



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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 552 del 2008, proposto da:
Pap S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Lino Nisii, con domicilio
eletto presso Enrico Marinucci in L'Aquila, via Pescara 2/4;

contro

Comune di Teramo in persona del Sindaco p.t., rappresentato e
difeso dall'avv. Cosima Cafforio, con domicilio eletto presso avv.
Luigi Cinque in L'Aquila, via Cascina, N. 2;

nei confronti di

Dirigente I Settore - Contratti ed Appalti dott. Di Gesualdo Cristina;
Vivenda S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Michele Perrone,
Nico Panio, con domicilio eletto presso avv. Fabrizio Lazzaro in
L'Aquila, via Piave N. 2/A;

per l'annullamento

DELLA DETERMINAZIONE N. 190 DEL 1° AGOSTO 2008
DI AGGIUDICAZIONE DEL SERVIZIO ESTERNO DI
REFEZIONE SCOLASTICA.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Teramo in
persona del Sindaco p.t. e di Vivenda S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2011 il dott.
Maria Abbruzzese e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente impugna gli atti con i quali il Comune di Teramo ha
aggiudicato alla società controinteressata, a seguito di gara pubblica
bandita con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa,
il servizio esterno di refezione scolastica.

Il ricorso deduce:

- 1) Violazione di legge – Violazione art. 38 D.P.R. n.163/2006 –
Eccesso di potere per difetto di istruttoria: il Comune non avrebbe
verificato la regolarità fiscale della ditta aggiudicataria che, con
l'esibizione del DURC, avrebbe dimostrato solo la regolarità
contributiva ai fini previdenziali; la mancata produzione di idonea

documentazione attestante il corretto adempimento degli obblighi fiscali, che comunque il Comune di Teramo non ha verificato, è causa di esclusione;

2) Violazione di legge – Violazione artt. 2, 83 e 86 D.lgs. 163/2006 e 53 Direttiva CE – Eccesso di potere – Violazione del principio diretto a tutelare la par condicio dei concorrenti oltre che imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa – eccesso di potere per motivazione apparente, contraddittoria – Disparità di trattamento – Irragionevolezza ed illogicità manifesta .- Mancata motivazione e/o punteggio per ogni singola sottovoce: la Commissione di gara non ha puntualmente esplicitato, con la predisposizione di un'apposita griglia, l'attribuzione dei punteggi per le singole voci, limitandosi a recepire la disciplina di gara; la sottovoci indicate nel bando non recano la necessaria puntualizzazione di parametri valutativi né è indicato il peso specifico che ogni singolo elemento può avere in sede di valutazione; in ragione di tali omissioni, risulta immotivata la valutazione operata: a) con riferimento all'offerta tecnica, in reazione alla voce “piano organizzativo del personale”, non giustificandosi in alcun modo il maggior punteggio attribuito alla Vivenda, palesemente illogico sia in relazione al personale impiegato (di cui, per quanto riguarda gli impiegati, non è indicata la sede di servizio) sia in relazione al monte ore complessivo (di cui non è congrua l'indicazione dei costi); b) con riferimento alle caratteristiche della sede alternativa di preparazione pasti e modalità di svolgimento del

relativo servizio, risultando l'incongruenza del punteggio attribuito alla Vivenda e della stessa minima differenza dei punteggi rispettivamente attribuiti alle due ditte (1,60 rispetto a 2,20 attribuiti alla P.A.P.), senza tener conto della maggior distanza del centro alternativo di cottura indicato dalla Vivenda; c) con riferimento alle iniziative diverse, senza in alcun modo motivare circa la maggior valenza attribuita alle iniziative indicate dalla Vivenda rispetto a quelle, pur considerevoli, indicate dalla ricorrente, con significativi oneri finanziari aggiuntivi.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso, contestualmente proponendo istanza risarcitoria commisurato al mancato utile percepito dalla ricorrente per l'espletamento del servizio.

Si costituivano il Comune di Teramo e la controinteressata chiedendo rigettarsi il ricorso per infondatezza.

La controinteressata spiegava altresì ricorso incidentale deducendo:

- 1) Eccesso di potere e violazione della lex specialis: la ricorrente ha ommesso l'allegazione della certificazione HCCP (attestante l'applicazione del sistema di autocontrollo a termini del D.lgs. n.155/97) richiesta dal bando a pena di esclusione;
- 2) Violazione della lex specialis – eccesso di potere: il piano organizzativo del personale proposto dalla P.A.P. ha inserito la presenza di 2 autisti le cui mansioni non sono richieste ai fini della corretta esecuzione del servizio, onde illogica è l'attribuzione del punteggio pari a 5,10 assegnato alla ricorrente.

Le parti depositavano memorie difensive.

All'esito della pubblica udienza del 12 gennaio 2011, il Collegio riservava la decisione in camera di consiglio.

DIRITTO

I. La ricorrente impugna gli atti con i quali la gara bandita dal Comune di Teramo per l'aggiudicazione del servizio esterno di refezione scolastica è stata aggiudicata alla ditta controinteressata.

II. Il primo motivo prospettato la mancata esclusione della controinteressata aggiudicataria che non avrebbe dimostrato la sua correttezza fiscale, che la stazione appaltante avrebbe comunque dovuto verificare.

II.1) Il motivo è infondato.

Evidenziato anzitutto che il bando non prevedeva affatto la dimostrazione di tale requisito a pena di esclusione dalla gara, anche alla stregua della più avveduta e recente giurisprudenza del Supremo Consesso (cfr. Cons. di Stato, sez.VI, 22.2.2010. n.1017), in osservanza degli apicali principi del favor participationis e di tutela dell'affidamento, va rimarcato che la disposizione di cui all'art. 38 del D.Lg.s 163/2006 va interpretata nel senso che l'omissione o la non corrispondenza alla realtà sottostante di una dichiarazione resa ai sensi della precitata disposizione non comportino ex se l'esclusione dalla gara dell'impresa interessata quando non sussistano in concreto situazioni ostative alla partecipazione, riconoscendosi la necessità di assicurare che le ipotesi di esclusione vengano ispirate al canone della

tassatività e che le relative previsioni rispondano ad effettive esigenze di interesse pubblico a fronte di inequivoche previsioni normative.

Tanto alla luce della considerazione che la disposizione richiamata (art. 38 cit.) impone non già la produzione di specifica documentazione attestante la mancanza della causa di esclusione indicata (l'aver cioè commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse secondo la legislazione italiana), ma lo status soggettivo del "non trovarsi" in tale situazione; solo il positivo avveramento di tale situazione impone, cioè, l'esclusione dalla gara.

II.2) Nel caso di specie, posto che la ricorrente non ha affatto dimostrato l'esistenza di siffatta causa di esclusione in capo alla controinteressata, né ha allegato alcun principio di prova in ordine a tale (solo ipotizzata) circostanza, risulta viceversa *ex actis* (dalla documentazione prodotta dalla Amministrazione resistente, che intrattiene con la controinteressata un pluriennale rapporto in cui è stata reiteratamente verificata la correttezza fiscale di quest'ultima) l'insussistenza di tale condizione ostativa, che esclude per un verso ogni necessità di ulteriore allegazione documentale da parte della controinteressata e, per converso, di ogni ulteriore attività verificativa da parte della Stazione appaltante.

III. Il secondo motivo prospetta anzitutto la mancata indicazione da parte della Commissione di sub criteri mediante i quali articolare il giudizio valutativo in relazione all'offerta tecnica.

III.1) Il profilo è totalmente infondato, alla stregua del preciso disposto di cui all'art.83 Codice dei contratti pubblici, che rimette esclusivamente al bando di gara (e non già alla Commissione) la fissazione dei criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, significativamente abrogando la disposizione che assegnava alla commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, la fissazione, in via generale, dei criteri motivazionali cui attenersi, in sede di attribuzione a ciascun criterio e subcriterio di valutazione dei punteggi tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando (art. 83, c.3, ultima parte, periodo soppresso dalla lettera u) del comma 1 dell'art. 1 D.lgs. n.152/2008).

III.2) Né, per completezza va aggiunto, nella specie può rivolgersi la medesima censura (di sostanziale genericità) ai criteri siccome indicati nello stesso bando di gara, che invece ha puntualmente enucleato i sub criteri attraverso i quali attribuire il punteggio all'offerta tecnica, con indicazione dei singoli pesi.

All'offerta tecnica era possibile invero attribuire un massimo di 5 punti, così suddivisi: I .Piano organizzativo del personale (max 7 punti); II. Caratteristiche della sede alternativa di preparazione dei pari e modalità di svolgimento del relativo servizio (max 2,5 punti); III. Iniziative diverse (max 5,50 punti).

Orbene, va in proposito detto che le infinite possibilità con le quali era possibile declinare i vari aspetti dell'offerta tecnica con

riferimento ai tre subcriteri indicati ostano con tutta evidenza alla ulteriore scomposizione dei subcriteri medesimi, che vanno di necessità assunti globalmente, senza che le singole caratteristiche in cui pure il subcriterio potrebbe, in astratto, essere distinto, possano essere ragione di attribuzione di un punteggio specifico di merito.

Quanto al Piano organizzativo del personale, ad esempio, è del tutto evidente che l'indicazione del numero di addetti per ogni scuola non può costituire ex se significato di meritevolezza del piano medesimo, dovendo evidentemente confrontarsi con il relativo monte ore individuale e con il mansionario individuale per ciascuna delle figure professionali impiegate, il che certamente spiega l'impossibilità di attribuire uno specifico punteggio per ogni singola inconcepibile ulteriore sottovoce.

Analogamente va detto per le caratteristiche della sede alternativa di preparazione dei pasti, pur distinte in qualifica e quantità del personale impiegato, capacità produttiva, aree di suddivisione della struttura, localizzazione della sede rispetto al punto medio tra le diverse sedi di refezione.

I suddetti indicatori valgono a fissare specifici obblighi motivazionale in sede di valutazione, senza che tuttavia a ciascuno di essi possa, in via autonoma, essere attribuito uno specifico punteggio.

Analogo discorso può evidentemente farsi anche per le "iniziative diverse".

In sostanza, le voci indicate costituiscono, nella previsione operata

nel bando di gara, ragionevoli “fattori primi” non ulteriormente scomponibili ma necessariamente, secondo l’avviso della stazione appaltante, che a ben vedere costituisce valutazione di merito non insindacabile se non palesemente illogica, da valutarsi unitariamente, senza poter attribuire una specifica valenza ulteriore a ciascuno degli elementi compositivi dell’offerta riferita al singolo subcriterio.

III.3) L’attribuzione in concreto dei punteggi, ovviamente depurata dalle ovvie considerazioni relative al merito tecnico insindacabile, non è palesemente illogica.

Invero, quanto al piano del personale, ai fini della miglior valutazione dell’offerta della controinteressata, a sostanziale equivalenza numerica, non è illogica la considerazione della diversa portata delle mansioni riferite al personale (tra i quattro impiegati proposti dalla Vivenda sono presenti, ad esempio, figure responsabili della verifica della corretta esecuzione della prestazione, un dietista e un tecnologo alimentare), non necessariamente presenti sul luogo della prestazione (come sembra richiedere la P.A.P.) e specificamente riconducibili al *proprium* della prestazione richiesta (servizio di refezione), o comunque non irragionevolmente valutate più favorevolmente della prestazione fornita, ad esempio, dagli autisti compreso nel numero complessivo delle unità di personale previste nel piano P.A.P.

Quanto alle caratteristiche della sede alternativa, la Vivenda dà compiuto conto dei tempi e delle modalità di preparazione, valutati dalla commissione con risultanza non palesemente irragionevoli,

soprattutto tenuto conto del fatto che la maggior distanza ex se, così come indicato nel bando, non costituisce fattore autonomamente valutabile della minor qualità dell'offerta.

Quanto alle iniziative diverse, neppure è irragionevole la valutazione operata dall'Amministrazione, stante la ricomprensione al merito delle considerazioni svolte dalla ricorrente.

III. 4) Ne discende la complessiva infondatezza del motivo e dunque dell'intero ricorso impugnatorio.

IV. La domanda risarcitoria, stante la ritenuta legittimità degli atti impugnati, non può trovare accoglimento in difetto di dimostrata ingiustizia del danno asseritamente prodotto.

V. La infondatezza del ricorso principale esime il Collegio dall'esame del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

VI. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano secondo quanto in dispositivo fissato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo - L'AQUILA, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, che si liquidano in complessivi Euro 5.000 (cinquemila) da ripartirsi in parti uguali in favore del Comune di Teramo e della controinteressata Vivenda.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 12
gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere

Maria Abbruzzese, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/01/2011

IL SEGRETARIO

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