

N. 05297/2014REG.PROV.COLL.
N. 01344/2014 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 1344 del 2014, proposto dalla s.r.l. Bioristoro Italia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Michela Reggio D'Acì, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma, via degli Scipioni, n. 288;

contro

il Comune di Sant'Angelo Romano, non costituito in giudizio;

nei confronti di

la Cooperativa Italiana di Ristorazione Società Cooperativa (CIR Food s.c.), in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gianmarco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele, n.18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - Roma Sezione II *bis* n. 1593/2014, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio della mensa scolastica per l'anno 2013/2014 - mcp

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale della società cooperativa CIR Food;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2014 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Reggio D'Acì e l'avvocato Pafundi, per delega dell'avvocato Dalli Cardillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I.- Il Comune di Sant'Angelo Romano indiceva una gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per l'anno scolastico 2013 – 2014.

Il bando di gara, tra l'altro, e per quanto qui di interesse, al punto 5 imponeva alle imprese di attestare il possesso di un deposito alimentare certificato UNI EN ISO 9002 e UNI EN ISO 2200 entro il raggio di 30 Km dalla sede dell'ente committente e il possesso della certificazione UNI EN ISO 14001:2004 ed al punto 16 dell'Allegato A al bando prevedeva l'allegazione di copia conforme dell'originale della suddetta certificazione.

Tra i criteri per l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, erano previsti quattro punti per l'organizzazione del servizio di sanificazione.

I.1- Alla gara partecipavano la società cooperativa CIR Food e la s.r.l. Bioristoro Italia.

All'esito della valutazione delle offerte alla CIR Food veniva assegnato il punteggio di 90 e alla s.r.l. Bioristoro il punteggio di 99,80.

I.2- In seguito all'informativa della CIR Food dell'intento di proporre ricorso per l'esclusione dalla gara della s.r.l. Bioristoro per mancanza dei requisiti richiesti dal bando di gara, la commissione di gara nella seduta pubblica del 16 ottobre 2013 decideva di annullare in autotutela le precedenti determinazioni e di disporre l'esclusione dalla gara della s.r.l. Bioristoro per la mancata produzione della certificazione di qualità UNI EN ISO 14001:2004 in corso di efficacia, espressamente richiesta dal bando di gara a pena di esclusione tra i requisiti speciali di partecipazione.

II. Con ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, rubricato al n. 10375 del 2013, la s.r.l. Bioristoro impugnava il provvedimento di esclusione ed il provvedimento di aggiudicazione del servizio alla s.c. CIR Food, nonché gli atti del procedimento e il bando di gara limitatamente al paragrafo 5, deducendo la violazione e falsa applicazione degli articoli 46 e 48 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 43 del d. P.R. n. 445 del 2000 e della *lex* di gara, relativamente ai punti 5 e 16 dell'allegato al bando di gara, in quanto la

certificazione UNI EN ISO 14001 2004 era stata rinnovata con decorrenza dalla data di scadenza (30 giugno 2013), sicché ne era in possesso, pur non disponendo al momento della partecipazione della certificazione aggiornata.

II.1- La s.c. CIR Food proponeva ricorso incidentale, con il quale impugnava gli atti di gara nella parte in cui l'offerta della s.r.l. Bioristoro era stata ammessa alla gara malgrado: a) la mancanza del requisito concernente la sanificazione; b) la mancata dichiarazione *ex art. 38* del direttore tecnico preposto al servizio di sanificazione; c) la mancanza del requisito relativo alla disponibilità di un centro cottura e deposito alimentari in possesso di certificazione ISO 9001 e 22000 ed ubicato entro 30 chilometri dal plesso scolastico, avendo la s.r.l. Bioristoro indicato nel proprio progetto i locali di Mentana a differenza di quanto autocertificato nella domanda di partecipazione in cui era indicato il centro cottura e deposito alimentari del Comune di Guidonia Montecelio.

In via gradata, la società ricorrente lamentava l'illegittima assegnazione alla s.r.l. Bioristoro di quattro punti per il criterio relativo all'organizzazione del servizio di sanificazione.

II.2- Il I Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione II *bis* con sentenza n. 1593 del 10 febbraio 2014 accoglieva il ricorso incidentale della s.c. CIR Food, ritenendo fondata la censura relativa alla mancanza della disponibilità del centro cottura e deposito alimentari entro 30 chilometri dal plesso scolastico e dichiarava improcedibile il ricorso principale della s.r.l. Bioristoro, compensando

tra le parti le spese di giudizio.

Ad avviso del TAR, l'indicazione nella relazione tecnica della Bioristoro del deposito e centro di cottura del Comune di Mentana e non del centro di cottura di Guidonia Montecelio, indicato in sede di autocertificazione, integrava una difformità dell'offerta rispetto alle previsioni del bando, tale da comportare l'esclusione dalla gara.

III. La s.r.l. Bioristoro ha impugnato la sentenza del TAR n. 1593 del 2014, chiedendone la riforma per *error in iudicando* per violazione e falsa applicazione degli articoli 46 e 48 del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione del paragrafo 5 del bando di gara; motivazione erronea e perplessa ed eccesso di potere sotto diversi profili, in quanto la sentenza non avrebbe tenuto in conto la circostanza che la società avesse attestato il possesso del requisito della disponibilità del centro cottura e deposito alimentari di Guidonia Montecelio in regola con i requisiti igienico sanitari previsti dal Regolamento CE 852/2004, ubicato entro 30 chilometri dal plesso scolastico da servire ed in possesso delle certificazioni UNI EN ISO 9001 e UNI EN ISO 22000, e che l'indicazione nella relazione tecnica del centro cottura e deposito del Comune di Mentana andava ricondotta a mero errore materiale.

La s.r.l. Bioristoro ha, poi, riproposto i motivi dedotti con il ricorso di primo grado dichiarato improcedibile dal TAR, in relazione all'illegittimità della propria esclusione dalla gara per la mancata produzione della certificazione di qualità UNI EN ISO 14001:2004 in corso di efficacia.

Precisamente:

violazione e falsa applicazione degli articoli 46, comma 1 e 48, comma 2, del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 43 del d. P.R. n. 445 del 2000 e la violazione della *lex* di gara e dei principi generali in materia di pubbliche gare, atteso che la certificazione di qualità era in corso di rinnovo e il rinnovo era avvenuto senza soluzione di continuità e ne era stata fornita prova con il deposito del relativo documento trasmesso alla commissione di gara con nota dell'11 ottobre 2013;

violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 1 *bis*, del d. lgs. n. 163 del 2006 e falsa applicazione del bando di gara (art. 5 del bando di gara e punto 16 dell'allegato A al bando di gara); violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare ed eccesso di potere sotto diversi profili, non rientrando l'ipotesi della produzione di certificazione di qualità scaduta tra quelle sanzionate dalla norma citata con la esclusione.

III.1- La società cooperativa CIR Food ha contestato le censure della società appellante ed ha proposto appello incidentale, con il quale ha riproposto le censure dedotte con il ricorso incidentale di primo grado e non esaminate nella sentenza.

III.2- Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e alla pubblica udienza dell'8 luglio 2014, il giudizio è stato trattenuto in decisione.

IV.- Oggetto del giudizio di primo grado è l'esclusione dalla gara della s.r.l. Bioristoro disposta dalla stazione appaltante per mancanza della certificazione di qualità in corso di validità.

La sentenza impugnata non ha affrontato tale questione, avendo ritenuto - in accoglimento del ricorso incidentale - la sussistenza di un'altra causa di esclusione, ravvisata nel mancato possesso del requisito previsto a pena di esclusione dal punto 5 del bando di gara relativo alla *“disponibilità di un centro cottura e deposito alimentari in possesso dei requisiti igienico sanitari previsti dal Regolamento CE 852/2004 ubicati entro 30 Km dal plesso scolastico da servire ed in possesso delle certificazioni UNI EN ISO 9001 e UNI EN ISO 22000”*.

IV.1- Con l'appello principale la s.r.l. Bioristoro assume l'erroneità della sentenza per violazione degli articoli 46 e 48 del codice dei contratti pubblici e per motivazione erronea e perplessa.

Ritiene la Sezione che il motivo è fondato, sicché va respinto il motivo del ricorso incidentale invece accolto dal TAR.

La s.r.l. Bioristoro aveva attestato il possesso del requisito in questione a mezzo autocertificazione con la quale dava atto: a) della disponibilità del centro cottura – deposito alimentare del Comune di Guidonia ubicato a 17 chilometri dal plesso scolastico del Comune di Sant'Angelo; b) che per il centro cottura era in possesso dei requisiti igienico sanitari e delle certificazioni ISO 9001 e ISO 22000, come richiesti dal bando di gara.

Tuttavia, in un punto dell'offerta tecnica (pag. 22) si faceva riferimento ai locali delle scuole elementari di Mentana.

Il TAR ha valutato tale circostanza alla stregua di “difformità dell'offerta” rispetto alle previsioni di gara corrispondente ad un vizio idoneo a determinare la comminatoria dell'esclusione nel rispetto

della *par condicio* dei concorrenti, a maggior ragione, perché prevista dalla *lex specialis* di gara ed insuscettibile di soccorso istruttorio.

IV.2 - Ritiene la Sezione che il percorso logico motivazionale del TAR non risulta in linea con le norme e i principi che sottendono le pubbliche gara, atteso che la contraddizione presente nell'offerta della s.r.l. Bioristoro, ove avesse ingenerato dubbi, si sarebbe potuta superare dalla richiesta di chiarimenti o di integrazione ai sensi degli articoli 46 e 48 del codice dei contratti pubblici, sussistendo i presupposti del soccorso istruttorio.

Invero, in presenza di un errore materiale nella composizione dell'offerta di immediata percezione, la richiesta di chiarimenti o di integrazioni si impone alla luce del chiaro disposto dell'articolo 46, co. 1 *bis*, del codice dei contratti pubblici e dei principi affermati dall'Adunanza plenaria n. 9 del 2014.

In base a tali principi, nel caso in esame, a fronte del chiaro ed inequivoco tenore della dichiarazione resa dalla s.r.l. Bioristoro circa il possesso dei requisiti, la difforme indicazione del centro cottura contenuta in un sol punto dell'offerta tecnica (la relazione tecnica a pagina 12 indicava il centro di Guidonia e a pag. 22 quello di Mentana) era chiaramente riportabile alla fattispecie dell'errore materiale, come esattamente valutato dalla commissione di gara, che non ha ritenuto nemmeno di chiedere integrazioni o chiarimenti sul punto, attesa la evidente natura di refuso o *error calami*.

Ne consegue che erroneamente la sentenza impugnata ha configurato la fattispecie alla stregua di difformità dall'offerta, rilevante ai fini

dell'esclusione dalla gara, sicché – in riforma della sentenza del TAR – va respinta la censura del ricorso incidentale di primo grado, accolta dal TAR.

V.- Vanno ora esaminati i motivi del ricorso principale della s.r.l. Bioristoro, con i quali è censurata la esclusione dalla gara disposta dalla commissione di gara, non esaminati dal giudice di primo grado (che ha dichiarato improcedibile il medesimo ricorso, in ragione della statuizione di accoglimento del ricorso incidentale, riformata nel § IV.2).

V.1- La commissione di gara ha contestato alla Bioristoro di aver prodotto - a comprova dei requisiti di capacità tecnica necessari per la partecipazione alla gara – la copia conforme della certificazione UNI EN ISO 1400 :2004 non in corso di efficacia (verbale del 16 ottobre 2013).

La s.r.l. Bioristoro aveva reso la dichiarazione del possesso della suddetta certificazione nei termini indicati dall'allegato del bando, che ne consentiva l'attestazione a mezzo autocertificazione, ed aveva anche allegato il certificato ISO 14001 in suo possesso, perché richiesto dal bando, e, quindi, quello con data di scadenza al 30 giugno 2013, in quanto non ancora in possesso del certificato già rinnovato con decorrenza 30 giugno 2013.

Nel corso della prima seduta del 2 settembre 2013, la società aveva depositato l'attestato dell'ente certificatore dell'esito positivo della verifica del rinnovo, effettuata in data 26 giugno 2013 (cfr. nota depositata alla commissione di gara) e che retroagiva al 30 giugno

2013.

La sezione ritiene che in tal modo la società aveva rispettato la previsione del bando di gara, essendo consentito alle imprese di partecipare alle gare nella fase di rinnovo della certificazione di qualità, restando l'aggiudicazione subordinata all'esito positivo della verifica (Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375; 8 settembre 2010, n. 6506; parere AVCP n. 45 del 10 aprile 2013).

Quanto alla produzione del certificato scaduto, diversamente da quanto affermato dalla commissione di gara e dall'appellante incidentale, essa ben poteva essere oggetto di integrazione documentale, atteso che siffatta integrazione serviva soltanto a provare che l'offerta era sin dall'inizio conforme alla *lex* di gara: la dichiarazione sul possesso del requisito integrava quel principio di prova ritenuto sufficiente dalla giurisprudenza per consentire l'integrazione documentale, dovendosi in considerare altresì che la stazione appaltante poteva direttamente accedere al sito dell'ente accertatore e verificare la posizione della concorrente circa il requisito in questione.

Diversamente opinando, si introdurrebbe in sede amministrativa una ragione di esclusione in contrasto con il principio (previsto dall'art. 46 *bis*) della tassatività della cause di esclusione, per di più sproporzionata rispetto alle esigenze della amministrazione aggiudicatrice.

In conclusione, considerato che il rinnovo del certificato di qualità è stato chiesto prima della sua scadenza e che la verifica positiva vi è stata prima della data di scadenza per la presentazione delle offerte, e

che delle circostanze è stata fornita prova, deve ritenersi che la s.r.l. Bioristoro era in possesso del requisito della certificazione di qualità richiesto dal bando di gara, sicché essa illegittimamente è stata esclusa dalla gara.

VI.- Vanno ora esaminati gli altri motivi del ricorso incidentale di CIR Food, assorbiti nella sentenza impugnata e riproposti con l'appello incidentale.

VI.1- Assume l'appellante incidentale che l'esclusione della s.r.l. Bioristoro dalla gara andava disposta non solo per aver prodotto un certificato scaduto, ma anche per aver presentato una dichiarazione non veritiera sul possesso della certificazione di qualità.

L'assunto è infondato.

Non sussiste, infatti, l'asserita non veridicità della dichiarazione, atteso che la dichiarazione circa il possesso della certificazione di qualità corrispondeva al vero, essendo stata rilasciata in data antecedente la scadenza del termine di presentazione dell'offerta la verifica dell'ente certificatore.

VI.2- L'appellante incidentale sostiene che la s.r.l. Bioristoro fosse carente del requisito della capacità tecnica a svolgere il servizio di sanificazione, disinfestazione e derattizzazione e che non sarebbe, pertanto, legittima l'assegnazione di 4 punti per l'organizzazione del servizio di pulizia e sanificazione.

Entrambi i motivi sono infondati.

Le relative censure non investono profili di legittimazione alla partecipazione alla gara della s.r.l. Bioristoro, atteso che in nessun

punto del bando di gara o del disciplinare si fa riferimento al possesso delle autorizzazioni o delle abilitazioni necessarie per lo svolgimento dei servizi di sanificazione quali requisiti di capacità tecnica per lo svolgimento dell'appalto, il cui oggetto riguarda esclusivamente lo svolgimento del servizio di ristorazione collettiva, ma alla valutazione dell'offerta.

Infatti il bando di gara (punto 5) richiede solamente “*il possesso del certificato di iscrizione alla Camera di Commercio... da cui risulti che l'impresa è in attività per il servizio di ristorazione collettiva*”, oltre il possesso di alcune certificazioni di qualità collegate all'esercizio del medesimo servizio, per le quali non v'è contestazione.

Ne consegue l'infondatezza anche della censura della mancata dichiarazione *ex art. 38* del codice dei contratti da parte del preposto alla gestione tecnica dei servizi di sanificazione, disinfestazione e derattizzazione ai sensi dell'art. 2 del d.m. n. 274 del 1997.

Il riferimento dell'art. 38 alla figura del direttore tecnico vale sì a richiamare anche la condizione di coloro che rivestano una posizione simile rispetto al settore operativo nel quale la commessa si iscrive, ma non anche tutti i preposti tecnici ai settori di attività implicate solo del tutto marginalmente o per nulla nell'attività esecutiva dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011, n. 6136).

E' pertanto da escludere che l'affidamento del servizio di ristorazione implichi la necessità di dotarsi di un preposto tecnico di cui all'art. 2 del d.m. n. 274 del 1997; né può assumere qualche rilevanza la sua mancata dichiarazione ai fini del possesso dei requisiti di cui all'art. 38

citato.

VI.3- Quanto al punteggio di 4 punti assegnato all'offerta tecnica della s.r.l. Bioristoro per l'organizzazione del servizio di sanificazione, la censura è inammissibile per carenza di interesse, atteso che, quand'anche venisse azzerato tale punteggio, resterebbe il divario tra la valutazione delle due offerte significativo per l'aggiudicazione della gara alla s.r.l. Bioristoro.

Per le ragioni esposte, va respinto l'appello incidentale di CIR Food e va accolto l'appello principale della s.r.l. Bioristoro e, per l'effetto, va riformata la sentenza impugnata.

Le spese dei due gradi di giudizio possono essere compensate tra le parti, in considerazione della peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, respinge l'appello incidentale e accoglie l'appello principale n. 1344 del 2014 e, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado della s.r.l. Bioristoro n. 10375 del 2013.

Spese compensate dei due gradi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2014

IL SEGRETARIO

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