



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 il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12956 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Caffè Sant'Andrea S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Avilio Presutti, Marco Laudani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Avilio Presutti in Roma, piazza San Salvatore in Lauro 10;

contro

Azienda Ospedaliera Sant'Andrea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Claudio Maggisano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Sirio S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mariapaola Locco, Maria Beatrice Zammit, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maria Beatrice Zammit in Roma, via Alessandria 130;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della deliberazione dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Sant'Andrea n. 978 del 27 settembre 2019 avente a oggetto l'aggiudicazione della gara comunitaria telematica per l'affidamento in concessione quinquennale, ai sensi dell'art. 164 del D.Lgs 50/2016, del servizio di gestione bar e rivendita giornali e riviste nel sito dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Sant'Andrea di Roma con possibilità di rinnovo per ulteriori due anni - CIG 779724494B in favore di Sirio s.p.a.;

della nota dell'Azienda - U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi prot. gen. n. 29455 del 1° ottobre 2019, di comunicazione dell'aggiudicazione dell'affidamento in favore di Sirio s.p.a.;

della nota del Protocollo Generale dell'Azienda n. 50 del 1° ottobre 2019, di trasmissione del protocollo n. 29455 del 1° ottobre 2019;

del provvedimento dell'Azienda - U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi n. 29457 del 1° ottobre 2019, con il quale è stata comunicata l'esclusione della ricorrente dalla gara;

del provvedimento dell'Azienda di esclusione della ricorrente dalla procedura in oggetto;

della nota del Protocollo Generale dell'Azienda n. 51 del 1° ottobre 2019, di trasmissione del protocollo n. 29457 del 1° ottobre 2019;

dei pareri del Direttore Amministrativo e del Direttore Sanitario; della graduatoria di gara; della graduatoria dei punteggi tecnici ed economici;

di tutti i verbali di gara, ivi compresi il verbale n. 1 del 16 settembre 2019, il verbale n. 2 del 18 settembre 2019, il verbale n. 3 del 20 settembre 2019 e il verbale della seduta della gara della Commissione del 25 settembre 2019;

della deliberazione dell'Azienda n. 768 del 2 agosto 2019, nella parte relativa alla nomina della commissione di gara;

della nota dell'Azienda - U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi n. 26330 del 5 agosto 2019, di comunicazione della deliberazione dell'Azienda n. 768 del 2 agosto 2019;

della nota del Protocollo Generale dell'Azienda n. 45 del 5 agosto 2019;

del bando, del disciplinare di gara, del disciplinare amministrativo, del disciplinare telematico e dei relativi allegati nelle parti specificate nel ricorso;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti:

della nota prot. n. 2262 del 14 febbraio 2020 dell'Azienda - U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi avente ad oggetto "Esito di istanza di accesso agli atti – Gara comunitaria telematica per l'affidamento in concessione quinquennale, ai sensi dell'art. 164 del D.Lgs. 50/2016 del servizio di gestione bar e rivendita giornali e riviste nel sito dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Sant'Andrea di Roma con possibilità di rinnovo per ulteriori due anni- CIG 779724494B" comunicata in data 18 febbraio 2020 con nota protocollo n. 0003469/2020;

della nota protocollo n. 0003469/2020 del 18 febbraio 2020 dell'Azienda Ospedaliero- Universitaria Sant'Andrea;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi compreso l'ignoto (o inesistente) provvedimento di cui è menzione a pag. 2 del contratto.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Sant'Andrea e di Sirio S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2020 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Sono impugnati gli atti con cui è stata aggiudicata in favore della controinteressata la gara comunitaria telematica per l'affidamento in concessione quinquennale del servizio di gestione bar e rivendita giornali e riviste nel sito dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Sant'Andrea di Roma, con possibilità di rinnovo per ulteriori due anni, e ne è stata esclusa la ricorrente.

L'esclusione è stata disposta perché la ricorrente “non ha mai caricato il numero identificativo della marcatura temporale riferito all'offerta economica”, e tale circostanza era “espressa causa di esclusione dell'operatore economico che, di fatto, non ha provveduto a presentare offerta economica entro il termine di scadenza presentazione offerte fissato dal bando”.

Con ordinanza n. 7788 del 29.11.2019 la Sezione ha rigettato l'istanza cautelare, “Considerato che, limitando (in questa fase) la delibazione allo scrutinio delle censure relative al medesimo segmento procedimentale (ossia alla fase di ammissione/esclusione delle offerte presentate), onde verificare i presupposti per il possibile avvio del potere di riedizione della gara, non si ravvisano, sotto il profilo del fumus, i presupposti per la concessione della tutela cautelare invocata in via incidentale dalla parte ricorrente, atteso che:

- con riguardo al mancato inserimento del numero identificativo della marcatura temporale del file contenente l'offerta (per effetto del quale la ricorrente è stata esclusa dalla procedura di gara), secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, nel caso delle gare telematiche, la conservazione dell'offerta economica è affidata allo stesso concorrente, che la custodisce all'interno della memoria del proprio personal computer nella fase che intercorre tra il termine di presentazione e la procedura di upload; l'identità tra il numero seriale della marcatura temporale inserita all'atto della presentazione dell'offerta e quello apposto sull'offerta nella fase di

upload costituisce un adempimento essenziale al fine di garantire che l'offerta non sia stata modificata o sostituita in data successiva al termine ultimo perentorio di presentazione delle offerte (ex multis, T.a.r. Napoli, Sez. VIII, 2 aprile 2019 n. 1841; Consiglio di Stato, Sez. III, 3 ottobre 2016 n. 4050), con la conseguenza che la comunicazione della ricezione dell'offerta non risulta tale da qualificarsi come equipollente o sostitutiva, anche sotto il mero profilo dell'affidamento incolpevole;

- le censure relative alla contestata ammissione della società Sirio s.p.a. alla procedura di gara de qua non appaiono prima facie meritevoli di favorevole apprezzamento (e comunque tali da giustificare una esclusione automatica della Sirio s.p.a. dalla procedura di gara), in considerazione della natura risalente (sotto il profilo temporale) della risoluzione per inadempimento contestata alla controinteressata e del fatto che detta risoluzione è ancora sub iudice (essendo stata impugnata dalla predetta società davanti al T.a.r. Marche), sempre salvo l'obbligo di comunicazione da parte della partecipante alla gara e la valutazione rimessa alla stazione appaltante”.

Poiché in data 17.01.2020 la ricorrente ha chiesto all'Amministrazione di conoscere gli atti assunti dalla stazione appaltante per soddisfare la precisazione fatta dalla Sezione nell'ultima parte della citata ordinanza, con motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato la nota n. 2262 del 14 febbraio 2020 (comunicata in data 18 febbraio 2020), con la quale l'Amministrazione ha comunicato che “non ci sono atti formali che possano costituire oggetto di accesso in quanto la documentazione relativa alla precedente risoluzione contrattuale è depositata agli atti del ricorso in essere presso il T.A.R. Lazio e quindi già nella disponibilità dell'istante”, e che “il RUP, preso atto della documentazione fornita dalla Sirio S.p.A. in ordine all'avvenuta risoluzione del contratto stipulato con l'ASUR Marche, dell'avverso ricorso per risarcimento danni, del fascicolo NRG 201200813 dal quale si evince che la risoluzione contrattuale risulta ancora

sub iudice e tenuto opportunamente e debitamente conto dei connotati assunti, ha ritenuto gli stessi non rilevanti ai fini dell'affidabilità e della professionalità della Sirio S.p.A.”.

Alla pubblica udienza del 23.06.2020 la causa è stata posta in decisione.

Il Collegio ritiene il ricorso infondato, e pertanto da rigettare.

1) L'esclusione (1° motivo) sarebbe stata disposta in “carenza di istruttoria”, “falsità e/o erroneità dei presupposti” e “contraddittorietà”, perché “l'offerta economica del ricorrente è stata correttamente presentata nei termini (per stessa ammissione della stazione appaltante che, all'esito del procedimento che ha determinato le ammissioni ed esclusioni, ha accertato la completezza della documentazione presentata)”.

Sarebbe anche ravvisabile (2° motivo) “violazione del principio di affidamento”, “violazione del disciplinare di gara, con particolare riferimento al disciplinare telematico e all'allegato 1”, e “violazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma”, perché la ricorrente “è riuscita a completare la procedura di presentazione della domanda, ivi compresa la presentazione dell'offerta economica”, e “ai sensi della disciplina di gara, la pec con l'esito positivo del deposito dell'offerta economica è di per sé idonea a garantire la genuinità e comunque l'autenticità dell'offerta (in caso contrario, infatti, perverrebbe un messaggio di esito negativo della presentazione)”.

Pertanto, sarebbe “stato comunque perseguito l'interesse che la stessa disciplina di gara intende tutelare con l'apposizione della marcatura temporale: la presentazione di un'offerta chiusa e valida (come certificata dalla stessa stazione appaltante) firmata digitalmente e marcata temporalmente dal ricorrente. (...) Se infatti la piattaforma telematica ha comunque permesso il caricamento dell'offerta e, soprattutto, ha certificato l'esito positivo dello stesso nei chiari termini di cui al disciplinare di gara (per il quale...la pec di conferma equivale a presentazione di un'offerta valida, perché univocamente individuata), ciò sta a significare che

verosimilmente è stato lo stesso sistema a non permettere al ricorrente di accedere alla relativa funzione (quella consistente nel caricamento del numero di marca temporale) e comunque a non considerare l'eventuale omissione bloccante della presentazione e della finalizzazione dell'offerta (altrimenti sarebbe giunta una pec con esito negativo)".

Nell'ipotesi in cui l'omissione dell'indicazione del numero di marca temporale fosse comunque ritenuta motivo di esclusione, secondo la ricorrente "la relativa disciplina di gara sarebbe viziata perché manifestamente irragionevole", "per violazione e/o falsa applicazione degli artt. 58 ed 83 del d.lgs. 50/2016", e "violazione del principio di prevalenza della sostanza sulla forma" (3° motivo).

Infatti, precisa la ricorrente, in questo caso "non si versa nella distinta ipotesi di omissione nell'apposizione della marca temporale (che comporta l'esclusione dell'impresa dalla gara perché non sarebbe verrebbe garantita l'autenticità temporale dell'offerta) bensì nella fattispecie di omissione dell'indicazione del numero di marca: in poche parole, i files depositati dal ricorrente sono stati sì firmati digitalmente e marcati temporalmente e l'offerta è stata chiusa, ma sarebbe mancata, meramente, l'indicazione del numero di marca temporale sulla piattaforma messa a disposizione dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte. E l'autenticità dell'offerta economica del ricorrente (quanto in particolare a segretezza, univocità ed immodificabilità) non è in alcun modo minata da tale omissione: non è infatti l'inserimento del numero identificativo che assolve alla funzione di garanzia della genuinità e dell'immodificabilità dell'offerta, essendo questa viceversa assolta dalla firma digitale e dalla marca temporale qui (incontestabilmente) regolarmente apposti dal ricorrente".

Il Collegio ritiene di potere esaminare insieme i 3 descritti motivi di ricorso, dopo aver descritto l'iter previsto dal disciplinare di gara con l'utilizzo della busta chiusa telematica.

Entro il termine di scadenza della presentazione delle offerte viene richiesto che il file di offerta sia compilato off line, con firma digitale e marcatura temporale, che garantiscono l'immodificabilità del file.

Entro il medesimo termine l'operatore economico deve identificare sulla piattaforma telematica tale file di offerta, salvando in apposito spazio il numero seriale della marcatura temporale apposta sul file. Tale numero identifica univocamente una sola marcatura temporale e garantisce l'univocità del file inviato.

In un momento successivo, dopo la fase di verifica della documentazione amministrativa e tecnica, all'operatore economico viene richiesto di caricare sulla piattaforma informatica il file precedentemente firmato e marcato e identificato in precedenza con il numero seriale della marcatura temporale.

L'invio successivo ne garantisce l'inviolabilità.

Come chiarito dal gestore della piattaforma telematica usata nella gara di qua, "il numero seriale della marcatura temporale (seriale del timestamp) è un codice rilasciato dall'Ente Certificatore che, dietro richiesta dell'Operatore Economico, ha apposto la marcatura temporale sul file di offerta economica. Detto numero identifica univocamente la marcatura temporale apposta e di conseguenza il file. È questo il numero di cui viene chiesto il salvataggio sulla piattaforma all'Operatore Economico", ma "non risulta nessun salvataggio effettuato dal concorrente del numero seriale della marcatura temporale apposta sul file di offerta economica così come richiesto a pagina 15 (punto 3) del Disciplinare telematico".

In sostanza, ciò che è successo è che la ricorrente ha erroneamente caricato, prima della richiesta della stazione appaltante e privo della marcatura, il file di dettaglio "offerta economica" nello spazio relativo alla "documentazione ulteriore", rendendo così tale file, contenente l'offerta economica, indisponibile per l'esame della Commissione di gara. E nello

spazio riservato al caricamento dell'offerta economica nulla è stato caricato.

Ne consegue che la ricorrente è stata correttamente esclusa, per mancato inserimento del numero seriale identificativo della marcatura temporale applicata sul file offerta economica, nonché per il mancato caricamento nei termini previsti del file offerta economica firmato digitalmente e marcato temporalmente.

E l'avvenuto, ricevimento, da parte della ricorrente, della pec di ricevuta di conferma del caricamento del file, risulta irrilevante, perché essa è generata in automatico, e non costituisce notifica di buon esito dell'operazione compiuta ma la mera esecuzione del caricamento del file, sebbene privo di marcatura temporale e perciò del tutto inidoneo a trasmettere l'offerta economica.

2) Inoltre, la ricorrente ha poi proposto ulteriori motivi di ricorso, precisando che essi “sono proposti a prescindere dall'ammissione (o meno) dell'offerta economica del ricorrente”, perché “ciò è oggi pacificamente ammesso dalla giurisprudenza comunitaria che, proprio con riferimento allo specifico caso di due sole offerte presentate, ha affermato che la direttiva 92/13 deve essere interpretata nel senso che, nel caso in cui una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico abbia dato luogo alla presentazione di due offerte e all'adozione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, di due determinazioni che contemporaneamente rigettano l'offerta di uno degli offerenti ed aggiudicano l'appalto all'altro, l'offerente escluso, che ha presentato un ricorso avverso le due determinazioni, deve poter chiedere l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicatario, in modo che la nozione di “un determinato appalto”, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 3, della Direttiva 92/13 possa ricomprendere l'eventuale avvio di una nuova procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico (cfr. CGUE, Sez. VIII, 10 maggio 2017, punto 52 del considerando in diritto, C-131/16)”.

In particolare, col 4° motivo la ricorrente sostiene che la controinteressata Sirio dovesse essere esclusa dalla gara, “per non avere dichiarato una precedente risoluzione contrattuale”, disposta dall’ASUR Marche con determina n. 712/DG del 19 settembre 2012.

E ciò in violazione del comma 5, lett. f-bis) dell’art. 80 del D.Lgs. 50/2016, ai sensi del quale va escluso, tra gli altri, “l’operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”, nel suo combinarsi con la lett. c), secondo cui va escluso “l’operatore economico che si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”.

Dopo aver ricordato che le Stazioni Appaltanti hanno la possibilità di verificare la presenza di precedenti risoluzioni contrattuali attraverso la consultazione del Casellario informatico tenuto dall’A.N.A.C., l’Amministrazione si è difesa sul punto affermando che “a riguardo la Stazione Appaltante ha operato, come sempre, opportune verifiche sul possesso dei requisiti autodichiarati in sede di gara”, e che “a seguito di consultazione del Casellario informatico in capo alla Sirio S.p.A. non è risultata alcuna annotazione, né utile né tantomeno determinante un’esclusione”.

Il Collegio ritiene il motivo infondato.

Ai sensi dei commi 9 e 10 del citato art. 80, se la sentenza di condanna definitiva, che ha escluso un operatore economico dalla partecipazione alle procedure di appalto, “non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna”.

Nella interpretazione che una parte della giurisprudenza fornisce di tale disposizione, e che questo Collegio condivide, la risoluzione per inadempimento del contratto (e comunque la commissione di gravi illeciti professionali) assume rilevanza ai fini della ammissione (e costituiscono quindi oggetto dell'obbligo dichiarativo) per un periodo di tempo non superiore a tre anni dalla data dell'accertamento definitivo. In mancanza di ulteriori indicazioni normative, quale data dell'accertamento definitivo deve intendersi quella in cui è stato adottato il provvedimento amministrativo che ha accertato la violazione degli obblighi contrattuali e ha quindi contestato la risoluzione in danno, e ciò a prescindere dalla eventuale impugnazione dello stesso provvedimento e dalla pendenza del relativo giudizio (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 05.03.2020 n. 1605, che rileva "l'impossibilità di rilevare nei confronti della società l'inadempimento a un obbligo che, come pure osservato dalla Sezione, laddove diversamente inteso, per un verso sarebbe eccessivamente oneroso per l'operatore economico, per altro verso non apporterebbe significativi elementi di conoscenza alla stazione appaltante, trattandosi di vicende professionali ampiamente datate o, comunque, ormai del tutto insignificanti (Cons. Stato, V, n. 5171/2019 e n. 51423/2018, cit.)"; vedi anche Id., sez. V, 06.05.2019 n. 2895; T.A.R. Molise, sez. I, 31/12/2019 n. 483).

La disposizione oggi vigente in materia, e cioè il comma 10 bis dell'art. 80 – aggiunto dall'art. 1, comma 20, lett. o), n. 5), d.l. 18 aprile 2019 n. 32, convertito dalla L. 14 giugno 2019 n. 55 – prende espressamente in considerazione soltanto il caso in cui sia stato adottato un "provvedimento di esclusione" e, nel prevedere un termine di 3 anni, stabilisce che esso decorra "dalla data di adozione del provvedimento amministrativo di esclusione, ovvero, in caso di contestazione in giudizio, dalla data di passaggio in giudicato della sentenza. Nel tempo occorrente alla definizione del giudizio, la stazione appaltante deve tenere conto di tale

fatto ai fini della propria valutazione circa la sussistenza del presupposto per escludere dalla partecipazione alla procedura l'operatore economico che l'abbia commesso”.

Pertanto, nel caso di specie, trattandosi di risoluzione in danno del 2012, a fronte di una gara bandita nel 2019, la controinteressata non aveva alcun obbligo di dichiararla.

3) Dopodiché la ricorrente fa valere alcuni vizi “sull’illegittimità dell’operato della commissione e conseguentemente del risultato della gara”, perché “l’aggiudicazione in favore di Sirio risulta inficiata sia dall’erroneità del punteggio assegnato per l’offerta economica (perché l’offerta della ricorrente è più vantaggiosa), sia da una serie di errori in punto di valutazione dell’offerta tecnica”.

In particolare, col 5° motivo la ricorrente sostiene che la valutazione che la commissione ha compiuto sulle offerte tecniche sarebbe “costellata da eclatanti ed evidenti vizi”, e precisamente:

a) “per quanto riguarda il progetto dei locali in concessione, i progetti sono assolutamente equivalenti, come confermato dal punteggio di perfetta parità assegnato dall’unico membro dotato di specifica competenza, ossia l’Arch. Costantini (ciò comporta l’attribuzione in parte qua del massimo di 20 punti ad entrambe le proposte)”;

b) “per quanto riguarda il personale, i 4 punti di distanza a favore di Sirio vanno ridotti a 2 perché alcuni aspetti esaminati a vantaggio di quella offerta (corsi di inglese e di marketing al personale) sono chiaramente inconferenti rispetto alla richiesta formulata dal disciplinare”;

c) “per quanto riguarda il progetto merceologico, il punteggio va ribaltato nel senso che all’offerta della ricorrente va assegnato il massimo punteggio di 15 e all’offerta della Sirio il punteggio di 14”.

Ma il Collegio ritiene che tutte le critiche all’operato della commissione di gara sconfinino in una vera e propria sostituzione del convincimento della ricorrente a quello della commissione, in quanto tale inammissibile.

Vale a dire che, come è noto, il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica Amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo. Le censure che attengono al merito di tale valutazione (seppure opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo a esercitare un sindacato sostitutivo, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica. Pertanto, da ciò deriva che, per sconfessare il giudizio della commissione giudicatrice, non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità, ovvero irrazionalità, del giudizio tecnico compiuto (cfr., ex multis, Cons. St., sez. VI, 07/10/2019 n. 6753).

Inattendibilità e irrazionalità che, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, nel caso in esame non sono ravvisabili.

4) Vi sarebbero poi dei “vizi di carattere caducatorio che determinano la necessità di disporre una integrale riedizione della gara”, perché “la gara si è svolta ed è stata aggiudicata (nonostante che si trattasse della riedizione di una gara annullata anche per questa ragione) secondo criteri di valutazione dell’offerta tecnica che erano e sono per la quasi totalità inappropriati, illogici ed incongruenti”.

In particolare, col 6° motivo di ricorso, viene fatta valere “violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 del d.lgs. 50/2016”, e “violazione del principio di separazione tra offerta tecnica ed offerta economica”, perché tra le voci di qualità, alle quali la disciplina di gara rimetteva la valutazione dell’offerta tecnica, vi era anche lo “sconto al personale dipendente”, che però è “un elemento prettamente economico dell’offerta”, con la conseguenza “risulta irrimediabilmente alterato il rapporto tra i punteggi

totali dell'offerta tecnica e dell'offerta economica: i 5 punti dello sconto al personale dipendente, infatti, una volta ricondotti (come deve essere) tra gli aspetti attinenti al prezzo dell'offerta, fanno sì che all'offerta economica siano stati riservati 35 punti su 100. Il che è appunto illegittimo per palese violazione del tassativo disposto di cui all'art. 95, comma 10 bis, del d.lgs. 50/2016 (cfr. TAR Sicilia, Catania, Sez. III, 29 gennaio 2018, n. 227) e rende invalidi tanto le corrispondenti regole di gara, quanto appunto l'aggiudicazione”.

Anche questo motivo è infondato.

Nell'ambito di una procedura di gara da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è normale che, per aspetti come quello in esame, vi sia uno stretto legame tra offerta tecnica e quella economica, senza che questo determini la contestata commistione tra le due offerte.

Fermo restando che, per quanto concerne la voce contestata, la ricorrente ha ottenuto il punteggio massimo previsto dal Disciplinare (5 punti), con conseguente difetto di interesse a svolgere censure in ordine tale criterio.

5) Col 7° motivo si sostiene che vi sarebbe anche la “violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, comma 10 bis, del d.lgs. 50/2016” – ai sensi del quale “la stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta ed individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici” – e “violazione dei principi di congruità ed adeguatezza dei criteri tecnici e di autenticità della valutazione tecnica”, mentre invece, “nel caso di specie, i criteri di aggiudicazione grazie ai quali l'unica offerta valida è stata ritenuta aggiudicataria sono, per quanto riguarda l'aspetto tecnico, tautologici e comunque incongruenti rispetto alla scelta da compiere”:

- “perché i 20 punti su 70 (quindi il 30% dei punti qualitativi disponibili per la valutazione dell'offerta economica ed il 20% del totale) che sono

stati previsti per il personale e la sua formazione sono certamente sovrabbondanti giacché il servizio deve essere svolto prioritariamente dal personale che si trova già alle dipendenze del bar da anni (art. 28 disciplinare amministrativo, pag. 37) e che quindi risulta ampiamente già formato e strutturato (cosa possa aggiungere un corso di formazione ad un barman o ad un cameriere che già fa quello specifico lavoro da anni proprio non è dato di sapere)”;

- “perché 15 punti su 70 sono stati riservati ai tipi o ai marchi dei prodotti che l’aggiudicatario si propone di vendere nel corso della concessione, come se il somministrare un prodotto rispetto ad un altro o una marca piuttosto che un’altra potesse davvero fare la differenza per aggiudicarsi la gestione settennale di un bene che vale almeno 11 milioni di euro”;

- “perché i 15 punti su 70 assegnati a partire dai tipi e dalle marche dei prodotti che l’aggiudicatario dichiara di voler somministrare nel corso del rapporto costituiscono una mera dichiarazione non accompagnata da alcuna garanzia e/o sanzione (...)”;

- “perché 5 punti su 70 sono assegnati al cd. “sconto personale dipendente” ossia ad un aspetto che non saggia la qualità del servizio ma il suo prezzo”. Su tali aspetti il Collegio ribadisce quanto sopra chiarito a proposito della discrezionalità di cui la commissione di gara dispone, anche in questo caso non esercitata arbitrariamente.

6) Con l’8° motivo viene invocata la “violazione e/o falsa applicazione dell’art. 77 del d.lgs. 50/2016”, nonché la “violazione e/o falsa applicazione dell’art. 51 del cod. proc. civ.” e “violazione dei principi di buon andamento, imparzialità e trasparenza”.

E ciò perché, essendo la gara in questione la riedizione della analoga procedura concorsuale annullata da questo Tribunale su ricorso della ricorrente, e poiché due componenti su tre della commissione di gara (compreso il Presidente) sono gli stessi della precedente procedura annullata, sarebbe ravvisabile “la violazione dei basilari e granitici canoni

di imparzialità della commissione, di non influenzabilità del relativo giudizio e di par condicio concorsuale: non è infatti possibile escludere, nel descritto contesto, che i ricordati antecedenti abbiano influito sulle scelte compiute dalla commissione (...).”

Col 9° motivo, infine, la ricorrente sostiene che “a fronte dell’anzidetta situazione di fatto concernente i commissari, nel caso in esame la stazione appaltante avrebbe dovuto (a maggior ragione) rendere congrua ed approfondita motivazione del perché della relativa designazione e del perché, in particolare, a fronte dei precisi e netti rilievi del Giudice Amministrativo, sono stati (ri)scelti due commissari su tre il cui operato era stato appunto profondamente censurato in sede giurisdizionale”.

Prescindendosi dall’eccezione di tardività delle censure, è sufficiente precisare, per rilevarne l’infondatezza, che l’art. 77 del D.Lgs. 80/2016, al comma 11 dispone che “in caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell’aggiudicazione o di annullamento dell’esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l’annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione”.

Per quanto riguarda, infine, i motivi aggiunti, essi hanno a oggetto la mancata verifica, anche dopo l’ordinanza di questa Sezione, dei requisiti in capo a Sirio, nonché, in via di illegittimità derivata, l’inefficacia dell’aggiudicazione e del contratto.

E nel caso in cui un provvedimento, in qualsiasi momento, sia stato emesso, se ne chiede l’annullamento; ciò perché nelle premesse del contratto stipulato con la Sirio è precisato che, “in relazione alla pregressa risoluzione contrattuale che ha interessato l’aggiudicataria, la scrivente stazione appaltante, preso atto di quanto comunicato e dell’assenza di qualsivoglia segnalazione all’ANAC di grave inadempimento a carico della predetta società, rileva che tale circostanza non costituisca, sotto alcun profilo, motivo di irregolarità né tantomeno di invalidità dell’offerta, e di

conseguenza non possa in alcun modo dare luogo a motivo di esclusione dalla procedura di gara in capo all'operatore economico aggiudicatario”.

Ma dal rigetto del ricorso principale, in particolare per ciò che riguarda la circostanza che la Sirio non era tenuta a dichiarare la risoluzione del 2012 – perché irrilevante in quanto ampiamente fuori dall’arco temporale in cui, secondo la legge, tali fatti possono avere una qualche rilevanza – deriva l’inammissibilità, per carenza di interesse originaria, dei motivi aggiunti.

In conclusione, il ricorso principale va rigettato, e i motivi aggiunti dichiarati inammissibili.

In considerazione del fatto che sulla questione della dichiarazione sulle risoluzioni in danno è possibile riscontrare orientamenti divergenti, e le disposizioni di riferimento si prestano a problemi interpretativi, le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione Terza Quater, definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso principale, e dichiara inammissibili i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Savoia, Presidente

Dauno Trebastoni, Consigliere, Estensore

Francesca Ferrazzoli, Referendario

L'ESTENSORE
Dauno Trebastoni

IL PRESIDENTE
Riccardo Savoia

IL SEGRETARIO