

REPUBBLICA ITALIANA

N. 3019 REG. SENT.

In nome del Popolo Italiano

ANNO 2003

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

N. 1853 REG. RIC.

PER LA TOSCANA

ANNO 2002

- II[^] SEZIONE -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZIA

sul ricorso n.**1853/2002** proposto da

SOC. SODEXHO ITALIA SPA, rappresentata e difesa dagli avv.ti prof. Giovanni Cocco, prof. Cesare Ribolzi, Roberto Invernizzi, Aldo Russo e Fabio Colzi, domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Firenze, via San Gallo 76, giusta procura a margine del presente atto;

contro

- il COMUNE DI VAGLIA (FI), in persona del Legale rappresentante pro-tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Cecchi ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Firenze, Via Masaccio n. 172;

e nei confronti

di **GEMEAZ CUSIN S.R.L.**, in persona del legale rappresentante pro- tempore, costituitasi in giudizio, anche con ricorso incidentale, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giustino Ciampoli, Francescho Bellocchio, Paolo Sansoni e Antonio Ragazzini ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'ultimo in Firenze, Via Duca D'Aosta n. 10;

per l'annullamento, previa misura cautelare

- della determinazione n. 419 del 31/07/2002 con cui “ sono stati approvati i verbali di aggiudicazione relativi all’asta pubblica per affidamento della fornitura di pasti per la refezione scolastica nella scuola materna, elementare e media per gli anni 2002/2003 - 2003/2004 - 2004/2005;
- dei verbali delle sedute della Commissione di gara del 24 luglio 2002 e del 25 luglio 2002;
- in via subordinata, del bando di asta pubblica in data 21/6/2002, prot. n. 5899, a firma del responsabile del Settore II del Comune di Vaglia, nonché, occorrendo, del relativo capitolo di refezione scolastica;
- di ogni atto comunque connesso, preordinato e consequenziale;

nonché per la condanna

al risarcimento in forma specifica, o in subordine per equivalente, dei danni patiti e patiendi dalla ricorrente per atti e comportamenti amministrativi infra descritti, riservata in merito ogni maggiore deduzione e istanza istruttoria, anche in punto al quantum della pretesa risarcitoria.

Visto il ricorso e la relativa documentazione;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimate;

Visto il ricorso incidentale della controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle proprie difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 14/03/2003 - relatore il Consigliere Filippo Musilli -, gli avv.ti R. Invernizzi, A. Cecchi, M. G. Maggiore per A. Ragazzini;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

F A T T O

Con bando del 21.6.2002 il Comune di Vaglia ha indetto l'asta pubblica della "fornitura di pasti per il servizio di refezione scolastica nelle scuole materna, elementare e media per il triennio 2002 – 2005, per un importo a base d'asta di 350.000,00 Euro.

Nel suddetto bando viene indicato quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economica più vantaggiosa, e si stabiliscono gli elementi di valutazione delle offerte, con le ulteriori specificazioni dell'art. 11 del capitolato.

In particolare, per quel che più rileva, l'elemento "qualità tecnico-professionali" viene suddiviso in quattro aspetti, che si precisano (soprattutto per quanto attiene ai 12 punti relativi all'elemento della formazione del personale).

Con tale dettagliata elencazione - si soggiunge – la lex specialis ha quindi precisamente determinato i criteri di attribuzione del punteggio afferenti l'aspetto tecnico professionale, vincolando la Commissione di gara all'osservanza degli stessi; che ciò è vieppiù confermato dall' ulteriore previsione secondo la quale la Commissione di gara deve attribuire il punteggio con "valutazione discrezionale"; che con ciò la Commissione è stata vincolata a motivare l'attribuzione

del punteggio, sia che si tratti del massimo previsto, sia che si tratti del minimo.

Si descrivono quindi le operazioni effettuate dalla Commissione nelle sedute del 24 e 25 luglio 2002, all'esito delle quali la Sodexho ha ottenuto un punteggio finale di 90,52, classificandosi seconda in graduatoria, con un distacco di 0,45 punti rispetto al punteggio ottenuto da Gemeaz Cusin, che si è aggiudicata la gara con un punteggio complessivo di 90,97.

Rimaste inevase diffida ed istanza di accesso ai documenti, la ditta istante ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe deducendo i seguenti motivi.

1) Violazione di legge, violazione sotto diversi profili della legge 241/1990, dell'art. 97 della Cost., violazione ed errata applicazione della lex specialis – Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, contraddittorietà intrinseca e contrasto precedenti atti amministrativi, carenza di motivazione ed istruttoria.

Si spiegano dettagliatamente le ragioni per cui sarebbe illegittima l'attribuzione alla Sodexho, per la parte relativa alla formazione degli utenti, di solo 1 punto su 7 a disposizione.

Ritenendo inoltre assorbenti tali ragioni, la ricorrente deduce in via subordinata le seguenti censure:

2) Violazione ed errata applicazione della legge 127/1997, e del D. Lgs. 267/2000, violazione degli artt. 1-2, L. 241/1990, dell'art. 97 della Cost. e dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione

amministrativa. – Eccesso di potere per travisamento dei presupposti e contraddittorietà, violazione dell'art 21, L. 109/1994

- Incompetenza funzionale.

Sarebbe illegittimo il cumulo di funzioni risultante dal fatto che il Presidente del seggio di gara è il responsabile del Settore II del Comune di Vaglia, ossia lo stesso funzionario che sovrintende al procedimento in questione.

In via ulteriormente subordinata si propongono le seguenti doglianze:

3) Violazione ed errata applicazione di legge. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto ed in diritto. Violazione del D. Lgs. 358/1992, del D. Lgs. 157/1995 e della direttiva 92/50/CE e dei connessi principi comunitari.

Si lamenta l'erroneità del rinvio alla disciplina legislativa afferente alle pubbliche forniture.

Con memoria notificata in data 10.9.2002 parte ricorrente ha dedotto due “motivi aggiunti ed ulteriori” rubricati con i numeri 4 e 5.

In data 26.9.2002 la Società Gemeaz Cusin ha proposto ricorso incidentale, deducendo i seguenti motivi:

I) Illegittimità del criterio di valutazione previsto dall'art. 9.A del Bando “Esperienze nel settore specifico, punti 2 e 3, e dell'art.11 del Capitolato punto 1.1, per violazione e falsa applicazione degli artt. 14 e 23 D. Lgs. n. 157/1995: violazione e falsa applicazione art. 36 Dir. 92/50 CEE; violazione della par condicio e dei principi in materia di pubbliche procedure;

II) Illegittimità dell'attribuzione del punteggio da parte della Commissione in applicazione del criterio di cui all'art. 9 A) del Bando “Esperienze nel settore specifico” punti 2 e 3, per violazione e falsa applicazione degli artt. 14 e 23 D. Lgs. 157/1995 e dell'art. 36 Dir. 92/50 CEE; violazione della par condicio e dei principi in materia di pubbliche procedure; illegittimità derivata.

Si sostiene la non valutabilità, ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del fatturato e delle referenze dei concorrenti.

Inoltre, premessa la pregiudizialità della impugnativa incidentale – stante la non colmabilità della differenza di punteggio – si aggiunge che l'accoglimento di detta impugnativa non comporterebbe il rifacimento della gara.

La Società ricorrente, infine, ha notificato in data 11.10.2002, gli altri motivi aggiunti che seguono:

6) Violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto ed di diritto. Violazione del bando di gara e del Capitolato; irragionevolezza manifesta; carenza di istruttoria e motivazione; violazione della legge 241/1990, del D. Lgs. 157/1995 e della direttiva 92/50/CE.

La fideiussione rilasciata ad un soggetto diverso dall'appaltante (al Comune di Abbiategrasso anziché al Comune di Vaglia) non può ritenersi satisfattiva delle richieste del bando.

7) Violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti di fatto ed di diritto. Violazione del bando di gara e

del Capitolato; irragionevolezza manifesta; carenza di istruttoria e motivazione; violazione della legge 241/1990, del D. Lgs. 157/1995, della L. 15/68, del D.P.R. 445/00, della L. 50/99, 340/00M, e della direttiva 92/50/CE.

La società controinteressata non avrebbe dichiarato quanto richiestole dalla lex specialis (ed, in specie, nel rispetto delle formalità – e delle responsabilità - indispensabili ex lege a far sì che la dichiarazione sostitutiva potesse effettivamente risultare credibile e fidefacente).

Il Comune di Vaglia e la controinteressata società Gemeaz Cusin s.r.l. hanno contestato la fondatezza delle suseposte censure, concludendo per il rigetto del ricorso, spese e competenze giudiziali rifiuse.

D I R I T T O

In ordine logico va previamente esaminato il secondo motivo.

La censura appare infondata, stante che non sussiste alcuna incompatibilità tra la funzione di Presidente di una Commissione di gara e quella di organo che dispone l'aggiudicazione definitiva della stessa gara (TAR Basilicata, 22.3.2002, n. 259), trattandosi di ruoli distinti e non confliggenti, dato che l'aggiudicazione costituisce la logica conclusione della procedura di gara correttamente svolta e che la sua approvazione non preclude, in ogni caso, il sindacato giurisdizionale sull'operato della Commissione (TAR Lazio, Sez. Latina, 27.5.2002, n. 593).

Si può pertanto passare all'esame delle censure c. d. di merito.

Come cennato in fatto, la questione fondamentale posta con il primo motivo riguarda la proposta inerente alla “Formazione del personale –

Attività promozionale e Informativa verso gli utenti” per la quale alla Sodexho è stato attribuito soltanto un punto sui sette a disposizione, e investe in particolare la motivazione addotta a sostegno di un così basso punteggio: basso punteggio giustificato sostenendo che tale proposta sarebbe stata contraria “agli obiettivi perseguiti da questa Amministrazione”.

Ad avviso della ricorrente si tratterebbe di una motivazione oltre che criptica, anche radicalmente erronea, non essendosi affatto considerati i reali contenuti del progetto dalla stessa proposto, e restando totalmente oscuro in cosa potrebbe ipoteticamente consistere la lamentata contrarietà, tanto più ove si consideri che non vengono nemmeno indicati gli obiettivi con cui contrasterebbe il progetto di Sodexho.

Si soggiunge che, comunque, non risulta esservi alcuna norma della lex specialis che individua espressamente in modo puntuale ed analitico tali obiettivi.

Ancora in ordine logico appare necessario partire dal Capitolato Speciale, nella specie precisato come “Capitolato refezione scolastica anni (...”).

Va premesso che nel suddetto Capitolato - come pure negli altri atti idonei, quanto meno astrattamente, ad essere ricompresi nella c.d. lex specialis della gara – il termine “obiettivo” od “obiettivi” sembra che non venga neppure menzionato.

In ogni caso non viene mai dato esplicito rilievo agli “obiettivi posti dal Comune” : e ciò, come appena detto, è stato evidenziato dalla ditta ricorrente.

Non resta quindi che procedere per via induttiva, percorrendo peraltro il percorso inverso, cioè partendo da “valle” (il limite massimo di 7 punti) a “monte” (il punto 1.2.”Formazione del personale – Attività promozionale e informativa verso gli utenti”). Sembra però doversi escludere che la formazione del personale di cucina (il “dettagliato piano” di cui alla lettera A) possa effettivamente costituire un obiettivo del Comune; nemmeno molto convincente sembra che il coacervo di “iniziativa” elencate (dalla “partecipazione dei genitori”, via via fino “all’inserimento di prodotti biologici”) possa rappresentare un obiettivo postosi dal Comune. Ma poiché non è questa la sede per approfondire l’argomento, non resta che prendere atto che è questo l’attuale oggetto del contendere e - in sostanza - il punto fondamentale della causa.

Di ciò preso atto, è il caso di procedere oltre e riportare testualmente la previsione che immediatamente segue: “Il punteggio nel limite massimo di n. 5 per la lettera A e di n. 7 per la lettera B [quest’ultima non è indicata nel testo ma non vi è alcun dubbio che si tratti della lettera B] punti sarà attribuito dalla Commissione Giudicatrice con valutazione discrezionale e motivata”.

Nonostante tale precisa ed inequivocabile disposizione la Commissione di gara in sede di valutazione delle offerte concorrenti, ha deciso diversamente: ha cioè stabilito di riferire “unicamente le

motivazioni riguardanti il mancato raggiungimento del massimo punteggio”.

Inoltre, soggiunge esattamente parte ricorrente, l’introduzione di un tale criterio disattende i principi generali in tema di azione amministrativa, in quanto, per verificare la scrupolosa osservanza dei parametri di valutazione stabiliti dalla *lex specialis* è essenziale ed indispensabile dare conto, in modo uniforme, dell’iter logico-giuridico che ha condotto, oltre alla mancata attribuzione del punteggio massimo, anche quello relativo all’attribuzione (al progetto della Società *Gemeaz Cusin*) del punteggio massimo: il che - precisa ancora fondatamente la società istante - avrebbe reso meno imperscrutabile l’ipotizzato “contrasto” tra il progetto della *Sodexho* e i non meglio precisati “obiettivi perseguiti da questa Amministrazione” cui la Commissione rinvia per giustificare l’attribuzione alla ricorrente di un solo punto.

Riassumendo: 1) gli obiettivi (che il Comune si è posto) non sono stati esplicitati (e possono essere – ipoteticamente – soltanto ricostruiti per via indiretta); 2) il punteggio massimo non è stato motivato; 3) il punteggio minimo (in quanto al di sotto del quale c’è solo nessun punteggio) è stato motivato in modo criptico (profilo di censura anch’esso letteralmente spiegato dalla *Sodexho* laddove la stessa precisa che non è dato comprendere quali siano le ragioni che hanno condotto la Commissione ad assegnare per il progetto de quo 7 punti a *Gemeaz* e 1 solo punto a *Sodexho*; 4) non appare comunque spiegabile come si possa attribuire uno soltanto dei sette punti a

disposizione adducendo che la documentazione afferente la formazione utenti sarebbe stata addirittura “contraria agli obiettivi perseguiti da questa Amministrazione”, senza minimamente spiegare in che cosa tale contrarietà sarebbe consistita; 5) e tutto ciò nonostante l’ oggettiva concordanza tra gli (ipotizzabili) obiettivi indicati dal Comune e le “proposte” di Sodexho.

Dalle considerazioni che precedono emerge la fondatezza, sotto vari profili, del primo motivo di gravame.

Risulta fondato anche il quarto motivo, così formulato: violazione di legge ed eccesso di potere; travisamento dei presupposti in fatto e diritto; contraddittorietà intrinseca; sviamento.

Erroneamente infatti la Commissione Giudicatrice ha operato una diminuzione di punti 2,66 dal punteggio massimo 15 spiegando che si è attuata la riduzione del 33,3% in quanto “i legumi e i farinacei saranno inseriti nel 2003”. In tal modo infatti la Commissione ha operato in contrasto con quanto dalla stessa stabilito.

Infatti, considerato l’inserimento dei legumi e dei farinacei - per ciascuno dei quali è previsto un punteggio di 3 punti - a partire dal 2003”, la Commissione avrebbe dovuto effettuare una diminuzione del 33,3% (cioè di 0,99 punti) per i legumi e una identica diminuzione del 33,3% (0,99 punti) per i “farinacei”. Il calcolo esatto è pertanto quello eseguito dalla ditta ricorrente, secondo cui la Commissione le avrebbe dovuto attribuire un punteggio di 13,002 (15 - [0,999 + 0,999]) risultante dalla diminuzione di 1,998 punti (cioè la somma delle due diminuzioni percentuali ottenute: anche se, a rigore, la

periodicità del decimale finale avrebbe comportato l’arrotondamento all’unità; si prende tuttavia atto che, altrettanto correttamente, la Commissione ha seguito, in tutte le tabelle, la via dei tre decimali) invece dei punti 12,34 effettivamente attribuiti.

Tale punteggio risulta determinante al fine dell’aggiudicazione della gara alla soc. Sodexho, in quanto la differenza fra il punteggio erroneamente attribuitole (12,34) e quello corretto (come detto: 13,002) è pari a 0,662 punti. Tale differenza avrebbe consentito e consente alla Sodexho di aggiudicarsi la gara di cui si controverte, risultando superiore ai punti 0,45 che nella graduatoria finale la separano dall’attuale aggiudicataria Gemeaz Cusin.

Orbene, poiché i suddetti criteri di calcolo sono stati correttamente applicati alla Gemeaz Cusin, dalla corretta applicazione degli stessi anche alla società Sodexho consegue l’automatica aggiudicazione della gara in oggetto alla ricorrente.

Si appalesa quindi fondato anche il quarto motivo di gravame.

Inoltre l’accoglimento di questo quarto motivo risulta assorbente di ogni altra censura dedotta.

Nonostante tale risolutivo assorbimento, il Collegio si è voluto far carico di esaminare - per dichiararne la fondatezza - anche (ed in primo luogo) il primo motivo di ricorso, ritenendo che indipendentemente dagli altri profili di illegittimità ivi rilevati, l’apoditticità della severa penalizzazione (come più volte riferito, consistente nell’attribuzione alla ditta ricorrente di “un solo punto dei sette consentiti per la “Formazione del personale - Attività

promozionale e Informativa verso gli utenti”) sia idonea ad illustrare la più estesa illegittimità dell’atto impugnato, che non può ridursi (per una volta disapplicando il tralaticio principio dell’equivalenza dei motivi) ai pochi centesimi di punto che, alla stregua di quanto fin qui esposto, sono risultati decisivi ai fini dell’accoglimento del ricorso.

Si deve quindi passare al ricorso incidentale.

Preliminariamente vanno esaminati i profili di carenza di interesse eccepiti da parte del ricorrente principale, il più rilevante dei quali consiste nella caducazione dell’intera procedura in caso di accoglimento del ricorso incidentale.

Da tale eccezione (in merito alla quale si può peraltro osservare che il solo interesse strumentale alla ripetizione della gara viene generalmente fatto valere dai soggetti aggiudicatari – e così è anche nel caso citato: di cui alla sentenza del TAR Lazio, Sez. III ter, 20.3. 2002, n. 2258 - mentre appare problematico qualora venga rivendicato da chi è risultato vincitore della gara; e ancora più problematica si appalesa la possibilità, sostenuta dalla Gemeaz Cusin che l’accoglimento del ricorso incidentale non comporterebbe il rifacimento della gara) si può tuttavia prescindere atteso che il ricorso incidentale è comunque infondato nel merito.

In proposito va in primo luogo osservato, nell’ordine: a) che nella gara di cui si discute è assolutamente prevalente il carattere di fornitura (e tale prestazione è così definita costantemente sia nel bando che nel Capitolato speciale: a partire dall’oggetto “L’appalto ha per oggetto la fornitura, ecc.”, e via via esemplificando, nel titolo degli articoli: art 3

“modalità della fornitura”; o negli incipit degli stessi: art.7 “ la fornitura dovrà essere effettuata ...”; o nel mezzo: art. 10 “la fornitura sarà aggiudicata a...”; o in chiusura: art. 9: “La fornitura è finanziata con ...”, ecc.); b) che comunque né l’art. 14, né l’art. 23 del D.Lgs. 17.3.1995, n. 157 escludono che le “esperienze nel settore specifico” possano essere ricomprese (e quindi anche valutate) tra gli “elementi diversi, variabili secondo il contratto in questione”, tenuto anche conto che quelli di cui alla lettera b) del menzionato art. 23 del D.Lgs. n. 157/1995 sono espressamente citati a titolo di esempio (vd., per un ben più esteso criterio “ampliativo”, TAR Campania, 25.1.1999, n. 149); c) che il fatto che tali esperienze possano dimostrare la “capacità tecnica” (come si legge nella sentenza del TAR Lazio Sez. III ter 20.3.2002 n. 2258, ampiamente citata nel ricorso incidentale) è una circostanza che non inficia, ma rafforza la legittimità dell’attribuzione di un punteggio alla capacità tecnica acquisita in conseguenza di siffatte esperienze; d) che nel caso di cui si controverte alle imprese concorrenti non è stato attribuito alcun punteggio in sede di ammissione (o “selezione qualitativa” come è detto nella summenzionata sentenza) alla gara; e) che quindi viene meno in radice ogni ipotesi di “ripetizione” e “previsione dello stesso punteggio” ivi censurata; f) che pertanto la pregressa esperienza si rivela non già alternativa e disomogenea al “contenuto oggettivo dell’offerta” ma, quanto meno, un principio di garanzia che il contenuto oggettivo offerto - e ritenuto oggettivamente valido dall’Amministrazione – venga anche effettivamente (e soggettivamente) fornito.

Da quanto fin qui esposto il ricorso incidentale risulta infondato sia per ciò che riguarda la dedotta illegittimità del criterio di valutazione previsto dall' art. 2 A) del Bando, "Esperienze nel settore specifico", sia per la conseguente illegittima attribuzione del punteggio da parte della Commissione in applicazione di detto criterio.

Il ricorso incidentale va quindi respinto.

Conclusivamente vanno annullati il provvedimento n. 419 del 31 luglio 2002, nonché i verbali delle sedute della Commissione di gara del 24 e 25 luglio 2002, tutti indicati in epigrafe.

E poiché a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione di una pubblica gara il contratto stipulato è nullo (vd., ad es., TAR Puglia, Lecce, Sez. II[^], 18 novembre 2002, n. 6303), detta nullità va rilevata d'ufficio, ai sensi dell'art. 1421 cod. civ.: in tal senso vd. anche - tra le tante - TAR Sardegna, 6.12.2002, n. 1772 (per la nullità e non la mera annullabilità del contratto), nonché TAR Lecce, 18.12.2002, n. 8416 (nel senso che il contratto si atteggia come il segmento terminale della procedura di affidamento).

Conseguentemente - e in esercizio del potere conferito al giudice amministrativo dall'art. 7 della L. 21 luglio 2000, n. 205 - va accolta anche la domanda di risarcimento del danno, avanzata dalla ricorrente a pag. 18 dell'atto introduttivo dei ricorso,laddove dichiara che " il risarcimento in forma specifica è pur sempre la misura reintegratoria da preferire. Anche perché solo in tal modo Sodexho può avvalersi anche dell'esecuzione contrattuale e del connesso maturare di referenze a pro di future partecipazioni a gare pubbliche". Con la

conseguenza che ove l'Amministrazione intimata non abbia già provveduto in via di autotutela, come implicitamente si suggeriva con l'ordinanza cautelare n. 1001/2002 di questo TAR, la stessa dovrà aggiudicare, alla stregua di quanto statuito con la presente sentenza, alla ditta Sodexho, per la durata di un triennio, il servizio della fornitura di pasti per la refezione scolastica nella scuola materna, elementare e media del Comune di Vaglia.

Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione II[^], definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo ACCOGLIE e, per l'effetto, annulla i provvedimenti in epigrafe.

Accoglie la domanda di risarcimento dei danni, anch'essa indicata in epigrafe, nei termini specificati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze, il 14.03.2003, dal Tribunale Amministrativo Regionale della Toscana, in Camera di Consiglio, con l'intervento dei signori:

D.ssa Angela RADESI - Presidente f.f.

Dott.Silvio Ignazio SILVESTRI - Consigliere

Dott. Filippo MUSILLI - Consigliere, est.

F.to Angela Radesi

F.to Filippo Musilli

F.to Silvana Nannucci - Collaboratore di Cancelleria

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 21 LUGLIO 2003

Firenze, lì 21 Luglio 2003

Il Collaboratore di Cancelleria

F.to Silvana Nannucci

pT/B