



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3967 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Vivenda S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso l'avv. Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

contro

Azienda ospedaliera Polo Universitario "Luigi Sacco", rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Avolio, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

nei confronti di

Gemeaz Elior S.p.A. (già Gemeaz Cusin S.p.A.), rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Anania, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare n. 14;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE III n. 01382/2012, resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di ristorazione (risarcimento danno)

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda ospedaliera polo universitario Luigi Sacco e di Gemeaz Elior (già Gemeaz Cusin) S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2012 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Brugnoletti, Avolio e Sansone su delega di Anania;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda ospedaliera Polo Universitario "Luigi Sacco" indiceva una procedura aperta col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento quinquennale del servizio di ristorazione, valore presunto di € 16.090.000,00, riservando 50 punti all'offerta tecnica e 50 a quella economica. Per quest'ultima si richiedeva ai concorrenti l'indicazione del costo unitario del pasto, non superiore ad € 6,00, da valutarsi con punti fino a 45, e

del costo unitario e complessivo delle attrezzature, non superiore all'importo totale di € 340.000,00, da valutarsi con punti fino a 5, entrambi a scalare in modo proporzionalmente inverso secondo la formula $p = pM \times Pm / P$. Partecipavano alla procedura, tra gli altri concorrenti, Vivenda s.p.a. e Gemeaz Cusin s.p.a.; la prima veniva esclusa per aver formulato per le attrezzature l'offerta di € 0,00, ritenuta incompatibile con le regole di gara in quanto la formula "richiede necessariamente la presenza di un numeratore di valore superiore a zero". La gara era aggiudicata provvisoriamente a Gemeaz, che per le attrezzature aveva offerto € 0,0000614 ed aveva ottenuto il rispettivo punteggio massimo di cinque punti.

Vivenda ha impugnato la propria esclusione, i verbali sottostanti ed il provvedimento tacito di diniego di riesame, richiesto col suo preavviso di ricorso, davanti al TAR per la Lombardia, sede di Milano, che in sede cautelare con sentenza ex art. 60 cod proc. amm. 21 maggio 2012 n. 1382 ha dichiarato il ricorso inammissibile per carenza di interesse, poiché anche in caso di accoglimento la ricorrente non avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione; ciò in quanto, avendo la controinteressata aggiudicataria provvisoria formulato un'offerta sostanzialmente pari a zero, l'Amministrazione avrebbe dovuto attribuire anche ad essa il punteggio di cinque, sicché il suo punteggio complessivo sarebbe restato quello conseguito all'esito della gara.

Con atto inoltrato per la notifica il 28 maggio 2012 e depositato il giorno seguente Vivenda ha appellato detta sentenza.

A sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- *Errores in procedendo*. Violazione degli artt. 1 e 2 del d.lgs. n. 104 del 2010. Violazione dell'art. 39 del d.lgs. n. 104 del 2010 e dell'art. 10 del codice di procedura civile. Violazione degli artt. 11 e 12 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 120 del d.lgs. n. 104 del 2010.

2.- *Errores in iudicando*. Violazione dell'art. IV.2.1) del bando e dell'art. 4 del disciplinare. Violazione della *par condicio competitorum*. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dei limiti della giurisdizione di legittimità.

3.- Violazione dell'art. 46 *bis* del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del principio di *par condicio competitorum*. Violazione della libertà di impresa. Eccesso di potere per disparità di trattamento ed irragionevolezza.

4.- Violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione dei principi del legittimo affidamento, violazione della *par condicio competitorum*.

Gemeaz Cusin e l'Azienda ospedaliera si sono costituite in giudizio ed hanno svolto controdeduzioni.

Con atto inoltrato per la notifica il 9 luglio 2012 e depositato il 24 seguente Vivenda ha proposto motivi aggiunti con cui ha impugnato la deliberazione 5 giugno 2012 n. 363 del Direttore generale dell'Azienda ospedaliera, di aggiudicazione definitiva della gara in favore della Gemeaz Elior (già Gemeaz Cusin) s.p.a., riproponendo i motivi formulati nell'atto introduttivo.

Con memoria del 20 novembre 2012 l'Azienda ha ribadito le proprie difese; Vivenda ha replicato con memoria del 26 seguente.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 7 dicembre 2012.

DIRITTO

Com'è esposto in narrativa, Vivenda, attuale appellante e ricorrente in primo grado, è stata esclusa dalla gara di cui si controverte, relativa all'affidamento del servizio di ristorazione e per l'aggiudicazione della quale, col criterio dell'offerta economicamente, era previsto il punteggio di 50 per l'offerta tecnica e di 50 per quella economica, quest'ultimo a sua volta distinto in 45 punti per il costo unitario del pasto e 5 punti per il costo complessivo delle attrezzature; in entrambi i casi, si prevede l'attribuzione del punteggio massimo alla migliore offerta ed alle offerte

inferiori un punteggio a scalare calcolato in modo proporzionalmente inverso in base alla formula p (punteggio da attribuire) = pM (punteggio massimo attribuibile) x P_m (prezzo minore) / P (prezzo dell'offerta presa in considerazione). Più precisamente, l'esclusione di Vivenda, che aveva formulato per le attrezzature un'offerta economica pari ad € 0,00, è stata pronunciata per incompatibilità di tale offerta con le regole di gara, avendo in sostanza reso inoperativa la predetta formula, richiedente necessariamente la presenza al numeratore di un valore superiore a zero.

Col ricorso di primo grado si sosteneva la tesi secondo cui, in estrema sintesi, utilizzando il prescritto metodo dovevano essere attribuiti a Vivenda 5 punti e, proprio in base alla formula, a Gemeaz (seconda miglior offerente con il prezzo di € 0,0000614) zero punti, come a tutte le altre concorrenti, sicché la stessa Vivenda sarebbe risultata vincitrice, stanti i punteggi ottenuti per l'offerta tecnica ed il prezzo del pasto e tenuto conto che non vi era alcun divieto di presentare offerte pari a zero per la voce in questione, oltretutto del tutto marginale rispetto al valore presunto dell'appalto; in ogni caso, in virtù del principio di conservazione degli atti di gara la stazione appaltante avrebbe potuto applicare un "correttivo", introducendo una cifra decimale infinitesimale all'offerta, tale da garantirle comunque il punteggio massimo.

Il primo giudice ha osservato che per le attrezzature anche Gemeaz aveva formulato un'offerta in sostanza equivalente a zero, con la conseguenza che avrebbe mantenuto quel punteggio massimo e dunque la prima posizione in graduatoria; di qui la declaratoria di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse.

I motivi d'appello terzo e quarto riguardano la questione sostanziale dell'ammissibilità di un'offerta pari a zero, riproponendosi con essi le censure di primo grado sopra sintetizzate.

Al riguardo, va ricordato che la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, formatasi sul punto, ha per un verso ritenuto inammissibile l'intera offerta economica di tal genere (cfr. Cons. St., sez. V, 16 luglio 2010 n. 4624); per altro verso, ha giudicato ammissibile l'offerta di zero per talune voci di prezzo unitario, ricorrendosi – come in subordine sostiene Vivenda – ad un'applicazione della formula matematica secondo criteri di ragionevolezza ed in modo da conseguire un risultato utile, ossia sostituendo il prezzo zero con un valore minimo tale da consentire l'operatività della formula senza snaturare l'offerta migliore (Cons. St., sez. VI, 17 settembre 2009 n. 5583, richiamata dall'appellante, nonché sez. V, n. 3435 del 2007 e sez. VI, n. 8146 del 2004, ivi citate).

Il Collegio ritiene nel caso in esame di seguire il primo e più rigoroso orientamento, pur non trattandosi dell'intera offerta economica (peraltro il quel caso del tutto peculiare), bensì di uno dei due elementi di essa, tutt'altro che preponderante.

Invero, in primo luogo è evidente l'offerta economica zero equivale a mancata offerta economica.

Essa, inoltre, non consente di graduare le altre concorrenti in base alla formula prescritta dalla *lex specialis* di gara, ossia ne vanifica la portata ed il senso stesso, posto che tutte le altre offerte non avrebbero potuto che conseguire zero punti, appiattendosi dunque tutte sullo stesso dato non significativo per un elemento che pur la stazione appaltante aveva ritenuto, in quanto a suo avviso rilevante, di inserire autonomamente tra i criteri di valutazione.

Tanto, inoltre, con palese violazione della *par condicio* tra i concorrenti e dell'affidamento da essi riposto a vedersi valutato quello specifico elemento nell'ambito della propria offerta – tecnica ed economica - complessiva, evidentemente articolata e calibrata anche in funzione dei rispettivi criteri valutativi, perciò tenendo pure conto del medesimo elemento. In tale quadro, è evidente che recede il principio della massima partecipazione.

Ciò rende, poi, irrilevante il fatto che la *lex specialis* di gara non precludesse espressamente di formulare una siffatta offerta, considerato altresì che, nel modo descritto innanzi, la commissione di gara non ha introdotto una non prevista clausola di esclusione o di incompatibilità, bensì ha giustamente sanzionato, in conformità al disposto dell'art. 46, co. 1 bis, del codice dei contratti (introdotto dall'art. 4, co. 2, lett. d, del d.l. 13 maggio 2011 n. 70 conv.

con l. n. 106 del 2011) il difetto non già di una voce di prezzo, ma di un elemento essenziale dell'offerta economica per come strutturata dalla stazione appaltante, la cui essenzialità è resa specificamente manifesta proprio dall'approntamento della formula matematica di valutazione.

Ne deriva che per le ragioni sin qui esposte neppure è configurabile, in assenza di un espresso divieto, a sua volta un affidamento da parte dell'attuale appellante, invece incontestabilmente consapevole dell'incidenza negativa – se non escluso - della propria scelta sul punteggio conseguibile dagli altri concorrenti; come parimenti inconfigurabile per le stesse ragioni è un preteso dovere dell'Amministrazione di “correggere” il valore nullo in applicazione del principio di conservazione degli atti di gara.

A tal proposito, giova aggiungere che non è dato alla commissione alcun potere di modifica delle offerte, specie in base a non codificati e soggettivi criteri di ragionevolezza, dovendo essa limitarsi ad accertare eventuali inosservanze delle regole di gara e procedere perciò, come nella specie, alla loro esclusione, senza che occorra alcuna verifica della congruità dell'offerta stessa.

Ciò posto, vanno respinti i predetti motivi terzo e quarto, concernenti gli aspetti su esaminati, e nel contempo non residua all'appellante alcun interesse alle censure di cui al primo ed secondo motivo d'appello, intesi a contestare in rito la statuizione del TAR allegandosi la sussistenza di interesse a ricorrere e, rispettivamente, l'erroneità dell'assunto giudizio di equivalenza tra l'offerta pari a zero e quella di € 0,0000614, in ragione dell'impossibilità di azzerare il dato numerico dell'offerta di Gemeaz; motivi che, pertanto, possono restare assorbiti, come anche la questione, pure di rito, riguardante l'evidente inammissibilità in questa sede d'appello dei motivi aggiunti aventi ad oggetto la sopravvenuta aggiudicazione definitiva in favore di Gemeaz.

In conclusione, l'appello non può che essere respinto, sia pure con le suestese integrazioni e modificazione delle motivazioni e delle statuizioni della sentenza appellata.

Tuttavia, i contrasti giurisprudenziali evidenziati consigliano la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il medesimo appello nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2013

IL SEGRETARIO

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