

SERVIZI DI RISTORAZIONE E APPLICAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

lunedì 07 gennaio 2008

Ultimo aggiornamento lunedì 07 gennaio 2008

Ricorso n. 152/2007 Sent. n. 3926/07REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO II Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima Sezione, con l'intervento dei magistrati: Bruno Amoroso Presidente Elvio Antonelli Consigliere, relatore Fulvio Rocco Consigliere ha pronunciato la seguente SENTENZA sul ricorso n. 152/2007 proposto da C.I.R. Cooperativa Italiana di Ristorazione s.c. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giorgio Trovato, Elena Fabbris e Alessandro Pizzato, con domicilio presso la Segreteria del T.A.R. Veneto, ai sensi dell'art. 35 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, contro il Centro Residenziale per Anziani "Domenico Sartor" in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Borella, Marina Perona e Franco Stivanello Gussoni, con elezione di domicilio presso lo studio dell'ultimo in Venezia, Dorsoduro 3593, e nei confronti della Società Cooperativa Sociale "Cucina & Sapori"; rappresentato e difeso dall'avv. Federico Lisato con domicilio presso la Segreteria del T.A.R. Veneto, ai sensi dell'art. 35 r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, per l'annullamento della determina n. 1 del 15.1.2007 con la quale il Centro residenziale "Domenico Sartor" ha aggiudicato alla controinteressata il servizio di ristorazione della struttura; nonché di tutti gli atti connessi, presupposti o conseguenti; ed altresì per il risarcimento del danno. Visto il ricorso, notificato il 24.1.2007 e depositato presso la segreteria il 25.1.2007 con i relativi allegati; visti gli atti di costituzione in giudizio del Centro Residenziale per Anziani "Domenico Sartor" e della Società Cooperativa Sociale "Cucina & Sapori", depositati in Segreteria il 29.1.2007 ed il 31.1.2007 con i relativi allegati; visti gli atti tutti della causa; uditi alla pubblica udienza dell'11 ottobre 2007 (relatore il Consigliere Elvio Antonelli) gli avvocati: Trovato per la parte ricorrente e Stivanello Gussoni per il Centro Residenziale per Anziani "Domenico Sartor"; nessuno comparso per la Società Cooperativa Sociale "Cucina & Sapori"; ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue: Fatto La società ricorrente premette in fatto di essere l'attuale gestore del servizio di cucina e ristorazione della Casa di Riposo "Domenico Sartor" di Castelfranco Veneto. In occasione della ormai prossima scadenza del rapporto de quo, il Centro Residenziale per Anziani "Domenico Sartor" indicava una procedura ristretta per l'individuazione dell'impresa cui affidare il servizio per il prossimo triennio (1 febbraio 2007 - 31 gennaio 2010). Ciò facendo riferimento alla procedura del cottimo fiduciario disciplinata dal D.P.R. 20 agosto 2001, n. 384 per l'acquisizione di beni e servizi in economia e individuando quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso. Per quanto specificatamente attiene all'offerta economica, la lex specialis del procedimento (artt. 6 e 7 del C.S.A.) stabiliva inoltre che questa avrebbe dovuto articolarsi in due diversi importi: l'uno relativo al prezzo offerto per la confezione di tutti i pasti giornalieri degli anziani ospiti della struttura, l'altro relativo alla confezione del solo pranzo per i dipendenti del Centro. Il prezzo a base d'asta era determinato in € 8,00 per giornata alimentare. Non veniva previsto alcunché in ordine alle modalità di apertura delle buste. La ricorrente, regolarmente invitata alla gara presentava la propria migliore proposta per l'aggiudicazione dell'appalto de quo. Il giorno successivo a quello di scadenza per la presentazione delle offerte, senza alcun previo avviso di convocazione di seduta pubblica ove assistere all'apertura delle offerte presentate dai singoli concorrenti, CIR si è vista comunicare che l'appalto era stata aggiudicata alla Cooperativa Sociale "Cucina & Sapori": ciò in considerazione di un'offerta più bassa di un centesimo di quella presentata dall'odierna ricorrente per la singola giornata alimentare. Avverso tale aggiudicazione deduce i seguenti motivi: 1) violazione del D.P.R. 20 agosto 2001, n. 384; violazione dell'art. 27 del D.Lg. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice degli Appalti); violazione degli artt. 73 e 89 del R.D. 23 maggio 1924 n. 827; eccesso di potere per violazione dei principi di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa. L'appalto in oggetto era di valore complessivo superiore ai 2 milioni di euro, di gran lunga superiore dunque alla soglia di rilievo comunitario. I servizi di ristorazione rientrano invero nell'allegato II B del D.Lg. 12 aprile 2006, n. 163 e non sono pertanto assoggettati al rispetto della disciplina dettata dal predetto Decreto Legislativo se non con riguardo ad alcune specifiche disposizioni del medesimo. Ciò tuttavia non escludeva che l'affidamento di un servizio di così rilevante importo dovesse avvenire attraverso un procedimento che garantisse rigorosamente il rispetto, tra gli altri, dei principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza dell'azione amministrativa e ciò in forza dell'art. 27 del D.Lgs. n. 163/2006 il quale statuisce che: "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità". Il rispetto dei principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza dell'azione amministrativa si garantisce attraverso la pubblicità delle sedute di gara e in particolare delle fasi di quella concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la loro apertura. La violazione di tale fondamentale norma procedimentale comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara e ciò anche a prescindere dalla concreta dimostrazione di un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della par condicio tra i concorrenti. Né a confutazione di quanto affermato può essere richiamata la disciplina di cui al D.P.R. 20 agosto 2001, n. 384 concernente la procedura del cottimo fiduciario per l'acquisizione di beni e servizi in economia, espressamente citata dall'art. 1 del Capitolato Speciale d'Appalto. Ai sensi dell'art. 11, comma 4, del predetto D.P.R. l'utilizzo della procedura del cottimo fiduciario è infatti ammessa (per le Amministrazioni non statali) fino ai limiti di importo di 200.000 euro, laddove invece nel caso specifico l'appalto de quo aveva un valore dieci volte superiore. Appare pertanto evidente che il riferimento alla normativa de qua contenuta nel C.S.A. è erroneo e vizio sotto tale profilo anche la lex specialis di gara. Ciò non senza mancare di rilevare, in ogni caso,

che anche quella descritta dal D.P.R. n. 384/2001 costituisce una procedura (sia pur semplificata) per l'aggiudicazione dei contratti pubblici e come tale deve essere ritenuta soggetta ai principi fondamentali che regolano l'agire amministrativo. Sicchè anche laddove il richiamo a tale normativa potesse ritenersi corretto ciò non escluderebbe che per l'aggiudicazione del contratto de quo l'Amministrazione fosse soggetta al rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza di cui sopra e fosse dunque tenuta a garantire un minimo di pubblicità alle operazioni di apertura delle offerte pervenute. Si sono costituiti in giudizio l'intimata Amministrazione e la controinteressata contestando nel merito la fondatezza del ricorso. All'udienza dell'11 ottobre 2007 la causa è stata ritenuta per la decisione. Diritto Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità. L'eccezione è però da disattendere e ciò perchè solo le clausole che impediscono la partecipazione alla gara o che rendono particolarmente difficile la presentazione di un'offerta devono essere impugnate immediatamente mentre tutti gli altri tipi di clausole lesive possono essere impugnate unitamente al provvedimento di aggiudicazione (cfr. C.S., V Sez., 29.8.06 n. 5059). Ebbene nella specie la clausola con la quale il capitolato speciale prevedeva (per la gara in questione) la procedura del cottimo fiduciario non era impeditiva della partecipazione della ditta ricorrente ne rendeva particolarmente difficile la presentazione dell'offerta e pertanto ben poteva essere impugnata unitamente all'atto di aggiudicazione (così come è stato fatto). Neppure il ricorso può ritenersi inammissibile per acquiescenza posto che l'invocato capitolo 7 del capitolato speciale (articolo che conteneva la disciplina della procedura di apertura dei plichi e delle buste) non prevedeva in modo espresso che l'apertura dei plichi e delle buste non si sarebbe svolta in seduta pubblica. Ed è noto che le clausole lesive contenute nei capitolati speciali possono ritenersi accettate per acquiescenza solo se esse sono individuate in modo specifico ed inequivoco (cfr. C.d.S. sez. V 29.11.2005 n. 6774). Ebbene nella specie certamente non era formulato in modo espresso ed in equivoco che l'apertura delle buste sarebbe avvenuta in forma privata. Nel merito il ricorso è fondato. Ed invero a prescindere dal verificare se nella specie fosse utilizzabile la procedura del cottimo fiduciario (tale procedura ex art. 11 co. 4 D.P.R. 20.8.2001 n. 384 è ammessa per gare di importo non superiore a 200 mila €) deve ritenersi, in aderenza a quanto già evidenziato dal Consiglio di Stato nell'ordinanza di riforma della sospensiva di questa Sezione, che la seduta pubblica per l'apertura delle buste contenenti le offerte di gara costituisca una regola generale rispondente ai principi di trasparenza ed imparzialità, e come tale, se non espressamente esclusa dalla legge o dalla disciplina di gara, deve ritenersi applicabile ad ogni tipo di procedura concorsuale. La conclusione si impone peraltro alla luce dell'art. 27 del D.lgs. n. 163/06 (codice dei contratti) il quale sancisce che anche per le gare aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture esclusi dall'applicazione del codice (come deve ritenersi il servizio di ristorazione) devono trovare applicazione (tra gli altri) i principi di imparzialità e trasparenza; principi cui è indubbiamente collegata la regola della seduta pubblica per l'apertura delle buste afferenti alla gara. Conclusivamente, in accoglimento del primo motivo va accolta la domanda di annullamento e per effetto va disposto l'annullamento degli atti impugnati. Va invece rigettata la domanda di risarcimento danni atteso che nella specie non è stato dimostrato l'elemento soggettivo della colpa e non sono stati comprovati e quantificati i danni. Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio. P. Q. M. Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, prima sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, respinta ogni altra domanda o eccezione, così decide: a) accoglie la domanda di annullamento e per effetto annulla gli atti impugnati; b) rigetta la domanda di risarcimento danni. Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa. Così deciso in Venezia, addì 11 ottobre 2007. Il Presidente L'Estensore Il Segretario