

Pubblicato il 15/07/2019

N. 01610/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01348/2019 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1348 del 2019,
proposto da

Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Boifava ed Antonio Marchianò, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Lecco, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Tommaso Matteo Ferrario, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Arrigo Boito, 8;

SUA di Lecco e Comune di Galbiate, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Milano, corso di Porta Vittoria, 28;

per l'annullamento

con tutti gli atti preordinati, consequenziali e connessi, de:

1) la determinazione di estremi non noti, comunicata via pec tramite piattaforma telematica Sintel in data 28/05/2019, avente ad oggetto l'esclusione della deducente dalla procedura di gara denominata "COMUNE DI GALBIATE - AFFIDAMENTO IN CONCESSIONE DEL SERVIZIO DI RISTORAZIONE SCOLASTICA E PASTI DOMICILIARI - PERIODO DAL 01.09.2019 AL 31.08.2022. GARA 26/2019. CIG: 7835017C8E. CPV 55524000-9 ristorazione scolastica" sul presupposto che "... l'offerta 1557938331366 è stata rifiutata perché sopra la base d'asta ..." (cfr. All. n. 1 ed 1bis);

2) il processo verbale prot. n. 30759 del 28/05/2019 (cfr. All. n. 2), comunicato via pec in pari data tramite piattaforma telematica Sintel (cfr. All. n. 2bis), nel quale i commissari di

gara assumono che “SODEXO ITALIA S.P.A.: ESCLUSA IN QUANTO NELLA BUSTA TELEMATICA C – OFFERTA ECONOMICA NON E' PRESENTE IL PIANO ECONOMICO FINANZIARIO”;

3) la risposta all'istanza di autotutela ex art. 21-nonies L. 241/1990 (cfr. All. n. 3), inviata via pec alla deducente in data 05/06/2019 (cfr. All. nn. 4 e 4bis), con cui la SUA Lecco afferma che “Con riferimento alla richiesta presentata in data 29.05.2019 e acquisita al n. 30882 del protocollo dell'Ente non è possibile aderire alla richiesta avanzata per le seguenti motivazioni: ...”;

4) il bando (cfr. All. n. 5), il disciplinare (cfr. All. n. 6) ed il c.s.a. (cfr. All. n. 7), in uno con i rispettivi allegati, nonché gli eventuali chiarimenti pubblicati;

5) l'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva, sebbene non ancora comunicato nelle forme di legge; e per la declaratoria di nullità della causa di esclusione stabilita dall'art. 6.3 del disciplinare di gara (cfr. All. n. 6), rubricato “6.3 BUSTA TELEMATICA C - OFFERTA ECONOMICA” secondo cui “Attraverso l'apposita funzionalità "Invia offerta economica" presente sulla piattaforma Sintel, il concorrente, a pena di esclusione, dovrà formulare la propria offerta economica come segue:

a) Caricare a sistema, negli appositi campi, l'offerta proposta;

b) L'offerta dovrà inoltre essere completata allegando la seguente documentazione in una cartella formato “.zip”... 2) il Piano Economico-Finanziario”;

e per la conseguente condanna dell'ente resistente, in principalità all'accoglimento della domanda della ricorrente finalizzata a conseguire l'aggiudicazione dell'opus concorsuale, previa riammissione alla procedura concorsuale, e la stipulazione del relativo contratto d'appalto, attività questa positivamente vincolata e da valere quale reintegrazione in forma specifica del danno subito. Con richiesta, in ogni caso, della declaratoria ex art. 122 c.p.a. d'inefficacia del contratto eventualmente stipulato in pendenza del gravame, e di cui non è pervenuta comunicazione ai sensi di legge, in ragione della richiesta di subentro che sin d'ora si propone; in via subordinata nella denegata e non creduta ipotesi d'impossibilità di reintegrazione in forma specifica, al risarcimento del danno per equivalente ex art. 124 D. Lgs. 104/2010, con conseguente declaratoria dei criteri in base ai quali la stazione appaltante dovrà formulare una proposta di pagamento che dovrà comunque comprendere:

- il danno emergente comprensivo dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara, che ci si riserva di quantificare/produrre in seguito;
- il danno professionale (id est curriculare) conseguente all'impossibilità di indicare nel prosieguo dell'attività, fra i

requisiti di (pre)qualificazione per la partecipazione a procedure identiche e/o analoghe quanto ad oggetto a quella di cui è gravame, danno da liquidarsi equitativamente, ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 1226 e 2056 c.c., nella misura pari al 5% del danno patrimoniale;

- il lucro cessante che la ricorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione dell'appalto, che ci si riserva di quantificare/produrre in seguito, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria (stante la responsabilità extracontrattuale e, per l'effetto, la natura di debito di valore del danno sofferto); con salvezza, in ogni caso, rispetto alle somme ut supra liquidate della:

- rivalutazione monetaria dalla data d'inizio del servizio a quella di deposito della decisione, disputandosi di un risarcimento del danno cioè di un debito di valore;

- degli interessi legali, secondo il tasso medio tempore vigente, sulle somme progressivamente rivalutate, a decorrere dalla data d'inizio del servizio fino a quella di deposito della decisione, il tutto, ovviamente, in funzione remunerativa e compensativa della mancata tempestiva disponibilità della somma dovuta a titolo di risarcimento del danno;

- degli ulteriori interessi legali sulle somme come sopra dovute e calcolate, con computo a partire dalla data di deposito della decisione fino all'effettivo pagamento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Lecco e di Dussmann Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2019 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Premesso che:

- la Provincia di Lecco, quale stazione unica appaltante (SUA), ha indetto una gara con procedura aperta per l'aggiudicazione della concessione del servizio di ristorazione scolastica e pasti domiciliari nel Comune di Galbiate (cfr. il doc. 5 della ricorrente);
- la società Sodexo Italia Spa (di seguito, anche solo "Sodexo"), è stata esclusa per l'omessa produzione del Piano Economico Finanziario (PEF), in asserita violazione dell'art. 6.3 del disciplinare di gara (cfr. per quest'ultimo il doc. 6 della ricorrente, pag. 10);
- con il ricorso in epigrafe è contestato il provvedimento di esclusione;
- si sono costituiti in giudizio la Provincia di Lecco e Dussmann Service Srl, unica concorrente rimasta in gara;

- all'udienza cautelare dell'11.7.2019 la causa è stata discussa ed il Presidente ha dato avviso della possibilità della pronuncia di una sentenza in forma semplificata;

considerato, pertanto, che:

- l'art. 6.3 del disciplinare appare formulato in maniera assolutamente chiara, nel senso cioè di escludere espressamente dalla gara il concorrente che non abbia formulato l'offerta nel senso indicato dall'articolo stesso, vale a dire mediante caricamento nel sistema telematico dell'offerta proposta (lettera "a" dell'art. 6.3) ed allegando altresì in una cartella la documentazione richiesta, fra cui il "Piano Economico-Finanziario" (lettera "b" n. 2 dell'art. 6.3);

- l'amministrazione ha pertanto disposto l'esclusione in doverosa applicazione della legge di gara, la cui interpretazione letterale (cfr. l'art. 1362 del codice civile), non consentiva soluzioni differenti;

- l'art. 6.3 del disciplinare, laddove impone l'allegazione del PEF all'offerta economica a pena di esclusione, non appare neppure lesivo di alcuna norma di legge, rilevato che le concessioni di servizio come quella di cui è causa pongono in capo all'operatore il rischio legato alla gestione del servizio ed il PEF costituisce l'essenziale documento di prova dell'equilibrio economico e finanziario della gestione medesima (cfr. l'art. 165 commi 1 e 2 del D.Lgs. 50/2016,

codice dei contratti pubblici, ed anche l'art. 3 lettera "v" e l'art. 171 comma 3 lettera "b" del medesimo codice);

- l'amministrazione ha inserito fra i documenti di gara un Piano Economico Finanziario (cfr. il doc. 9 della ricorrente), ma si tratta soltanto di un modello per consentire ad ogni partecipante di elaborare il proprio PEF, che riflette necessariamente la propria organizzazione aziendale e la propria proposta di gestione;

- non appare smentita l'omessa allegazione del PEF da parte di Sodexo, né tale omissione è suscettibile di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9 del codice dei contratti pubblici, giacché nella presente procedura il PEF è parte essenziale dell'offerta economica;

- il presente gravame deve quindi respingersi e le spese sono liquidate come da dispositivo a favore delle sole parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

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

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di lite, che così liquida:

- euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%), a favore della Provincia di Lecco;

- euro 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%), a favore di Dussmann Service Srl.

Nulla per il resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Giovanni Zucchini

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO