

Valutazione sulle negligenze attribuibili alle partecipanti alla gara: a chi spetta?

Scritto da Carmelo Anzalone
Mercoledì 07 Settembre 2011 07:35 -

N. 1163/2011 Reg. Prov. Coll. N. 1124 Reg. Ric. ANNO 2010 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1124 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da L. s.p.a., in proprio e quale mandante dell'a.t.i. con P. s.p.a. e Cooperativa S., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Chiaia Noya e Adriano Garofalo, con domicilio eletto presso il primo in Bari, via Manzoni 15;

contro

Azienda Ospedaliero - Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia, rappresentata e difesa dagli avv.ti Vito Aurelio Pappalepore e Simonetta Mastropieri, con domicilio eletto presso il primo in Bari, via Pizzoli, 8;

Azienda Sanitaria Locale di Foggia, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaele Daloso, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Putignani, 75;

nei confronti di

Sl. s.p.a. e SA. s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Giuseppe Mariani, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Amendola, 21;

per l'annullamento

della determinazione n. 1219 del 23 giugno 2010 del Dirigente della Struttura Gestione Patrimonio dell'Azienda Ospedaliero - Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia, di aggiudicazione definitiva della gara a procedura aperta per l'affidamento quinquennale del servizio di ristorazione, comunicata con nota n. 3/4452 del 23 giugno 2010;

di tutti i verbali di riunione della Commissione, nella parte in cui non è disposta l'esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo di imprese tra Sl. s.p.a. e SA. s.r.l. ed è effettuata la valutazione della loro offerta, ed in particolar modo del verbale di aggiudicazione provvisoria n. 11 del 6 maggio 2010;

e per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno ingiusto;

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

Viste le memorie difensive ed il ricorso incidentale;

Visti tutti gli atti della causa;

Valutazione sulle negligenze attribuibili alle partecipanti alla gara: a chi spetta?

Scritto da Carmelo Anzalone
Mercoledì 07 Settembre 2011 07:35 -

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2011 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Adriano Garofalo, Vito Aurelio Pappalepore e Giuseppe Mariani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 26 febbraio 2008, l'Azienda Ospedaliero - Universitaria Ospedali Riuniti di Foggia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento quinquennale del servizio di ristorazione presso le proprie strutture, di importo complessivo pari ad euro 15.500.000, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Hanno presentato offerta quattro concorrenti: la D. s.r.l., l'a.t.i. capeggiata da L. s.p.a., l'a.t.i. capeggiata da G. s.r.l. e l'a.t.i. capeggiata da SI. s.p.a.

La D. s.r.l., esclusa per mancato possesso dell'autorizzazione sanitaria relativa al centro cottura d'emergenza, ha proposto ricorso dinanzi a questo Tribunale, iscritto al numero di registro generale 1221 del 2008: con ordinanza cautelare n. 504 del 17 settembre 2008, questa Sezione ne ha disposto la riammissione in gara e la società, nella seduta del 23 settembre 2009, è risultata migliore offerente ad aggiudicataria provvisoria.

Il ricorso della D. s.r.l. è stato tuttavia respinto nel merito, con sentenza di questa Sezione n. 1943 del 22 luglio 2009, confermata in appello dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato con decisione n. 1140 del 26 febbraio 2010.

Così consolidatasi l'esclusione dell'impresa prima classificata, la commissione di gara ha provvisoriamente aggiudicato l'appalto, nelle sedute in data 11 marzo 2010 e 8 aprile 2010, all'a.t.i. G. s.r.l., seconda classificata.

Senonché, anche nei confronti di questa è stata deliberata l'esclusione, con verbale del 6 maggio 2010, per difetto dei requisiti richiesti dal bando di gara in ordine al centro cottura d'emergenza.

Di conseguenza, con gli atti qui impugnati è stata dichiarata aggiudicataria definitiva l'a.t.i. controinteressata, composta da SI. s.p.a. (mandataria) e SA. s.r.l. (mandante).

La ricorrente L. s.p.a., ultima in graduatoria ed unica altra concorrente rimasta in gara, chiede l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, affidandosi a motivi così riassumibili:

1) violazione dell'art. 38, primo comma - lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere sotto molteplici profili: il raggruppamento aggiudicatario sarebbe stato illegittimamente ammesso, nonostante la mandante SA. s.r.l. si sia resa responsabile di grave negligenza, nell'anno 2010, nel corso di analogo appalto affidatole dal Comune di Margherita di Savoia (si tratta del rinvenimento di un parassita in una portata di pasta destinata agli alunni della scuola elementare comunale);

Valutazione sulle negligenze attribuibili alle partecipanti alla gara: a chi spetta?

Scritto da Carmelo Anzalone

Mercoledì 07 Settembre 2011 07:35 -

2) violazione degli artt. 38 e 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, violazione del paragrafo 3.3. - lett. d) del disciplinare di gara ed eccesso di potere per disparità di trattamento e difetto d'istruttoria: le dichiarazioni della mandataria SI. s.p.a. e dell'ausiliaria M. s.p.a. sarebbero incomplete, in relazione all'eventuale sussistenza in capo agli amministratori di cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici;

3) violazione del paragrafo 3.3. - lett. m) del disciplinare di gara e dell'art. 16 del disciplinare tecnico, violazione dell'art. 27 del D.P.R. n. 327 del 1980 ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la mandante SA. s.r.l. avrebbe allegato documentazione inidonea a dimostrare il possesso di un centro cottura d'emergenza avente le caratteristiche richieste dalla lex specialis di gara;

4) violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, violazione del paragrafo 3.3. - lett. d) del disciplinare di gara, violazione dell'art. 14 del d. lgs. n. 472 del 1997 ed eccesso di potere sotto molteplici profili: la mandante SA. s.r.l., cessionaria di ramo d'azienda della SO. s.r.l. con atto del 10 aprile 2008, avrebbe dovuto dichiarare il possesso dei requisiti generali di ammissione anche per conto della società cedente;

5) violazione del disciplinare di gara ed eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria: la mandante SA. s.r.l. sarebbe responsabile di falsa dichiarazione, nell'ambito della gara indetta nell'anno 2010 dal Comune di Margherita di Savoia per l'appalto del servizio di refezione scolastica;

6) violazione dell'art. 38, primo comma - lett. g), del d. lgs. n. 163 del 2006, violazione del paragrafo 3.3. - lett. d) del disciplinare di gara e dell'allegato n. 3, eccesso di potere sotto molteplici profili: la mandataria SI. s.p.a. avrebbe falsamente dichiarato di non aver commesso violazioni tributarie;

7) eccesso di potere per carenza dei presupposti, contraddittorietà, sviamento, illogicità, difetto d'istruttoria e disparità di trattamento: la commissione avrebbe attribuito i punteggi, in relazione alle offerte tecniche, sulla base di un'erronea valutazione dei documenti e dei progetti prodotti;

8) violazione degli artt. 13 e 79 del d. lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 25 della legge n. 241 del 1990: l'Amministrazione avrebbe illegittimamente impedito l'accesso all'offerta tecnica del raggruppamento aggiudicatario.

Si è costituita l'Azienda Ospedaliero - Universitaria di Foggia, chiedendo il rigetto dell'impugnativa.

Le società controinteressate SI. s.p.a. e SA. s.r.l. hanno proposto ricorso incidentale, volto a dimostrare l'illegittima ammissione dell'a.t.i. ricorrente, deducendo i seguenti motivi:

l) violazione dell'art. 16 del disciplinare tecnico ed eccesso di potere per difetto d'istruttoria: la L. s.p.a. avrebbe dichiarato il possesso di un centro cottura d'emergenza (nel Comune di Cerignola) privo della capacità produttiva richiesta dalla lex specialis di gara e privo della conformità urbanistica;

Valutazione sulle negligenze attribuibili alle partecipanti alla gara: a chi spetta?

Scritto da Carmelo Anzalone
Mercoledì 07 Settembre 2011 07:35 -

Il) violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006: la mandante P. s.p.a. avrebbe reso una dichiarazione incompleta, circa l'eventuale sussistenza in capo agli amministratori di cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

Si è altresì costituita l'Azienda Sanitaria Locale di Foggia, per affermare l'infondatezza del primo motivo di ricorso incidentale.

L'istanza di sospensiva è stata respinta da questa Sezione, con ordinanza n. 543 del 21 luglio 2010, confermata in appello dalla Quinta Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 4323 del 16 settembre 2010.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 4 maggio 2011, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. E' infondato il primo motivo, con il quale la società ricorrente denuncia la violazione dell'art. 38, primo comma - lett. f), del d. lgs. n. 163 del 2006, poiché, a suo dire, la SA. s.r.l. sarebbe incorsa in grave negligenza, nell'anno 2010, durante lo svolgimento dell'appalto di refezione scolastica presso il Comune di Margherita di Savoia.

Il fatto, in sé non contestato, consisterebbe nel rinvenimento di un parassita (il cosiddetto cappuccino dei cereali) nella pasta destinata agli alunni della scuola elementare comunale, per il quale il Comune di Margherita di Savoia ha adottato la determinazione n. 16 del 3 marzo 2010 di revoca dell'affidamento, a causa dell'inosservanza delle norme igienico-sanitarie.

Ai fini della presente controversia, non ha rilevanza l'esito dell'impugnativa, tuttora pendente, proposta dinanzi a questo Tribunale dalla SA. s.r.l. avverso il provvedimento adottato dal Comune di Margherita di Savoia.

L'art. 38, primo comma - lett. f), del Codice, nella parte invocata dalla ricorrente, prevede l'esclusione dalle pubbliche gare per le imprese "... che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

In termini analoghi, l'art. 45, secondo comma - lett. d), della Direttiva 2004/18/CE prevede la possibilità di escludere l'operatore economico che "... nell'esercizio della propria attività professionale abbia commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova dall'amministrazione aggiudicatrice".

Invero, sia il legislatore comunitario che quello nazionale hanno rimesso, in termini assai chiari, alla stazione appaltante il potere di accertare discrezionalmente la sussistenza e la gravità dell'errore imputabile all'impresa concorrente, escludendo ogni automatismo.

La gravità della generica negligenza o dell'inadempimento a specifiche obbligazioni contrattuali

Valutazione sulle negligenze attribuibili alle partecipanti alla gara: a chi spetta?

Scritto da Carmelo Anzalone

Mercoledì 07 Settembre 2011 07:35 -

va commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia, all'affidamento che la stazione appaltante deve poter riporre,

ex ante

, nell'impresa cui decide di affidare l'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale.

L'esclusione dalla gara non ha quindi, in tal caso, carattere sanzionatorio, ma è viceversa prevista a presidio dell'elemento fiduciario destinato a connotare, sin dal momento genetico, i rapporti contrattuali di appalto pubblico. La presupposta valutazione assume un aspetto più soggettivo, sull'affidabilità, che oggettivo, sul pregiudizio al concreto interesse all'esecuzione della specifica prestazione inadempita (in questi termini, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2011 n. 409).

Se così è, non può chiedersi al giudice amministrativo di sostituirsi integralmente all'Amministrazione procedente, operando un'autonoma valutazione sulla veridicità e sulla rilevanza (in termini di gravità) delle inadempienze attribuibili ad una delle imprese concorrenti.

Nella fattispecie, nel corso della procedura di gara l'azienda ospedaliera è stata tempestivamente informata (proprio dall'odierna ricorrente) dei fatti addebitati alla SA. s.r.l. e, tuttavia, non ha ritenuto di ravvisare la presenza di una negligenza grave, tale da compromettere l'affidabilità del potenziale appaltatore.

In tale situazione, il sindacato del giudice amministrativo non può concentrarsi sul mancato esercizio del potere di esclusione, poiché le norme testé richiamate riservano espressamente alla sfera amministrativa l'accertamento "con qualsiasi mezzo di prova", salva l'esperibilità della tutela giurisdizionale da parte dell'impresa che venga colpita dall'eventuale provvedimento di non ammissione, motivato sulla base di un documentato errore professionale commesso con la stessa o con diversa stazione appaltante.

Discende da quanto detto l'infondatezza della censura.

2. Uguale sorte tocca al secondo motivo, con il quale viene dedotta violazione degli artt. 38 e 49 del d. lgs. n. 163 del 2006 e violazione della

lex specialis

di gara, in quanto la mandataria SI. s.p.a. e l'ausiliaria M. s.p.a. avrebbero prodotto dichiarazioni incomplete sull'eventuale sussistenza in capo agli amministratori delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

Quanto alla M. s.p.a., la sua dichiarazione (doc. 22 di parte ricorrente) risulta del tutto conforme a quanto stabilito dal bando.

In particolare, il disciplinare di gara (pag. 23) richiedeva soltanto, per il caso dell'avvalimento, una dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa ausiliaria, attestante in modo generico il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti soggettivi di cui all'art. 38 del Codice, senza alcun riferimento al modello di cui all'allegato n. 3 ed alla necessità di indicare nominativamente gli amministratori muniti di potere di rappresentanza, come invece prescritto per le imprese concorrenti in altro punto (pag. 7) dello stesso disciplinare.

Valutazione sulle negligenze attribuibili alle partecipanti alla gara: a chi spetta?

Scritto da Carmelo Anzalone
Mercoledì 07 Settembre 2011 07:35 -

Anche la capogruppo SI. s.p.a. ha reso una dichiarazione rispettosa del contenuto imposto dall'allegato n. 3 al disciplinare di gara.

Il direttore generale S. B. ha reso autodichiarazione circa il possesso dei requisiti morali e professionali, da parte del legale rappresentante e di tutti coloro che possono impegnare l'impresa nella procedura specifica, indicando altresì i nomi di questi (oltre a se stesso, il procuratore speciale O. B. e l'amministratore delegato M. F.) ed allegando le loro singole autodichiarazioni, corredate di copia del documento d'identità (doc. 9 dell'azienda ospedaliera).

Nella voluminosa visura camerale di SI. s.p.a., prodotta in giudizio (doc. 24 di parte ricorrente: soprattutto, pagg. 8-ss.), non compaiono poteri di rappresentanza in capo al presidente del consiglio d'amministrazione G. S., al preposto A. P. ed al consigliere S. R., per i quali la ricorrente lamenta l'omessa dichiarazione ovvero la mancata menzione nell'elenco dei gli amministratori autorizzati ad impegnare legalmente l'impresa.

La dichiarazione sottoscritta dal direttore generale di SI. s.p.a., S. B., è dunque completa e non contiene reticenze circa eventuali altri amministratori muniti di poteri di rappresentanza.

Anche per tale parte il ricorso è perciò infondato.

3. Privo di pregio è il terzo motivo, con cui si deduce violazione del paragrafo 3.3. - lett. m) del disciplinare di gara, violazione dell'art. 16 del disciplinare tecnico, violazione dell'art. 27 del D.P.R. n. 327 del 1980 ed eccesso di potere sotto molteplici profili.

In contrario a quanto affermato dalla ricorrente, è sufficiente rilevare che la mandante SA. s.r.l. ha allegato (doc. 29 di parte ricorrente) documentazione idonea a dimostrare il possesso di un centro cottura d'emergenza avente le caratteristiche richieste dalla

lex specialis

di gara, ubicato in viale degli Aviatori - Foggia, con capacità produttiva di 10.000 pasti giornalieri, secondo le risultanze del certificato rilasciato dall'Azienda Sanitaria Locale di Foggia e dell'autorizzazione sanitaria rilasciata dal Comune di Foggia (doc. 30 e 31 di parte ricorrente).

4. Con il quarto motivo, la ricorrente afferma poi che la mandante SA. s.r.l., cessionaria di ramo d'azienda della SO. s.r.l. con atto del 10 aprile 2008, avrebbe dovuto dichiarare il possesso dei requisiti generali di ammissione anche per conto della società cedente.

L'assunto è smentito dall'indirizzo interpretativo ormai consolidatosi in giurisprudenza, secondo cui l'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006 non può essere interpretato estensivamente, nel senso di determinare l'esclusione dell'impresa concorrente, cessionaria di ramo d'azienda, che non abbia presentato dichiarazione in ordine alla posizione dell'impresa cedente (cfr., tra molte, Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010 n. 3213; TAR Puglia, Bari, sez. I, 15 gennaio 2009 n. 77).

Donde l'infondatezza della censura.

5. Ugualmente infondato è il quinto motivo, con il quale la ricorrente lamenta, sotto diverso

Valutazione sulle negligenze attribuibili alle partecipanti alla gara: a chi spetta?

Scritto da Carmelo Anzalone
Mercoledì 07 Settembre 2011 07:35 -

profilo, la mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario, poiché la mandante SA. s.r.l. avrebbe reso una falsa dichiarazione, nell'ambito della gara indetta nell'anno 2010 dal Comune di Margherita di Savoia per l'appalto del servizio di refezione scolastica.

Infatti, ai sensi dell'art. 38, primo comma - lett. h), del Codice dei contratti pubblici, devono essere escluse le imprese che nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando di gara abbiano reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione "... risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio".

Nella fattispecie, la ricorrente non ha fornito prova dell'avvenuta annotazione dell'episodio da parte dell'Autorità di vigilanza, che ha valenza costitutiva (cfr., sul punto, Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011 n. 517).

Il motivo è perciò respinto.

6. Il sesto motivo, con il quale la ricorrente lamenta che la mandataria SI. s.p.a. avrebbe falsamente dichiarato di non aver commesso violazioni tributarie, è smentito dalla certificazione rilasciata in data 28 giugno 2010 dall'Agenzia delle Entrate - Direzione Regionale della Lombardia (doc. 17 dell'azienda ospedaliera), ove si attesta che a carico della stessa "non risultano violazioni definitivamente accertate" e non sussiste, dunque, la causa di esclusione prevista dall'art. 38, primo comma - lett. g), del Codice dei contratti pubblici.

Non può esservi stata, in tale situazione, falsa dichiarazione da parte della società controinteressata.

7. Infine, sono infondate e vanno respinte le censure riguardanti le valutazioni compiute dalla commissione di gara in ordine alle offerte tecniche dei due raggruppamenti rimasti in gara.

Il giudizio comparativo operato nelle gare d'appalto, caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dalla opinabilità dell'esito della valutazione, sfugge al sindacato intrinseco del giudice amministrativo, se non vengono in rilievo specifiche contestazioni circa la plausibilità dei criteri valutativi o circa la loro manifesta violazione (nella specie non ravvisabile), non essendo ammissibile che vi si contrappongano le valutazioni di parte sulla qualità dei rispettivi progetti tecnici (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011 n. 1464).

8. Quanto all'asserita violazione del diritto d'accesso agli atti della gara ed al contenuto dell'offerta tecnica del raggruppamento aggiudicatario, il motivo è inammissibile.

L'eventuale illegittimo rifiuto, opposto dalla stazione appaltante, deve essere impugnato mediante lo speciale rito sull'accesso e non può determinare, di per sé, alcun vizio di legittimità riferito al provvedimento di aggiudicazione.

9. In conclusione, l'impugnativa principale è integralmente respinta. E' altresì respinta la domanda di risarcimento del danno, per l'accertata legittimità delle decisioni assunte dalla stazione appaltante.

Valutazione sulle negligenze attribuibili alle partecipanti alla gara: a chi spetta?

Scritto da Carmelo Anzalone
Mercoledì 07 Settembre 2011 07:35 -

Il ricorso incidentale delle controinteressate SI. s.p.a. e SA. s.r.l. è improcedibile per difetto d'interesse, attesa la sua stretta accessorietà.

Le spese di giudizio possono essere integralmente compensate, tenuto conto del numero e della complessità delle questioni dedotte.

P. Q. M.

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

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Corrado Allegretta

L'ESTENSORE

Savio Picone

IL CONSIGLIERE

Giuseppina Adamo

Depositata in Segreteria il 27 luglio 2011

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)