

Publicato il 14/01/2019

N. 00053/2019 REG.PROV.COLL.

N. 01476/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 1476 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Dussmann Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Filippo Martinez, in Milano, corso di Porta Vittoria n. 28;

contro

Azienda Regionale Centrale Acquisti – ARCA S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudia Sala e Maurizio Tommasi, elettivamente domiciliata presso la sede del relativo ufficio legale, in Milano, via Fabio Filzi n. 22; Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo Pavia, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Avolio, con domicilio eletto presso il suo studio, in Milano, Viale Gian Galeazzo n. 16;

nei confronti

Fabbro S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Boifava e Giuseppina Salatino, con domicilio eletto presso l'indirizzo pec avv.maurizioboifava@monza.pecavvocati.it; Sarca Catering S.r.l., non costituita in giudizio;

Quanto al ricorso introduttivo:

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia

- della determina del Direttore Generale della Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia n. 4/D.G./0542 del 17.05.2018, comunicata con nota in data 18.05.2018, di aggiudicazione definitiva dell' "appalto specifico" del servizio di ristorazione per la citata Fondazione (ID Sintel 90947984) a seguito dell'accordo quadro bandito da ARCA (n° proc. 2016_24);
- di tutti gli atti e verbali di gara, inclusi quelli allo stato non noti alla ricorrente;
- della lex specialis di gara;
- delle note della Fondazione prot.20180047241 del 29.05.2018 e della successiva nota del 7.06.2018, di diniego di accesso agli atti, nonché del "parere legale" ivi richiamato e non noto alla ricorrente, e di altri eventuali atti in merito, non noti;
- della nota di ARCA prot.2018.0007631 del 14.06.2018 di diniego di accesso agli atti relativi alla fase di accodo quadro;
- di tutti gli atti e provvedimenti connessi, consequenziali e/o collegati;

nonché per la declaratoria

del diritto della ricorrente all'accesso agli atti richiesti

nonché per la dichiarazione

di inefficacia del contratto, se stipulato nelle more, e per la condanna al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica.

Quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 4 settembre 2018:

per l'annullamento

- della determina del Direttore Generale della Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia n. 4/D.G./0542 del 17.05.2018, comunicata con nota in data 18.05.2018, di aggiudicazione definitiva dell'"appalto specifico" del servizio di ristorazione per la citata Fondazione (ID Sintel 90947984) a seguito dell'accordo quadro bandito da ARCA (n° proc. 2016_24);

- di tutti gli atti e verbali di gara, e in particolare dei verbali di valutazione delle offerte tecniche, nonché di tutti gli atti del subprocedimento di verifica di anomalia dell'offerta del RTI Fabbro, ossia del verbale di verifica di congruità dell'8.05.2018, delle precedenti richieste del 13.04.2018 e 2/3.05.2018 (non note alla ricorrente) e di ogni eventuale altro atto in merito;

per la declaratoria

di inefficacia del contratto

per la condanna

al risarcimento del danno nella forma della reintegrazione in forma specifica: mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente per l'intera durata originariamente prevista (in forza dell'accoglimento delle censure proposte in via principale nel presente atto);

in subordine, mediante rivalutazione delle offerte in relazione ai vizi sollevati, ovvero mediante rifacimento della verifica di congruità dell'offerta avversaria;

in ulteriore subordine, mediante rifacimento integrale della procedura (in forza dell'accoglimento delle censure sub II e III in seno al ricorso introduttivo).

Visti il ricorso, il ricorso per motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Arca S.p.A., di Fondazione Irccs Policlinico San Matteo Pavia e di Fabbro S.p.A.;

Visti tutti gli atti e di documenti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2018 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

La società ARCA S.p.A., quale Centrale di Committenza della Regione Lombardia, ha bandito, la procedura aperta per la stipula di un accordo quadro con più operatori economici, ex articolo 59 D.Lgs. n. 163/2006, sulla base del quale aggiudicare successivamente gli appalti specifici del servizio di ristorazione ospedaliera e dei servizi connessi.

Fra gli Enti del Servizio Sanitario Regionale nel cui interesse ARCA S.p.A. ha stipulato il suddetto accordo quadro vi è anche la Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia (nel prosieguo, anche solo Fondazione IRCCS), la quale ha dunque avviato il confronto competitivo, tra gli operatori risultati aggiudicatari dell'accordo quadro, per l'affidamento – all'offerta economicamente più vantaggiosa - del relativo appalto specifico.

Alla gara hanno partecipato, tra gli altri, il RTI composto dalla società Fabbro S.p.A., quale mandante, e dalla società Sarca Catering S.r.l., quale mandataria (nel prosieguo, anche solo RTI Sarca), giunto primo con 97,59 punti, e Dussmann Service S.r.l. (nel prosieguo, solo anche Dussmann S.r.l.), giunta seconda con 90,59 punti.

L'aggiudicazione del suddetto appalto a favore del RTI Sarca è contestata giudizialmente da Dussmann S.r.l., che, con il ricorso introduttivo del giudizio e con il successivo ricorso per motivi aggiunti, ne chiede l'annullamento (unitamente agli atti presupposti tutti in epigrafe compiutamente individuati), previa sospensione cautelare dell'efficacia, oltre alla declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, e al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica.

Si è costituita in giudizio la società ARCA S.p.A., opponendosi alla sola pretesa della ricorrente di accedere agli atti della procedura di gara sfociata nella stipula dell'accordo quadro.

Si sono costituite in giudizio anche la Fondazione IRCCS e la società Fabbro S.p.A., contestando su ogni punto la prospettazione avversaria e concludendo per la reiezione tanto del ricorso principale, quanto del ricorso per motivi aggiunti.

Non si è, invece, costituita in giudizio Sarca Catering S.r.l., pure evocata.

Dussmann S.r.l., Fondazione IRCCS e Fabbro S.p.A. hanno poi ulteriormente argomentato le rispettive posizioni in successivi scritti difensivi.

Il Tribunale ha rigettato la domanda cautelare contenuta nel ricorso principale per carenza del requisito normativo del *periculum in mora*: la decisione è stata riformata dal Giudice d'appello ai soli fini della sollecita trattazione del merito.

Il Tribunale ha, di contro, accolto la domanda formulata da parte ricorrente di accesso incidentale agli atti della presente gara e di quella presupposta per la stipula dell'accordo quadro. Tanto è vero che Dussmann S.r.l. ha dichiarato essere cessata la materia del contendere sul primo motivo di impugnazione, con il quale, per l'appunto si doleva della mancata ostensione dei documenti richiesti alle Amministrazioni detentrici.

Alla pubblica udienza del 20 dicembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Vengono sottoposti all'esame di questo Tribunale Amministrativo gli esiti della procedura a evidenza pubblica indetta dalla Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia per l'affidamento, all'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di ristorazione ospedaliera e servizi connessi della durata di 60 mesi.

La gara è stata vinta dal RTI composto dalle società Sarca Catering S.r.l. e Fabbro S.p.A..

La seconda classificata, società Dussmann Service S.r.l., ritiene che l'aggiudicazione dell'appalto al RTI controinteressato sia illegittima per le seguenti ragioni:

I. "Violazione degli artt. 13 e 79, d.lgs. 163/06. Sviamento di potere, violazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale e dei principi di concorrenza e par

condicio, ingiustizia manifesta. Violazione dell'art. 1 c.p.a. e della direttiva 2007/66/CE. Violazione dell'art. 97 Cost.", per essere stato illegittimamente precluso alla ricorrente di accedere agli atti della gara per l'assegnazione dell'appalto specifico e a quelli della presupposta gara per la stipula dell'accordo quadro, onde esercitare appieno le relative prerogative defensionali;

II. "Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 d.lgs. n. 163/06. Violazione dei principi di trasparenza, par condicio, imparzialità e buon andamento. Illegittimità della lex specialis per mancata predeterminazione dei parametri motivazionali, nonché per genericità e confusione fra elementi da valutare", per non avere la Fondazione IRCCS predeterminato i parametri di valutazione dell'offerta tecnica quanto ai due subcriteri sub A, al primo e al terzo subcriterio sub B, al secondo e al terzo subcriterio sub D, oltre che per essere generici e contraddittori nella formulazione i due subcriteri sub A e il terzo subcriterio sub B;

III. "Violazione dell'art. 83, d.lgs. 163/06 e dell'art. 3, legge n. 241/1990. Eccesso di potere per carenza e illogicità manifesta delle motivazioni nell'attribuzione dei punteggi, contraddittorietà", per non avere la Fondazione IRCCS motivato i subpunteggi attribuiti a ciascuna offerta tecnica in relazione al primo e al secondo subcriterio sub A, al primo e al terzo subcriterio sub B, al primo e al secondo e al terzo subcriterio sub D, al terzo subcriterio sub C, e al subcriterio sub E;

IV. "Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e seguenti del d.lgs. n. 163/2006. Insostenibilità dell'offerta. Violazione del principio di par condicio. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta", perché, tenuto conto delle ore offerte e del CCNL che il RTI Sarca dichiara di applicare, il costo del lavoro e gli oneri di sicurezza aziendali sarebbero maggiori di quelli indicati dal RTI controinteressato in sede di giustificazioni con la conseguenza di mandare in perdita la relativa offerta;

V. “Violazione degli standard minimi di qualità del servizio. Violazione del capitolato e delle richiamate linee di indirizzo nazionale per la ristorazione ospedaliera e assistenziale e delle linee guida regionali per la ristorazione ospedaliera di cui al decreto del D.G. n. 5250 del 26.5.2009. Violazione degli artt. 46 c. 1-bis, 68 e 74, c. 2, del d.lgs. n. 163/2006”, perché il progetto del RTI Sarca non rispetterebbe i requisiti minimi di qualità in punto di igiene degli alimenti, posto che tra la preparazione dei pasti e la loro distribuzione intercorrerebbe un lasso di tempo superiore alle 2 ore, e perché non garantirebbe il mantenimento della temperatura dei cibi per tutto il tempo in cui dura la distribuzione dei pasti ai degenti;

VI. “Violazione degli articoli 15 e 40 comma 8, del d.lgs. 163/2006, e art. 60 del D.P.R. 207/2010. Incompletezza e contraddittorietà dell’offerta. Violazione della lex specialis di gara. Violazione della par condicio fra i concorrenti. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, ingiustizia manifesta”, perché il RTI Sarca avrebbe presentato un progetto di riqualificazione e riattrezzaggio dei locali mensa per i dipendenti di valore superiore a € 150.000,00, senza essere dotato delle necessarie attestazioni SOA e senza avere fatto ricorso al subappalto;

VII. “Violazione dell’art. 83, del d.lgs. 163/06 e dell’art. 3, della legge n. 241/1990. Eccesso di potere per carenza e illogicità manifesta delle motivazioni nell’attribuzione dei punteggi, contraddittorietà”, per essere incorsa la Fondazione IRCCS in ulteriori errori nell’attribuzione del punteggio alle offerte tecniche, segnatamente quanto al secondo subcriterio sub D, al terzo subcriterio sub D, al terzo subcriterio sub C;

VIII. “Violazione degli articoli 86 e seguenti, del d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione. Violazione del principio di par condicio e del divieto di dumping”, per non avere il RTI Sarca giustificato tutta

una serie di costi imprescindibili per l'esecuzione dell'appalto, precisamente quelli per le derrate alimentari e per gli investimenti, limitandosi a vuote formule di stile.

La società Dussmann S.r.l. gradua così l'ordine di trattazione dei dedotti motivi di impugnazione: in principalità, quarto, quinto e sesto; in subordine, settimo e terzo; in ulteriore subordine, ottavo; e, infine, secondo. A tale ordine si atterrà il Collegio.

Il quarto motivo di impugnazione (corrispondente al primo del ricorso per motivi aggiunti) è infondato, in quanto muove da un assunto indimostrato, vale a dire che le ore di lavoro indicate in offerta dal RTI Sarca siano ore effettive e non ore teoriche.

La società Fabbro S.p.A. contesta l'assunto e parte ricorrente non indica alcun elemento documentale che conforti la propria tesi.

Né rileva il fatto che Dussmann S.r.l. in offerta abbia indicato le ore effettive e che, se quelle del RTI Sarca fossero state teoriche, sarebbe ingiustificato il diverso punteggio attribuito alle due offerte, perché qui è in discussione la sostenibilità economica dell'offerta dell'aggiudicatario in relazione al costo del lavoro e agli oneri di sicurezza aziendali, e non – in ipotesi – l'erroneità dei punteggi attribuiti alle due offerte in competizione.

Se, dunque, il monte ore indicato in offerta dal RTI controinteressato è quello teorico, viene meno l'incongruenza stigmatizzata da Dussmann S.r.l. rispetto alle giustifiche fornite in sede di verifica di congruità, posto che questa va effettuata sulle ore effettivamente lavorate e non su quelle teoriche (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 2815/2017). Il costo tabellare medio tiene, infatti, già conto dei costi che il datore di lavoro sostiene per le sostituzioni dei dipendenti a vario titolo legittimamente assenti (cfr., C.d.S., Sez. III, sentenza n. 974/2017), sicché applicare quel valore tabellare medio alle ore teoriche significherebbe duplicare le voci di costo per le sostituzioni.

E' parimenti infondato il quinto motivo di impugnazione (corrispondente al secondo del ricorso per motivi aggiunti).

Fermo restando che il capitolato tecnico al punto 3.2. precisa che gli orari di consegna dei pasti ai degenti e di distribuzione del cibo ai dipendenti sono indicativi, potendo essere modificati in ragione delle esigenze manifestate dall'Ente sanitario (doc. 24 fascicolo Dussmann S.r.l.), in ogni caso la documentazione in atti conferma il rispetto del termine delle due ore dal confezionamento per la consegna dei pasti per i degenti (cfr. doc. 27 fascicolo Dussmann S.r.l.). Vero è, infatti, che parte ricorrente non tiene conto del tempo necessario alla cottura dei cibi, che comporta che i pasti siano pronti ben oltre l'inizio del turno degli addetti alla cucina.

D'altro canto, non emergono elementi che consentano di ritenere macroscopicamente inadeguata la tecnologia offerta dal RTI aggiudicatario per il mantenimento in temperatura del cibo preparato per i pasti per il tempo in cui dalle cucine giunge ai reparti.

E', altresì, infondato il sesto motivo di impugnazione (corrispondente al terzo del ricorso per motivi aggiunti).

Fabbro S.p.A. nega che l'importo dei lavori di riqualificazione e riattrezzaggio dei locali mensa per i dipendenti superi la soglia di Euro 150.000,00 (si vedano docc. 4 e 5 fascicolo Fabbro S.p.A.), oltre la quale l'esecutore deve essere in possesso delle attestazioni SOA, e la deducente non ha offerto elementi probatori a sostegno del proprio assunto. Il fatto che detti lavori siano ricompresi nella più ampia voce degli investimenti complessivamente di un valore di molto superiore al suvvisto limite non consente affatto di inferire che i lavori in questione eccedano i 150.000,00 Euro.

Né d'altro canto, può disporsi una consulenza tecnica d'ufficio per ovviare al deficit probatorio in cui è incorsa la ricorrente.

Si può, dunque, passare all'esame dei motivi dedotti primo in subordine, segnatamente settimo e terzo (vale a dire, rispettivamente, quarto del ricorso per motivi aggiunti e terzo del ricorso principale), la cui stretta correlazione ne giustifica una delibazione congiunta.

In tema di valutazione di un'offerta tecnica, nell'ambito di una procedura a evidenza pubblica per l'assegnazione di un contratto di appalto, costituisce approdo consolidato in giurisprudenza quello per cui, trattandosi di apprezzamenti discrezionali, il sindacato giurisdizionale può esercitarsi nei limitati casi di palese travisamento del dato fattuale, ovvero di giudizi manifestamente illogici ed arbitrari (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 6012/2018).

Ebbene, a un esame approfondito nessuna di queste ipotesi residuali ricorre nel caso di specie, sicché entrambe le censure si riducono a un inammissibile tentativo di sostituire a una valutazione opinabile (quella dell'Amministrazione), un'altra valutazione opinabile (quella del Giudice), e come tali vanno respinte. Peraltro, anche laddove la società Dussmann S.r.l. conseguisse il punteggio massimo per tutti i sottocriteri di valutazione del pregio qualitativo dell'offerta, comunque non riuscirebbe a sopravanzare in graduatoria il RTI Sarca, sicché l'accoglimento delle suvviste censure le non sarebbe di alcuna utilità.

E', di contro, fondato l'ottavo motivo di impugnazione (corrispondente al quinto del ricorso per motivi aggiunti).

Come emerge dalla documentazione in atti, in sede di verifica di congruità della propria offerta il RTI Sarca si è limitato ad affermare, in relazione ai costi delle derrate alimentari e degli investimenti, di vantare condizioni eccezionalmente favorevoli ai sensi dell'articolo 87, comma 2, lettera c), D.Lgs. 163/2006 in ragione degli importanti volumi di acquisto realizzati e delle realizzazioni già eseguite in altri appalti (cfr. doc. 28 fascicolo Dussmann S.r.l.). La commissione di gara, nella seduta dell' 8.05.2018 ha reputato le giustificazioni presentate "adeguate ed

esaustive”, ritenendo così l’offerta complessivamente congrua (cfr. doc. 29 fascicolo Dussmann S.r.l.).

Ad avviso del Collegio si tratta invece all’evidenza di giustificazioni assolutamente generiche, prive di effettivo contenuto e meramente riprodottrici di formule di stile impiegate da tutti gli operatori economici di grandi dimensioni, i quali notoriamente ottengono prezzi favorevoli dai propri fornitori. In questo senso, però, anche la società ricorrente è un primario operatore nel settore della ristorazione collettiva, per cui è indubbio che il mero e generico richiamo alla propria importante posizione di mercato non vale di per sé a giustificare i costi indicati dall’aggiudicatario per svolgere l’appalto.

Né il deficit documentale può dirsi sanato dai preventivi prodotti dal RTI Sarca nell’ambito del subprocedimento di verifica dell’anomalia svolto da ARCA S.p.A. nella procedura per la stipula del presupposto accordo quadro: come condivisibilmente osservato dalla difesa della ricorrente, si tratta di preventivi risalenti a due anni prima, non riconfermati in sede di giustificazioni per l’affidamento dell’appalto specifico.

A fronte della genericità delle giustificazioni su due voci di costo dell’appalto (derrate alimentari e investimenti) che incidono – secondo quanto affermato dallo stesso RTI offerente - per oltre il 35% sui costi totali (cfr. doc. 28 fascicolo Dussmann S.r.l.), la Fondazione IRCCS si è limitata ad un acritico recepimento, senza alcun necessario approfondimento istruttorio.

Ora, il Collegio non ignora certo il prevalente e condivisibile indirizzo giurisprudenziale in materia di verifica di anomalia delle offerte, secondo cui da una parte il giudizio della stazione appaltante è espressione di discrezionalità tecnica dell’Amministrazione e dall’altra l’offerta deve essere valutata nel suo complesso, senza parcellizzazione delle singole voci. Nondimeno, nel caso di specie, a fronte di giustificazioni molto generiche e vaghe su voci di costo rilevanti

ai fini dell'esecuzione dell'appalto di ristorazione, risulta illegittima, per difetto di motivazione e di istruttoria, la determinazione della Fondazione IRCCS che in maniera apodittica reputa l'offerta complessivamente congrua.

In conclusione, assorbito il secondo motivo di impugnazione, dedotto in subordine, il ricorso principale è infondato, a eccezione del primo motivo di impugnazione per il quale va dichiarata cessata la materia del contendere, mentre il ricorso per motivi aggiunti è fondato limitatamente al suvvisto motivo di impugnazione e viene accolto.

Per l'effetto è annullata l'aggiudicazione dell'appalto a favore del RTI Sarca. Spetta alla Fondazione IRCCS riattivare il procedimento a partire dalla fase in cui si è verificato il vizio che ha determinato l'annullamento e, nei limiti della discrezionalità residua, procedere alla nuova aggiudicazione dell'appalto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate a favore di Dussmann Service S.r.l. nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così statuisce:

- a) quanto al ricorso principale, dichiara per una parte cessata la materia del contendere e per la restante parte lo rigetta;
- b) quanto al ricorso per motivi aggiunti, lo accoglie nei termini di cui in motivazione e per l'effetto annulla l'aggiudicazione dell'appalto;
- c) condanna Arca S.p.A., Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia, Fabbro S.p.A. unitamente a Sarca Catering S.r.l., in solido tra loro, a rifondere a Dussmann Service S.r.l. le spese di giudizio, che liquida in complessivi Euro 10.000,00, oltre ad accessori di legge;

d) pone a carico di Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia il rimborso dei contributi unificati effettivamente versati da Dussmann Service S.r.l. al verificarsi dei presupposti di cui all'articolo 13, comma 6 bis 1, D.P.R. n. 115/2002.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO