

N. 02097/2015REG.PROV.COLL.

N. 10542/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
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 10542 del 2014, proposto dalla s.p.a. Serenissima Ristorazione, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi e Mario Calgaro, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;

contro

La s.p.a. Pellegrini, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Brugnoletti e Luca Griselli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

nei confronti di

Il Comune di Pavia;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano, Sezione III, n. 2679/2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di refezione scolastica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della s.p.a. Pellegrini;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2015 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi e Massimiliano Brugnoletti, il secondo anche in dichiarata sostituzione dell'avvocato Luca Griselli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 La s.p.a. Pellegrini, - seconda classificata nella gara indetta dal Comune di Pavia per l'affidamento del servizio di "Refezione Scolastica ed altri utenti" per il periodo dal 1° settembre 2013 al 31 agosto 2019, appalto aggiudicato alla s.p.a. Serenissima Ristorazione (di seguito, la soc. Serenissima) con determinazione comunale del 7 novembre 2013 - impugnava con ricorso al T.A.R. per la Lombardia la relativa aggiudicazione definitiva, unitamente all'atto di nomina della Commissione giudicatrice e agli altri atti del procedimento, e domandava anche il risarcimento dei danni.

Il ricorso veniva affidato a motivi che il Giudice adito avrebbe così sunteggiato.

a) Violazione della *lex specialis* di gara, dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza (art. 2, c. 1, D. Lgs. 163/06); eccesso di potere per travisamento dei presupposti. Nell'offerta tecnica della società aggiudicataria: a) sarebbe stata omessa la produzione dei diagrammi di Gantt in relazione ai Centri disabili (CDD) espressamente inclusi tra le categorie di utenti destinatarie del servizio, peraltro con attribuzione del punteggio massimo previsto; b) l'aggiudicataria avrebbe del tutto omesso di formulare l'impegno, in caso di sostituzione del personale in corso di esecuzione dell'appalto, a mantenere lo stesso livello professionale e di esperienza del personale individuato in sede di offerta.

b) Tutti i vizi di cui al motivo che precede, con riguardo al criterio di valutazione B.1, lett. c), d) ed e) (artt. 6 e 8 del disciplinare); l'offerta della società aggiudicataria non avrebbe dovuto essere ammessa alla valutazione, per essere intrinsecamente contraddittoria e, dunque, non attendibile, in relazione al rapporto addetti / utenti, indicato in maniera diversa da un lato a pag. 19 della relazione tecnica e, dall'altro, dalla piana lettura dei diagrammi di Gantt relativi alle scuole primarie e alle scuole di infanzia riportati a pagg. 3 e 5 dell'offerta, da cui si evincerebbe che il rapporto 1:41 non sarebbe assicurato nei plessi: a) (scuole per l'infanzia): Malcovati (1:60), Manara (1:65), Olevano (1:45), Peter Pan (1:52,5), Vaccari (1:47,5), 8 marzo (1:46,7), e Aquiloni (1:50); b) (scuole primarie): Canna A (1:65), Canna B (1:47,5), De Amicis (1:55), Negri (1:52,5), Vallone (1:49,3), Maestri (1:50), e Carducci (1:50). Inoltre, parte ricorrente principale lamenta, in via subordinata, che il punteggio conseguito dalla società controinteressata sarebbe comunque falsato, tenendo conto che la società ricorrente nella propria offerta avrebbe prospettato un rapporto massimo addetti / utenti, peraltro erroneamente valutato in senso per lei peggiorativo dalla stazione appaltante, mentre la società controinteressata sembrerebbe aver indicato la media dei rapporti addetti / utenti relativi alle singole scuole; parte ricorrente principale deduce in proposito che – in disparte la circostanza che avrebbe dovuto essere indicato il rapporto massimo, e non medio – comunque la Commissione, ai fini dell'assegnazione dei relativi sub-punteggi, avrebbe dovuto utilizzare un parametro omogeneo per tutti i concorrenti (o il valore massimo o il valore medio), ciò che avrebbe comportato un diverso punteggio, più basso, per la società controinteressata.

c) Tutti i vizi di cui ai precedenti motivi, con riguardo al parametro B.1, lett. m), violazione degli artt. 49, 76 -79 del capitolato speciale. L'offerta della società controinteressata non rispetterebbe gli orari di consegna previsti dal Capitolato speciale per quanto riguarda: a) il Nido "Barbieri"; b) le Scuole Primarie Montebolone, Massacra, Maestri e Pascoli, nonché per i CDD Sfad, Betulle, Torchietto e Naviglio, ciò da cui avrebbe dovuto derivare l'esclusione dell'offerta della società controinteressata, risolvendosi in una proposta difforme dall'invito ad offrire.

d) Tutti i vizi di cui ai precedenti motivi, con riguardo al parametro B.3. All'offerta della società controinteressata non sarebbe allegata la scheda merceologica di parte dei prodotti offerti, ciò che avrebbe dovuto comportarne l'esclusione o una adeguata penalizzazione nel calcolo del punteggio.

e) Tutti i vizi di cui ai precedenti motivi, con riguardo ai parametri B.3.b., B.3.c. e B.3.e. L'offerta tecnica della società controinteressata avrebbe conseguito punteggi non dovuti per i prodotti locali convenzionali e biologici, perché per una serie di prodotti offerti la loro qualificazione come locali sarebbe priva di fondamento, non essendosi tenuto conto della provenienza degli ingredienti principali e caratterizzanti, ovvero non essendo dimostrata la loro qualificazione, mancandone la relativa scheda merceologica. Inoltre, per tutti i prodotti indicati come locali, la società controinteressata avrebbe indicato un chilometraggio pari a zero vedendosi così illegittimamente riconoscere il punteggio massimo consentito per tale sub parametro.

f) Violazione del punto 7 del disciplinare di gara, del principio della par condicio, e del principio dell'auto vincolo; eccesso di potere per difetto di istruttoria. L'offerta economica della società controinteressata sarebbe stata predisposta in maniera difforme dal disciplinare di gara; in particolare, avrebbe omissso di indicare alcune voci di costo pur se specificatamente indicate nel citato modello 6 approntato dalla Stazione appaltante. Ciò nonostante, la Commissione giudicatrice, nella seconda seduta pubblica del 5 agosto 2013, avrebbe ritenuto tale offerta economica conforme al disciplinare di gara.

g) Violazione degli artt. 86, 87 e 88 D. Lgs. n. 163/2006, 8 punto B.2 del disciplinare, del principio della par condicio, dell'art. 97 Cost., del principio di imparzialità; eccesso di potere per difetto di istruttoria e per sviamento di potere; violazione del divieto di offerte in rialzo. La Commissione giudicatrice avrebbe ammesso giustificazioni della società controinteressata non fondate su dati oggettivi e dimostrati, ed avrebbe, in sostanza, consentito a tale società di mutare, nei diversi scritti giustificativi, il costo relativo alla manodopera dalla stessa originariamente indicato. In particolare:

g1) non vi sarebbe alcuna pezza giustificativa a dimostrazione dell'importo indicato come costi generali nelle giustificazioni della società controinteressata; questa non avrebbe quindi assolto l'onere in sede di giustificazioni dell'offerta anomala; peraltro, l'importo indicato (euro 209.241,60) non corrisponderebbe a quello indicato in sede di offerta economica, ove, viceversa, le "spese generali" sarebbero state complessivamente indicate, sempre su base annua, nell'importo di euro 284.912,043, superiore di circa euro 75.000 annui rispetto a quello apoditticamente indicato nelle giustificazioni, ciò che determinerebbe una perdita di esercizio, su base annua, pari a euro 38.628.

g2) la società controinteressata avrebbe affermato, con la nota del 29 agosto 2013, di aver calcolato il costo della manodopera parametrando lo stesso non al monte ore indicato nella propria relazione tecnica, ma ad altro e più contenuto monte ore, e sulla base del quale, le sarebbe stato attribuito il miglior punteggio per detta componente dell'offerta tecnica; peraltro, la Commissione giudicatrice avrebbe rilevato la difformità tra le ore indicate in sede di offerta tecnica (n. 487.677 ore complessive) per il funzionamento dell'appalto ed il numero delle ore indicate come ore operative e quantificate nel conto economico in complessive n. 416.520 ore (n. 69.420 ore per 6 anni), avrebbe aggiunto che il numero delle ore deve essere quello indicato nell'offerta tecnica, ma non avrebbe escluso l'offerta della controinteressata, richiedendole di fornire analitica e

statistica dimostrazione, significando nel dettaglio, con riferimento ai dati aziendali, le voci e gli elementi da cui discenda detto minore costo; con nota in data 13 settembre 2013, la società aggiudicataria avrebbe affermato non potersi desumere essere stato indicato un costo medio orario inferiore al costo medio tabellare; tuttavia, la Commissione giudicatrice avrebbe ritenuto, nella seduta del 18 settembre 2013, di desumere che la società controinteressata abbia voluto indicare un costo orario di riferimento inferiore al costo medio tabellare desunto dalle tabelle del Ministero del lavoro, convocandola quindi in contraddittorio; nella seduta del 27 settembre 2013 la società controinteressata avrebbe quindi affermato di aver fatto riferimento ad un monte ore pari a 416.520, che le ore necessarie allo svolgimento del servizio sono n. 81.279,50 annue per un totale complessivo di 487.677 ore e di aver utilizzato un costo orario unitario pari a Euro 16,99, che si discosta da quanto emerge dalle tabelle ministeriali; quindi, con ulteriore nota 3 ottobre 2013, avrebbe giustificato tale importo medio orario di euro 16,99; la Commissione giudicatrice, in data 4 ottobre 2013, avrebbe quindi concluso le operazioni di verifica della congruità dell'offerta risultata aggiudicataria, ritenendo di poter accettare le giustificazioni addotte dalla società controinteressata;

g3) sommando gli importi non giustificati dalla società controinteressata al prezzo ufficialmente offerto dalla medesima Società (€ 18.643.965,54) si otterrebbe un importo superiore alla base d'asta fissata dalla stazione appaltante.

h) In via del tutto subordinata: violazione dell'art. 84 del D. Lgs. 163/2006; violazione dell'art. 97 Cost. Sarebbe illegittima la nomina a commissario di gara della Dott.ssa Testa, dottoranda di ricerca, priva dei necessari requisiti.

Si costituivano in giudizio in resistenza all'impugnativa il Comune di Pavia e la soc. Serenissima.

Questa, a sua volta, proponeva un ricorso incidentale, con cui censurava – fra l'altro – l'ammissione alla gara dell'avversaria e impugnava altresì il 'chiarimento' della Stazione Appaltante del 5 giugno 2013, con il quale sarebbe stata a suo avviso modificata la lex specialis.

Il ricorso incidentale era basato su motivi così riassunti dal T.A.R..

a) Violazione dell'art. 2.2 del disciplinare di gara. La società ricorrente principale non avrebbe presentato le due dichiarazioni di istituti bancari ivi richieste.

b) Violazione dell'art. 2.3 del disciplinare di gara; capacità tecnica; omessa presentazione della dichiarazione attestante il requisito previsto dall'art. 2.3, lettera b), del disciplinare di gara. L'autodichiarazione prodotta dalla società ricorrente principale circa il possesso del requisito soggettivo di capacità tecnica, previsto dall'art. 2.3, lettera b), del disciplinare di gara sarebbe inidonea a provare il requisito di capacità tecnica previsto quale condizione di ammissibilità alla gara dal disciplinare di gara, perché: a) farebbe riferimento allo svolgimento di 1.800.000 pasti, nel triennio 2010 - 2011 - 2012, con più enti pubblici e non con un unico ente pubblico; b) non indicherebbe il nome del committente e il referente del servizio prestato, una breve descrizione del servizio, nonché le date di inizio e termine delle attività, o la percentuale

di avanzamento per i contratti in corso alla data di presentazione della offerta ed il valore economico del contratto.

c) Violazione dell'art. 23 del Capitolato speciale d'onori in relazione all'art 335 del CCNL per i dipendenti delle Aziende del settore turistico.

Ai sensi di tali articoli l'aggiudicatario dovrebbe assumere 26 persone, mentre l'organigramma del centro di cottura comunale presentato dalla società ricorrente principale prevederebbe l'assunzione di 22 addetti.

d) Contraddittorietà e antieconomicità dell'offerta della società ricorrente principale; violazione dell'art 8 del disciplinare di gara. Gli autisti sarebbero conteggiati, per tutta la durata dell'appalto, in maniera diversa a pag. 46 dell'offerta (42.813 ore) e nel diagramma di Gantt del centro di cottura (58.856,32 ore), ciò che renderebbe l'offerta illogica, contraddittoria ed antieconomica.

e) Violazione degli artt. 6 e 8 del disciplinare; errata indicazione del rapporto addetti / utenti nell'offerta. La società ricorrente principale avrebbe calcolato il rapporto addetti / utenti non con riferimento agli utenti iscritti alle singole scuole, ma con riferimento ai pasti erogati nell'anno 2012, mentre il servizio dovrebbe essere predisposto per tutti gli iscritti, non per la media dei presenti. L'offerta avrebbe quindi dovuto essere esclusa; in subordine la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto attribuire un maggiore punteggio alla società controinteressata.

f) Violazione degli artt. 6 e 8 del disciplinare. La società ricorrente principale non avrebbe dichiarato o indicato nulla circa i prodotti offerti in variante per le derrate alimentari.

La domanda cautelare proposta dalla ricorrente trovava accoglimento con ordinanza del 29 gennaio 2014, con la quale veniva sospesa l'efficacia dell'aggiudicazione alla controinteressata.

2 All'esito del giudizio il Tribunale adito, con la sentenza n. 2679/2014 in epigrafe, respingeva il ricorso incidentale dell'aggiudicatario e accoglieva il primo motivo del gravame principale, con l'assorbimento dei sette mezzi residui, e pertanto annullava l'aggiudicazione impugnata. La domanda risarcitoria formulata dalla soc. Pellegrini veniva invece respinta.

3 Seguiva contro tale decisione la proposizione da parte della società soccombente del presente appello alla Sezione.

L'appellante reiterava il secondo motivo del proprio ricorso incidentale, criticando gli argomenti con i quali il Giudice di primo grado lo aveva disatteso; essa, inoltre, contestava l'accoglimento del ricorso principale avversario (oltre a reiterare le proprie precedenti difese rispetto ai motivi dello stesso gravame assorbiti dal primo Giudice).

La soc. Pellegrini, costituitasi nel nuovo grado di giudizio, oltre a dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello avversario, concludendo per la sua reiezione, riproponeva i motivi della propria originaria impugnativa finiti assorbiti e replicava alle difese avversarie in ordine ad essi.

La Sezione con ordinanza del 21 gennaio 2015 accoglieva la domanda cautelare proposta dall'appellante e sospendeva l'esecutività della sentenza impugnata, a salvaguardia della continuità del servizio.

L'appellata insisteva sulle proprie conclusioni.

Alla pubblica udienza del 10 marzo 2015, la causa è stata trattenuta in decisione.

4 La Sezione deve dare preliminarmente atto del passaggio in giudicato, per difetto di gravame sui relativi punti, dei capi della sentenza in epigrafe con i quali sono stati respinti tutti i motivi del ricorso incidentale diversi dal secondo (l'unico coltivato con il presente appello principale) e, per converso, è stata rigettata la domanda risarcitoria della ricorrente principale.

Tanto premesso, l'appello principale è infondato.

5 Il primo dei motivi d'appello ripropone il secondo mezzo dell'originario ricorso incidentale.

5a Tale doglianza si imperniava sull'assunto che l'autodichiarazione prodotta dalla ricorrente principale - circa il possesso, da parte sua, del requisito soggettivo di capacità tecnica previsto dall'art. 2.3, lett. b), del disciplinare di gara - sarebbe stata inidonea a provare la titolarità del requisito, in quanto avrebbe fatto riferimento alla prestazione complessiva di 1.800.000 pasti, nel triennio 2010 - 2012, a più enti pubblici, piuttosto che ad un unico ente committente.

5b Il T.A.R. con la sentenza in epigrafe ha respinto la censura con questa motivazione.

“Relativamente al requisito della fornitura di 1.800.000 pasti, nel triennio 2010 - 2011 - 2012, la stazione appaltante aveva fornito, in data 5 giugno 2013, un apposito chiarimento, ... con cui era stato comunicato che la locuzione di cui all'articolo 2. 3, lett. b), del disciplinare di gara «...Avere esperienza di gestione - effettuata a regola d'arte e con buon esito - un servizi di ristorazione scolastica, di durata non inferiore a 36 (trentasei) mesi continuativi, riferita al periodo 2010 - 2011 - 2012, prestato a favore di un ente pubblico...», andava intesa come «...Avere esperienza di gestione - effettuata a regola d'arte e con buon esito - servizi di ristorazione scolastica, di durata non inferiore a 36 (trentasei) mesi continuativi, riferita al periodo 2010 - 2011 - 2012, prestati a favore di enti pubblici...».

In particolare, era stato specificato che ciò era «...a correzione dei refusi presenti...».

In proposito, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che i chiarimenti dell'amministrazione, in una situazione di obiettiva incertezza, non costituiscono un'indebita modifica delle regole di gara ma una sorta di interpretazione autentica (ex plurimis, Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 2013, n. 341; TAR Lombardia – Milano, Sez. III, 24 settembre 2013, n. 2197).

Applicando tale orientamento al caso di specie, ne consegue l'infondatezza di tale censura, attesa l'obiettiva incertezza derivante dagli errori ortografici presenti nella originaria formulazione della disposizione di cui si tratta.

Né a diversa decisione può indurre l'argomentazione difensiva di parte ... tesa a dimostrare che i chiarimenti dell'amministrazione avrebbero modificato le regole di gara, secondo cui l'effettuazione di un unico appalto per la somministrazione dei pasti avrebbe maggiore difficoltà rispetto a più appalti per la somministrazione dello stesso numero di pasti nel periodo preso in considerazione.

... In proposito, non si può infatti escludere che difficoltà diverse insorgano nell'espletamento di più appalti frazionati per la somministrazione dello stesso numero di pasti in ragione della necessità

di coordinamento, sia sotto il profilo amministrativo che sotto quello gestionale, di più appalti.”

5c Con il presente appello la decisione così motivata viene sottoposta a critica.

L'appellante non contesta che una Stazione appaltante possa chiarire nel corso del procedimento le previsioni della *lex specialis*, quando queste siano equivoche o comunque si prestino ad incertezze interpretative.

Essa esclude, tuttavia, che nella fattispecie sussistesse un simile presupposto, sicché deduce che il preteso “chiarimento” operato dal Comune avrebbe comportato, in realtà, un'inammissibile modificazione delle regole stesse di una gara ormai in corso.

Ha dedotto l'appellante che solo a seguito di tale modificazione la soc. Pellegrini ha potuto partecipare alla gara, giacché questa, mentre non possedeva il requisito dell'effettuazione nel triennio 2010-2012 di uno o più servizi di durata non inferiore a 36 mesi per la fornitura di 1.800.000 pasti a beneficio di un unico ente pubblico, aveva invece affermato di avere prestato servizi di tali caratteristiche a favore di più enti.

Ad avviso dell'appellante, dunque, nel caso concreto non vi era alcuna obiettiva incertezza nella previsione dell'art. 2.3 del disciplinare.

Gli “errori ortografici presenti nella originaria formulazione” della regola si riducevano in realtà, secondo la stessa parte, ad un errore solo, rintracciabile nell'espressione “un servizi”. E questo non avrebbe giustificato la modifica sostanziale della previsione operata invece dall'Amministrazione (oltretutto d'ufficio), la quale aveva adottato una nuova formulazione che non sarebbe rientrata tra le opzioni interpretative consentite dalla regola iniziale.

L'interpretazione autentica effettuata dal Comune non sarebbe stata difatti conciliabile con la previsione originaria, secondo l'appellante, in quanto il testo dell'art. 2.3 sarebbe stato compatibile solo con un servizio/servizi a favore “di un unico ente pubblico”, e non già di più enti pubblici, come era stato invece ammesso in sede di chiarimenti.

5d La Sezione non ritiene che le censure così rivolte avverso la decisione in epigrafe siano fondate.

Tali critiche non vertono sull'identificazione dei principi astratti da applicare quando una stazione appaltante intenda fornire chiarimenti in ordine alle previsioni eventualmente equivoche della propria *lex specialis*, bensì riguardano il modo in cui si presentavano nel caso concreto le clausole originarie della ‘legge di gara’ in rilievo.

A questo proposito si deve però subito dissentire dall'assunto dell'appellante che, nella fattispecie, nel disciplinare facesse difetto il presupposto dell'incertezza.

Non è esatto, in altre parole, che la formulazione dell'art. 2.3, lett. b), del disciplinare non contenesse alcuna formula imprecisa o di interpretazione dubbia e incerta.

Il Collegio deve convenire invece con il T.A.R. sulla “obiettiva incertezza derivante dagli errori ortografici presenti nella originaria formulazione della disposizione di cui si tratta”, la quale, nel richiedere il già menzionato requisito di capacità tecnica occorrente per la partecipazione alla procedura, lo definiva mediante il seguente testo: “...Avere esperienza di gestione - effettuata a regola d'arte e con buon esito - un servizi di ristorazione scolastica, di durata non inferiore a 36 (trentasei)

mesi continuativi, riferita al periodo 2010 - 2011 - 2012, prestato a favore di un ente pubblico con un numero di pasti erogati nel triennio non inferiore a 1.800.000”.

La frase appena riportata presentava un innegabile grado di ambiguità in corrispondenza delle parole “gestione ... un servizi di ristorazione scolastica”, sospese nell’alternativa tra declinazione singolare e plurale (essendo arduo comprendere, in particolare, se con tale testo si fosse voluta esigere una esperienza di “gestione ... in/di servizi”, oppure di “gestione ... di unservizio” unico).

Laddove non pare dubbio che, ove si fosse considerata meritevole di prevalenza l’opzione interpretativa incentrata sul plurale di “servizi”, anche la prosecuzione del testo della norma avrebbe dovuto essere accordata a tale plurale.

La seconda parte della lett. b) dell’articolo era poi almeno altrettanto ambigua, giacché in essa era richiesta, utilizzandosi di nuovo il plurale, l’indicazione “delle date” di inizio e termine dell’attività, o della percentuale di avanzamento per “i contratti in corso”.

Né può accedersi all’assunto dell’appellante che la menzione di “contratti” al plurale sarebbe stata compatibile anche col riferimento ad un unico ente committente, in caso di una pluralità di contratti con il medesimo ente susseguitisi nel triennio 2010-2012. A tale riguardo risulta difatti persuasiva la replica avversaria che, se si fosse acceduto all’idea che i contratti pregressi sarebbero potuti essere anche più di uno, non si comprenderebbe allora perché mai, in tal caso, l’ente committente sarebbe dovuto essere sempre lo stesso, e quindi uno solo.

L’ambiguità della previsione della *lex specialis* smentisce, quindi, l’assunto di fondo dell’appellante che la stazione appaltante sarebbe passata dal prescrivere un solo servizio, in favore di un unico ente committente, per almeno 1.800.000 pasti, al ritenere sufficiente anche una pluralità di servizi in favore di più enti (purché con la medesima entità totale di pasti).

Tale ambiguità giustificava, pertanto, l’intervento operato in funzione di chiarimento della *lex specialis* dalla stazione appaltante.

E immune da vizi è stata la scelta della medesima in favore dell’opzione della declinazione in senso plurale della formulazione dell’articolo, in aderenza al canone del *favor participationis*.

L’appellante deduce, infine, che sarebbe illogica e in contrasto con i principi della comune esperienza la considerazione del primo Giudice circa il non potersi escludere “che difficoltà diverse insorgano nell’espletamento di più appalti frazionati per la somministrazione dello stesso numero di pasti in ragione della necessità di coordinamento, sia sotto il profilo amministrativo che sotto quello gestionale, di più appalti.”

La Sezione non può però non convenire con il Tribunale che la lettura patrocinata dall’appellante, per quanto ragionevole, non era affatto l’unica possibile (e questo voleva essere il semplice senso del passaggio della sentenza impugnata appena trascritto).

Va poi soprattutto osservato che il requisito ridefinito con il chiarimento compiuto dall’Amministrazione non cessava di essere idoneo a denotare il possesso di uno standard di capacità tecnica coerente con le caratteristiche della commessa il cui affidamento andava effettuato.

Né potrebbe sostenersi che la soglia di capacità tecnica richiesta fosse diventata eccessivamente concessiva, dal momento che comunque appena tre ditte hanno preso parte alla procedura.

Questa prima parte del primo motivo d'appello deve pertanto essere respinta.

6a Nell'ambito dello stesso secondo motivo di ricorso incidentale, era stato formulato anche un altro, autonomo profilo di censura.

La soc. Serenissima si era doluta che l'autodichiarazione dell'avversaria riflettente il possesso del requisito in discussione non avesse indicato, come invece richiesto per ogni servizio, il nome del committente e il referente del servizio prestato, una breve descrizione del medesimo, nonché le date di inizio e termine delle attività, o la percentuale di avanzamento per i contratti in corso alla data di presentazione dell'offerta e, infine, il valore economico del contratto.

6b Tale rilievo è stato respinto dal T.A.R. con la seguente motivazione: "...risulta, a tenore anche della produzione della società ricorrente incidentale (documento prodotto sub 3 in allegato al ricorso incidentale) che la società ricorrente principale aveva presentato apposita dichiarazione in cui risultano presenti tutte tali informazioni."

6c Con il presente appello anche questo capo di decisione forma oggetto di contestazione.

La soc. Serenissima, infatti, dopo avere trascritto il testo dell'autodichiarazione avversaria, insiste sulla sua inidoneità a fungere da attestazione della titolarità del requisito più volte detto.

L'autodichiarazione non consentiva di verificare se l'appellata avesse effettivamente erogato, nel triennio, almeno 1.800.000 pasti per ristorazione scolastica. Ciò in quanto -si deduce in questa sede- nell'ambito dell'esperienza richiesta per la partecipazione alla gara non rientravano i pasti forniti agli anziani e/o alle case di riposo, ma solo quelli per le scuole, sicché le indicazioni cumulative dei pasti forniti agli alunni delle scuole e agli anziani, senza scorporare i primi dai secondi, non sarebbero state sufficienti ai fini indicati.

6d Nemmeno questa doglianza può essere condivisa.

L'appellata ha fondatamente eccepito che costituivano deduzioni estranee al contenuto del mezzo introdotto dalla soc. Serenissima in prime cure, e, come tali, integravano degli inammissibili motivi nuovi in appello, sia quella della mancata specificazione del numero dei pasti forniti nell'esecuzione di ciascun contratto, sia quella della mancata distinzione tra ristorazione scolastica e ristorazione degli anziani.

Il ricorso incidentale di primo grado si limitava infatti per questa parte (cfr. le sue pagg. 9-10), in modo del tutto generico, ad ascrivere alla soc. Pellegrini, in blocco, l'omessa indicazione dei dati riflettenti le voci previste dall'art. 2.3 del disciplinare (il nome del committente e il referente del servizio prestato, una breve descrizione del medesimo, nonché le date di inizio e termine delle attività, o la percentuale di avanzamento per i contratti in corso alla data di presentazione dell'offerta e, infine, il valore economico del contratto), senza sollevare alcun problema inerente alla specificità della refezione scolastica rispetto ad altre forme di refezione collettiva.

Vale poi aggiungere che la previsione di gara non esigeva affatto che i concorrenti per ciascun contratto indicassero il numero dei pasti forniti,

reputando evidentemente sufficiente la dichiarazione sostitutiva del dato aggregato triennale dell'avvenuta fornitura di 1.800.000 pasti per ristorazione scolastica: l'appellata ha puntualmente reso tale dichiarazione nei termini richiesti.

7 Il Collegio deve quindi passare alla disamina del secondo motivo di appello.

Con tale mezzo la soc. Serenissima si duole dell'accoglimento, da parte del T.A.R., del primo motivo del ricorso principale avverso.

7a Il motivo accolto verteva sul fatto che nell'offerta tecnica della società aggiudicataria fosse stata omessa la produzione dei diagrammi di Gantt riguardanti i Centri Diurni per Disabili (CDD), i quali ultimi figuravano espressamente inclusi tra le categorie di utenti destinatarie del servizio.

7b Il T.A.R. ha accolto tale rilievo con la seguente motivazione. "Non è in discussione fra le parti che la società controinteressata al ricorso principale non abbia presentato il diagramma di Gantt relativo ai CDD.

Si legge infatti nella memoria di costituzione depositata il 13 gennaio 2014 dalla società controinteressata: «...Per i CDD non era, quindi, necessario produrre il grafico Gantt poichè non era da specificare il numero delle persone addette, i titoli di studio professionali dei soggetti concretamente responsabili della gestione del servizio, (direttore tecnico, dietista, cuoco unico), perchè nei CDD si doveva impiegare una sola persona, addetto mensa, di sesto livello. Serenissima spa per le unità ove erano impiegati più di un addetto ha indicato, per tutte le unità, il diagramma Gantt per consentire alla Commissione giudicatrice di valutare l'organizzazione complessiva del servizio offerto per ciascuna categoria di utenti...».

Il disciplinare di gara dispone in proposito:

- all'art. 4.2.2: «...la Busta "B" (...) dovrà contenere, a pena di esclusione, i documenti, prescritti per la partecipazione alla procedura e per l'ammissione alla gara di cui al successivo paragrafo 6...»;

- all'art. 6: «...La Busta "B" dovrà contenere al suo interno: - l'offerta tecnica, sottoscritta su ogni pagina dal rappresentante legale della ditta concorrente (...) L'offerta tecnica dovrà contenere una relazione tecnica dettagliata (...) con tutti gli elementi da cui desumere la valutazione dell'offerta tecnica...»;

- sempre all'art. 6: «...La relazione deve esplicitare almeno i seguenti punti: 1) ORGANIZZAZIONE a) Organizzazione complessiva del servizio per ciascuna categoria di utenti, rappresentato mediante diagramma di Gantt contenente la descrizione delle attività e del personale in aderenza al CSO (con allegazione di curricula riportanti i titoli di studio e professionali dei soggetti concretamente responsabili della prestazione del servizio (direttore tecnico, dietiste, cuoco unico) con dichiarato impegno, in caso di sostituzione, a mantenere lo stesso livello professionale e di esperienza degli stessi...»;

all'art. 8: «...Per quanto riguarda gli elementi qualitativi i punteggi saranno attribuiti come segue: a)Organizzazione complessiva del lavoro rappresentato mediante diagramma di Gantt contenente la descrizione delle attività in aderenza al CSO ...», assegnando a tale elemento un punteggio massimo di 3.

Da una piana lettura di tali passi del disciplinare si desume che la stazione appaltante ha previsto che la relazione tecnica dovesse contenere tutti gli elementi da cui desumere la valutazione dell'offerta tecnica e che fra questi vi fosse, quale elemento imprescindibile (in ragione della locuzione "La relazione deve esplicitare almeno i seguenti punti") la rappresentazione mediante diagramma di Gantt contenente la descrizione delle attività e del personale.

Inoltre, ne risulta smentita l'argomentazione difensiva della controinteressata, secondo cui non vi sarebbe stata la necessità di predisporre il diagramma per i CDD, atteso che vi avrebbe operato un solo addetto.

L'omessa presentazione del diagramma di Gantt si configura quindi come violazione che la lex specialis di gara sanziona con l'esclusione.

Sul punto, priva di pregio appare l'argomentazione difensiva del Comune resistente secondo cui «Ciò che la lex specialis di gara prescriveva a pena di esclusione, pertanto, era esclusivamente la produzione di una relazione tecnica dettagliata e non lo specifico contenuto della stessa» (memoria depositata il 10 gennaio 2014, pag. 5), atteso che così opinando, la relazione potrebbe non contenere quanto richiesto come imprescindibile, senza che ciò determinasse la sanzione espulsiva, ciò che svuoterebbe di contenuto la previsione sanzionatoria del disciplinare e potrebbe rendere, in ipotesi, impossibile la valutazione delle offerte.

Né ha pregio l'argomentazione del Comune resistente secondo cui la previsione espulsiva in ragione dell'omessa presentazione del diagramma di Gantt sarebbe nulla ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del D. Lgs. 163/2006, atteso che il disciplinare prevede che la valutazione dell'offerta tecnica debba avere ad oggetto anche l'organizzazione complessiva del servizio per ciascuna categoria di utenti, e che tale organizzazione sia rappresentata mediante diagramma di Gantt contenente la descrizione delle attività e del personale.

La mancanza del diagramma di Gantt determina quindi l'impossibilità di valutare l'offerta tecnica secondo le previsioni del disciplinare di gara.

Né, attesa la chiarezza della disciplina di gara, possono ritenersi desumibili aliunde le informazioni che avrebbero dovuto essere contenute nel diagramma.

Tali considerazioni rendono priva di interesse la questione circa l'applicabilità o meno dell'art. 46, comma 1-bis, del D. Lgs. 163/2006, ad appalti della tipologia di quello oggetto di ricorso, sollevata da parte ricorrente principale.

... Di qui l'accoglimento della domanda annullatoria del ricorso principale.”

7c Il capo di sentenza così motivato è attinto con il presente appello (pagg. 19-20) dalle seguenti osservazioni critiche.

Il primo Giudice non avrebbe compreso il significato e la funzione del diagramma di Gantt.

Il Tribunale non avrebbe precisato quale apporto ulteriore quest'ultimo avrebbe potuto fornire rispetto all'indicazione, da parte della soc.

Serenissima, della presenza per ogni CDD di un operatore di sesto livello per tre ore al giorno e cinque giorni alla settimana, indicazione che non poneva l'esigenza di valutare alcun coordinamento fra figure professionali.

L'affermazione del T.A.R. che "La mancanza del diagramma di Gantt determina ... l'impossibilità di valutare l'offerta tecnica secondo le previsioni del disciplinare di gara" sarebbe stata, pertanto, "astratta dalla realtà processuale".

Il Comune sarebbe stato invece in grado di compiere tale valutazione, in mancanza, presso ogni CDD, di più figure professionali da coordinare. Infine, l'affermazione del Giudice di prime cure che "L'omessa presentazione del diagramma di Gantt si configura ... come violazione che la lex specialis di gara sanziona con l'esclusione" sarebbe stata "severa e formalistica", oltre che non comprensibile in rapporto all'elasticità usata invece dal Tribunale sul terreno della dimostrazione da parte dell'avversaria del requisito di capacità tecnica.

7d Neppure queste deduzioni possono ottenere uno scrutinio favorevole.

Il disciplinare di gara richiedeva la produzione di un diagramma di Gantt per illustrare "l'organizzazione complessiva del servizio per ciascuna categoria di utenti" (art. 6), e tra le diverse categorie contemplate dalle previsioni di gara era annoverata, appunto, quella degli "Utenti CentriDiurni per Disabili" (CDD) (cfr. l'art. 3 del capitolato speciale). E' incontestato, inoltre, che l'appellante per quest'ultima categoria di utenti non abbia sottoposto all'Amministrazione il diagramma richiesto. Ciò premesso, la soc. Serenissima non ha dedotto che il diagramma in questione per i CDD "non potesse" essere elaborato, ma semplicemente che esso non sarebbe in concreto servito, in quanto non avrebbe potuto apportare alcuna particolare utilità.

E' però evidente che un concorrente non possa, in via di principio, essere ammesso a sostituirsi alla stazione appaltante, che nella specie aveva richiesto il diagramma per ciascuna categoria di utenti senza eccezioni, nel valutare l'utilità degli adempimenti richiesti per la gara; né tantomeno esso può arbitrariamente pretendere di scegliere -senza conseguenze- le previsioni cui ottemperare, adoperando il metro del proprio personale apprezzamento dell'utilità rivestita da ciascuna.

Né ha pregio la critica di parte che il Tribunale avrebbe ommesso di precisare l'apporto che il detto diagramma nello specifico avrebbe potuto fornire, giacché, a tutto concedere, sarebbe stato semmai onere di parte quello di dimostrare con puntualità e completezza l'allegata inutilità in concreto dell'adempimento ommesso: onere rimasto invece inadempito. Va sottolineato, inoltre, che l'appellante non ha contestato la valenza escludente della propria omissione sul rilievo che questa potesse rilevare unicamente ai fini della determinazione del punteggio assegnabile per la voce di offerta in discussione. Né sono state proposte, da parte sua, contestazioni specifiche sui passaggi della sentenza di prime cure con cui il T.A.R. ha escluso che la comminatoria di esclusione connessa alla previsione in esame fosse in conflitto (come veniva sostenuto allora dalla difesa comunale) con il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006.

Le conclusioni raggiunte sui detti punti dal primo Giudice non sono quindi suscettibili di riesame.

La conclusione del Tribunale che la mancata presentazione del diagramma integrava una violazione sanzionata dalla lex specialis con l'esclusione è stata criticata, in questa sede, solo assumendo che essa

sarebbe stata “severae formalistica”, oppure adducendo un parametro non pertinente, quello della maggiore “elasticità” impiegata dal Tribunale su un terreno concettuale del tutto diverso, quale quello della definizione del requisito di capacità tecnica occorrente per la partecipazione alla gara (tema rispetto al quale valgono, invece, le ragioni tecniche qui esposte nel paragr. 5d).

Sicché le deduzioni offerte dall’appellante non sono idonee a delineare l’esistenza di vizi logici nell’articolata motivazione che sorregge la sentenza impugnata.

Ne consegue che anche il secondo motivo di appello risulta infondato.

8 Per quanto precede, in conclusione, l’appello deve essere respinto.

Non vanno pertanto esaminati i motivi del ricorso originario di primo grado, assorbiti dal TAR e riproposti in questa sede dall’appellata.

Si rinviengono, tuttavia, ragioni tali da giustificare anche per questo grado di giudizio la compensazione delle spese processuali tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello in epigrafe n. 10542 del 2014, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese processuali del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 10 marzo 2015 con l’intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti,	Presidente
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti,	Consigliere
Antonio Bianchi,	Consigliere
Nicola Gaviano,	Consigliere, Estensore
Luigi Massimiliano Tarantino,	Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2015

IL SEGRETARIO

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