

Publicato il 28/10/2021

N. 07235/2021REG.PROV.COLL.
N. 09080/2020 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 in appello iscritto al numero di registro generale 9080 del 2020,
proposto da

E.P. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Armando Profili, con domicilio digitale come da PEC
Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via
Palumbo, n. 26;

contro

Comune di Pompei, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Messina, con domicilio digitale
come da PEC Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio
dell'avvocato Gennaro Terracciano in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

C.U.C. (Centrale Unica di Committenza) tra i Comuni di Pompei, S. Maria La
Carità, S. Antonio Abate, Poggiomarino, non costituita in giudizio;

nei confronti

Slem s.r.l., Società Cooperativa Sociale Ita.Ca, non costituite in giudizio;

G.L.M. Ristorazione s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,

rappresentata e difesa dagli avvocati Ciro Micera e Raffaele Montefusco, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sez. III, n. 3669/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pompei e della G.L.M. Ristorazione s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 settembre 2021 il Cons. Stefano Fantini e udito per le parti l'avvocato Galiero, in sostituzione dell'avv. Messina, Micera; preso altresì atto della richiesta di passaggio in decisione senza discussione dell'avv. Profili;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La E.P. s.p.a. ha interposto appello nei confronti della sentenza 27 agosto 2020, n. 3669 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, sez. III, che ha respinto il suo ricorso (ed accolto il ricorso riunito della G.L.M. Ristorazione s.r.l.) avverso la determinazione in data 29 gennaio 2020, con la quale il Comune della Città di Pompei ha aggiudicato alla Slem s.r.l. la procedura aperta per lo "*affidamento del servizio di refezione scolastica per gli alunni delle scuole statali dell'Infanzia per gli anni scolastici 2019/2020, 2020/2021, 2021/2022*".

All'esito della gara la società Slem è risultata prima graduata con un punteggio complessivo di 96,32, la G.L.M. Ristorazione seconda con punti 95,30 ed al terzo posto si è collocata la E.P. s.p.a. con 90,51 punti.

2. - Con il ricorso in primo grado la società E.P. ha impugnato l'aggiudicazione in favore della Slem s.r.l. nonché l'attribuzione del secondo posto alla G.L.M. Ristorazione s.r.l., deducendo la violazione dell'art. 5 del

disciplinare di gara, in quanto entrambe le società hanno presentato un piano di trasporto con tempi di percorrenza calcolati utilizzando il motore di ricerca “*via michelin*”, e non quello previsto dalla *lex specialis* di gara per la verifica della distanza (non superiore a 15 km, dal centro di cottura alla casa comunale), indicato in “*google maps (opzione percorso più breve)*”, il che ha consentito loro di ottenere un punteggio tecnico superiore, la modifica in corso di gara, nella seduta del 24 ottobre 2019 (verbale di gara n. 3), successivamente alla apertura delle offerte, dei criteri di valutazione dei prodotti biologici facenti parte del menù (in particolare valutando solamente gli ingredienti principali del pasto e non quelli secondari e non ricompresi nei menù ufficiali trasmessi dalla A.S.L.), lamentando altresì l’illegittima composizione della commissione di gara con violazione dell’art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, nell’assunto che i tre membri che la componevano non erano esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto del contratto, in quanto non in possesso della necessaria esperienza professionale acquisibile con il conseguimento di specifici titoli di studio nelle materie collegate alla scienza dell’alimentazione; ha infine contestato le valutazioni del RUP in ordine alle giustificazioni fornite dalla Slem in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta, nell’assunto dell’incongruità del ribasso del 32% in relazione allo scostamento dei costi del personale.

3. - La sentenza appellata, previa riunione dei ricorsi esperiti dalla E.P. s.r.l. e dalla G.L.M. Ristorazione s.r.l., ha respinto quello della E.P. s.p.a. (iscritto al n. 864/2020 del R.G.) ed accolto il ricorso della G.L.M. Ristorazione s.r.l. (iscritto al n. 945/2020 del R.G.), per l’effetto annullando l’aggiudicazione in favore della Slem s.r.l., pronunciando l’inefficacia del contratto a decorrere dalla data della decisione e disponendo il subentro della società G.L.M. Ristorazione. In particolare, la sentenza ha accolto il ricorso della G.L.M. Ristorazione incentrato sulla non corretta attribuzione del punteggio per l’offerta tecnica con riguardo al criterio n. 3 di cui all’allegato “1” al disciplinare di gara (“*fornitura di prodotti biologici, prodotti tipici [DOP e IGP] e provenienti dal commercio equo e solidale e a km 0*”), riconoscendole come dovuti

punti cinque (e non i quattro attribuiti), con conseguente superamento del punteggio assegnato alla società Slem, per effetto della riparametrazione delle offerte. Con riferimento alla posizione dell'odierna appellante E.P. s.p.a., la sentenza ha affermato che il motore di ricerca "google maps" era necessario al fine di calcolare la distanza tra centro di cottura e casa comunale, e quindi di certificare uno dei requisiti di partecipazione alla gara, ma nulla ha a che vedere con il contenuto dell'offerta tecnica, per la quale il disciplinare di gara, al criterio n. 2, prevede la valutazione di un piano che non indica un motore di ricerca specifico, con la conseguenza che nulla può essere contestato alle prime due graduate che hanno preferito adottare un differente motore di ricerca. Ha inoltre disatteso gli altri motivi, ritenendo legittima la specificazione di cui al verbale n. 3 concernente la valutazione dei soli ingredienti principali del pasto e non di quelli secondari e precisando, con riferimento alla contestata competenza dei commissari, che la medesima ha modesto rilievo, in quanto *«il piano alimentare è già stato predisposto dall'ASL, e non viene creato ad hoc dai singoli operatori economici, i quali sono, in sostanza, strettamente vincolati alle tabelle dietetiche dei menu, alle tabelle dietetiche delle grammature ed alle caratteristiche merceologiche delle derrate alimentari previste ed allegate alla lex specialis»*.

4.- Con il ricorso in appello la E.P. s.p.a. ha reiterato, alla stregua di motivi di critica della sentenza, le censure di primo grado, seppure con diverso ordine di esposizione.

5. - Si sono costituiti in resistenza il Comune di Pompei e la G.M. Ristorazione s.r.l. chiedendo la reiezione del ricorso.

6. - All'udienza pubblica del 16 settembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello critica la sentenza laddove ha respinto il terzo motivo del ricorso introduttivo, concernente l'asserita illegittimità della composizione della commissione giudicatrice per violazione dell'art. 77,

comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 8 del disciplinare di gara, in quanto difetterebbero nella stessa esperti nel settore specifico cui afferisce l'oggetto del contratto (settore della refezione scolastica in materia alimentare, nutrizionale ed igienico-sanitaria), con speciale rilievo ai fini dell'attribuzione dei punteggi di natura discrezionale relativi al "*progetto di educazione alimentare*" (criterio di aggiudicazione n. 4) ed alle "*proposte migliorative*" (criterio di aggiudicazione n. 5). Deduce l'appellante che i tre componenti della commissione nominata dalla stazione appaltante sono in possesso di esperienze estranee alla materia della refezione scolastica e della ristorazione collettiva in genere; in particolare il presidente, ing. Vincenzo Ferraioli, è dirigente del Settore V-Urbanistica, mentre, dei componenti, l'arch. Gianfranco Marino è dirigente del VI Settore-Lavori Pubblici ed il dott. Pasquale Cirillo è funzionario dell'Ufficio contenzioso; segretario verbalizzante è poi il sig. Giuseppe Tucci, istruttore.

Il motivo, pur nella sua complessità, è infondato.

La sentenza impugnata ha posto in rilievo che : a) la commissione è chiamata a valutare un progetto complessivo di servizio di refezione scolastica, che vede nel criterio degli alimenti forniti solo uno dei criteri valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, rilevando anche l'aspetto logistico ed organizzativo; b) il peso valutativo dei commissari esperti in materie alimentari e scienza dell'alimentazione è modesto rispetto ad un contesto nel quale il piano alimentare è già stato predisposto dall'A.S.L. e non viene creato *ad hoc* dai singoli operatori economici, i quali sono invece vincolati alle tabelle previste ed allegate alla *lex specialis*; c) è in ogni caso generica la contestazione della carenza di esperienza dei componenti della commissione.

Ritiene il Collegio che i primi due profili siano dirimenti ai fini del decidere, in relazione alla pluralità degli elementi di valutazione ed alla peculiare situazione caratterizzata dal fatto che il piano alimentare è effettivamente già predisposto dall'Azienda sanitaria, assumendo un importante valore parametrico. Più precisamente, la documentazione di gara pone il menù A.S.L. 2015 ed il menù

A.S.L. 2016 quali criteri descrittivi delle prestazioni a base di gara, individuando gli ingredienti principali del pasto con le materie prime utilizzate. Ne consegue che non occorre una specifica competenza della commissione in materia nutrizionale, essendo la relativa valutazione stata effettuata dalla A.S.L. al momento della predisposizione del piano alimentare, con la correlative tabelle; ciò dicasi anche con riferimento alle proposte migliorative attinenti alle modalità di somministrazione dei pasti ovvero ai prodotti biologici. Di ciò è conferma la considerazione che, alla stregua dei criteri di aggiudicazione di cui all'allegato "1" al disciplinare di gara, la parte nettamente prevalente dei settanta punti da assegnare non ha un contenuto alimentare.

In ogni caso, la giurisprudenza prevalente è orientata nel senso di non richiedere una perfetta corrispondenza tra la competenza dei membri della Commissione, anche cumulativamente considerata, ed i diversi ambiti materiali che concorrono alla integrazione del complessivo oggetto del contratto, dovendosi avere riguardo ad una dimensione di complementarietà (in termini Cons. Stato, III, 28 giugno 2019, n. 4458). E', in altri termini, richiesta una esperienza e competenza che consentano ai commissari di esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, e non già limitata alle singole e specifiche attività oggetto del contratto.

Occorre dunque interpretare sistematicamente la previsione di cui all'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, secondo cui *«la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto»*. Ad avviso del Collegio, la competenza della commissione, allorchè, come nel caso di specie, l'oggetto del contratto abbia già avuto una previa valutazione conformante (da parte dell'Azienda USL), deve avere riguardo essenzialmente alle modalità di svolgimento del procedimento di gara, atteso che essenzialmente su tali elementi si concentra ed estrinseca la valutazione tecnica dei componenti della

commissione giudicatrice. Sotto tale profilo nessuna contestazione di incompetenza è svolta nei confronti della commissione giudicatrice.

2. - Il secondo motivo critica la statuizione di reiezione del motivo volto a contestare la modifica dei criteri di valutazione da parte della commissione nel verbale n. 3 del 24 ottobre 2019 (dopo avere aperto le buste contenenti l'offerta tecnica di gara), in particolare contemplando, ai fini dell'attribuzione del punteggio del criterio n. 3 (*“fornitura di prodotti biologici, prodotti tipici [DOP e IGP] e provenienti dal commercio equo e solidale e a KM zero”*), *«solo gli ingredienti principali del pasto e non gli ingredienti secondari e non ricompresi nei menù ufficiali trasmessi dall'ASL ed allegati agli atti di gara»*; lamenta inoltre l'appellante il mancato riconoscimento di un punto in suo favore per il criterio di aggiudicazione n. 3, avendo offerto più di quattro prodotti biologici, contraddittoriamente in quanto la sentenza ha riconosciuto tale punteggio alla G.L.M. Ristorazione, seconda graduata; a quest'ultima ha attribuito un punteggio per “pasta e lenticchie”, all'appellante non lo ha riconosciuto per il “basilico”.

Il motivo è infondato, in quanto nei menù predisposti dalla A.S.L., posti a base di gara, non sono inclusi molti dei prodotti offerti dalla E.P. s.p.a.; l'allegato al capitolato speciale contempla pomodori pelati, pasta e grano padano, che sono stati valutati. Deve dunque ritenersi coerente con la *lex specialis*, incentrata sui menù A.S.L., la specificazione di cui al verbale n. 3, che ritiene valutabili i soli ingredienti principali del pasto, in quanto non avrebbe senso l'attribuzione di un punteggio ad alimenti (seppure biologici o IGP) che fungano da mera base per il condimento o la preparazione di un piatto, senza fornire alcun apporto nutritivo (come il basilico).

3. - Il terzo motivo contesta la statuizione di rigetto dei motivi di primo grado volti a censurare, da un canto, la *lex specialis* laddove introduce criteri di attribuzione dei punteggi senza offrire il motore di ricerca unico su cui calcolare il percorso (il riferimento è al criterio di aggiudicazione n. 2, allegato alla *lex specialis*, che prevede l'attribuzione sino a quindici punti per il “piano di

trasporto che preveda sia i tempi di percorrenza e sia la distanza tra la sede di esecuzione della commessa e le singole scuole da servire”), e, dall’altro canto, il mancato utilizzo, da parte delle prime due graduate, del motore di ricerca “*Google maps (opzione percorso più breve)*” per la predisposizione del predetto piano di trasporto, utilizzando invece il motore “*Via michelin*”, laddove l’art. 5 del disciplinare faceva solamente riferimento al primo motore di ricerca; assume al riguardo che il criterio di attribuzione in questione si fonda sul valore matematico del tempo di percorrenza ed il diverso motore di ricerca dalle controinteressate utilizzato incide sulla *par condicio* tra i concorrenti.

L’articolato motivo è infondato.

Sotto il secondo profilo dedotto, bene la sentenza ha posto in evidenza che l’art. 5 del disciplinare di gara prevede tra i requisiti di capacità tecnico-professionale, quello della «*disponibilità, in caso di aggiudicazione, per l’intera durata dell’appalto, di un centro di cottura regolarmente autorizzato, ubicato a una distanza non superiore a 15 Km dalla Casa comunale di Pompei, indirizzo di Piazza Bartolo Longo, n. 36. La distanza sarà calcolata con Google maps (opzione percorso più breve)*». Ciò significa che tale motore di ricerca viene in rilievo per dimostrare il possesso di un requisito di ammissione alla gara. Lo stesso non assume alcun rilievo ai fini dell’offerta tecnica, come dimostra la circostanza che l’allegato “1” al disciplinare enuclea, *sub 2*, il seguente criterio : «*piano di trasporto che preveda sia i tempi di percorrenza e sia la distanza tra la sede di esecuzione della commessa e le singole scuole da servire. Il punteggio sarà attribuito mediante metodo comparativo tra le singole offerte che per la redazione del piano dovranno prevedere l’utilizzo di n. 4 furgoni. Al tempo più basso ricavato dalla media dei tempi di percorrenza dei singoli furgoni, sarà attribuito il punteggio massimo, ai restanti tempi di percorrenza sarà attribuito il punteggio proporzionalmente inferiore secondo la seguente formula : Tempo più basso \times 15 / tempo di percorrenza*».

Nei criteri di valutazione dell’offerta tecnica non è indicato il motore di ricerca per il calcolo del tempo di percorrenza, e non è dunque possibile

estendere la prescrizione indicata quale requisito di partecipazione dall'art. 5 del disciplinare.

A questo riguardo, passando dunque alla disamina del primo profilo dedotto nel motivo di impugnazione oggetto di scrutinio, l'appellante deduce peraltro il vizio di omessa pronuncia da parte della sentenza sulla sub-censura (di cui al secondo motivo : pag. 16 del ricorso introduttivo) volta a contestare la prescrizione della *lex specialis* che violerebbe il principio di *par condicio*, calcolandosi il tempo di percorrenza in modo matematico ed il relativo calcolo potendo variare a seconda del motore di ricerca utilizzato, ove non intesa nel senso di applicare lo stesso motore di ricerca *Google maps* per l'attribuzione del criterio di aggiudicazione n. 2.

Ritiene il Collegio che più che di un'omessa pronuncia possa parlarsi di una pronuncia sintetica, che lascia implicito qualche passaggio argomentativo, per affermare comunque condivisibilmente che « [...] *la questione del tipo di motore di ricerca prescelto è del tutto marginale e non altera la par condicio tra i concorrenti; peraltro, se la stazione appaltante avesse voluto ritenerlo fondamentale ai fini della predisposizione del piano di trasporto, lo avrebbe certamente indicato, cosa che non ha fatto*».

Invero il criterio di aggiudicazione n. 2, attenendo alla valutazione dell'offerta tecnica, è composito e fa riferimento, sempre con riguardo al piano di trasporto, anche alla “*distanza tra la sede di esecuzione della commessa -(id est : il centro di cottura)- e le singole scuole da servire*”, aspetto non contemplato dall'offerta dell'appellante E.P. s.p.a.

In definitiva, anche a prescindere dall'incompletezza dei valori riportati nelle tabelle dell'appellante, secondo quanto emerge dalle contestazioni delle parte resistenti, ciò che rende il motivo infondato è la considerazione che il piano di trasporto rilevante nell'apprezzamento dell'offerta tecnica va oltre la distanza tra il centro di cottura ed i luoghi di consegna dei pasti, essendo espressione della capacità organizzativa e progettuale dell'impresa, la quale è tenuta a

coordinare le consegne nei plessi scolastici, scegliendo i mezzi da utilizzare, al fine di garantire la consegna nei tempi più brevi.

4. - Con il quarto motivo la società E.P. censura la statuizione di improcedibilità del motivo svolto avverso l'offerta economica della Slem, la aggiudicazione in favore della quale è stata annullata dal primo giudice in favore della G.L.M. Ristorazione s.r.l. Deduce l'appellante di avere interesse ad una pronuncia sull'anomalia dell'offerta di Slem (recante un ribasso del 32 per cento), che risulta comunque seconda graduata; detta anomalia è inferibile, per l'appellante, dalle giustificazioni rese in data 30 dicembre 2019 ed in data 23 gennaio 2020, dalle quali emergerebbe un costo del personale di cucina per l'intero appalto significativamente inferiore a quello derivante dall'applicazione delle tabelle ministeriali, tanto che la società si è vista costretta in sede di giustificazioni a ridurre di 1/3 le ore del personale di cucina rispetto a quelle offerte nella relazione tecnica.

Il motivo è infondato.

Secondo l'indirizzo consolidato nella giurisprudenza, la collocazione al terzo posto in graduatoria non comporta di per sé, con carattere di automatismo, il difetto di legittimazione del concorrente terzo graduato ad introdurre contestazione sulle scelte operate dalla stazione appaltante sulla supposta anomalia dell'offerta del concorrente collocato in posizione *potiore*, nella prospettiva che l'estromissione dalla gara consentirebbe lo scorrimento in posizione utile per poter aspirare all'aggiudicazione, ma comporta che l'impresa terza graduata svolga censure nei confronti dell'offerta seconda graduata (Cons. Stato, Ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8).

Ciò non è avvenuto nel caso di specie (neppure con il quinto motivo che si limita a dedurre l'inammissibilità del ricorso della G.L.M., come conseguenza dell'accoglimento del presente appello), e dunque la sentenza appellata bene ha dichiarato improcedibile tale motivo.

5. - Il quinto motivo, come accennato, deduce l'inammissibilità del ricorso della G.L.M. Ristorazione s.r.l., in quanto per effetto dell'accoglimento del

presente appello la posizione della G.L.M. sarebbe postergata in graduatoria, o comunque si avrebbe un effetto demolitorio dell'intera procedura di gara in caso di accoglimento del vizio di incompetenza della commissione giudicatrice.

A parte la formulazione retrospettiva, il motivo è infondato proprio alla stregua dell'esito di reiezione dei motivi svolti dalla società E.P. con il presente appello.

6. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello deve essere respinto in ragione dell'infondatezza dei motivi dedotti.

La complessità della controversia integra le ragioni che per legge consentono la 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, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO