



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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1070 del 2011, proposto da:
Avenance Italia S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Anania, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paola Costa in Torino, via Giacinto Collegno, 52;

contro

Comune di Castiglione Torinese, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Danilo Pastore, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabrizio Voltan in Torino, via Cibrario, 4;

nei confronti di

Sodexo Italia S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Fabrizio Proietti e Bruno Forti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Stefano Cresta in Torino, via Bertola, 2;

per l'annullamento

della determinazione del Segretario comunale reggente - Responsabile

del servizio (Settore Amministrativo) del Comune di Castiglione Torinese, n. 180 del 30.8.2011, trasmessa con la nota prot. n. 6101 del 2.9.2011, recante l'approvazione dei verbali di gara e l'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto per la gestione del servizio di refezione scolastica per il triennio scolastico 2011/2014 - CIG 2145336345;

della nota prot. n. 6101 del 2.9.2011 a firma del Segretario comunale reggente - Responsabile del Servizio (Settore Amministrativo) del Comune di Castiglione Torinese, recante la comunicazione della predetta gara d'appalto;

del verbale della Commissione giudicatrice in data 18.7.2011 (verbale di gara) recante anche l'aggiudicazione provvisoria della predetta gara d'appalto e del verbale della Commissione giudicatrice in data 26.7.2011 (verbale di verifica dell'offerta anomala);

del bando, del disciplinare di gara e di tutti gli atti della procedura, approvati con la deliberazione della Giunta comunale del Comune di Castiglione Torinese n. 53, e la determinazione a contrattare n. 107 del 12.5.2011, del Servizio amministrativo - Ufficio Istruzione;

della nota prot. 6693 del 23.9.2011, a firma del Responsabile del Servizio (Ufficio Istruzione) del Comune di Castiglione Torinese, recante il diniego di accesso agli atti;

per la declaratoria di nullità e/o per l'annullamento e/o la dichiarazione di inefficacia e/o la caducazione del contratto stipulato o stipulando;

e per il risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Castiglione Torinese e di Sodexo Italia S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2012 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. del 13 maggio 2011, il Comune di Castiglione Torinese ha indetto una procedura di gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di refezione scolastica.

Il disciplinare di gara prevedeva l'attribuzione di un massimo di 60 punti per il prezzo e di 40 punti per l'offerta tecnica, di cui 20 punti per la valutazione del progetto e 20 punti per l'attività maturata nel settore oggetto di gara.

Presentavano tempestiva domanda di partecipazione due imprese: Avenance Italia S.p.a., odierna ricorrente, e Sodexo Italia S.p.a.

All'esito delle operazioni di gara, veniva aggiudicato l'appalto alla Sodexo che aveva sommato complessivi 95,129 punti (58,642 per il prezzo e 36,487 per gli elementi qualitativi dell'offerta); all'offerta di Avenance venivano attribuiti 87,835 punti complessivi (60 per il

prezzo e 27,835 per la qualità).

Con ricorso giurisdizionale ritualmente notificato alla stazione appaltante e alla controinteressata, Avenance Italia S.p.a. contesta la legittimità dell'aggiudicazione nonché, *in parte qua*, del disciplinare di gara, deducendo motivi di gravame così rubricati:

I) Violazione e falsa applicazione della *lex* disciplinare di gara ed in particolare dei paragrafi “Documenti da presentare per partecipare alla gara”, offerta tecnica – “Busta B-Offerta tecnica” e “Criteri per l'aggiudicazione”. Violazione dei principi di *par condicio* e libera concorrenza. Ingiustizia ed illogicità manifeste. Perplessità. Contrasto con i principi di buon andamento ed imparzialità della P.A. (art. 97 della Costituzione).

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 e dell'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006 nonché dei principi desumibili dalle direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE; dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006 e dei principi generali di coerenza e logicità dell'azione amministrativa e dei principi comunitari in ordine alla valutazione delle offerte secondo il criterio economicamente più vantaggioso nonché eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza e sviamento.

III) Illegittimità del diniego di accesso agli atti. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 13 del d.lgs. 163/2006 e degli artt. 22 e 24 della l. n. 241/1990.

In conclusione, l'esponente insta per l'annullamento degli atti impugnati nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto o per il risarcimento del danno per equivalente.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Castiglione Torinese e la controinteressata Sodexo Italia S.p.a., entrambi contrastando la fondatezza del ricorso e opponendosi al suo accoglimento.

Con ordinanza n. 673 del 21 ottobre 2011, è stata accolta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente e fissata l'udienza per la discussione nel merito del ricorso.

In prossimità della pubblica udienza, le parti hanno depositato scritti difensivi a sostegno delle rispettive posizioni.

Infine, il ricorso è stato chiamato alla pubblica udienza del 26 gennaio 2012 ed è stato ritenuto in decisione.

In pari data, è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 129/2012.

DIRITTO

1) In via preliminare, la difesa comunale eccepisce l'inammissibilità del ricorso per acquiescenza, in ragione del fatto che, una volta intervenuta l'aggiudicazione definitiva della gara, la ricorrente ha trasferito il personale addetto al servizio alla nuova aggiudicataria, comportamento ritenuto incompatibile con la volontà di impugnazione.

L'eccezione è palesemente infondata, poiché l'acquiescenza presuppone un comportamento di parte ricorrente che dimostri, in modo chiaro e univoco, la sua volontà di accettare spontaneamente le determinazioni ad essa sfavorevoli e non può certo desumersi dal compimento di atti dovuti (nella specie, in puntuale applicazione delle norme del contratto collettivo di settore).

2) Con il primo motivo di ricorso, l'esponente denuncia la violazione

delle previsioni della *lex specialis* inerenti l'attribuzione del punteggio per l'esperienza maturata nel settore oggetto della gara.

2.1) La censura fa riferimento alle disposizioni di cui alla pag. 9 del disciplinare di gara: *“Saranno assegnati 10 punti per la qualità/professionalità attestata secondo il modello standard (Allegato G), riferito ai servizi identici a quello oggetto della gara, prestati nel triennio precedente (2008/2010)” ... “Altri 10 punti saranno assegnati per l'esperienza pregressa in anni e mesi, calcolati con la somma dei suddetti singoli servizi certificati?”.*

Tali indicazioni andrebbero coordinate con le previsioni di cui alle pagg. 6 e 7 del disciplinare che imponevano, a pena di esclusione, di utilizzare per la presentazione dell'offerta i modelli allegati e, per quanto concerne l'elencazione dei servizi identici a quelli oggetto di gara, di farne attestare la regolare esecuzione mediante dichiarazioni conformi al modello allegato *sub G* al disciplinare medesimo.

Ne consegue, ad avviso, della ricorrente, che l'utilizzo del modello predetto era obbligatorio, sanzionato cioè con l'esclusione dalla gara, non trattandosi peraltro di mera formalità, ma di modalità atta a comprovare, attraverso la formulazione di uno dei tre giudizi ivi contemplati, l'assenza di risoluzioni contrattuali per colpa.

2.1.1) L'esponente riferisce di essersi attenuta pedissequamente alle prescrizioni del disciplinare, avendo documentato la regolare esecuzione dei servizi unicamente mediante attestazioni conformi al citato “modello G”: ciò ha comportato intuibili difficoltà nel reperimento di nuove attestazioni da parte dei committenti ed ha fatto sì che Avenance abbia potuto produrre solamente sette

attestazioni, per complessivi 212 mesi, a fronte del numero di gran lunga maggiore di certificati che essa, data la lunga esperienza maturata nel settore, sarebbe stata in grado di produrre “in forma libera”.

La controinteressata/aggiudicataria, invece, ha presentato in gara molteplici attestazioni di regolare esecuzione del servizio, per complessivi 3.622 mesi, che, pur non essendo conformi al “modello G”, sono state ugualmente accettate dalla Commissione giudicatrice.

In conseguenza, Sodexo ha conseguito la valutazione massima (10 punti) per il sub-criterio relativo all’esperienza, mentre Avenance soli 0,585 punti, e la relativa differenza di punteggio è risultata determinante ai fini dell’aggiudicazione.

2.1.2) Oltre ad aver violato le prescrizioni vincolanti della legge di gara, la Commissione, ad avviso della ricorrente, avrebbe anche integrato “a buste aperte” i criteri di valutazione, laddove ha provveduto a fissare preliminarmente il metodo di equiparazione dei giudizi relativi all’esecuzione del servizio (stabilendo, ad esempio, l’equipollenza della valutazione di “elevata qualità professionale” prevista dal “modello G” con i giudizi desumibili da certificati diversi ed espressi mediante gli aggettivi “notevole, distinto, eccellente, ottimo”).

2.2) La prospettazione di parte ricorrente non appare meritevole di condivisione.

2.2.1) In primo luogo, va richiamato il principio secondo cui, nelle gare per l’affidamento dei pubblici contratti, l’utilizzo dei moduli

predisposti dalle stazioni appaltanti può essere richiesto a titolo di collaborazione, ma, di regola, non a pena di esclusione.

L'art. 74, comma 3, del codice degli appalti, espressamente richiamato dal disciplinare di gara, stabilisce, infatti, che, salvo il caso in cui l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari, il mancato utilizzo dei moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle offerte non costituisce causa di esclusione.

La predisposizione dei moduli in parola deve risultare unicamente intesa, pertanto, ad agevolare la presentazione di offerte chiare e complete, ma non può normalmente rappresentare condizione di ammissibilità delle offerte.

2.2.2) Nel caso in esame, peraltro, non può neppure affermarsi che l'utilizzo del "modello G" fosse previsto a pena di esclusione dal disciplinare di gara.

La previsione "a pena di esclusione" di cui alla pag. 6 del disciplinare si riferisce genericamente, infatti, a tutti i documenti da produrre ai fini della partecipazione alla gara e della presentazione dell'offerta.

L'assoluta genericità di tale previsione la rende ambigua e impone di interpretarla secondo criteri di ragionevolezza, dovendosi conseguentemente escludere che essa potesse assumere concreto rilievo in ordine ai singoli tipi di documenti specificatamente richiesti (cfr. T.A.R. Liguria, sez. I, 17 marzo 2006, n. 254).

2.2.3) La rigida osservanza della prescrizione in esame, d'altronde, avrebbe portato a conseguenze applicative irragionevoli, non potendosi pretendere che le imprese aspiranti al conseguimento del

contratto interpellassero, nel termine a disposizione per la presentazione dell'offerta, tutte le stazioni appaltanti presso le quali avevano svolto precedenti servizi onde conseguire il rilascio di certificati di regolare esecuzione conformi alle particolari richieste dell'odierno committente.

Tale scelta avrebbe imposto, d'altronde, un dispendio di mezzi ed energie (non solo a carico dei privati, ma delle stesse stazioni appaltanti) tutt'altro che necessario, posto che il "modello G" non conteneva specifiche informazioni non desumibili da un "normale" certificato di regolare esecuzione.

2.2.4) Non può neppure escludersi, in ogni caso, che la scelta di presentare un limitato numero di certificazioni sia stata privilegiata dalla ricorrente, non al fine di attenersi scrupolosamente a prescrizioni ritenute cogenti, bensì nell'intento di conseguire un maggior punteggio in applicazione del parametro di valutazione inerente la qualità dell'attività maturata nel settore.

Il relativo sub-criterio prevedeva, infatti, che il punteggio massimo sarebbe stato assegnato *"al concorrente che raggiunge il migliore giudizio derivato dalla media fra la somma aritmetica dei giudizi diviso il numero dei giudizi"*.

Il concorrente che sceglieva di presentare solo un numero limitato di giudizi positivi sarebbe stato penalizzato, pertanto, nell'applicazione del sub-criterio relativo all'esperienza, ma aveva maggiori *chance* di conseguire il massimo di 10 punti previsto per la qualità dell'attività pregressa.

E' quanto si è verificato nel caso dell'odierna ricorrente che, avendo prodotto un numero limitato di attestazioni di qualità "elevata" o "abbastanza elevata", ha conseguito il punteggio massimo previsto per lo specifico sub-criterio.

2.2.5) Infine, quanto alla doglianza inerente l'integrazione postuma dei criteri di valutazione, trattasi di rilievo inconsistente in quanto la Commissione di gara si è limitata a stabilire parametri di equipollenza degli aggettivi utilizzati dalle amministrazioni per attestare la qualità dei servizi resi: si tratta di un intervento necessitato dall'esigenza di uniformare la varietà di tali aggettivazioni, con cui non sono stati sostanzialmente incisi i criteri prefissati dal disciplinare né è stata posta alcuna condizione atta ad introdurre potenziali elementi di favore per una delle concorrenti.

La ragionevolezza delle equiparazioni disegnate dalla Commissione, inoltre, non è fatta oggetto di specifiche contestazioni della ricorrente.

2.3) Per tali motivi, il primo motivo di gravame è infondato e deve essere disatteso.

3) Il secondo motivo è proposto in via dichiaratamente subordinata, poiché non idoneo a far conseguire, nell'eventualità di accoglimento, l'aggiudicazione della gara, ma solo a soddisfare l'interesse strumentale alla riedizione della procedura concorrenziale.

La censura ivi dedotta fa riferimento al già esaminato criterio inerente l'esperienza maturata nel settore oggetto della gara che, riferendosi ad un mero requisito soggettivo dei concorrenti, peraltro corrispondente ad un requisito di partecipazione, non sarebbe idoneo a misurare la

qualità dell'offerta.

3.1) Premesso che, contrariamente a quanto affermato dalla difesa comunale, l'interessata non era affatto onerata all'immediata impugnazione della legge di gara, non trattandosi palesemente di clausola preclusiva alla sua partecipazione ovvero alla formulazione dell'offerta, va rilevato, in punto di fatto, che il disciplinare di gara (pag. 4) prevedeva, quale requisito minimo di partecipazione, che il concorrente avesse *“svolto negli ultimi tre anni (2008/2009/2010) servizi analoghi a quelli oggetto della gara, resi a committenti pubblici e/o privati, per un importo totale nel triennio pari ad almeno € 909.450,00 IVA esclusa e per un importo annuale (riferito ad ogni singolo anno) non inferiore a € 303.150,00 IVA esclusa”*.

Come già precisato, lo stesso disciplinare prevedeva (pag. 9) l'attribuzione di un massimo di 10 punti per *“l'esperienza espressa in anni e mesi”*, calcolati attraverso la somma di tutti i servizi documentati e identici a quello oggetto della gara prestati nel triennio precedente.

E' indubbio, pertanto, che lo stesso elemento – l'esperienza maturata nel settore oggetto della gara nel triennio precedente – valesse al contempo come requisito di partecipazione e come criterio di valutazione dell'offerta tecnica.

3.2) Ciò premesso, il Collegio è a conoscenza dell'orientamento giurisprudenziale che ha mitigato, nel settore dei servizi, il principio regolatore delle gare pubbliche inerente il divieto di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente.

Tale orientamento origina dalla decisione della Quarta Sezione del Consiglio di Stato n. 5808 del 25 novembre 2008 - con la quale si è stabilito che il divieto in parola conosce un'applicazione attenuata nel settore dei servizi laddove *“l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un facere che può essere valutato unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore ...”* – ed ha trovato prevalenti conferme nelle successive pronunce del giudice amministrativo (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 21 dicembre 2011, n. 6777).

Le ragioni della parziale deroga al divieto generale di commistione sono legate alle particolarità del settore dei servizi, dove il filo che separa il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed i requisiti soggettivi delle imprese concorrenti è spesso particolarmente sottile, data la potenziale idoneità dei profili di organizzazione soggettiva a riverberarsi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione.

3.3) Anche volendo accedere alla tesi sopra succintamente riferita, comunque, la possibilità di commistione non può essere ammessa in modo incondizionato, ma deve ritenersi subordinata alla sussistenza di presupposti quali l'assenza di un progetto, il carattere non preponderante dello specifico criterio di valutazione e l'idoneità dello stesso a riverberarsi in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3208).

3.4) Nella procedura concorrenziale che forma oggetto della presente

controversia, facevano difetto due dei tre presupposti sopra delineati. L'offerta tecnica non si sostanziava, infatti, nella mera descrizione di un *facere*, ma comportava la presentazione (e conseguente valutazione) di un progetto relativo, tra l'altro, all'assetto organizzativo, alle modalità proposte per lo svolgimento del servizio e all'eventuale adozione di misure migliorative/integrative.

Le concrete modalità di esecuzione del servizio, quindi, non erano descritte in modo rigido dalla legge di gara, ma discendevano in parte dalle soluzioni progettuali proposte dall'impresa concorrente, soluzioni che si prestavano senz'altro a costituire idoneo elemento di valutazione dell'offerta sotto il profilo qualitativo.

In secondo luogo, lo specifico sub-criterio in contestazione (che realizza un'evidente duplicazione rispetto al corrispondente requisito minimo di partecipazione) non appare di per sé idoneo a riflettersi sullo svolgimento del servizio, riferendosi ad un requisito soggettivo in sé considerato.

Il dato costituito dall'esperienza nel settore calcolata in anni e mesi, infatti, è neutro e, in quanto svincolato dai risultati conseguiti, non consente di misurare l'affidabilità dell'impresa.

Ne deriva che, applicando le previsioni del disciplinare, andavano considerati anche gli eventuali periodi di servizio valutati in modo non del tutto soddisfacente dalle stazioni appaltanti (fatta solamente eccezione per i casi di contenzioso), con il risultato illogico di valutare la qualità dell'offerta tecnica (anche) attraverso la valorizzazione di un dato di segno negativo (o, comunque, non del tutto positivo).

Va considerato, infine, come il disciplinare prevedesse l'attribuzione di un massimo di 10 punti per il sub-criterio in questione, sul complesso dei 40 punti disponibili per la valutazione dell'offerta tecnica, cosicché detto elemento, se non preponderante rispetto agli altri previsti dalla legge di gara, non aveva certo una valenza marginale, potendo risultare determinante (come in effetti è avvenuto) ai fini della scelta dell'impresa aggiudicataria.

3.5) Deve pertanto ritenersi che l'inclusione, tra i criteri di valutazione delle offerte, di uno specifico elemento attinente all'esperienza maturata nel settore, misurata con le modalità suindicate, non fosse riferibile alla qualità dell'offerta tecnica e violasse il principio, di matrice comunitaria, ostativo alla commistione fra requisiti soggettivi di prequalificazione e criteri afferenti la valutazione dell'offerta.

3.6) Per tali ragioni, il motivo di ricorso è fondato e deve essere accolto.

Ne consegue la caducazione degli atti di gara, a partire dal bando e dal disciplinare che andranno emendati, in sede di rifacimento della procedura concorrenziale, dal vizio qui accertato.

4) Non vi è luogo ad esaminare il terzo motivo di ricorso, relativo al diniego di accesso documentale opposto dal Comune di Castiglione Torinese, non avendo parte ricorrente alcun interesse a coltivare la relativa domanda.

5) Parimenti non vi è luogo a provvedere sulla domanda di inefficacia del contratto, non essendo stata allegata l'intervenuta stipulazione dello stesso.

Va respinta, invece, la domanda di risarcimento per equivalente proposta in via subordinata, atteso che la ricorrente non ha provveduto a quantificare o comprovare i costi sostenuti per la partecipazione alla gara e che la sussistenza delle altre voci di danno (perdita di *chance*, danno curricolare) viene meno in conseguenza della presente pronuncia caducatoria e della conseguente possibilità di partecipare ad una nuova gara per l'affidamento del servizio.

6) Considerando la peculiarità della fattispecie e la soccombenza reciproca, le spese del grado di giudizio vanno integralmente compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Richard Goso, Presidente FF, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2012

IL SEGRETARIO

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