

N. 04971/2012REG.PROV.COLL.
N. 09373/2011 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9373 del 2011, proposto da:
Siarc S.r.l. - Societa' Industria Alimentare Ristorazione Collettiva,
rappresentato e difeso dall'avv. Francesca Attinà, con domicilio
eletto presso G. Pasquale Mosca in Roma, corso D'Italia N. 102;

contro

Ames Spa Azienda Multiservizi Economici Sociali del Comune di
Venezia, rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Masiani, Stefano
Mirate, Gianpaolo Fortunati, con domicilio eletto presso Roberto
Masiani in Roma, piazza Adriana, 5; Comune di Venezia;

nei confronti di

Ati - Cns Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop, Copra
Ristorazione Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Mariagrazia
Romeo, Matio Sanino, con domicilio eletto presso Studio Legale

Sanino in Roma, viale Parioli, 180; Copra Ristorazione Spa Quale Capogruppo Mandataria Ati, rappresentato e difeso dagli avv. Mariagrazia Romeo, Mario Sanino, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180; Serenissima Ristorazione Spa;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 01657/2011, resa tra le parti, concernente affidamento gestione periodo 1.9.2011-31.8.2014 con possibilità di rinnovo per ulteriori tre anni di alcuni centri di cottura per la preparazione veicolazione e scodellamento dei pasti alle scuole primarie e secondarie di 1° grado del comune di Venezia - ris danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ames Spa Azienda Multiservizi Economici Sociali del Comune di Venezia e di Ati - Cns Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop e di Copra Ristorazione Spa Quale Capogruppo Mandataria Ati e di Copra Ristorazione Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2012 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Attinà, Mirate, Romeo e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato in data 23 maggio 2011, AMES s.p.a. ha indetto un appalto per la gestione di alcuni centri di cottura per la preparazione, veicolazione e scodellamento dei pasti alle scuole primarie e secondarie di 1° grado del Comune di Venezia, per il triennio 2011 – 2014, con possibilità di rinnovo.

L'appalto si è svolto con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 D.Lgs. n. 163/2006.

Alla gara hanno partecipato tre operatori economici: 1) l'A.T.I. composta da Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop (C.N.S.) e COPRA Ristorazione s.p.a.; 2) la SIARC s.r.l. ; 3) la SERENISSIMA Ristorazione s.p.a.

Con deliberazione del Consiglio di Amministrazione n. 11 del 29.07.2011, AMES ha aggiudicato l'appalto all'A.T.I. CNS/COPRA ,con il punteggio complessivo di 93,18.

SIARC s.r.l. si è classificata seconda, con 85,09 punti, mentre Serenissima Ristorazione è giunta terza con il punteggio di 82,26.

Con ricorso al T.A.R per il Veneto SIARC ha impugnato l'anzidetto provvedimento di aggiudicazione e tutti gli atti di gara, chiedendone l'annullamento.

Nel giudizio di prime cure si sono costituite CNS-COPRA, che ha formulato ricorso incidentale, Serenissima Ristorazione ed AMES s.p.a.

Con sentenza n. 1657 depositata l'8 novembre 2011, il T.A.R. adito

ha rigettato il ricorso principale ed ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale promosso da CNS-COPRA.

Avverso la predetta sentenza SIARC ha interposto l'odierno appello chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita in giudizio AMES s.p.a. chiedendo la reiezione dell'appello, siccome infondato.

Si è altresì costituita in giudizio l'ATI CNS-Copra chiedendo parimenti la reiezione del ricorso e proponendo al contempo autonomo ricorso incidentale.

Alla pubblica udienza del 13 marzo 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

2. Con il primo mezzo di censura, SIARC deduce che erroneamente il primo giudice avrebbe ommesso di rilevare la mancata corrispondenza tra requisiti di capacità economica e tecnica da un lato e percentuale di svolgimento del servizio dall'altro.

A suo dire, infatti, mentre il bando prevedeva che la capacità economico – finanziaria e tecnico – professionale venisse distribuita per (almeno) l'80% in capo alla mandataria ed il restante alla mandante, nella propria offerta CNS ha dichiarato che avrebbe svolto solo il 70% del servizio e COPRA il 30%.

Pertanto, la mancata corrispondenza tra percentuale dei requisiti economico – finanziari e tecnico – professionali e percentuale di

svolgimento del servizio avrebbe dovuto determinare l'esclusione di CNS-COPRA.

La censura non è condivisibile.

Ed invero, come correttamente osservato dal T.A.R., altro è il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – professionale richiesti dal bando (almeno l'80% in capo alla mandataria che CNS ha dimostrato di possedere), altro ancora è la percentuale di servizio che le imprese si sono impegnate a svolgere, atteso che l'art. 37, comma 13, del D.Lgs. n. 163/2006 non prevede al riguardo uno specifico e tassativo parallelismo.

Tale articolo, infatti, dispone unicamente che “i concorrenti riuniti in raggruppamento devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”, e non anche che la quota di partecipazione deve corrispondere alla percentuale dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – professionale posseduta.

Ne consegue, pertanto, l'inconducenza della dedotta censura .

3. Con il secondo motivo di appello, SIARC contesta la mancata esclusione dell'aggiudicataria in quanto la società CIR, già consorziata con CNS, si sarebbe in tale veste impegnata ad eseguire parte dell'appalto, fornendo al contempo come società ausiliaria la capacità tecnico – professionale richiesta dal disciplinare di gara (produzione e veicolazione di almeno 500 pasti giornalieri nell'ultimo triennio).

Tale duplice veste si porrebbe in contrasto con gli artt. 37, comma 7, e 49, comma 8,

del d.Lgs. n. 163/2006, che vietano ai concorrenti di partecipare alla gara sia in forma individuale sia in qualità di consorziati, e che inibiscono altresì la contemporanea partecipazione dell'impresa ausiliaria e di quella che si avvale dei suoi requisiti.

La censura non può essere condivisa.

Ed invero, seppur materialmente incaricata dell'esecuzione di una parte del contratto, CIR non assume una propria autonoma individualità nell'ambito del procedimento di gara, al quale ha partecipato solo in qualità di consorziata CNS.

Il rapporto soggettivo, infatti, intercorre tra Stazione appaltante e Consorzio che non opera quale intermediario rispetto ai propri consorziati, bensì quale unico concorrente alla gara.

Così, è CNS ad aver partecipato alla gara in associazione temporanea con COPRA, senza che CIR abbia assunto in tale fase alcuna autonoma posizione soggettiva .

Correttamente, pertanto, il primo giudice ha osservato che la consorziata non ha partecipato alla gara in concorrenza con il consorzio, ma in "simbiosi" con esso (mediante l'impegno ad eseguire una parte dell'appalto) ed in posizione di ausiliarietà, garantendo la capacità tecnico – professionale richiesta dal bando.

4. Con il terzo mezzo di gravame SIARC deduce l'erroneità della gravata sentenza, laddove non ha censurato il fatto che il legale

rappresentante di COPRA ha omesso di dichiarare l'avvenuta emanazione di un decreto penale di condanna da parte del Tribunale di Napoli.

A suo dire, infatti, tale onere sarebbe permastato nonostante l'opposizione fatta al provvedimento, attesa la mancata indicazione dell'esito dell'opposizione stessa.

La censura non ha pregio .

Ed invero, come riconosciuto anche dall'appellante (cfr. pag. 13 del ricorso), l'art. 38, comma 1, del D.Lgs n. 163/2006 prevede l'esclusione del concorrente solo nel caso in cui il decreto penale di condanna sia divenuto "irrevocabile", cosa che nella specie non risulta in capo al legale rappresentante di COPRA, atteso che la proposta opposizione, risultante allo stato ancora sub iudice, ha impedito al provvedimento di divenire irrevocabile.

Né, al riguardo, può assumere rilievo la circostanza per cui l'aggiudicataria si è limitata ad affermare l'avvenuta opposizione al decreto penale, senza precisare quale esito abbia avuto il relativo procedimento .

Tale precisazione, infatti, non doveva obbligatoriamente essere fornita dall'interessata per cui, in base ai principi generali sull'onere della prova, competeva a SIARC di evidenziare la eventuale sopravvenuta irrevocabilità del decreto penale di condanna, producendo il certificato del casellario giudiziale che attestasse tale circostanza .

Senonché tale prova non è stata fornita dall'appellante, risultando quindi la dedotta censura priva di fondamento .

5. Con il quarto motivo di impugnazione l'appellante si duole della mancata esclusione dell'A.T.I. aggiudicataria, per non aver dimostrato di essere nella disponibilità di un centro di cottura con capacità produttiva di almeno 3.000 pasti al giorno, per tutta la durata dell'appalto (fine 2014).

Secondo SIARC il predetto requisito sarebbe mancato sotto due distinti profili: a) in quanto il contratto di locazione dei locali stipulato dalla consorziata CAMST (con la società GEMA) scadrebbe il 31.12.2011; b) in quanto il centro di cottura non rispetterebbe comunque i requisiti previsti dalla legislazione vigente per la produzione dei pasti richiesti.

La doglianza non può essere condivisa .

5.1. Ed invero, quanto al primo profilo va osservato che, per specifica previsione contrattuale, la locazione di durata di 6 anni e con scadenza il 31.12.2011, si sarebbe rinnovata automaticamente per un ugual periodo, salvo disdetta da comunicarsi almeno 12 mesi prima della scadenza.

Senonchè, il locatore GEMA ha espressamente rinunciato alla facoltà di disdetta del contratto, con conseguente rinnovo automatico dello stesso per ugual periodo e quindi sino alla scadenza dell'appalto (e della sua eventuale proroga per ulteriore tre anni).

Né, peraltro, tale circostanza è formalmente contestata

dall'appellante la quale, al riguardo, si limita a dedurre che “ A fronte di tale situazione la CAMST, per soddisfare la richiesta del disciplinare relativa al possesso del requisito del centro di cottura, avrebbe dovuto fare ricorso all'avvalimento...”.

Deduzione all'evidenza inconducente, atteso che la CAMST non aveva alcuna necessità di avvalersi della GEMA in relazione al centro di cottura, essendo già quest'ultimo nella sua piena e formale disponibilità in ragione del richiamato contratto di locazione .

5.2. In ordine al secondo profilo, osserva il Collegio che con la dedotta censura non viene contestato sul piano sostanziale:

- che CNS abbia messo a disposizione un centro cottura della dimensione pari a 1.800 mq;
- che il centro, in ragione di tale dimensione, sia accreditato in base alle linee guida regionali per una produzione giornaliera di 7.200 pasti, di gran lunga superiore ai 3.000 pasti richiesti dal disciplinare di gara;
- che il centro non rispetti gli ulteriori parametri previsti dalla normativa per il suo regolare funzionamento.

La doglianza, invero, si limita a sostenere sul piano formale che CNS non ha dimostrato, con specifica documentazione, che il centro di cottura ha la capacità produttiva di almeno 3000 pasti giornalieri, non ritenendo a tal fine idonea la dichiarazione resa dalla stessa CNS in sede di offerta .

Sennonché, sul piano formale, il disciplinare di gara non prescrive a

pena di esclusione che il predetto requisito debba essere dimostrato con una predeterminata e tassativa documentazione .

Ne consegue che la dichiarazione sostitutiva resa in sede di offerta da CNS ai sensi del DPR 445/00 , in ordine al possesso del requisito in questione, risulta idonea a legittimare l'ammissione dell'offerta stessa, come correttamente ritenuto dalla Commissione di gara .

Nè può essere condiviso l'assunto dell'appellante , secondo cui CNS doveva comunque essere esclusa in applicazione diretta del 2° comma dell'art.48 del D.Lgs 163/2006, non avendo fornito la prova di quanto dichiarato in fase di presentazione della domanda di ammissione alla gara .

Al riguardo, infatti, va rilevato come l'invocata norma disponga la sanzione espulsiva espressamente ed unicamente per il caso in cui l'interessato (l'aggiudicatario per quanto qui interessa) non corrisponda alla richiesta formulata in tal senso dalla stazione appaltante.

Senonché, nel caso di specie, manca una richiesta siffatta, non potendo quindi CNS essere di certo esclusa per non aver corrisposto ad una richiesta insussistente .

6. Con il quinto motivo l'appellante deduce l'illegittimità della gravata sentenza, laddove non ha accolto le censure mosse in primo grado avverso l' operato della Commissione giudicatrice nel valutare la propria offerta tecnica, relative a:

a) l'assegnazione del punteggio alla voce "numero di operatori"

addetti ai centri cottura di S. Elena e S. Girolamo;

b) assegnazione del punteggio per il curriculum;

c) assegnazione del punteggio per le certificazioni richieste dal disciplinare di gara;

d) assegnazione del punteggio per il numero, le caratteristiche tecniche e le dimensioni dei contenitori;

e) assegnazione del punteggio per il programma di verifica e campionamento (ove la Commissione non si è avveduta che SIARC aveva previsto oltre all'analisi microbiologica anche quella chimica per tutti i prodotti);

f) assegnazione del punteggio per le proposte migliorative presentate.

Assume, al riguardo, che l'accoglimento di tutti i profili di censura dedotti le consentirebbe di raggiungere il punteggio complessivo di 93,94 (invece degli 85,09 assegnati), così superando CNS risultata aggiudicataria con 93,18 punti.

La censura non può essere condivisa.

6.1. Ed invero, con riguardo al primo profilo, non v'è motivo di discostarsi da quanto affermato dal Giudice di prime cure, secondo cui l'omessa indicazione del numero di operatori addetti ai centri di cottura di S.Elena e S.Girolamo da parte di SIARC è stata correttamente valutata con "0" punti dalla Commissione.

L'appellante, infatti, non contesta di avere omesso l'indicazione del numero degli operatori addetti ai suindicati centri, ma si limita a precisare che la mancata indicazione deriva dalla circostanza che il

servizio di trasporto sarebbe stato subappaltato a ditta addetta al trasporto su acqua, atteso che i centri stessi non sono ubicati sulla terraferma ma su isole.

Tale circostanza, tuttavia, è del tutto irrilevante ai fini dell'applicazione dei coefficienti relativi alla quantificazione del punteggio .

Per un verso, infatti, la Commissione era tenuta ad esprimere la propria valutazione in base a quanto risultava dai documenti prodotti in sede di gara e, quindi, in base al numero "0" riferito agli operatori addetti al trasporto per i centri in questione .

Per altro verso, poi, SIARC ben avrebbe in ogni caso potuto indicare il numero degli operatori che la subappaltatrice intendeva impiegare nel trasporto, consentendo così alla Commissione di esprimere compiutamente la propria valutazione con riferimento a tale dato .

La doglianza si appalesa quindi infondata.

6.2. Dalla acclarata infondatezza della doglianza, consegue l'irrilevanza degli ulteriori profili di censura dedotti con il motivo in esame per difetto di interesse, in quanto anche se accolti SIARC non potrebbe in ogni caso raggiungere il punteggio conseguito da CNS.

Su tali profili, non vi è dunque motivo di immorare.

7. Con il sesto motivo di appello SIARC lamenta l'erroneità della gravata sentenza, laddove non ha censurato la composizione della Commissione di gara siccome formata, a suo dire, per 2/3 da soggetti non dotati della necessaria competenza "nello specifico

settore cui si riferisce l'oggetto del contratto” .

Assume, al riguardo, che soltanto uno dei tre componenti della Commissione, in quanto Tecnologo Alimentare, era da ritenersi esperto del settore .

La censura non ha pregio .

Ed invero, correttamente il primo giudice ha ritenuto legittima la costituzione della Commissione che, deputata a decidere l'affidamento di un servizio di ristorazione scolastica da rendersi su diverse realtà territoriali (e, quindi, con l'esigenza di valutare anche gli aspetti organizzativi e funzionali del servizio), è stata composta oltre che da un tecnologo alimentare (sicuramente competente a valutare la qualità delle materie prime utilizzate nel servizio) anche dal Responsabile dei servizi di ristorazione e dal Direttore operativo di AMES s.p.a.

Tali figure, infatti, risultano dotate di adeguata qualificazione professionale in relazione alle valutazioni ed alle scelte di carattere tecnico da effettuare sull'idoneità delle imprese concorrenti (per quanto concerne il personale e le attrezzature), nonché sulle modalità da queste rappresentate di attuazione degli interventi necessari ad eseguire l'appalto (con riguardo alla qualità del servizio da rendere) .

8. Con l'ultimo motivo di appello, riproduttivo del settimo motivo dedotto in prime cure, SIARC lamenta la violazione dell'art. 83 D.Lgs. n. 163/2006 in quanto, a suo dire, la Commissione di gara avrebbe specificato e/o integrato i criteri di valutazione indicati dal

bando di gara.

Tale facoltà sarebbe in oggi preclusa, in quanto è compito del bando di gara stabilire oltre ai criteri di valutazione delle offerte, anche, ove necessario, i sub – criteri, i sub – pesi e i sub – punteggi, non residuando alcun margine di discrezionalità in capo alla Commissione.

La censura non è fondata.

Ed invero, secondo l'insegnamento della giurisprudenza amministrativa richiamata dalla stessa appellante, l'invocato art. art. 83 del Codice degli Appalti inibisce alla Commissione giudicatrice di suddividere i criteri valutativi previsti dal bando in dettagliati sottocriteri cui attribuire specifici sottopunteggi, procedendo per questa via ad una formale e sostanziale integrazione e/o modificazione del bando stesso.

Nella specie, però, la Commissione di gara non ha introdotto formalmente alcun nuovo sottocriterio di valutazione nè alcun specifico sottopunteggio da assegnare alle offerte, limitandosi a specificare i fattori che sarebbero stati considerati, nell'ambito dei criteri individuati in sede di *lex specialis*, per valutare le offerte stesse .

Infatti, come risulta dal verbale n. 3 del 25 luglio 2011, prima di aprire le buste contenenti le offerte tecniche, la Commissione ha semplicemente deliberato “che nella seduta odierna verrà anche esposto il metodo che la commissione giudicatrice utilizzerà per la

valutazione delle offerte tecniche laddove il bando non è esaustivo; si allega al presente verbale pertanto la metodologia esposta per l'analisi dell'offerta tecnica".

Correttamente, pertanto, il primo giudice ha osservato che " In realtà la commissione si è limitata ad esporre il metodo che avrebbe utilizzato per valutare le offerte tecniche laddove i criteri del bando erano eccessivamente ampi, sì da circoscrivere la propria discrezionalità nella (successiva) attribuzione del punteggio, fornendo sostanzialmente – mettendo in evidenza i fattori che sarebbero stati considerati – gli elementi della motivazione dei propri giudizi" .

Tale modus agendi, quindi, piuttosto che determinare una formale e sostanziale integrazione e/o modificazione del bando costituisce, sempre come correttamente osservato dal T.A.R., un'operazione con cui la Commissione ha aumentato la trasparenza della procedura, formalizzando "le operazioni retrostanti ai giudizi che sarebbero stati formulati".

9. Per le ragioni esposte l'appello è infondato e come tale da respingere.

Dalla rilevata infondatezza dell'appello consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto da CNS-COPRA, che ha riprodotto in questo grado le censure dedotte con il ricorso incidentale e non esaminate dal Giudice di prime cure in quanto ritenute assorbite dalla pronuncia di rigetto nel merito.

Sussistono giusti motivi, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone :

- respinge l'appello principale proposto da SIARC ;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da CNS-Copra ..

Spese compensate .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Marzio Branca, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)