

Dopo l'aggiudicazione definitiva, l'impresa non aggiudicataria ha titolo per richiedere la restituzione della cauzione provvisoria

Merita di essere segnalato il pensiero espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 7372 del 13 dicembre 2006 :

<Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante l'esclusione della società A è stata illegittimamente disposta dalla Commissione esaminatrice, riunitasi a seguito dell'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 4762 del 7.10.2005, per aver tale società chiesto in data 7.10.2005 ed ottenuto il 18 successivo lo svincolo della cauzione provvisoria.

Invero, all'epoca della richiesta di svincolo (7.10.2005), aggiudicataria della gara in via definitiva risultava la società B (sulla base della determinazione dirigenziale n. 549 del 12.8.2005 di approvazione degli atti di gara) e perciò la ricorrente era legittimata a richiedere lo svincolo di tale cauzione in conformità a quanto previsto dall'art. 13 del capitolato speciale. Né può seguirsi l'appellante quando sostiene che all'epoca vi era stata solo un'aggiudicazione provvisoria, atteso che la menzionata determinazione del 12.8.2005 costituisce invece aggiudicazione definitiva rispetto a quella provvisoria effettuata dalla Commissione esaminatrice con il verbale del 9.8.2005.

Occorre poi considerare, come rilevato dalla società A, che in effetti la cauzione è tuttora in possesso dell'Amministrazione, non avendo la società insistito a seguito dell'intervenuto provvedimento cautelare favorevole>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 186/2006 proposto dalla soc. \*\*\* SPA rappresentata e difesa rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Bianco, Innocenzo Militerni Massimo Militerni con domicilio eletto in Roma via Oslavia, 39/F presso l'avv. Giuseppe Bianco;

CONTRO

- il COMUNE di VARAZZE non costituitosi;

e nei confronti

- della Soc. \*\*\* SERVICE S.R.L. rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Liroso e Giovanni Quadri con domicilio eletto in Roma via delle Quattro Fontane, 20 presso l'avv. Antonio Liroso;

per la riforma

del dispositivo di sentenza e relativa sentenza del TAR LIGURIA - GENOVA: Sezione I, rispettivamente, n. 82/2005 e n. 3/2006, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE APPALTO DI RISTORAZIONE SCOLASTICA;

Visti gli atti e documenti depositati con l'appello;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della soc. \*\*\* SERVICE S.R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 5.5.2006, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati G. Bianco e A. Lirosi;

Visto il dispositivo di decisione n. 312/2006

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto;

#### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata, il TAR Liguria ha accolto il ricorso (e motivi aggiunti) proposto dalla società \*\*\* avverso la determinazione del comune di Marazze n. 549 del 12.8.2005 di aggiudicazione a favore della società \*\*\* della gara per l'appalto del servizio di ristorazione scolastica per la durata di due anni.

In particolare il TAR, dopo aver respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso formulata dalle parti resistenti, lo ha anche accolto nel merito considerando che la Commissione di gara nella valutazione delle offerte tecniche, voce formazione continua del personale da effettuarsi a cura dell'offerente per ciascun anno scolastico, aveva adottato un parametro affatto diverso da quello previsto dagli artt. 9 e 11 del capitolato speciale: anziché considerare il monte ore per formazione del personale (la ricorrente aveva proposto 38 ore per ciascun addetto sia per il primo che per il secondo anno per un totale di 1596 ore) lo aveva illegittimamente ragguagliato a ciascun profilo professionale del personale. Ha poi precisato che l'aggiudicataria, contravvenendo al bando, non aveva specificamente indicato la formazione del personale per l'anno successivo: la Commissione lo aveva esteso motu proprio al biennio per un totale complessivo di 340 ore, ben al di sotto di quello offerto dalla ricorrente.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la società \*\*\*, deducendo quanto segue:

- il TAR ha errato nel calcolare le ore di formazione offerte da \*\*\* per ciascun addetto, pervenendo al risultato di 1596 ore annue, mentre per \*\*\* ha considerato il numero di ore per profilo professionale, ottenendo la minor somma di 340 ore, ma in tal modo sono stati adoperati due parametri diversi occorrendo invece considerare i singoli addetti nell'ambito di ciascun profilo professionale, pervenendo così per \*\*\* a n. 870 ore di formazione annue e perciò per il biennio a n. 1740 ore;

- è irrealistico pensare che i corsi vengano svolti per dipendente, mentre essi ordinariamente sono effettuati per gruppi omogenei ovvero per categorie professionali, ma in ogni caso la sostanza non cambia, dovendosi moltiplicare il numero di ore offerte da \*\*\* per il numero di addetti;

- la Commissione di gara, lungi dal modificare il criterio di valutazione, si è limitata a specificare tale criterio prima dell'apertura delle offerte; né il capitolato d'appalto imponeva di effettuare il calcolo sulla base del numero di addetti, anziché sul numero di profili professionali omogenei;

- il TAR ha ritenuto che \*\*\* non avrebbe indicato il numero di ore di formazione dei propri addetti per il secondo anno, mentre aveva dichiarato che avrebbe provveduto a delineare l'offerta formativa del 2° anno sulla base dei risultati e delle valutazioni dell'offerta formativa del 1° anno, per cui la formazione era stata prevista anche per il 2° anno;

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, l'Amministrazione aveva correttamente investito del riesame delle offerte la medesima commissione esaminatrice a seguito dell'ordinanza cautelare Sez. V n. 4762/2005, dal momento che non era ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva;

- di conseguenza, dovendo i partecipanti mantenere ferma fino alla conclusione della procedura tutti gli elementi dell'offerta, l'esclusione della \*\*\* dalla gara doveva considerarsi legittima per aver essa nel frattempo ritirato la cauzione provvisoria;

- pertanto non poteva essere seguito il TAR nella parte in cui ha ritenuto che essendo la gara conclusa si giustificava pienamente la richiesta della ricorrente di svincolo della cauzione, atteso che all'epoca non era ancora intervenuta l'aggiudicazione definitiva.

3. Costituitasi in giudizio, la società \*\*\* ha rilevato che la commissione di gara, riunitasi a seguito dell'accoglimento dell'istanza cautelare proposta dalla ricorrente, aveva preso in considerazione una circostanza sopravvenuta (richiesta di svincolo della cauzione presentata da \*\*\* con nota del 7.10.2005), mentre avrebbe dovuto limitarsi al riesame delle operazioni di gara già svolte; che la questione del ritiro della cauzione era stato un mero pretesto, tanto è vero che la cauzione è ancora nelle mani dell'amministrazione in quanto l'Istituto bancario non ha ancora ritirato la garanzia a suo tempo prestata. Ha quindi chiesto il rigetto dell'appello.

Con ordinanza n. 980/2006, questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

Con memoria conclusiva, l'appellante ha ulteriormente illustrato le proprie doglianze.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 5.5.2006.

4. L'appello è infondato.

4.1. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante l'esclusione della società \*\*\* è stata illegittimamente disposta dalla Commissione esaminatrice, riunitasi a seguito dell'ordinanza cautelare di questa Sezione n. 4762 del 7.10.2005, per aver tale società chiesto in data 7.10.2005 ed ottenuto il 18 successivo lo svincolo della cauzione provvisoria.

Invero, all'epoca della richiesta di svincolo (7.10.2005), aggiudicataria della gara in via definitiva risultava la società \*\*\* (sulla base della determinazione dirigenziale n. 549 del 12.8.2005 di approvazione degli atti di gara) e perciò la ricorrente era legittimata a richiedere lo svincolo di tale cauzione in conformità a quanto previsto dall'art. 13 del capitolato speciale. Né può seguirsi l'appellante quando sostiene che all'epoca vi era stata solo un'aggiudicazione provvisoria, atteso che la menzionata determinazione del 12.8.2005 costituisce invece aggiudicazione definitiva rispetto a quella provvisoria effettuata dalla Commissione esaminatrice con il verbale del 9.8.2005.

Occorre poi considerare, come rilevato dalla società \*\*\*, che in effetti la cauzione è tuttora in possesso dell'Amministrazione, non avendo la società insistito a seguito dell'intervenuto provvedimento cautelare favorevole.

4.2. Con riferimento alla valutazione della voce “formazione continua del personale” debbono confermarsi le conclusioni cui è pervenuto il TAR, sia pure con alcune precisazioni.

Dai verbali in atti emerge che per la \*\*\* la commissione ha tenuto conto di 38 ore annuali di formazione del personale per complessive 76 ore nel biennio, con l’assegnazione del giudizio di discreto e l’attribuzione di 2,5 punti su un complesso di 5 punti attribuibili a tale titolo. Ma in tal modo non si è tenuto conto che l’offerta di n. 38 ore annuali riguardava ciascun degli addetti che erano n. 21 (38x21x2) e quindi occorreva considerare un totale di 1596 ore di formazione nel biennio.

Invece, per quanto concerne la posizione di \*\*\* (cui sono stati assegnati dalla Commissione punti 5 ed il giudizio di ottimo a detto titolo), pur tenendosi conto del rilievo secondo cui le ore annue di formazione proposte non erano 340 ma 870 (dovendosi moltiplicare le ore per il numero di addetti appartenenti alla medesima categoria professionale), sta di fatto che detta Società non ha proposto alcuna ora di formazione per il secondo anno, essendosi riservata il piano di formazione sulla base dei risultati e delle valutazioni dell’offerta formativa del 1° anno. Tale riserva però è in violazione del capitolato speciale (art. 23), che imponeva di sottoporre, almeno una volta ad anno scolastico, il personale a corsi di formazione/aggiornamento di durata non inferiore alle ore 8, come dedotto dal ricorrente originario e ribadito dalla parte appellata in questo grado di giudizio.

5. Per quanto considerato l’appello deve essere respinto.

Le spese di questo grado di giudizio seguono, come di regola, la soccombenza.

P.Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l’appello indicato in epigrafe.

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che sono liquidate in complessivi euro 3.000,00 (tremila,00) a favore della società resistente.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall’autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 5.5.2006  
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 13 dicembre 2006