entro un raggio di distanza che consentisse un tempo massimo tra il confezionamento e la consegna dei pasti ai singoli reparti di 45 minuti (art. 2); inoltre, al fine di garantire il committente da situazioni di emergenza inerenti l'eventuale blocco parziale e/o totale delle cucine per qualsiasi causa, che la ditta dovesse presentare un piano documentato comprendente anche la disponibilità di un altro centro cottura ubicato ad una distanza congrua dalla sede dell'Azienda (art. 14).

La lettera di invito alla gara prevedeva, a sua volta, in ordine alla cucina esterna, che l'offerta tecnica dovesse contenere: la planimetria dei locali, la relazione tecnica sugli impianti, copia dell'autorizzazione sanitaria e la capacità produttiva della cucina, l'indicazione della distanza dalla sede dell'Azienda ospedaliera.

L'offerta tecnica, presentata da Dussmann, indicava il centro di cottura delle scuole di Impruneta (gestito dalla stessa società), il cui contratto scade nel 2012, salvo eventuali proroghe; per coprire la durata contrattuale dell'appalto (che scade nel giugno 2013), l'offerta indicava anche la cucina dell'ospedale di Pistoia; per far fronte ad eventuali emergenze, Dussmann dichiarava la disponibilità di altre cucine nel territorio toscano, e in particolare la stessa cucina dell'ospedale di Pistoia.

Peraltro, la Commissione di gara – rilevato che il possesso delle cucine esterne non copriva la durata temporale prevista – interpellava l'impresa, invitandola a produrre ulteriore documentazione.

Dussmann produceva, pertanto, un contratto con la società La Querciola la quale si impegnava a mettere a sua disposizione, sino al 31 luglio 2013, il proprio centro di cottura sito in Prato.

Dagli elementi richiamati, consegue, non solo l'infondatezza della tesi principale (sostenuta dalla ricorrente) secondo cui la stazione appaltante avrebbe dovuto verificare l'indisponibilità di un centro di cottura, elemento essenziale del capitolato, e conseguentemente escludere Dussmann dalla gara.

Invero, il limitato intervallo tra la scadenza del contratto relativo alle cucine esterne indicate da Dussmann e la durata dell'appalto de quo (pari a tre mesi), rilevato in sede di gara, è stato colmato

dalla disponibilità, come cucina di emergenza durante il predetto intervallo, di un ulteriore centro di cottura.

Ciò non costituisce una modifica degli elementi essenziali dell'offerta tecnica.

Infatti, a termini della lettera di invito alla gara, la documentazione tecnica doveva comprendere una relazione, illustrativa dell'offerta, che indicasse le caratteristiche della cucina esterna (planimetria, relazione sugli impianti tecnologici, autorizzazione sanitaria, indicazione della distanza dalla sede ospedaliera). La stessa lettera d'invito prevedeva altresì che, nel corso dello svolgimento della gara, le ditte, se necessario, sarebbero state invitate a completare o fornire chiarimenti e che la Commissione giudicatrice avrebbe avuto la facoltà di chiedere ulteriori elementi integrativi eventualmente necessari.

In ogni caso, di fronte alla mancanza di una espressa previsione di esclusione, correttamente la stazione appaltante ha provveduto a richiedere chiarimenti in ordine alla disponibilità di un centro cottura per l'intera durata del servizio oggetto dell'appalto.

Anche la tesi subordinata sostenuta dalla ricorrente, secondo la quale l'integrazione documentale non poteva essere richiesta dalla stazione appaltante, trattandosi di un'inammissibile modifica dell'offerta di gara, è destituita di fondamento.

Come accennato, la procedura negoziata, seguita nella fattispecie, si caratterizza, in generale, per un minor tasso di formalismo delle operazioni di gara e in particolare per il fatto che la stazione appaltante invita a presentare un'offerta, oggetto di negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta (art. 57 comma 6, citato).

La ratio della negoziazione è quella di adeguare le offerte alle esigenze dell'amministrazione (come si desume dall'art. 56, comma 2, che riguarda le ipotesi di procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara, ma esprime un principio valido anche nella fattispecie).

Resta tuttavia fermo che, anche nella procedura negoziata, non possono essere modificate le condizioni iniziali del contratto (art. 57, comma 2).

L'art. 78, comma 3, del d.p.r. 21 dicembre 1999 n. 554 (recante il regolamento di attuazione della legge quadro 11 febbraio 1994 n. 109) prevedeva che in sede di negoziazione l'offerta può essere variata sia negli aspetti tecnici che in quelli economici, ma non in misura tale da comportarne lo stravolgimento.

Nella fattispecie, a parere del Collegio, non vi è stata violazione di alcuna delle norme citate e dei principi invocati dalla ricorrente.

Nel corso dell'esame della documentazione presentata dalle ditte concorrenti, la Commissione di gara ha rilevato che "il possesso delle cucine esterne che la ditta Dussmann dichiara di utilizzare per l'appalto non copre completamente la durata dell'appalto, in quanto il rinnovo dei contratti per il loro utilizzo rappresenta una probabile possibilità ma non una certezza. Viene pertanto deciso di interpellare per le vie brevi la ditta stessa, invitandola a produrre tempestivamente ulteriore documentazione a garanzia della copertura della durata contrattuale" (cfr. verbale 17.4.2008).

Ne consegue che, nei suoi caratteri essenziali, l'offerta tecnica è rimasta la medesima (sia prima che dopo l'integrazione documentale, sono rimasti gli stessi i centri di cottura indicati); l'offerta è stata invece integrata, su invito della stazione appaltante, con l'indicazione di un terzo centro di cottura destinato a colmare il breve lasso di tempo di mancata disponibilità delle due cucine indicate, nello spazio temporale durante il quale la seconda cucina indicata nell'offerta (divenuta principale dopo il venire meno del primo centro di cottura ed il cui contratto sarebbe scaduto con un breve anticipo rispetto all'appalto di cui trattasi) non sarebbe stata più disponibile.

Sul punto in questione la ricorrente sostiene trattarsi di un'inammissibile integrazione dell'offerta, in quanto incidente su un elemento essenziale della stessa.

L'assunto non può essere condiviso.

Invero, come già accennato, l'offerta tecnica consta della disponibilità di una cucina esterna, con le relative indicazioni, richiesta dalla lettera d'invito che esaurisce il contenuto della documentazione tecnica, connotativa dell'offerta medesima (come risulta anche dagli elementi di valutazione dell'offerta previsti dalla stessa lettera di invito).

Solo nel capitolato speciale, nel paragrafo dedicato alla gestione dell'emergenza (art. 14), si prevede che, "al fine di garantire il committente da situazioni di emergenza", dovrà essere presentato un documentato piano "che comprenda la disponibilità di un altro centro cottura ubicato ad una distanza congrua dalla sede dell'Azienda".

Invero, anche la cucina supplementare risulta indicata nell'offerta della controinteressata, la quale non può ritenersi modificata, nei suoi aspetti essenziali, per l'intervenuta indicazione di una terza cucina a disposizione dell'impresa, a garanzia dell'intera durata dell'appalto.

Il motivo è infondato, anche sotto gli altri profili prospettati.

Le autorizzazioni alle quali sarebbe subordinato l'utilizzo delle cucine indicate nell'offerta, non previste dalla disciplina di gara tra la documentazione da produrre con la domanda di partecipazione, sono state rilasciate, sia dal comune di Impruneta che dall'U.s.l. n. 3 di Pistoia (i cui appalti già prevedevano la possibilità di utilizzare i centri di cottura per l'esecuzione di servizi a favore di altri soggetti).

Quanto alla terza cucina, indicata in via residuale, il contratto tra Dussmann e la società La Querciola precede l'indizione della procedura di gara.

Non si tratta, pertanto, dell'integrazione dell'offerta con l'acquisizione di un documento prescritto dal bando di gara (come sostenuto dalla ricorrente).

Non risulta violata neanche la previsione del capitolato secondo cui la ditta appaltatrice deve disporre per la preparazione dei pasti di un centro cottura ubicato entro un raggio di distanza che consenta un tempo massimo tra il confezionamento e la consegna dei pasti ai singoli reparti di 45 minuti (art. 2).

In primo luogo, la prescrizione è dettata con riferimento al centro di cottura principale.

Infatti, la previsione di un centro di cottura, per far fronte alle situazioni di emergenza, prescrive che esso deve essere ubicato ad una "distanza congrua" dalla sede dell'azienda (cfr. art. 14 del capitolato).

Ma anche ritenendo che nella specie, in ragione del diverso ruolo ricoperto dai centri di cottura indicati da Dussmann, essa debba essere riferita alle altre cucine indicate, la stessa non appare comunque violata.

Infatti, sia per la cucina ubicata in Tavarnuzze (Impruneta) sia per quella ubicata presso l'ospedale di Pistoia sia per quella ubicata in Prato, tra i luoghi di produzione dei pasti e la località di Careggi (Firenze) ove è ubicato l'ospedale Meyer, deve ritenersi rispettato il termine di consegna dei pasti (pari a 45 minuti), sulla base delle distanze rispettivamente esistenti (pari a 13,5 - 35 - 20 km.).

Va, in proposito, precisato che, sulla base della documentazione prodotta sia dalla resistente amministrazione che dalla controinteressata (cfr. doc. 1), si ricava che i tempi di consegna prescritti dal capitolato sono rispettati (tenendo conto della circostanza che, per il centro di cottura più distante, il percorso è per lo più servito dalla rete autostradale).

Né bastano, a confutare le risultanze documentali, le annotazioni critiche esposte dalla ricorrente in ordine alle condizioni di traffico generalmente difficili che caratterizzerebbero la viabilità interessata (anche alla luce del fatto che si tratta di percorsi diversi tra loro).

2 – Con il secondo motivo, si deduce che il punteggio assegnato, per l'aspetto tecnico e organizzativo, in base alle ragioni esposte nel motivo che precede (riguardanti le cucine), doveva essere pari a zero o, comunque, assai inferiore a quello assegnato.

La censura – come ammesso dalla ricorrente – si fonda sulle stesse ragioni poste a base del primo motivo, che si reputa infondato per le motivazioni testé illustrate.

Il motivo è infondato anche nella sua prospettazione più ridotta.

Infatti, per l'aspetto tecnico e organizzativo dell'offerta, la stazione appaltante ha attribuito un punteggio ben inferiore a quello a disposizione (19 punti anziché 25), proprio a cagione della distanza del centro di cottura (di emergenza) indicato da Dussmann dall'azienda Meyer, dimostrando di avere puntualmente valutato la soluzione organizzativa proposta.

3 – Con il terzo motivo, si deduce che le clausole della lettera d'invito sarebbero illegittime laddove interpretate nel senso di ammettere una richiesta di integrazione dell'offerta tecnica.

In particolare, la censura si dirige avverso quanto previsto alla pagina 5 della lettera d'invito laddove è stabilito che “le ditte, se necessario, verranno invitate a completare e fornire chiarimenti in ordine al contenuto di certificazioni, documenti, o dichiarazioni presentate... la Commissione ha facoltà di chiedere ulteriori elementi integrativi eventualmente necessari assegnando un termine perentorio”.

Il motivo è infondato.

Vero è che (come ricordato dalla ricorrente) la giurisprudenza, in materia di poteri di integrazione della Commissione di gara, ha espresso un indirizzo restrittivo, ritenendo che debba trattarsi di integrazione di documentazione già presentata e da integrare nella forma e che, invece, non possa ammettersi l'integrazione dell'offerta progettuale, o modificativa dei suoi elementi essenziali.

Si è infatti affermato che, nel caso di trattativa privata articolata come vera e propria procedura concorrenziale, è illegittimo un provvedimento con il quale la stazione appaltante, sulla scorta di alcune proposte migliorative avanzate da un concorrente ad una gara di appalto, modifica in maniera sostanziale l'offerta economica e progettuale del concorrente stesso, tanto più ove già siano noti i contenuti delle altre offerte, in quanto l'accettazione di nuove e più favorevoli condizioni costituisce manifesta e grave violazione dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa e di rispetto della par condicio tra i concorrenti (Consiglio Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6302). T.A.R. Toscana Firenze, sez. I, 30 maggio 2006, n. 2572).

Ciò nondimeno, come già precisato, il principio nella specie non risulta violato, per le ragioni (già illustrate) relative all'individuazione dell'esatto contenuto dell'offerta tecnica, come prevista nella lettera d'invito alla gara, oltre che per le caratteristiche della procedura nella specie seguita.

L'art. 57 del codice, al comma 6, stabilisce che, nell'ambito della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare, fra i quali quelli selezionati vengono invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli “elementi essenziali” della prestazione richiesta.

Con riferimento alla procedura negoziata con pubblicazione del bando, la dottrina ha avuto occasione di rilevare che la negoziazione costituisce il connotato peculiare della procedura negoziata rispetto alla procedura ristretta. In particolare, essa comporta che la scelta del contraente avvenga non secondo criteri rigidi e predeterminati, ma in base a meccanismi di contrattazione ispirati alla più ampia flessibilità e che danno luogo, sotto certi profili, a una definizione progressiva dei contenuti dell'offerta aggiudicataria.

La giurisprudenza, premesso che il “quid” essenziale della trattativa privata è che “l'amministrazione aggiudicatrice consulta le imprese di propria scelta e negozia con una o più di essi i termini del contratto”, ha affermato (in tema di appalti pubblici di fornitura) che la presenza di una fase preliminare (com'è prassi diffusa in conformità alla normativa di derivazione comunitaria) regolata da un capitolato speciale, con l'invito a presentare offerta per un ristretto numero di imprese, accosta la procedura in questione alla licitazione privata, senza, tuttavia, eliminare lo spazio di negoziazione previsto dalla legge.

In tale ambito, può avere svolgimento una fase di precisazione delle caratteristiche tecniche e dell'attendibilità dei prezzi dei beni oggetto della fornitura condotta nei confronti dell'impresa individuata come migliore offerente in base al criterio di aggiudicazione prescelto, fase che rientra, senza particolari formalità coincidenti con quelle della procedura di verifica dell'anomalia, proprio nello spazio di negoziazione in questione.

Ciò ha una giustificazione connessa alla maggior libertà e informalità della procedura, che consente peraltro di tutelare, in misura equivalente, quelle esigenze di serietà e corretta eseguibilità della prestazione offerta, considerate altrimenti, nelle procedure di gara aperta o ristretta, con la previsione della verifica dell'anomalia.

Pertanto, nell'ambito di tale maggior libertà di forme e di modalità di contrattazione, l'amministrazione aggiudicatrice può decidere persino di esperire la procedura di verifica in questione, ma a ciò non è tenuta (salvo che si autovincoli espressamente in tal senso), potendo ricorrere a contatti diretti, con l'impresa offerente rientranti appunto nello spazio di negoziazione, che siano comunque utili ad accertare serietà e verosimile eseguibilità dell'offerta considerata, espandendosi dunque, in sede di trattativa privata, il potere di acquisire integrazioni documentali e chiarimenti previsto dall'art. 15 del D.lgs. n. 358/1992 (Cons. St., sez. VI, 24 giugno 2006 n. 4050).

Nella fattispecie, come già accennato, l'offerta tecnica, nei suoi elementi essenziali, consta della disponibilità di una cucina esterna, con le relative indicazioni, come emerge dalla lettera d'invito che esaurisce il contenuto della documentazione tecnica, connotativa dell'offerta (ciò emerge anche dagli elementi di valutazione dell'offerta previsti dalla stessa lettera d'invito).

Solo nel capitolato speciale, il paragrafo dedicato alla gestione dell'emergenza (art. 14) prevede che, "al fine di garantire il committente da situazioni di emergenza", dovrà essere presentato un documentato piano "che comprenda la disponibilità di un altro centro cottura ubicato ad una distanza congrua dalla sede dell'Azienda".

Pertanto, può ritenersi compresa nell'offerta tecnica anche l'indicazione di un centro cottura, ubicato ad una distanza congrua, di cui il concorrente abbia la disponibilità.

Orbene, anche la cucina supplementare risulta indicata nell'offerta della controinteressata, la quale non può ritenersi modificata, nei suoi elementi essenziali, per l'intervenuta indicazione di una terza cucina a disposizione dell'impresa, a garanzia dell'intera durata dell'appalto.

Il potere della stazione appaltante di chiedere la disponibilità di un ulteriore centro di cottura, dopo aver constatato la mancata coincidenza temporale tra i contratti stipulati con gli enti locali per l'utilizzo delle cucine indicate nell'offerta e la durata dell'appalto di cui trattasi, non si è tradotto in una, non consentita, modificazione di un elemento essenziale dell'offerta presentata.

Pertanto, non avendo la stazione appaltante fatto applicazione della clausola in esame, secondo l'interpretazione censurata dalla ricorrente, anche l'ultimo motivo si palesa infondato.

4 – I motivi aggiunti sono inammissibili e, comunque, infondati.

Come riconosciuto dalla stessa ricorrente, essi sono in parte di completamento in parte integrativi delle censure svolte nel ricorso introduttivo.

In particolare, il primo sub motivo (rubricato come "illegittimità dell'integrazione postuma dell'offerta tecnica") riproduce la stessa censura dedotta nel ricorso originario.

Il secondo sub motivo ("inidoneità dell'offerta Dussmann, con riferimento alle cucine"), oltre alle stesse censure già dedotte (si tratta di cucine di altri enti pubblici, destinate ad appalti diversi, non utilizzabili per fini diversi, se non previa autorizzazione, coprono un periodo temporale differente, non prevedono un requisito di ubicazione nel raggio di distanza imposto dalla lex specialis), si deduce che l'offerta Dussmann non sarebbe rispettosa del requisito della cucina d'emergenza, posto che la cucina di Pistoia rivestirebbe un duplice ruolo: centro di cottura d'emergenza, ma anche cucina principale (una volta scaduto l'appalto di Impruneta).

La censura è infondata.

Come già esposto, l'offerta, come descritta nella lettera d'invito, prevede l'indicazione di una cucina esterna e, all'interno della relazione illustrativa dell'offerta, nell'ambito dell'organizzazione complessiva del servizio, la "gestione delle emergenze".

L'art. 14 del capitolato specifica, poi, che per garantire il committente da situazione di emergenza doveva essere presentato un piano per la gestione delle emergenze comprendente anche la disponibilità di un altro centro cottura (ubicato ad una distanza congrua dalla sede dell'Azienda).

Nell'offerta dell'aggiudicataria figurava la cucina di Impruneta (con contratto in scadenza nell'agosto 2012, con facoltà di rinnovo) e la cucina di Pistoia (con contratto in scadenza nel febbraio 2013 e facoltà di rinnovo per altro quattro anni); a richiesta della stazione appaltante, Dussmann ha offerto altresì la disponibilità della cucina di Prato fino al luglio 2013 e pertanto per un periodo superiore alla durata del contratto.

E' altresì infondata la censura secondo cui, alla data dell'offerta, mancavano le autorizzazioni all'utilizzo delle cucine indicate.

La disciplina di gara non prevedeva, in uno con la presentazione dell'offerta, la contestuale indicazione obbligatoria dell'autorizzazione necessaria all'utilizzo di ogni centro di cottura.

Non trattandosi di un requisito di ammissione alla gara, il possesso della relativa autorizzazione avrebbe solo impedito l'eventuale stipula del contratto (infatti, nella delibera di aggiudicazione si dà atto che "il contratto verrà stipulato previa acquisizione della documentazione relativa a tutte le autorizzazioni").

Nel caso della cucina di Prato, l'accordo con la società La Querciola per l'utilizzo del centro di cottura risale ad una data anteriore alla all'indizione della procedura di cui trattasi (2 maggio 2007).

Con il secondo motivo aggiunto la ricorrente richiama il secondo motivo del ricorso originario, secondo cui il punteggio assegnato, per l'aspetto tecnico e organizzativo, in base alle ragioni esposte nel primo motivo (riguardanti le cucine), doveva essere pari a zero.

Sul punto, al Collegio non resta che ribadire quanto espresso nel precedente par. 2.

Infatti, per l'aspetto tecnico e organizzativo dell'offerta, la stazione appaltante ha attribuito un punteggio ben inferiore a quello a disposizione (19 punti anziché 25), proprio a cagione della distanza del centro di cottura (di emergenza) indicato da Dussmann dalla azienda Meyer, dimostrando di avere puntualmente valutato la soluzione organizzativa proposta.

Né valgono a sorreggere la censura le argomentazioni integrative dedotte dalla ricorrente.

Con il terzo motivo aggiunto, la ricorrente afferma di non dover aggiungere alcunché a quanto esposto nel terzo motivo del ricorso introduttivo, al quale fa integralmente rinvio.

Valgono pertanto, sul punto in esame, le considerazioni svolte nel par. 3 che precede.

5 - Altrettanto inammissibile si palesa la domanda di annullamento del contratto, avanzata già nel ricorso originario.

Dopo la sentenza 23 aprile 2008 n. 10443, resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la giurisdizione in materia di annullamento o declaratoria di nullità dei contratti per vizi derivanti dal provvedimento di aggiudicazione spetta all'autorità giudiziaria ordinaria (cfr. Sez. II di questo TAR, 18 giugno 2008 n. 1637).

6 – Conclusivamente il ricorso in parte va dichiarato inammissibile, in parte va rigettato.

Spese ed onorari di giudizio, secondo la regola generale, vanno posti a carico della parte soccombente e sono liquidati nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale, definitivamente pronunciando, dichiara il ricorso in parte inammissibile, in parte lo respinge e condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano complessivamente in euro 10.000,00 (diecimila/00), a favore delle parti costituite in parti uguali.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 28/01/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Gaetano Ciccì, Presidente

Saverio Romano, Consigliere, Estensore

Riccardo Giani, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/03/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO