bblicato il 19/12/2016

N. 01757/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00950/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 950 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo C.F. DLLGNE67D14I726D, con domicilio eletto presso Maria Ughetta Bini in Brescia, via Ferramola, 14;

contro

Azienda Speciale Consortile Per i Servizi Alla Persona - Ambito Distrettuale N. 3 - Brescia Est, Comune di Botticino, Comune di Capriano del Colle, Comune di Nuvolera, Comune di Nuvolento, Comune di Mazzano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Fabio Corradi C.F. CRRFBA69S27G535V, Massimiliano Gioncada C.F. GNCMSM67P04D150I, domiciliato ex art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

nei confronti di

Euroristorazione Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Ferasin C.F. FRSGNN72M27G224D, Giuseppe A. Salvadore , Fabio Sebastiano C.F. SBSFBA74D09L840K, Federico Casa C.F. CSAFRC67T07L157V, con domicilio eletto presso Giuseppe A. Salvadore in Brescia, corso Cavour, 31;

per

l’annullamento, previa sospensione,

(A – ricorso principale)

della deliberazione 14 luglio 2016 n°59, contenuta nel verbale n°17 con la stessa data e conosciuta in data imprecisata, con cui il Consiglio di amministrazione dell'Azienda speciale consortile per i servizi alla persona – Ambito distrettuale n°3 Brescia est ha aggiudicato, con ratifica dei verbali della Commissione di valutazione, alla Euroristorazione S.r.l. l'appalto dei servizi di ristorazione comunale dal 1 settembre 2016 al 31 agosto 2023 in seguito alla gara aggregata indetta per i Comuni di Botticino, Capriano del Colle, Nuvolera, Nuvolento e Mazzano – CIG 6709537516 ;

del provvedimento, di estremi e contenuto non conosciuti, concernente le esclusioni ed ammissioni dei concorrenti alla gara predetta;

della proposta di aggiudicazione, di estremi e contenuto non conosciuti;

dei verbali della Commissione di valutazione delle offerte 11 luglio 2017 n°1, 11 luglio 2016 n°2 e 13 luglio 2016 n°3;

della valutazione di congruità dell'offerta della Euroristorazione S.r.l. contenuta nel citato verbale n°3;

della determinazione a contrarre, di estremi e contenuto non conosciuti;

della deliberazione 30 maggio 2016 n°46, conosciuta in data imprecisata, con cui il Consiglio di amministrazione predetto ha approvato il bando della gara in questione e il relativo disciplinare del servizio;

della determinazione 8 luglio 2016 prot. n°2018, conosciuta in data imprecisata, con cui il Direttore dell'azienda in questione ha nominato la Commissione di valutazione delle offerte, con i relativi allegati;

per quanto occorrer possa:

del bando di gara, della rettifica di esso e dei relativi allegati;

dei chiarimenti forniti prima della scadenza del termine per presentare le offerte;

di tutti gli atti e provvedimenti che hanno limitato il diritto di difesa della ricorrente;

del procedimento di verifica dei requisiti della Euroristorazione S.r.l.;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché ignoto;

(B – motivi aggiunti)

della deliberazione 30 agosto 2016 n°64, contenuta nel verbale n°20 con la stessa data e conosciuta in data imprecisata, con cui il Consiglio di amministrazione dell'Azienda in questione ha confermato l'aggiudicazione della gara suddetta alla Euroristorazione S.r.l.

nonché in ogni caso per

l'accertamento dell'inefficacia

del contratto eventualmente concluso;

e la condanna

dell’amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro nel contratto, o in subordine per equivalente in denaro;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Speciale Consortile Per i Servizi Alla Persona - Ambito Distrettuale N. 3 - Brescia Est e di Comune di Botticino e di Comune di Capriano del Colle e di Comune di Nuvolera e di Comune di Nuvolento e di Comune di Mazzano e di Euroristorazione Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il dott. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente Società Cooperativa Italiana di Ristorazione -nota al pubblico come CIR Food- contesta in questa sede l’esito, espresso dagli atti meglio indicati in epigrafe, della gara cd. aggregata indetta dall’Azienda consortile per i servizi alla persona dell’ambito Brescia est, con bando approvato con deliberazione 30 maggio 2016 n°46, per affidare con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa l’appalto dei servizi di ristorazione per il periodo dal 1 settembre 2016 al 31 agosto 2023 per i Comuni di Botticino, Capriano del Colle, Nuvolera, Nuvolento e Mazzano, con decorrenze distinte per ciascuno di essi, gara alla quale ha partecipato quale capofila di un raggruppamento temporaneo – RTI e si è classificata seconda con punti 87,20 alle spalle della controinteressata Euroristorazione S.r.l., unica altra partecipante, vincitrice con 90,53 punti (doc. 6 ricorrente, copia bando di gara, ove al punto II.1 l’oggetto, al punto II.2 la durata e al punto VI il criterio di aggiudicazione; doc. 1 ricorrente, copia delibera 59/2016; doc. ti da 2 a 4 ricorrente, copie dei verbali; a p. 2 del doc. 4 è la graduatoria; doc. 5 ricorrente, copia determina di nomina della commissione).

A tale fine, ha proposto anzitutto ricorso principale, depositato il giorno 31 agosto 2016, in cui deduce due motivi:

- con il primo di essi, deduce violazione del bando di gara, in particolare alla parte VI, articoli 1 punto 2 comma 3 e 3 comma 2 lettera b). In proposito, precisa che secondo il bando stesso ogni partecipante doveva, fra l’altro, presentare una “busta n°2” contenente il “progetto organizzativo gestionale” del servizio, che secondo l’articolo 1 punto 2 comma 3 doveva essere “sottoscritto a pena di esclusione” dal legale rappresentante. A riprova, il successivo articolo 3 comma 2 lettera b) prevedeva l’esclusione delle offerte “senza le sottoscrizioni richieste” (doc. 6 ricorrente, cit. pp. 14 e 18). Ciò posto, la ricorrente ha sostenuto di aver fatto accesso agli atti di gara e di avere così

saputo che in fatto la controinteressata aggiudicataria avrebbe consegnato un progetto non sottoscritto in alcuna pagina (doc. 15 ricorrente, copia del progetto della Euroristorazione, ove in effetti il riquadro intestato "timbro e firma" in calce ad ogni pagina è in bianco) . Afferma che per tale ragione la Euroristorazione avrebbe dovuto essere esclusa, o ricevere comunque un punteggio per l'offerta pari a zero;

- con il secondo motivo, prospettato in subordine, deduce poi violazione degli artt. 77 e 31 del d. lgs. 18 aprile 2016 n°50, per essersi il Responsabile unico del procedimento – RUP nominato anche presidente della commissione di gara, il che sarebbe a suo dire vietato dalle norme citate.

Con atto separato, depositato sempre il giorno 31 agosto 2016, la ricorrente ha poi chiesto l'emissione di un decreto cautelare urgente, ed ha in effetti ottenuto il decreto 31 agosto 2016 n°561, di accoglimento provvisorio della domanda cautelare, sul presupposto dell'apparente fondatezza del primo motivo.

Hanno resistito l'Azienda, con atto depositato il giorno 2 settembre 2016, e la controinteressata, con atto depositato lo stesso giorno 2 settembre 2016, in cui hanno evidenziato prima di tutto quanto al primo motivo che in linea di fatto il progetto presentato dalla Euroristorazione all'interno della busta n°2 era regolarmente firmato, come attestato anche dalla Commissione di gara nel verbale di apertura, presente un rappresentante della CIR; hanno poi spiegato in dettaglio la provenienza della copia non firmata depositata dalla CIR (memoria Azienda 2 settembre 2016 pp. 6 e ss.; memoria controinteressata 2 settembre 2016 pp. 3 e ss.). Risulterebbe infatti che il 14 luglio 2016 il direttore dell'Azienda avrebbe richiesto alla Euroristorazione una copia in formato elettronico del progetto, per inviarla ai Comuni interessati, e l'avrebbe subito ricevuta e inviata agli enti (doc. 1 Euroristorazione, copia progetto firmato in ogni pagina; doc. 2 Azienda e doc. 2 ricorrente, copia verbale Commissione 11 luglio 2016 n°1, ove all'ultima pagina si dice che è stato verificato il contenuto delle buste n°2 e che "tutte le ditte hanno prodotto quanto richiesto"; doc. 6 Azienda e doc. 2 Euroristorazione, copia richiesta progetto; doc. 7 Azienda e doc. 3 Euroristorazione, copia risposta, ove si precisa che "la documentazione non riporta firma in quanto l'unico documento firmato in originale è in vostro possesso"; doc. 7 Azienda, copia trasmissione ai Comuni). Risulterebbe ancora che la CIR avrebbe chiesto copia semplice degli atti di gara e che per tal motivo le sarebbe stata consegnata una stampa della copia non firmata (doc. 9 Azienda, copia di essa).

Hanno quindi concluso per la revoca della misura cautelare e per la reiezione nel merito del ricorso.

Alla revoca della misura cautelare monocratica si è invece opposta la ricorrente, con memoria fatta pervenire in via telematica il giorno 2 settembre e depositata in originale il successivo 5 settembre 2016, in cui ha contestato le difese avversarie: da un lato, ha prodotto (doc. 20 ricorrente, copia di essa) l'istanza di accesso; dall'altro ha sostenuto che sul frontespizio della copia rilasciata (doc. 18 ricorrente, copia pagina in questione) vi sarebbero state le sigle dei commissari di gara, il che comporterebbe che la copia sia stata tratta dall'originale presentato per partecipare.

Con decreto 2 settembre 2016 n°596, il Giudice delegato ha revocato, in base ai nuovi elementi di fatto emersi, la misura stessa e confermato la trattazione collegiale dell'istanza alla camera di consiglio del 22 settembre 2016.

Si sono poi costituiti i Comuni di di Botticino, Capriano del Colle, Nuvolera, Nuvolento e Mazzano, con atto depositato il giorno 20 settembre 2016, in cui fanno proprie le difese dell'Azienda.

Al contempo, la ricorrente, con atto di motivi aggiunti depositato lo stesso 20 settembre 2016, ha riproposto i motivi del ricorso principale contro la deliberazione 30 agosto 2016 n°64 (doc. 21 ricorrente, copia di essa), con la quale l'Azienda ha confermato l'aggiudicazione.

La camera di consiglio del 22 settembre, di conseguenza, era rinviata al successivo 12 ottobre 2016.

Con atto notificato a tutte le controparti e depositato il giorno 11 ottobre, la ricorrente rinunciava peraltro alla domanda cautelare e chiedeva una rapida fissazione dell'udienza di merito, che otteneva per il successivo 15 dicembre 2016.

Con memoria 29 novembre 2016 l'Azienda e i Comuni intimati, nonché e la ricorrente, e con repliche 1 dicembre e 3 dicembre 2016 la controinteressata e le amministrazioni, hanno ribadito le loro rispettive asserite ragioni. In particolare l'Azienda (memoria 29 novembre 2016 p. 9) precisa che la richiesta della CIR era di copia semplice e non conforme (doc. 18 amministrazioni, copia di essa), e che l'addetta al rilascio, come da sua dichiarazione (doc. 19 amministrazioni, copia di essa) aveva aggiunto alla stampa la copia del solo frontespizio dell'originale firmato per richiesta del rappresentante della CIR.

Alla udienza del giorno 15 dicembre 2016, fissata così come si è detto, la Sezione ha infine trattenuto il ricorso in decisione.

DIRITTO

1. La domanda di annullamento di cui al ricorso principale è infondata e va respinta, per le ragioni di seguito precisate, che portano a respingere anche la domanda di annullamento proposta in base agli stessi motivi con i motivi aggiunti.

2. Infondato in fatto è il primo motivo di ricorso, incentrato sulla presunta mancanza delle necessarie firme sul progetto organizzativo e gestionale presentato dalla Euroristorazione. In proposito, basterebbe notare che il progetto in questione doveva essere contenuto nella busta n°2 dell'offerta, come parte dell'offerta tecnica (doc. 6 ricorrente, cit. p. 14), e che consta dal verbale 11 luglio 2016, in cui è dato atto, fra l'altro, della presenza di certo Campisi quale rappresentante della CIR, la Commissione aprì la busta in questione e verificò che essa effettivamente conteneva quanto previsto dal bando, senza che fosse mosso rilievo alcuno (doc. 2 ricorrente, cit. ultima e penultima pagina).

3. Ciò, dato che com'è del tutto noto il verbale è atto pubblico fidefaciente e che non consta alcuna impugnazione con querela di falso, basterebbe a escludere che nella busta n°2 fosse contenuto un progetto non conforme. L'amministrazione intimata, peraltro, ha ritenuto anche di spiegare per qual ragione, come è incontestabile sia accaduto, un documento firmato solo nel frontespizio sia finito nella disponibilità della CIR, e la sua ricostruzione appare al Collegio del tutto credibile.

4. E'anzitutto accertato in fatto che nella sua richiesta di accesso (doc. 18 amministrazioni, cit.) la CIR non precisò di voler copia conforme degli atti. E' poi accertato che, successivamente all'aggiudicazione l'Azienda, per plausibili esigenze tecnico organizzative, richiese alla Euroristorazione copia elettronica del progetto, la ricevette con una lettera accompagnatoria che evidenziava come si trattasse di una copia non firmata, dato che l'originale cartaceo firmato, unico in possesso dell'Azienda stessa, era agli atti di gara, e la trasmise ai comuni interessati (doc. ti 6-7 Azienda e 2-3 Euroristorazione cit.).

5. E'parimenti da ritenere accertato, dato che la relazione (doc. 19 amministrazioni, cit.) dell'addetta non è stata contestata, che il rilascio di una stampa del file elettronico con il documento non firmato e di una fotocopia del frontespizio firmato fu frutto di errore, aiutato dalla circostanza che, come detto, non si trattava di rilasciare una copia conforme. A fronte di ciò, gli argomenti della ricorrente, che lamenta la confusione creata, sono inconferenti, perché una gara condotta legittimamente non diventa certo illegittima per un successivo errore nel rilasciare le copie degli atti.

6. Infondato è anche il secondo motivo, poiché la norma dell'art. 77 prima parte del d. lgs. 50/2016 invocata è destinata a valere solo a regime, ovvero dopo che sarà stato creato l'albo dei commissari cui essa allude, e che al presente ancora non esiste; sino a quel momento, ai sensi del comma 12, "*la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante*".

7. In tal senso, il cumulo delle funzioni di RUP e di presidente della commissione di gara non viola le regole di imparzialità, come ritenuto da costante giurisprudenza, che argomenta in termini di principio, e non con riguardo ad una specifica disciplina delle gare, e quindi si deve ritener condivisibile anche nel vigore della nuova normativa: si vedano C.d.S. sez. V 20 novembre 2015 n°5299 e 26 settembre 2002 n°4938.

8. La reiezione della domanda di annullamento comporta reiezione anche della domanda di accertamento della inefficacia e della domanda risarcitoria.

9. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, con la precisazione che si considerano a tal fine parte unica l'Azienda e i Comuni intimati, i quali sono rappresentati dalla medesima difesa tecnica, che ha svolto identiche argomentazioni, compilando anche l'unica memoria finale 29 novembre 2016.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge sia quanto al ricorso principale sia quanto ai motivi aggiunti. Condanna la ricorrente a rifondere alle controparti costituite le spese del giudizio, spese che liquida in € 4.000 (quattromila/00) complessivi in favore dell'Azienda e dei Comuni di Botticino, Capriano del Colle, Nuvolera, Nuvolento e Mazzano e ulteriori € 4.000 (quattromila/00) in favore della Euroristorazione, e così per complessivi € 8.000 (ottomila/00), oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO