

Pubblicato il 09/02/2021

**N. 01214/2021 REG. PROV. COLL.
N. 07320/2020 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 7320 del 2020, proposto da New Food soc. coop. sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

contro

Comune di Cardito, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Fulvio Pellegrino e Massimo Pellegrino, con domicilio digitale come da registri di Giustizia;

nei confronti

Global Service S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sez. II, n. 3225/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Cardito;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, conv. in l. 18 dicembre 2020, n. 176, il Cons. Giovanni Grasso, nessuno è comparso per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con determina a contrarre n. 330-226 del 15/07/2019 il Comune di Cardito indiceva una procedura telematica aperta per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del “*servizio di fornitura e distribuzione pasti, apparecchiatura tavoli, riordino e pulizia mense scolastiche della scuola dell'infanzia*”.

Alla gara partecipava, unitamente ad altri cinque concorrenti, l'odierna appellante New Food s.c.s., la cui offerta veniva, tuttavia, ritenuta carente dalla commissione giudicatrice in quanto non accompagnata (anche all'esito del disposto soccorso istruttorio) dalla *certificazione di qualità* relativa al *centro di cottura* individuato per l'esecuzione dell'appalto, richiesta dalla *lex specialis*, a pena di esclusione, quale requisito di idoneità professionale (art. 8.2.1. lett. b) e c) del bando).

Per tal via, con nota prot. n. 10441 del 06/09/2019, ne veniva disposta l'estromissione dalla procedura.

2.- Avverso tale determinazione la società insorgeva con ricorso dinanzi al TAR per la Campania, integrato dall'articolazione di motivi aggiunti avverso la successiva aggiudicazione disposta a favore della controinteressata Global Service s.r.l..

Nel rituale contraddittorio delle parti con sentenza n. 3225/2020 il TAR adito respingeva il ricorso.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, New Food s.c.s. impugna la ridetta statuizione, di cui lamenta la complessiva erroneità ed infondatezza, invocandone l'integrale riforma.

Si è costituito, per resistere al gravame, il Comune di Cardito.

Alla pubblica udienza del 14 gennaio 2021, la causa è stata riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è infondato e a va respinto.

L'infondatezza nel merito delle formulate ragioni di doglianza vale ad esimere il Collegio dalla disamina della preliminare eccezione di inammissibilità, articolata dal Comune appellato.

2.- Importa ribadire che l'esclusione dell'appellante è stata disposta in quanto la stessa, anche all'esito del soccorso istruttorio esperito dalla stazione appaltante, non ha provato di possedere la condizione di ammissione di cui all'art. 8.2.1 lett b) del bando di gara, che espressamente richiedeva la *“disponibilità di un centro cottura e di un deposito alimentari in possesso dei requisiti igienico sanitari previsti dal Regolamento CE 852/2004 ubicati entro 30 minuti dalla Casa Comunale ed in possesso delle certificazioni UNI EN ISO 9001”*.

In proposito, il primo giudice ha ritenuto:

- a) che non fosse in discussione il principio, consolidato in giurisprudenza, secondo cui la disponibilità di un centro di cottura avente una determinata localizzazione non possa considerarsi alla stregua di un *requisito soggettivo di partecipazione* (né generale, né speciale), trattandosi di una mera *“modalità di esecuzione della prestazione”*;
- b) che, nondimeno, nel caso di specie l'appellante – che aveva dichiarato l'attuale disponibilità di un centro di cottura *“regolarmente autorizzato per la produzione di pasti da asporto”* – aveva omesso non solo di *documentare*, ma anche di *attestare*, il possesso, relativamente al centro in questione, delle certificazioni di qualità espressamente richieste, a pena di esclusione, dal bando di gara (essendosi, sul punto, limitata a valorizzare il contratto di avvalimento stipulato con la Social Coop s.c.s., genericamente riferito alla messa a disposizione delle risorse economiche, finanziarie, tecniche, organizzative ed

umane, complementari a quelle già in possesso, utili e necessarie al corretto svolgimento dell'appalto).

2.1.- L'appellante lamenta *error in iudicando*, per violazione e falsa applicazione di legge (in relazione agli artt. 83, 89 d.lgs. 50/2016), della *lex specialis* (art. 8.2.1 lett. b) del bando di gara) ed per eccesso di potere sotto plurimo profilo.

A suo dire:

a) sarebbe illogico (prima ancora che illegittimo) ritenere che, per un verso, il centro di cottura non dovesse essere nella disponibilità del concorrente al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte (essendo lo stesso correttamente considerato requisito di esecuzione, in ordine al quale deve ritenersi sufficiente una mera dichiarazione di impegno) e poi ritenere, allo stesso tempo, che le relative certificazioni di qualità dovessero essere dichiarate già al momento della presentazione dell'offerta, implicando siffatta attestazione una situazione di *attuale* possesso;

b) sarebbe, inoltre, ultroneo (e, quindi, sostanzialmente sproporzionato) pretendere tale *ulteriore* ed *aggiuntiva* dichiarazione, a fronte di un idoneo contratto di avvalimento, sia pure depositato all'esito del soccorso istruttorio, già accompagnato dalle relative (e comprensive) certificazioni di qualità.

2.2.- Il motivo non coglie nel segno.

Importa osservare, in premessa, che il bando di gara fosse, nel caso di specie, del tutto inequivoco nel richiedere, tra i "*requisiti di idoneità professionale*", la "*disponibilità*" di un "*centro cottura e deposito alimentari*" che fossero: a) in possesso dei "*requisiti igienico sanitari previsti dal Regolamento CE 852/2004*"; b) ubicati "*entro 30 minuti dalla Casa Comunale*" (certificata da *Google Maps*); c) in possesso delle certificazioni UNI EN ISO 9001.

Il puntuale tenore letterale della prescrizione (peraltro sintomaticamente contenuta nel bando di gara, preordinato a dettare le *condizioni per l'accesso alla procedura evidenziale* e le *modalità del suo svolgimento*, e non nel capitolato speciale, di regola destinato a contenere il regolamento delle prestazioni contrattuali: cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684; Id., 18 giugno 2015, n. 3104;

Id. 3 maggio 2019, n. 2881) ne evidenzia la sua qualificazione quale “*requisito di ammissione*” alla gara, costituente, come tale, *presupposto* per l’acquisizione e valutazione dell’offerta (cfr. art. 94, comma 1, lett. *a*) d. lgs. n. 50/2016, in relazione agli artt. 83 e 84).

2.3.- Vero è che, per diffuso intendimento, di cui il primo giudice si è fatto interprete, la giurisprudenza è orientata (sia pure con qualche perplessità proprio nei casi in cui, come nella specie, sussista una chiara ed inequivoca volontà prescrittiva della stazione appaltante) a qualificare (o riqualificare) tale requisito alla stregua di una mera modalità *di esecuzione del contratto*, accontentandosi, per tal via, di una dichiarazione *impegnativa*, con la quale l’operatore economico assuma l’obbligo di dotarsi (o di acquisire, comunque, la titolata disponibilità) del centro di cottura per l’eventualità di aggiudicazione del contratto (cfr., tra le più recenti, in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 17 dicembre 2020, n. 8101; Id., sez. III, 28 luglio 2020, n. 4795; Id., sez. V, 29 luglio 2019, n. 5308; Id., 3 aprile 2019, n. 2190; Id., 18 dicembre 2017, n. 5929; Id., 24 maggio 2017, n. 2443).

La soluzione discende, in buona sostanza, dal rilievo che una prescrizione nel senso della *attuale ed effettiva* disponibilità del centro di cottura come requisito di ammissione alla gara (che non si accontentasse, perciò, dell’impegno a dotarsi della sede per la preparazione dei pasti in vista dell’esecuzione del servizio) si porrebbe in potenziale contrasto con la tutela della concorrenza tra gli operatori economici del settore, operando in senso discriminatorio in danno degli imprenditori che non disponessero di una struttura già territorialmente localizzato, per i quali la regola del bando finirebbe per costituire una barriera all’ingresso nel mercato non solo materiale, ma anche economica, avuto riguardo ai costi derivanti dalla necessità di procurarsi l’effettiva disponibilità del centro di cottura fin dal momento della presentazione dell’offerta. Sarebbero con ciò compromessi i principi di massima partecipazione e di proporzionalità.

Deve, per tal via, essere ragionevolmente concesso all'operatore economico di non *immobilizzare* ed *investire* immediatamente le proprie risorse economiche nella acquisizione della disponibilità di un centro cottura, quando non sia ancora certa o consolidata l'aspettativa di stipulazione del contratto, essendo sufficiente garanzia di serietà della proposta negoziale l'assunzione di un impegno in tal senso.

2.4.- Naturalmente le conclusioni che precedono non sono tali da impedire alla stazione appaltante di prescrivere, per il centro cottura, specifici *requisiti di qualità*, attraverso la dimostrazione del possesso delle relative *certificazioni*.

In questo caso, laddove la condizione sia inequivocamente richiesta dalla *lex specialis*, l'impegno dichiarativo del concorrente deve ritenersi corrispondentemente arricchito e qualificato, nel senso della *specifica* dimostrazione già in sede di formalizzazione dell'offerta (o, a tutto concedere, del *circostanziato* e *titolato* impegno acquisitivo, da attivare nella successiva fase esecutiva) della esistenza delle prescritte certificazioni di qualità (non essendo, in altri termini, sufficiente un *impegno formulato genericamente*, che non sarebbe sufficiente garanzia di *serietà* e *concretezza* dell'offerta).

2.5.- Ciò posto, si osserva che nel caso di specie è accaduto che l'appellante non si sia limitata (a fronte del circostanziato tenore prescrittivo della *lex specialis*, di cui si è detto) a formalizzare un mero impegno, ma abbia *specificamente individuato* ed *indicato*, già in sede di gara ed a mezzo del valorizzato avvalimento e di contratto di cessione del ramo di azienda, il centro cottura che avrebbe utilizzato in caso di esito vittorioso della gara (sito nel Comune di Orte di Atella), omettendo, cionondimeno (ed, anzi, espressamente rifiutando, anche a riscontro della sollecitazione all'uopo attivata con il disposto soccorso istruttorio), di attestarne e documentarne i necessari e qualificati requisiti di idoneità.

Ne discende la correttezza della disposta esclusione, che non poteva essere evitata con il mero e generico richiamo alla qualificazione dell'impresa ausiliaria, proprio perché il bando era chiaro nel pretendere (all'uopo

operando anche una distinzione grafica e formale, tra lettere *b)* e *c)* dell'art.

8.2.1. del disciplinare) una allegazione *puntuale e circostanziata*.

3.- Le considerazioni che precedono valgono *de plano* a rendere inammissibile il distinto motivo di gravame, con il quale – reiterando i motivi aggiunti proposti in prime cure – l'appellante si duole della aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata Global Service s.r.l.: e ciò in ragione della legittima estromissione dalla gara, che elide qualunque interesse a contestarne i relativi esiti.

4.- L'appello va, in definitiva, complessivamente respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese a favore del Comune di Cardito, che liquida in complessivi € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, conv. in l. 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO