

N. 00338/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00169/2024 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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 169 del 2024, proposto da ELIOR Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 97288737F9, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Anania, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST Fatebenefratelli Sacco, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Cristina Colombo, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Milano, via Durini n. 24;

nei confronti

CNS Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale eletto presso la sua casella PEC come da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della deliberazione del Commissario Straordinario dell'ASST Fatebenefratelli Sacco n. 1604 in data 5 dicembre 2023, comunicata con pec in data 12.12.2023, recante ad oggetto “aggiudicazione della gara d'appalto a procedura aperta, attraverso il sistema informatico di negoziazione sintel, suddivisa in lotti, per l'affidamento ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. in combinato disposto con gli artt. 2, commi 1 e 2, 8 comma 1 lettera a) e c) del d.l. 7612020 convertito in legge n. 120/2020, del servizio di ristorazione per degenti, dipendenti e utenti esterni, nonché servizi connessi, occorrente all'Ospedale Luigi Sacco e all'Ospedale Vittore Buzzi della ASST Fatebenefratelli Sacco, per un periodo di 12 mesi eventualmente rinnovabile per ulteriori mesi 12”, in relazione all'aggiudicazione in favore della Società CNS Consorzio Nazionale Servizi Soc Coop, con sede legale in Bologna (BO), Via della Cooperazione n. 3 del lotto n. 1 (cig: 97288737f9) inerente il servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale per degenti, dipendenti e utenti esterni, nonché servizi connessi, occorrente all'Ospedale Luigi Sacco;
- di tutti gli atti di gara, incluso i verbali della Commissione ed in particolare, il verbale di seduta di gara del 09.11.2023, relativo alla esposizione del giudizio di idoneità tecnica ed all'apertura dell'offerta economica presentata dagli operatori economici ammessi a tale fase ed i verbali di seduta di gara del 13.11.2023 e 15.11.2023 relativi alla prosecuzione della fase economica relativamente al lotto 1. e conseguentemente

affinché voglia accertarsi e dichiararsi che la ricorrente ELIOR Ristorazione S.p.a. è la legittima aggiudicataria della gara d'appalto in questione, con ogni conseguente statuizione

nonché

per la dichiarazione di inefficacia del contratto tra le controparti, ove stipulato, e per la condanna al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente per l'intero periodo contrattuale originariamente previsto.

Con riserva di separata azione per il risarcimento per equivalente monetario, nei termini ex art. 30 co. 5 c.p.a.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST Fatebenefratelli Sacco e della controinteressata CNS Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa;

Visti gli atti della causa;

Visto l'art. 120 c.p.a.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2024 la dott.ssa Valentina Mameli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con Deliberazione del Commissario straordinario n. 574 del 6 aprile 2023 l'Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST Fatebenefratelli Sacco ha indetto una gara

d'appalto, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, suddivisa in due lotti, attraverso il sistema informatico di negoziazione Sintel, per l'affidamento del servizio di ristorazione per degenti, dipendenti e utenti esterni, nonché servizi connessi, occorrente all'Ospedale Luigi Sacco e all'Ospedale Vittore Buzzi della stessa ASST, per un periodo di dodici mesi.

Il presente giudizio ha ad oggetto esclusivamente il lotto n. 1 (importo a base d'asta pari ad € 3.439.643,34/anno) inerente il servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale per degenti, dipendenti e utenti esterni, nonché servizi connessi, occorrente all'Ospedale Luigi Sacco.

Si tratta di una gara c.d. ponte per la durata di 12 mesi, indetta dall'ASST nelle more dell'attivazione della Convenzione relativa alla procedura ARIA 2023 048 "Ristorazione SSR".

Alla gara in oggetto, relativamente al lotto n. 1, hanno partecipato, fra gli altri:

- CNS Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., risultata aggiudicataria con il punteggio complessivo di 81,20 (punti 61,20/80 per la qualità e punti 20/20 per il prezzo);
- ELIOR Ristorazione S.p.a., classificatasi al secondo posto con il punteggio complessivo di 80,39 (punti 61,31/80 per la qualità e punti 19,08 /20 per il prezzo).

Con deliberazione del Commissario Straordinario n. 1604 in data 5 dicembre 2023, comunicata con pec in data 12 dicembre 2023, l'ASST ha aggiudicato il lotto n. 1 in favore di CNS.

Con nota in data 16 dicembre 2023 ELIOR ha presentato istanza di accesso agli atti che è stata riscontrata solo in parte in data 14 dicembre 2023.

Successivamente, a seguito di ulteriore istanza, la stazione appaltate ha trasmesso ad ELIOR l'offerta economica di CNS con i relativi allegati prodotti in gara.

Con il ricorso indicato in epigrafe ELIOR ha impugnato l'aggiudicazione e gli altri atti sopra indicati, chiedendone l'annullamento, previa tutela cautelare.

Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata, resistendo al ricorso di cui hanno contestato la fondatezza con separata memoria.

Alla camera di consiglio del 7 febbraio 2024 la causa, chiamata per l'esame della domanda cautelare, è stata trattenuta in decisione per essere risolta nel merito con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., previe le ammonizioni di rito alle parti presenti in camera di consiglio.

Il ricorso proposto è affidato ad un unico articolato motivo di gravame di seguito sintetizzato, con cui sono state dedotte: la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 16 e 18.3 del disciplinare di gara – la nullità dell'offerta economica di CNS per indeterminatezza – il contrasto con i principi di buon andamento ed imparzialità della p.a. (art. 97 Costituzione) – la violazione dei principi generali in materia di determinatezza, certezza ed immodificabilità dell'offerta economica presentata in gara.

La ricorrente ha premesso che l'art. 16 del Disciplinare di gara relativo alla presentazione dell'offerta economica disponeva quanto segue: *“...Nell'offerta economica i concorrenti, servendosi dell'apposita procedura guidata presente sul Sistema, devono presentare la propria offerta economica compiendo tassativamente, per ogni singolo lotto le seguenti operazioni:*

- 1. Offerta economica da sistema: L'offerta economica dovrà essere redatta, a pena di esclusione in modo distinto ed autonomo per ciascun lotto di gara, inserendo nelle apposite schermate indicate dal Sistema, l'importo complessivo offerto, Iva esclusa...*
- 2. Dettaglio economico: (Modello Gamma). Servendosi dell'apposita procedura guidata presente sul Sistema, il concorrente deve compilare, in ogni sua parte, il modello Gamma, allegato al presente*

Disciplinare. Il modello Gamma dovrà essere inserito, a pena di esclusione, nel sistema effettuando la scansione della documentazione originale cartacea, sottoscritto digitalmente e con allegata copia del documento di identità di chi lo sottoscrive. Le attività e le somministrazioni previste nel presente appalto costituiscono una fornitura unica e, pertanto, non saranno prese in esame offerte parziali né saranno ammesse varianti. In caso di contrasto tra la cifra imputata a Sistema e la cifra indicata nel modello Gamma, prevale quest'ultimo. Saranno ritenute nulle le offerte condizionate, contenenti riserve o espresse in modo indeterminato, così che non sia possibile desumere con certezza la volontà dell'offerente

Il c.d. modello Gamma recava quindi il risultato derivante dalla moltiplicazione tra la voce "quantità stimate Ospedale Sacco annuale" e il corrispondente "Prezzo Unitario Offerto".

CNS ha offerto in gara l'importo complessivo annuo, iva esclusa, di € 3.271.431,16, riportando tale importo complessivo anche nel c.d. Modello Gamma.

Nella seduta del 9 novembre 2023 il RUP ha segnalato che "da una verifica dell'allegato 1° relativamente all'offerta economica presentata dalla ditta CNS CONSORZIO NAZIONALE SERVIZI, si è riscontrato "ictu oculi" un errore materiale nella compilazione dello stesso, con conseguente riverberarsi sul totale riportato nel modello gamma. In particolare, CNSCONSORZIO NAZIONALE SERVIZI, valorizzando il campo "prezzo annuo offerto" - rispettivamente per le

voci "cena, comprese diete speciali e "merende" - ha espresso dei valori che non corrisponderebbero al totale annuo offerto che si otterrebbe moltiplicando le quantità stimate annue dalla Stazione Appaltante per il prezzo unitario offerto per ciascuna delle voci sopra richiamate".

Conseguentemente il RUP ha dato atto "della necessità di effettuare i necessari approfondimenti istruttori". Il RUP ha quindi convocato una seconda seduta pubblica per la data del 13 novembre 2023, esplicitando l'evidenza dell'errore di calcolo

commesso da CNS. La concorrente, riconoscendo l'errore, ha prodotto una nuova offerta economica pari ad € 3.277.940,63 e un nuovo modello Gamma.

A fronte di ciò, la Commissione avrebbe erroneamente ritenuto che occorresse tenere fermi (cioè validi e realmente voluti) i prezzi unitari e che fossero invece errati gli importi relativi al campo "prezzo annuo offerto". Si tratterebbe però solo di una possibilità che, proprio in quanto tale, comproverebbe l'indeterminatezza dell'offerta di CNS. Sarebbe infatti possibile una diversa lettura dell'offerta economica della controinteressata, con ciò dimostrandosi l'impossibilità di ricostruire con assoluta certezza la volontà dell'aggiudicatario. Sarebbe valida, infatti, anche la soluzione opposta e cioè quella di considerare validi gli importi relativi al campo "prezzo annuo offerto" ed errati invece i singoli prezzi unitari offerti. In tal modo, la stazione appaltante avrebbe illegittimamente consentito a CNS di presentare una nuova offerta economica di importo superiore a quella originariamente proposta in gara.

Il ricorso non è fondato.

Va premesso che, sulla base del disciplinare di gara e del capitolato speciale, la procedura per l'affidamento del servizio di ristorazione presenta le seguenti caratteristiche, per quanto qui rileva:

- la base d'asta è costruita moltiplicando le quantità annuali di pasti da somministrare, stimate dall'Ospedale Sacco, con il valore di ogni singolo pasto;
- conseguentemente ai concorrenti è stato richiesto di esprimere in sede di offerta i costi unitari dei pasti e il costo complessivo del servizio, quale risultante dell'operazione matematica di moltiplicazione sopra riferita;
- la rendicontazione, la successiva fatturazione e il pagamento delle prestazioni sono strettamente riferite al numero dei pasti erogati.

Si tratta quindi di un appalto compensato a misura, in relazione al quale il costo unitario dei pasti costituisce il perno sia per la presentazione dell'offerta sia, quanto alla fase esecutiva, per la rendicontazione delle prestazioni fornite.

Posto questo rilievo, la stazione appaltante si è avveduta che l'offerta economica proposta dalla controinteressata non risultava coerente con i prezzi unitari offerti moltiplicati per le quantità stimate dall'Ospedale Sacco.

Considerato che la formulazione dei prezzi unitari rappresenta il *primum* logico e giuridico per la costruzione dell'offerta, la stazione appaltante ha chiesto alla controinteressata di rettificare l'offerta complessiva, fermi restando i valori dei prezzi unitari indicati.

Tale operazione non costituisce modifica dell'offerta economica.

Invero il prezzo complessivo offerto non è altro che la risultante di una operazione matematica, fermi i due fattori "quantità stimate di pasti" e prezzi unitari dei pasti stessi.

Inammissibile sarebbe stato – come pretende di suggerire la ricorrente – consentire la modifica dei prezzi unitari, che, trattandosi di un appalto a misura, costituiscono elemento essenziali (e quindi non modificabile in sede di gara) dell'offerta economica.

Sotto altro ma concorrente profilo va rilevato che trattandosi, come detto, di una operazione matematica l'errore materiale è evincibile *ictu oculi* e quindi emendabile, senza che ciò possa concretizzare una modifica dell'offerta presentata.

In altri termini, non è stato consentito di modificare la volontà negoziale dei concorrenti, che doveva esprimersi con riferimento ai prezzi unitari, ma semplicemente di rettificare l'esito del calcolo matematico erroneamente indicato.

Va aggiunto, infine, come elemento fattuale, che l'offerta della controinteressata risultante dalla corretta operazione matematica è comunque inferiore a quella presentata dalla ricorrente.

In conclusione, per le ragioni che precedono, il ricorso non è fondato e va pertanto rigettato.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio che liquida in € 3.000,00 (tremila) a favore dell'Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST Fatebenefratelli Sacco, e in € 3.000,00 (tremila) a favore della controinteressata CNS Consorzio Nazionale Servizi Società Cooperativa, oltre oneri fiscali, previdenziali e spese generali di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Valentina Santina Mameli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Valentina Santina Mameli

IL PRESIDENTE
Antonio Vinciguerra

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI