



adottata dal Direttore Generale in data 25 SET, 2018

Oggetto: Annullamento aggiudicazione Lotto n. 2 delibera n. 1213 del 30.05.2018 relativa Procedura aperta ex art. n. 60 del D. Lgs. n. 50/2016, in Unione d'Acquisto, per la concessione e gestione del servizio di bar – posto di ristoro all'interno dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari – Policlinico Universitario Duilio Casula di Monserrato per un periodo di nove anni. Codice Cig 7134992DA6.

Publicata all'Albo Pretorio dell'Azienda a partire dal 27 SET, 2018 per 15 giorni consecutivi e posta a disposizione per la consultazione.

Il Direttore Amministrativo

Il Direttore Generale coadiuvato dal Direttore Amministrativo Direttore Sanitario	Dott. ssa Graziella Pintus Dott. ssa Laura Balata Dott. Vinicio Atzeni
--	--

Su proposta della SC ABS

Premesso che con atto deliberativo n. 1213 del 30.05.2018 è stato assegnato, all'Operatore Economico Food Service S.r.l., il Lotto n. 2 della Procedura aperta ex art. n. 60 del D. Lgs. n. 50/2016, in Unione d'Acquisto, per la concessione e gestione del servizio di bar – posto di ristoro all'interno dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari – Policlinico Universitario Duilio Casula di Monserrato per un periodo di nove anni;

Preso Atto del contenuto della sentenza n. 740/2018 depositata in data 08.08.2018, con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione I, accogliendo il ricorso proposto dall'Operatore Economico Sirio S.p.a. ha annullato la deliberazione 30 maggio 2018, n. 1213/2018, del Direttore Generale della A.O. Brotzu di Cagliari nella parte in cui ha disposto l'aggiudicazione, in favore dell'Operatore Economico Food Service S.r.l., della concessione e gestione del servizio di bar – posto di ristoro all'interno dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari – Policlinico Universitario di Monserrato – Lotto 2 (All. A fg. 10);

Considerato che il TAR ha determinato che l'Amministrazione, in esecuzione della summenzionata Sentenza, dovrà procedere al rinnovo delle operazioni di gara a partire dalla fase di attribuzione dei punteggi per le offerte economiche, come previsto dal capitolato di gara e alla riadozione del provvedimento di aggiudicazione del lotto 2 della gara in parola;

Ritenuto pertanto di dover annullare la deliberazione 30 maggio 2018, n. 1213/2018, nella parte in cui è stata disposta l'aggiudicazione, in favore dell'Operatore Economico Food Service S.r.l., della concessione e gestione del servizio di bar – posto di ristoro all'interno dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari – Policlinico Universitario di Monserrato – Lotto n. 2;



Segue delibera n. 2071 del 25 SET. 2018

- Ritenuto** altresì, in esecuzione della summenzionata Sentenza, di dover procedere al rinnovo delle operazioni di gara a partire dalla fase di attribuzione dei punteggi per le offerte economiche, come previsto dal capitolato di gara e alla riadozione del provvedimento di aggiudicazione del lotto 2 della gara in parola;
- Con** il parere favorevole del Direttore Amministrativo e del Direttore Sanitario;

DELIBERA

Per i motivi esposti in premessa:

1. di prendere atto del contenuto della sentenza n. 740/2018 depositata in data 08.08.2018 con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione I, accogliendo il ricorso proposto dall'Operatore Economico Sirio S.p.a. ha annullato la deliberazione 30 maggio 2018, n. 1213/2018, del Direttore Generale della A.O. Brotzu di Cagliari nella parte in cui ha disposto l'aggiudicazione, in favore dell'Operatore Economico Food Service S.r.l., della concessione e gestione del servizio di bar – posto di ristoro all'interno dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari – Policlinico Universitario di Monserrato;
2. di annullare la deliberazione 30 maggio 2018, n. 1213/2018, nella parte in cui è stata disposta l'aggiudicazione, in favore dell'Operatore Economico Food Service S.r.l., della concessione e gestione del servizio di bar – posto di ristoro all'interno dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari – Policlinico Universitario di Monserrato – Lotto n. 2;
3. di procedere al rinnovo delle operazioni di gara a partire dalla fase di attribuzione dei punteggi per le offerte economiche, come previsto dal capitolato di gara e alla riadozione del provvedimento di aggiudicazione del lotto 2 della gara in parola;
4. di rimettere gli atti della procedura – relativi al Lotto n. 2 – alla Commissione giudicatrice per i conseguenti adempimenti di competenza;
5. di trasmettere il presente atto agli Operatori Economici partecipanti;

Il Direttore Amministrativo
Dott. ssa Laura Balata

Il Direttore Sanitario
Dott. Vito Atzeni

Il Direttore Generale
Dott. ssa Graziella Pintus

Pubblicato il 08/08/2018

N. 00740/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00501/2018 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 Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 501 del 2018, proposto da Sirio S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Beatrice Zammit e Mariapaola Locco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Carla Dessy in Cagliari, via Grazia Deledda n. 74;

contro

Azienda Ospedaliera G. Brotzu, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvia Curto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; Azienda Ospedaliera Universitaria di Cagliari, non costituita in giudizio;

nei confronti

Food Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati John Riccardo Paladini e Valeria Pecorone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e

domicilio eletto presso lo studio John Riccardo Paladini in Roma, via Premuda n. 3;

per l'annullamento

– della deliberazione n. 1213/2018, adottata dal Direttore Generale della A.O. G. Brotzu di Cagliari il 30 maggio 2018, pubblicata il successivo 31 maggio, avente ad oggetto l'aggiudicazione in favore di FOOD SERVICE s.r.l. (di seguito "FOOD SERVICE") del Lotto 2 della gara mediante procedura aperta, ex art. 60 del D. lvo. n. 50/2016, in Unione d'Acquisto, per la concessione e gestione del servizio di bar – posto di ristoro all'interno dell'Azienda Ospedaliera "G. Brotzu" – P.O. Oncologico "Businco" e all'interno dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari – Policlinico Universitario Duilio Casula di Monserrato, per un periodo di nove anni, (doc. 1);

- nonché, di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi espressamente inclusi:

a) il verbale n. 13 del 16 maggio 2018 di seduta riservata nella parte in cui la Commissione di Gara - preso atto del contenuto della nota 8.05.2018 con cui la Ditta E.P. S.p.A. (di seguito, "EP"), prima in graduatoria, ha dichiarato di volersi svincolare dalla procedura - ha deciso, ai sensi e per gli effetti dell'art. 95 co. 15 del D.lvo n. 50/2016, di scorrere la graduatoria e di aggiudicare provvisoriamente il Lotto 2 in favore della seconda classificata FOOD SERVICE (doc. 2);

b) il verbale n. 14 del 24 maggio 2018 di seduta pubblica in cui la Commissione ha comunicato alla Ditte partecipanti le risultanze del verbale di seduta riservata n. 13 del 16 maggio 2018 (doc. 3);

- nonché, per la declaratoria di inefficacia, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., del contratto eventualmente stipulato con la controinteressata per il Lotto in contestazione;

- e per la condanna della Stazione appaltante, ai sensi dell'art. 124 dello stesso c.p.a, a disporre il subentro della ricorrente nel contratto de quo o, in via subordinata, a risarcire alla ricorrente medesima il danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera G. Brotzu e di Food Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2018 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

1. - La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta per la concessione e gestione del servizio di bar – posto di ristoro, all'interno dell'Azienda Ospedaliera “G. Brotzu” – P.O. Oncologico “Businco” (lotto 1), nonché all'interno dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari – Policlinico Universitario (lotto 2), presentando l'offerta per il solo lotto 2.

Il criterio dell'aggiudicazione della concessione del servizio era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il capitolato speciale ha previsto che il punteggio riservato alla valutazione dell'offerta tecnica fosse pari a 60 pt, mentre quello attribuibile all'offerta economica (da formulare in termini di offerta in rialzo sul canone mensile minimo previsto a base d'asta) fosse pari a 40 punti. In questo, peraltro, era anche prevista l'assegnazione del punteggio massimo di 30 punti all'operatore economico che avesse offerto il canone più alto; e alle altre offerte era attribuito un punteggio *«determinato in misura inversamente proporzionale rispetto al canone più alto, secondo la seguente proporzione: Canone più alto : Canone più basso = 30 : X»* (art. 18 del

capitolato speciale, doc. 4 di parte ricorrente). Era previsto, inoltre, l'ulteriore voce costituita dallo "sconto listino" all'offerente che avesse offerto «*il maggior sconto percentuale unico su tutti i prezzi dei listini e punteggi inferiori proporzionali alle altre Ditte*» (punteggio massimo 10 punti).

Nella seduta di gara del 24 aprile 2018, la commissione di gara ha approvato la graduatoria provvisoria con, al primo posto, l'offerta della società EP (88,56 punti, di cui 54 punti per la qualità, 30 punti per il prezzo e 4,560 punti per lo sconto); al secondo posto l'offerta della FOOD SERVICE (70,30 punti, di cui 57,50 punti per la qualità, 2,80 punti per il prezzo e 10 punti per sconto); al terzo, l'offerta della SIRIO (66,257 punti, di cui 56,50 punti per la qualità, 5,41 punti per il prezzo e 4,356 punti per lo sconto).

Successivamente, con nota dell'8 maggio 2018, la EP (che aveva offerto un canone mensile di € 171.600,00) ha comunicato alla stazione appaltante di volersi svincolare dall'offerta.

2. - La commissione di gara ha deciso, quindi, di procedere allo scorrimento della graduatoria (sul presupposto che, ai sensi dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, si fosse prodotto l'effetto dell'invarianza o blocco della graduatoria) e ha proposto di aggiudicare la concessione relativa al lotto 2 alla ditta Food Service.

3. - Con deliberazione n. 1213, del 30 maggio 2018, il direttore generale dell'Azienda Ospedaliera "G. BROTZU" ha aggiudicato definitivamente il lotto 2 alla Food Service.

4. - Con il ricorso in esame, la SIRIO S.p.A. chiede l'annullamento del predetto provvedimento di aggiudicazione definitiva, nonché degli altri atti della procedura di gara meglio descritti in epigrafe, deducendo la violazione dell'art. 95, comma 15, del d.lgs. n. 50/2016, posto che il principio dell'invarianza della soglia non sarebbe applicabile al caso di specie, perché la variazione dovuta alla

decisione di E.P. S.p.A. (prima classificata nella graduatoria provvisoria stilata dalla commissione di gara) di svincolarsi dall'offerta non ha riguardato né il calcolo delle medie né l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte ma la nuova attribuzione del punteggio per l'offerta economica.

Inoltre, la preclusione al ricalcolo delle medie e all'individuazione della soglia di anomalia non opera prima dell'aggiudicazione definitiva e quindi non impedisce alla stazione appaltante di controllare la regolarità delle operazioni di gara e di eventualmente rinnovarle.

5. - Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera "G. Brotzu", chiedendo che il ricorso sia respinto, sul presupposto che il principio di immodificabilità della graduatoria espresso dall'art. 95, comma 15, cit., costituisce un principio generale in tema di pubbliche gare, che rende irrilevanti le eventuali modifiche della platea dei concorrenti una volta conclusa la fase delle ammissioni e delle esclusioni.

6. - Resiste in giudizio anche la controinteressata FOOD SERVICE, sottolineando come alla data del "ritiro" dalla gara della Ditta E.P. S.p.A. la graduatoria era ormai cristallizzata, essendosi conclusa la fase della ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte; e concludendo per il conseguente rigetto del ricorso.

7. - Alla camera di consiglio del 4 luglio 2018, fissata per la trattazione della domanda cautelare incidentalmente proposta dalla ricorrente Sirio S.p.A., previo avviso alle parti della possibile definizione del merito ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, la causa è stata trattenuta in decisione.

8. - Il ricorso è fondato per le ragioni di cui appresso.

9. - In linea di fatto, due profili assumono rilevanza ai fini della corretta qualificazione della fattispecie per cui è controversia:

- la graduatoria provvisoria formata dalla commissione giudicatrice è risultata modificata non da atti sopravvenuti che abbiano disposto l'esclusione, l'ammissione o la regolarizzazione delle offerte, ma dalla decisione della E.P. S.p.A. (prima classificata) di svincolarsi dall'offerta per essere decorso il termine di centottanta giorni dalla presentazione (art. 32, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016);

- la menzionata modifica della graduatoria è intervenuta successivamente alla fase delle ammissioni e delle esclusioni ma prima della conclusione del procedimento di gara con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

10. - Alla fattispecie così descritta non si applica l'art. 95, comma 15, cit., secondo cui *«Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte»*. In primo luogo, si osservi che la disposizione in esame presenta indubbia natura eccezionale, nel senso che fa eccezione a una serie di principi che altrimenti troverebbero applicazione, in generale, nell'attività amministrativa e, in particolare, nell'ambito dei procedimenti di affidamento di contratti pubblici. Fra questi, fondamentale, come sottolineato dal Consiglio di Stato (Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579) e come di recente affermato anche da questo Tribunale (T.A.R. Sardegna, Sezione I, 7 giugno 2018, n. 565), il principio di legalità e di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione che si traduce, nei procedimenti a evidenza pubblica, nel potere riconosciuto all'amministrazione appaltante di operare il più ampio e comprensivo controllo di legalità e regolarità della gara (arg. ex art. 80, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016: *«Le*

stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5»), anche eventualmente mediante l'esercizio dell'autotutela («nei casi consentiti dalle norme vigenti», art. 32, comma 8, primo periodo, del codice dei contratti di cui al d.lgs. cit.).

11. - Ne deriva che nell'interpretazione della disposizione di cui all'art. 95, comma 15, cit., occorre attenersi (quantomeno in prima battuta) allo stretto significato derivante dal tenore letterale della stessa. E il dato letterale evidenzia immediatamente che la preclusione nei confronti di qualsiasi variazione della platea dei concorrenti nella graduatoria formata successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte è esclusivamente rivolta a evitare la modifica del calcolo della media delle offerte e della individuazione della soglia rilevante per la verifica dell'anomalia (in tal senso si veda anche Consiglio di Stato, Sez. III, 27 aprile 2018, n. 2579, che – nel solco, peraltro, del prevalente orientamento – riconosce che la «ratio dell'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 mira [...] ad evitare impugnative strumentali, tendenti a sovvertire il calcolo delle medie o la determinazione della soglia dell'anomalia [...]»). Nel caso di specie, tuttavia, lo scopo della norma non è pregiudicato, atteso che – come più volte accennato – la modifica della graduatoria provvisoria è stata causata dal ritiro dell'offerta da parte della prima classificata E.P. S.p.A., senza che tale decisione si riflettesse in alcun modo né sul calcolo delle medie, né sulla individuazione della soglia dell'anomalia.

12. - Alla medesima soluzione si perviene anche in considerazione del secondo profilo sopra evidenziato, ossia la circostanza che al momento del ritiro dell'offerta della prima classificata non fosse intervenuta l'aggiudicazione definitiva del servizio, con la conseguenza che la regola della invarianza della

graduatoria di cui all'art. 95, comma 15, cit., non trova applicazione. E ciò per le ragioni che si ritrovano espresse nel prevalente e del tutto condivisibile indirizzo giurisprudenziale, in cui si è precisato che *«la fase di ammissione e di esclusione delle offerte non [può] sicuramente dirsi conclusa, anche nel vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, almeno finché non sia spirato il termine per impugnare le ammissioni e le esclusioni [...] e comunque, laddove le ammissioni e le esclusioni di altri partecipanti non assumano immediata efficacia lesiva, [...] finché la stessa stazione appaltante non possa esercitare il proprio potere di intervento di autotutela ed escludere «un operatore economico in qualunque momento della procedura» (art. 80, comma 6, del d. lgs. n. 50 del 2016) e, quindi, sino all'aggiudicazione [...]»* (Consiglio di Stato, n. 2579/2018 cit., che richiama Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 22 dicembre 2015, n. 740). Nello stesso senso le considerazioni espresse nella pronuncia di questa Sezione già richiamata (T.A.R. Sardegna, Sezione Prima, n. 565/2018), che esclude l'operatività del principio di invarianza prima del provvedimento di aggiudicazione, facendo leva sull'argomentazione per la quale – ove ciò si ritenga - *«non si riesce a comprendere quale sia il contenuto del controllo (tuttora) affidato alla stazione appaltante - prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione - sugli atti sino a quel momento compiuti dal seggio di gara, cioè durante la “fase di gara” all'esito della quale [...] dovrebbe operare il principio di invarianza»*.

13. - Dalle considerazioni sopra esposte, deriva come conseguenza che la regola espressa dall'art. 95 cit. non è applicabile al caso di specie, come invece erroneamente ritenuto dall'amministrazione appaltante.

La stazione appaltante, quindi, preso atto della rinuncia della prima classificata, avrebbe dovuto procedere alla riassegnazione del punteggio riservato per le offerte economiche, in considerazione del peculiare meccanismo di

assegnazione del predetto punteggio previsto dal capitolato speciale di gara, secondo cui (come esposto in fatto) alle offerte economiche delle ditte ammesse sarebbe stato assegnato il seguente punteggio:

«PREZZO: PUNTEGGIO MASSIMO 30 PUNTI

Verrà attribuito il punteggio massimo di 30 punti alla Ditta che avrà offerto il maggior contributo mensile e punteggi inferiori proporzionali alle altre Ditte; Per ogni lotto di riferimento il coefficiente 30 verrà attribuito alla ditta che avrà fatto offerta al canone più alto. Per le altre il punteggio relativo al prezzo sarà determinato in misura inversamente proporzionale rispetto al canone più alto, secondo la seguente proporzione: "Canone più alto : Canone più basso = 30 : X"» (art. 18 capitolato speciale, doc. 4 di parte ricorrente). Il medesimo capitolato prevede, altresì, l'attribuzione di massimo 10 punti per lo "sconto listino", da applicare secondo la seguente formula:

*« $V(a)_i = 10 * Ra / R_{max}$ », dove:*

Ra = valore (sconto) offerto dal concorrente a;

Rmax = valore (sconto) dell'offerta più conveniente» (art. 18 capitolato speciale, doc. 4 di parte ricorrente).

Meccanismo che ha reso determinante il ritiro dell'offerta della prima classificata, ai fini della assegnazione del punteggio per le offerte economiche, per via del metodo proporzionale adottato dal capitolato.

L'amministrazione, pertanto, in esecuzione della presente sentenza, dovrà procedere al rinnovo delle operazioni di gara a partire dalla fase di attribuzione dei punteggi per le offerte economiche, come previsto dal capitolato di gara e alla riadozione del provvedimento di aggiudicazione del lotto 2 della gara in questione.

14. - Il ricorso, in conclusione, deve essere accolto nei termini di cui sopra.

15. - Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di lite, vista l'obiettiva complessità di alcune delle questioni giuridiche implicate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la deliberazione 30 maggio 2018, n. 1213/2018, del Direttore Generale della A.O. Brotzu di Cagliari nella parte in cui ha disposto l'aggiudicazione, in favore di FOOD SERVICE s.r.l., della concessione e gestione del servizio di bar – posto di ristoro all'interno dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Cagliari – Policlinico Universitario di Monserrato (Lotto 2).

Spese compensate.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 4 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere

L'ESTENSORE
Giorgio Manca

IL PRESIDENTE
Caro Lucrezio Monticelli

IL SEGRETARIO