

Publicato il 25/05/2023

N. 00508/2023 REG.PROV.COLL.
N. 01658/2022 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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1658 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Opera Laboratori Fiorentini S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Franca Iuliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Regina Margherita 1;

contro

Ministero della Cultura e Gallerie degli Uffizi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze, domiciliataria *ex lege* in Firenze, via degli Arazzieri, 4;

A.L.E.S. - Arte Lavoro e Servizi S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Paolo Clarizia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Paolo Morbidelli in Firenze, via Lamarmora 14;

nei confronti

Scudieri International S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Donato Nitti, Luca Manetti e Niccolò Ristori, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento,

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

dell'aggiudicazione definitiva prot. MIC/GA-UFF/25/11/2022/0011721-P del 25 novembre 2022 della gara Europea a procedura aperta per la concessione del servizio di caffetteria e piccola ristorazione presso Palazzo Pitti e Giardino di Boboli all'interno del complesso museale delle Gallerie degli Uffizi – CIG 9188690ADB;

della determina di aggiudicazione del 23 novembre 2022 n. 299;

ove occorra, della comunicazione MIC/MIC_GA-UFF/30/08/2022/0008354-P [22.10.10/1/2019] con la quale è stato dato atto dei punteggi finali;

di tutti i verbali di gara della Commissione giudicatrice e delle determinazioni e valutazioni negli stessi espresse: n. 1 del 7 giugno 2022; n. 2 del 21 luglio 2022; n. 3 del 24 agosto 2022; n. 4 del 26 agosto 2022, nonché per quanto occorra, di quelli non conosciuti relativi alla verifica della documentazione amministrativa;

degli allegati ai verbali di gara, non conosciuti;

ove occorra, del provvedimento ammessi esclusi non conosciuto;

del Disciplinare di Gara in parte qua;

della comunicazione del 7 dicembre 2022 MIC/MIC_GA-UFF/07/12/2022/0012185-P [10.13.04/2/2020] con la quale è stata autorizzata una ostensione parziale della documentazione oggetto di istanza di accesso agli atti proposta da Opera Laboratori Fiorentini S.p.A. ;

ove occorra della comunicazione del Ministero della Cultura – Galleria degli Uffizi del 23 settembre 2022 MIC/MIC_GA-UFF/23/09/2022/0009313-P [10.13.04/2/2020] con la quale è stato differito l'accesso;

del verbale di consegna del dispositivo Compact disc in riscontro all'accesso agli atti prot. n. MIC/GA_UFF/12/12/2022/0012294-P del 12 dicembre 2022;

- di qualsiasi altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso conseguente, anche di estremi ignoti e non conosciuto inerenti alla predetta procedura selettiva.

e per la declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato ed il subentro di Opera Laboratori Fiorentini S.p.A. nonché in subordine per la condanna al risarcimento del danno per equivalente, laddove non dovesse intervenire il ristoro in forma specifica;

nonché, altresì, per la condanna delle resistenti all'esibizione ex art. 116 c.p.a. della documentazione richiesta: allegati ai verbali di gara; offerta tecnica di Scudieri International S.p.A., completa di ogni sua parte; offerta economica della Scudieri International S.p.A. completa di ogni sua parte ivi inclusi il PEF e la relazione; PASSOE della Scudieri International S.r.l.; tutti gli altri provvedimenti non conosciuti e assunti in corso di gara; con istanza istruttoria, ai sensi dell'art. 63 c.p.a., affinché alla stazione appaltante sia ordinata la produzione in giudizio della documentazione sopra indicata essendo necessaria ai fini della tutela giudiziaria in oggetto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 3/2/2023:

della relazione a firma del Direttore del Ministero Gallerie degli Uffizi e RUP Dott. Eike Schmidt, depositata in giudizio l'8 gennaio 2023;

dell'allegato al verbale n. 3 del 24.8.2022 contenente la valutazione delle offerte tecniche, consegnato il 25.1.2023;

di qualsiasi altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso conseguente, anche di estremi ignoti e non conosciuto inerenti alla predetta procedura selettiva;

e per la declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato ed il subentro di Opera Laboratori Fiorentini S.p.A.;

nonché in subordine per la condanna al risarcimento del danno per equivalente, laddove non dovesse intervenire il ristoro in forma specifica.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura e delle società A.L.E.S. e Scudieri International S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2023 il dott. Giovanni Ricchiuto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la società Opera Laboratori Fiorentini S.P.A. ha impugnato la comunicazione, ai sensi dell'art. 76 del D.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, di aggiudicazione definitiva del 25 novembre 2022 e riferita alla gara, a procedura aperta, per la concessione del servizio di caffetteria e piccola ristorazione presso Palazzo Pitti e il giardino di Boboli all'interno del complesso museale delle Gallerie degli Uffizi.

A conclusione della procedura, è risultata aggiudicataria la Scudieri International S.r.l., riportando il punteggio complessivo di 74,97 punti, di cui 69,91 per l'offerta tecnica e 5,062 punti per l'offerta economica.

Le ulteriori imprese hanno ottenuto punteggi inferiori e corrispondenti a punti 65,139 per la società Momento S.r.l.; mentre la società Vivenda Spa ha conseguito 66,889 punti e la società Opera laboratori fiorentini spa 73,78 punti, risultando la seconda classificata.

Nell'impugnare i sopra citati provvedimenti si sostiene l'esistenza dei seguenti vizi:

1. la violazione dell'art. 93, dell'art. 83, comma 9, art. 81, co. 1 e 2 del D.lgs. 50/2016, in quanto l'offerta non sarebbe stata corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto;

2. la violazione dell'art. 80 del D.lgs. 50/2016 e del D.lgs. 231/2001, dell'art 5 duodecies del Regolamento UE 2022/576, concernente misure restrittive in considerazione delle azioni della Russia che destabilizzano la situazione in Ucraina; l'Amministrazione non avrebbe posto in essere alcun approfondimento istruttorio né alcuna motivazione circa il possesso dei requisiti previsti e in ordine ad alcune indagini riguardanti la compagine sociale della Scudieri International S.r.l.;

3. la violazione degli artt. 95 comma 10, e 97 e 165 del D.lgs. 50 del 2016, dell'art. 1 legge 241/1990, artt. 97 e 36 della Costituzione, oltre alla violazione del punto 12 del Disciplinare; l'Amministrazione non avrebbe posto in essere una verifica dei costi di manodopera nei confronti della Scudieri International S.r.l.;

4. la violazione dell'art. 59 comma 4 lett. c) del D.lgs. 50/2016; degli artt. 12.3 e 14.2 del disciplinare, del chiarimento n. 32; degli artt. 97, 41 e 43 della Costituzione, oltre alla violazione dei principi di concorrenza, del principio di autovincolo, dei principi di trasparenza e pubblicità, di immodificabilità dell'offerta, del principio di buona amministrazione e della *par condicio competitorum*;

5. La stazione appaltante, violando il disposto dell'art. 97 del Codice oltre che delle regole cui si è vincolata nel Disciplinare al punto sub 15, non avrebbe verificato la sussistenza di indici di anomalia dell'offerta dell'impresa aggiudicataria.

Il Ministero della Cultura si è costituito allegando una relazione a firma del RUP con la quale ha motivato in ordine alle censure svolte, chiedendo il rigetto del ricorso.

Si è costituita la Ales S.p.A. che ha eccepito il proprio difetto di legittimazione attiva, affermando di essere estranea alla gara di cui si tratta, in quanto la procedura sarebbe stata indetta e gestita dal Ministero della Cultura, chiedendo in subordine il rigetto del ricorso.

Questo Tribunale ha accolto l'istanza di tutela cautelare e ha disposto l'acquisizione di alcuni elementi istruttori.

Nel termine assegnato, la Scudieri International ha prodotto la documentazione relativa alla cittadinanza del Sig. -OMISSIS- -OMISSIS-, il passaporto di quest'ultimo e un parere *pro veritate*.

La società Opera ha successivamente proposto motivi aggiunti con i quali ha impugnato la relazione illustrativa, sostenendo che con quest'ultima si sarebbe integrata la motivazione dei provvedimenti impugnati.

In particolare, oltre a reiterare le argomentazioni proposte, la ricorrente ha sostenuto la violazione degli artt. 68, 94 e 95, del D.lgs. 50/2016, in quanto l'offerta tecnica presenterebbe incompletezze e vizi che avrebbero dovuto condurre alla sua esclusione.

Nel corso del giudizio tutte le parti hanno proposto ulteriori memorie, anche in replica, precisando le rispettive argomentazioni.

All'udienza del 5 aprile 2023, uditi i procuratori delle parti costituite, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va respinto.

1.1 È da respingere il primo motivo del ricorso principale con il quale si sostiene la violazione dell'art. 93, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016, in quanto la società aggiudicataria non avrebbe corredato la propria offerta economica con il deposito di un atto di impegno a rilasciare una garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto.

1.2 A tal fine è dirimente constatare che l'impegno a rilasciare la garanzia fideiussoria non è richiesto dal comma 8 dell'art. 93 del D.lgs. 50/2016 che espressamente esclude, da detto onere, *“le microimprese, piccole e medie imprese”*.

1.3 È necessario ricordare che ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. aa) del D.lgs. n. 50/2016 sono considerate *“medie imprese”* quelle entità che hanno meno di 250 occupati e un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; sono *“piccole*

imprese” le imprese che hanno meno di 50 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; sono “*micro imprese*” le imprese che hanno meno di 10 occupati e un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro.

1.4 Al fine di ritenere non applicabile la disposizione sopra citata è dirimente constatare che la società Scudieri ha un numero di impiegati inferiore a 250 e un fatturato minore di 43.000.000,00 e di conseguenza e ai sensi del D.M. n. 19470 del 18/04/2005, va qualificata media impresa, circostanza quest’ultima che conferma sulla legittimità della scelta operata dalla commissione di non richiedere una polizza fideiussoria.

1.5 È altrettanto non condivisibile l’argomentazione diretta a sostenere che l’amministrazione avrebbe dovuto verificare eventuali pendenze penali sulla Sielna S.p.A., ai sensi del D.lgs. 231/2001 e relative alle indagini che sarebbero in corso nei confronti dell’Amministratore di quest’ultima.

1.6 Dall’esame della motivazione del provvedimento di aggiudicazione e della relazione depositata dall’Amministrazione è possibile evincere che “*sono stati espletati, con esito favorevole, i controlli sul possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati dall’operatore economico primo classificato*” e, ciò, anche con l’ausilio del portale dell’ANAC e mediante apposite istanze rivolte direttamente ed autonomamente agli enti di volta in volta competenti (per citarne alcuni: Procura della Repubblica, portale BDNA, Agenzia delle Entrate).”

1.7 E’ peraltro noto che l’esclusione dev’essere disposta (in questo senso è il primo comma del cit. art. 80 del D.lgs. n. 50/2016) in presenza di “*condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell’articolo 444 del codice di procedura penale*”, circostanze queste ultime che non sono state accertate nella fattispecie in esame.

1.8 Con il secondo motivo si sostiene la violazione dell’art. 5 *duodecies* del Regolamento UE 2022/576, nella parte in cui stabilisce il divieto di aggiudicare appalti e concessioni o di proseguire contratti con “*una persona*

fisica o giuridica, un'entità o un organismo che agiscono per conto o sotto la direzione di un'entità di cui alla lettera a) o b) del presente paragrafo, compresi, se rappresentano oltre il 10 % del valore del contratto, subappaltatori, fornitori o soggetti sulle cui capacità si fa affidamento ai sensi delle direttive sugli appalti pubblici”.

La ricorrente ritiene che detta disposizione sia applicabile nei confronti della società Scudieri International S.r.l., in ragione del fatto che l'organo di amministrazione è composto dai Sigg.ri -OMISSIS- -OMISSIS- e -OMISSIS- -OMISSIS- e, quindi, da due membri (su tre) con cittadinanza russa; il Sig. -OMISSIS- -OMISSIS- è anche Presidente del Consiglio di amministrazione e amministratore delegato, così come è anche amministratore unico della Sielna S.p.A., società che detiene il 90 % del capitale sociale della Scudieri International S.r.l..

1.9 Sempre a parere della ricorrente il divieto di cui all'art. 5 *duodecies* opererebbe in sede di partecipazione alla gara, integrando un vero e proprio requisito di partecipazione che avrebbe dovuto essere verificato in sede di ammissione alla procedura.

2. Detta interpretazione non può essere condivisa, in quanto ha l'effetto di operare un'applicazione estensiva di un divieto, diretto a impedire l'aggiudicazione di appalti nei confronti di società che hanno sede in Russia.

2.1 Sul punto è necessario chiarire che l'odierna contro-interessata è una società di diritto italiano con sede nel territorio nazionale, partecipata dalla Sielna S.p.a. anch'essa società italiana e con soci persone fisiche non cittadini russi.

2.2 Si consideri, infatti, che l'art. 5 *duodecies*, nel sancire il divieto di aggiudicare appalti e concessioni o di proseguire contratti con un'entità o un organismo che agiscono “*per conto o sotto la direzione*” di un soggetto di nazionalità russa, ha l'intento di impedire l'affidamento di contratti pubblici a società che, in virtù della composizione della compagine sociale (lettera b) o in dipendenza da altri vincoli (lettera c), risultino sotto l'influenza dominante di “entità” russe.

2.3 È evidente che una società può dirsi sottoposta alla direzione soltanto di un'altra entità/società, sia essa persona giuridica o fisica e non del proprio amministratore, competente quest'ultimo a svolgere un'attività di gestione sulla base di una delega del consiglio di Amministrazione.

2.4 Una tale interpretazione risulta conforme alla disciplina interna e, ciò, considerando che l'art. 2497 del codice civile precisa che l'attività di "direzione" riguarda i rapporti tra società controllante e società controllata e, quindi, tra più società appartenenti al medesimo gruppo, risultando del tutto distinta dall'attività di gestione che invece concerne la gestione e l'amministrazione della società.

2.5 L'assenza di un effettivo controllo da parte di "un'entità" di nazionalità russa è confermato dal fatto che, né il sig. -OMISSIS- -OMISSIS- né sig. -OMISSIS- -OMISSIS- sono soci della holding che controlla la Scudieri International S.r.l., così come non sono detentori di quote di quest'ultima.

2.6 Nemmeno la circostanza che il sig. -OMISSIS- -OMISSIS- sia al contempo amministratore della società controllante Sielna s.p.a. assume rilievo rispetto alla configurazione di un rapporto di "direzione" tra lo stesso soggetto e la Scudieri International S.r.l.

2.7 Va, inoltre, considerato il carattere eccezionale della disposizione (e dell'intera normativa) che, in quanto tale, non può che essere oggetto di un'interpretazione restrittiva, al fine di evitare ingiustificate e potenzialmente lesive estensioni di un divieto fortemente limitativo dei diritti di iniziativa e libertà commerciale.

2.8 Ne consegue che risulta confermato che l'interpretazione dell'art. 5 duodecies sia quella di impedire l'affidamento di contratti pubblici a società che in virtù della composizione della compagine sociale (lettera b) o in dipendenza da altri vincoli (lettera c) che dimostrino l'influenza dominante di "entità" russe.

2.9 Da respingere è anche il terzo motivo con il quale si sostiene che la stazione appaltante avrebbe violato l'art. 95 comma 10 del D.lgs. 50/2016, in

quanto non sarebbero stati verificati i costi della manodopera e se questi ultimi fossero pari o superiori ai minimi salariali.

3. Sul punto è dirimente constatare che, contrariamente a quanto affermato, la Scudieri International e nella propria offerta economica, ha indicato costi della manodopera pari ad euro 4.060.000,00 e, quindi, per una somma superiore a quella stimata dall'Amministrazione che ammontava ad euro 2.614.427,00.

3.1 Con il quarto motivo parte ricorrente sostiene che l'aggiudicataria avrebbe formulato un'offerta in ribasso in relazione ad entrambi i parametri (canone e royalties) e che, per questo stesso motivo, la Stazione Appaltante avrebbe dovuto escludere l'odierna aggiudicataria.

Tale censura è infondata.

3.2 Nell'offerta economica, a fronte di una base d'asta indicata in euro 96.000,00, la ricorrente ha indicato un'offerta al rialzo pari a euro 1.100,00, importo quest'ultimo che è da sommare (e non da detrarre) al canone posto a base d'asta dall'Amministrazione.

3.3 In questo senso è anche il documento "Relazione economica di accompagnamento al Piano Economico Finanziario", laddove è riportata nuovamente l'offerta avanzata redatta in termini assoluti e per un canone fisso annuo di Euro 97.100 e una Royalty del 15,5% annuo sui ricavi.

3.4 Si consideri, peraltro, che a seguito della proposizione del quesito n. 32, il Ministero della Cultura e la Galleria degli Uffizi hanno avuto modo di chiarire le modalità di presentazione dell'offerta, precisando le voci da indicare e, quindi, sia il canone da intendersi in termini assoluti (comprendente la base d'asta + la somma offerta in aggiunta dall'OE) sia, ancora, il canone da intendersi come mero rialzo offerto.

3.5 Nemmeno sussisteva l'obbligo di svolgere una verifica sull'anomalia dell'offerta (si veda il quinto motivo di ricorso) ai sensi dell'art. 97 del D.lgs. 50/2016, laddove al comma 3 si esonera la Stazione Appaltante dall'obbligo di effettuare la verifica di anomalia, quando l'offerta non raggiunga i quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

3.6 L'Amministrazione ha dimostrato come, nel caso di specie, l'offerta della ricorrente non integrava i presupposti per effettuare la verifica, risultando al di sotto del parametro sopra citato.

Le censure riferite al ricorso principale sono, pertanto, infondate.

3.7 Con le censure contenute nel ricorso per motivi aggiunti la ricorrente, oltre a ribadire le argomentazioni sopra citate, lamenta l'illegittimità dell'aggiudicazione in quanto l'offerta tecnica della Scudieri International S.r.l. presenterebbe incompletezze e vizi che avrebbero dovuto condurre alla sua esclusione, in conformità a quanto previsto dal punto 12.2 e dal punto 14 del Disciplinare.

Anche tale motivo deve essere respinto.

3.8 Sul punto, non solo il ricorrente non ha fornito la dimostrazione della prova di resistenza, ma soprattutto l'Amministrazione ha dimostrato (con la Relazione del RUP depositata in giudizio il 15 marzo 2023) come si fosse in presenza di meri errori materiali, che non comportano la necessità di una nuova valutazione complessiva dell'offerta, così come non comportano, in via automatica, l'erroneità della valutazione finale, dal momento che non integrano gli estremi dell'errore essenziale idoneo a determinare l'inattendibilità del giudizio finale e, conseguentemente, del punteggio assegnato dalla Commissione giudicatrice (in questo senso è Cons. St., sez. III, sent. 23/12/2019, n. 8671).

3.9 Nemmeno si è dimostrato che l'offerta della controinteressata fosse priva di elementi essenziali e, ciò, considerando come sussistevano tutti i requisiti indicati nell'art. 12.2 del Disciplinare di gara, in relazioni ai quali la Commissione ha espresso un giudizio discrezionale e di attribuzione dei relativi punteggi, immune dai dedotti profili di eccesso di potere.

4. In conclusione l'infondatezza di tutte le censure proposte consente di respingere il ricorso principale e i successivi motivi aggiunti, mentre è possibile compensare le spese in considerazione della particolarità della fattispecie esaminata.

P.Q.M.

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

Compensa le spese tra le parti costituite.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare tutti i nominativi riconducibili alla società controinteressata.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2023 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luigi Viola, Consigliere

Giovanni Ricchiuto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Ricchiuto

IL PRESIDENTE
Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.