

N. 00765/2022 REG.PROV.COLL.

N. 00502/2022 REG.RIC.



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 502 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Dussmann Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Fraccastoro, Alice Volino e Nunziante Di Lorenzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Jesiservizi S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Biamonte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Camst Soc. Coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Dugato, Arnaldo Tinarelli e Maria Gaia Cavallari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- della determinazione n. 113 del 7.6.2022, con la quale Jesiservizi S.r.l. ha definitivamente aggiudicato al Costituendo RTI tra Camst Soc. Coop. a r.l. e Cooperativa Italiana di Ristorazione s.c. – Cirfood la “Gara europea a procedura aperta per l'affidamento del servizio a basso impatto ambientale di ristorazione scolastica per il Comune di Jesi, il Comune di Monsano e l'Unione dei Comuni di Belvedere Ostrense, Morro d'Alba e San Marcello”, per la durata di 24 mesi ed un importo presunto a base d'asta pari a € 10.371.742,00 (oltre iva), comprensivo di rinnovi e proroghe, Lotto Unico - CIG: 9170834B9E.
- della determinazione n. 154 del 2.8.2022 recante “determinazione di aggiudicazione definitiva ed efficace” della “Gara europea a procedura aperta per l'affidamento del servizio a basso impatto ambientale di ristorazione scolastica per il Comune di Jesi, il Comune di Monsano e l'Unione dei Comuni di Belvedere Ostrense, Morro d'Alba e San Marcello” - CIG 9170834B9E in favore del Costituendo RTI tra Camst Soc. Coop. a r.l. e Cooperativa Italiana di Ristorazione s.c. – Cirfood,
e per
- la dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto tra Jesiservizi S.r.l. e il RTI Camst Soc. Coop. a r.l. e Cooperativa Italiana di Ristorazione s.c. – Cirfood eventualmente stipulato nelle more del giudizio;
- la condanna dell'amministrazione alla reintegrazione in forma specifica o, in via subordinata, al risarcimento del danno per equivalente monetario.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Jesiservizi S.r.l. e di Camst Soc. Coop. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2022 il dott. Gianluca Morri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente partecipava alla “Gara europea a procedura aperta per l’affidamento del servizio a basso impatto ambientale di ristorazione scolastica per il Comune di Jesi, il Comune di Monsano e l’Unione dei Comuni di Belvedere Ostrense, Morro d’Alba e San Marcello”, per la durata di 24 mesi ed un importo presunto a base d’asta pari a € 10.371.742,00, collocandosi al secondo e ultimo posto, della graduatoria finale, con un punteggio complessivo di 89,863 (di cui 79,953 per l’offerta tecnica e 9,91 per l’offerta economica).

Il RTI aggiudicatario, primo classificato, otteneva invece 93,342 punti (di cui 83,342 per l’offerta tecnica e 10 per l’offerta economica)

Con l’odierna iniziativa giudiziaria la ricorrente mira all’esclusione dell’aggiudicatario o, in subordine, all’acquisizione della prima posizione in graduatoria.

Si sono costituiti, per resistere al gravame, Jesiservizi Srl in qualità di stazione appaltante e Camst Soc. Coop. a r.l. in proprio e quale capogruppo mandataria nel RTI con la Cooperativa Italiana di Ristorazione – CIRFOOD in qualità di controinteressate aggiudicatarie.

2. Il Collegio ritiene di soppresdere dal trattare le eccezioni in rito, dedotte dalle controparti resistenti, poiché il ricorso è infondato nel merito.

3. Con il primo motivo viene dedotta violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 48 del D.Lgs. n. 50/2016, degli artt. 2, 3 e 97 della Costituzione nonché eccesso di potere sotto svariati profili tra cui la violazione del principio di “par condicio”. In particolare viene dedotto che il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso

perché le Cooperative che lo compongono posseggono, in via autonoma e totalitaria, i requisiti richiesti per l'ammissione alla gara. La partecipazione in raggruppamento tra loro, con sovrabbondanza dei requisiti, assume esclusivamente finalità anticoncorrenziali perché sono pervenute due sole offerte.

La doglianza, così come formulata, va disattesa.

La stessa ricorrente ammette che la sovrabbondanza di requisiti, da parte di RTI, non costituisce automatica causa di esclusione, ma potrebbe determinare l'esclusione solo se questo strumento giuridico venisse effettivamente utilizzato come espediente anticoncorrenziale da rilevare attraverso elementi fattuali che dimostrino tale finalità.

La circostanza che siano prevenute due sole offerte non risulta sufficiente, a parere del Collegio, per dimostrare l'intento anticoncorrenziale, poiché la stazione appaltante ha comunque ottenuto un'offerta migliore rispetto a quella proposta dall'odierna ricorrente.

Peraltro non è raro che, in questo settore, la partecipazione alle gare sia scarsa e spesso circoscritta a soli due offerenti (cfr. ad esempio i seguenti casi trattati di recente da questo Tribunale: TAR Marche, 27/1/2020 n. 172; 15/1/2020 n. 37 con le medesime parti dell'odierno giudizio; 17/11/2017 n. 865).

Si potrebbe semmai ipotizzare che se le due componenti del RTI avessero presentato offerte autonome, in concorrenza tra loro e con quella della ricorrente, l'amministrazione avrebbe forse potuto ottenere condizioni ancora migliori, ma questa resta solo un'ipotesi astratta non sostenuta e neppure documentata dalla stessa Dussmann Service. Appare invece più verosimile che quest'ultima offerente, stante il sensibile divario di punteggio rispetto all'offerta aggiudicataria (3,479 punti), non avrebbe comunque potuto ottenere il primo posto in graduatoria. Una maggiore

concorrenzialità tra imprese sarebbe quindi andata a suo discapito, suscitando peraltro dei dubbi anche sulla legittimazione a dolersi di una mancata concorrenzialità ad esclusivo vantaggio dell'amministrazione.

Sul punto va infatti osservato che, in caso di accoglimento della censura in esame, la pretesa anticoncorrenzialità addebitata al RTI andrebbe a totale discapito proprio dell'amministrazione che, escluso l'attuale aggiudicatario (come chiesto dall'odierna ricorrente), dovrebbe aggiudicare la gara ad una offerta economicamente meno vantaggiosa.

4. Con il secondo motivo viene dedotta violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 59, 83, 94 e 95 del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 19.1 del Disciplinare di gara, dell'art. 8 del CSA, nonché eccesso di potere sotto svariati profili. In particolare viene dedotto che l'offerta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa in quanto la proposta per la gestione di emergenze che rendessero inutilizzabile il Centro di cottura primario di Jesi (attraverso centri di cottura alternativi presso il molo sud di Ancona, Baraccola di Ancona e Castelfidardo) risulta insostenibile poiché indica una fornitura di pasti entro 30 minuti ovvero una tempistica incompatibile con gli ordinari tempi di percorrenza che variano da un minimo di 30 ad un massimo di 40 minuti, cui vanno aggiunti i tempi di attivazione e di preparazione dei pasti. In via subordinata viene ulteriormente dedotto che dovrebbero comunque essere decurtati i 6 punti che l'offerta aggiudicataria ha acquisito nel sub-criterio 2.1 "Validità delle strategie adottate per la gestione di emergenze di breve durata" di cui all'art. 8 del CSA. Con la decurtazione di 6 punti all'offerta della controinteressata, quella della ricorrente passerebbe al primo posto della graduatoria.

4.1 Le censure non possono essere condivise.

4.2 Con riguardo alla pretesa esclusione, va osservato che nessuna norma della “lex specialis” prescriveva tempi minimi e inderogabili per la fornitura dei pasti in situazioni di emergenza, lasciando quindi liberi gli offerenti di formulare le relative proposte.

Circa la dedotta possibilità che la tempistica di 30 minuti, indicata dall’aggiudicatario, potrebbe non essere rispettata, questo Tribunale, trattando una censura sostanzialmente analoga (cfr. TAR Marche, 9/12/2020 n. 749, paragr. 3.5, confermata da Cons. Stato, Sez. III, 10/6/2021 n. 4448) ha affermato che “l’aggiudicatario ha assunto l’impegno di rispettare la tempistica di riferimento (.....), ovvero assumendo un’obbligazione di risultato e non un’obbligazione di mezzi come prospetta la ricorrente”. Anche se, in via teorica, l’organizzazione del servizio potrebbe presentare aspetti critici o dubbiosi, ciò che assume comunque rilevanza sarà il risultato pratico che dovrà essere garantito. Trattandosi di profilo essenzialmente tecnico, anche in questo caso il Collegio non intravede ragioni per disporre verificazioni, tenuto conto delle controdeduzioni fornite dalle controparti resistenti circa la possibilità di garantire (all’atto pratico) l’obbligazione di risultato di cui al capitolato”.

L’odierno Collegio ritiene di dover confermare da tale orientamento anche nel caso qui in esame.

4.3 Circa la pretesa decurtazione di 6 punti all’offerta della controinteressata nel sub-criterio 2.1, va osservato che il relativo punteggio viene attribuito comparando le offerte ricevute e tenendo conto non soltanto della tempistica di intervento ma, nel complesso, della “validità delle strategie adottate per la gestione di emergenze di breve durata” (cfr. Criterio di valutazione 2.1 del Sub elemento 2).

La ricorrente si limita a sostenere che il possibile mancato rispetto della tempistica indicata dall’offerente (30 minuti per fornire pasti in situazioni di emergenza di breve

durata) avrebbe dovuto determinare l'assegnazione di un punteggio pari a zero, ma nulla dice circa la validità delle strategie complessive proposte dall'aggiudicataria e neppure illustra la superiorità o comunque l'equivalenza delle proprie strategie che l'amministrazione avrebbe invece trascurato nell'attribuire i punteggi in chiave comparativa. Ad esempio non è dato comprendere che tempistica ha garantito la ricorrente per fornire pasti in situazioni di emergenza.

La tempistica di intervento costituisce solo uno dei parametri di riferimento per la valutazione della proposta e non è quindi stato dimostrato che la decurtazione (che non può essere totale ma semmai parziale) sarebbe stata comunque sufficiente per ribaltare le posizioni in classifica. Come ricordato in precedenza le due offerte si differenziano tra loro per 3,479 punti.

5. Con il terzo e ultimo motivo viene dedotta violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 59, 83, 94 e 95 del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 26 del Disciplinare di gara, degli artt. 8 e 11 del CSA nonché dei relativi Allegati B.1 e B.3, oltre ad eccesso di potere sotto svariati profili. In particolare vengono riproposte le censure di cui al motivo precedente. Viene inoltre dedotto che l'offerta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per avere quantificato il costo della manodopera secondo il monte ore ed il numero di figure professionali impiegato nella precedente gestione del servizio come illustrato nell'Allegato B.3 del CSA (quindi considerando mediamente 35,6 settimane all'anno). Il costo del personale avrebbe invece dovuto essere quantificato in base all'allegato B.1 al CSA che individua diversi e superiori parametri (38 settimane per la scuola dell'infanzia; 40 settimane per i nidi; 43 settimane per l'asilo Oscar Romero; 44 settimane per l'asilo nido Pollicino). Il mancato rispetto dei parametri di cui all'allegato B.1 al CSA riguarda il Centro di cottura primario di Jesi (dove vengono garantite solo 35,6 settimane contro 38 settimane per l'infanzia

e 40 per i nidi), il Centro di cottura secondario Romero Jesi (dove vengono garantite solo 35,4 settimane contro 43 settimane), il centro cottura Monsano (dove vengono garantite solo 35,4 settimane contro 38), i Centri di cottura Belvedere Ostrense e San Marcello (dove vengono garantite solo 35,4 settimane contro 38 e 44). Analoga carenza riguarda anche il personale di trasporto e distribuzione coinvolto per tutti i centri cottura messi in appalto.

Anche quest'ultima articolata censura va disattesa.

Relativamente alla ripetizione delle censure di cui al secondo motivo di gravame si rinvia a quanto già esposto in precedenza. Per il resto vanno condivise le deduzioni difensive delle controparti resistenti.

Il costo del lavoro è stato quantificato in base alla clausola sociale di riassorbimento del personale attualmente servizio che peraltro era alle dipendenze dell'aggiudicataria. In linea di principio non si intravedono quindi fondate ragioni per sostenere che il nuovo aggiudicatario avrebbe dovuto aggiungere ulteriore personale incrementando così i costi del servizio rispetto alla gestione precedente.

L'allegato B.1 al CSA indica soltanto per quante settimane all'anno deve essere garantito il servizio per ciascun settore scolastico, ma questo non significa che, automaticamente, il personale ivi addetto debba sempre essere impegnato a tempo pieno in verticale e in orizzontale.

Le settimane lavorative del personale (ai fini retributivi) non necessariamente devono corrispondere alle effettive settimane di erogazione servizio.

La ricorrente avrebbe dovuto invece spiegare perché le ore effettivamente quantificate (con cui si garantiva la precedente gestione) non sarebbero invece materialmente sufficienti per la nuova gestione in base al lavoro effettivamente necessario e alla relativa organizzazione proposta dall'offerente (lavoro da quantificarsi in ore

giornaliere anziché in settimane annuali) per coprire le tempistiche di cui all'allegato B.1 (anche queste da quantificare in ore giornaliere anziché in settimane annuali).

6. L'infondatezza del ricorso introduttivo del giudizio esclude la fondatezza del ricorso per motivi aggiunti con cui vengono dedotte solo censure di illegittimità derivata contro la determinazione n. 154 del 2/8/2022 di dichiarazione dell'aggiudicazione definitiva ed efficace.

7. L'infondatezza della parte impugnatoria esclude infine profili risarcitori.

8. Con istanza ex art. 116, comma 2, del c.p.a., contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, viene contestato il parziale diniego di accesso all'offerta tecnica aggiudicataria (ad esempio si allega che è stato oscurato il piano dei trasporti di cui alle pagg. 11/15 della relazione tecnica).

Nel corso del giudizio l'amministrazione ha riferito di aver riesaminato l'istanza (insieme ad analoga istanza proposta dall'odierna controinteressata per accedere all'offerta della ricorrente) e di avere infine garantito l'ostensione completa.

Nessuna ulteriore richiesta è stata formulata dalla ricorrente, per cui deve presumersi la sopravvenuta carenza di interesse alla coltivazione dell'istanza ex art. 116, comma 2, del c.p.a.

9. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche, definitivamente pronunciando, respinge il ricorso in epigrafe. Dichiara improcedibile l'istanza ex art. 116, comma 2, del c.p.a. contenuta nell'atto introduttivo del giudizio.

Condanna la ricorrente al pagamento, in favore di ciascuna delle controparti costituite, delle spese processuali nella misura di € 2.000 (duemila), a titolo di onorari di difesa, oltre al rimborso delle spese generali come da tariffa, IVA e CPA.

La presente sentenza sarà eseguita dall'Autorità amministrativa ed è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti. Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Gianluca Morri, Consigliere, Estensore

Simona De Mattia, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Morri

IL PRESIDENTE
Giuseppe Daniele

IL SEGRETARIO