

N. 04460/2015REG.PROV.COLL.

N. 05617/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 5617 del 2015, proposto dalla s.r.l. Sirio, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso il signor Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

Il Comune di Portici, rappresentato e difeso dagli avvocati Rosanna Russo, Irene Coppola, con domicilio eletto presso il signor Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

La s.r.l. Global Service, rappresentata e difesa dagli avvocati Matteo Murgo e Riccardo Moschetta, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sez. V del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania. Sede di Napoli, Sez. III, n. 2562/2015, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto del servizio di refezione scolastica e dei lavori di adeguamento dei refettori presso i plessi scolastici comunali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Portici e della Global Service s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 agosto 2015 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Lorenzo Lentini e Irene Cappola;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. In accoglimento del ricorso della Global Service s.r.l., con la sentenza in epigrafe il TAR Napoli annullava gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio di mensa scolastica e dei lavori di adeguamento dei refettori presso i plessi scolastici e del centro cottura a servizio degli stessi, per gli anni dal 2014 al 2019, indetta dal Comune di Portici con determinazione n. 816 del 24 luglio 2014, ed aggiudicata alla Sirio s.r.l. (determinazione dirigenziale n. 1223 del 19 novembre 2014), previo rigetto del ricorso incidentale di quest'ultima.

2. Il giudice di primo grado attribuiva decisivo rilievo al fatto che l'aggiudicataria non aveva sottoscritto il modello C2 ("dichiarazioni a corredo dell'offerta economica"), recante una serie di dichiarazioni di impegno del concorrente (attinenti principalmente: in ordine al rispetto dei CCNL di settore; all'assunzione di responsabilità verso il Comune e terzi; all'esecuzione regolare della prestazione), e dunque integrativo dell'offerta medesima, riconducendo quindi la fattispecie all'ipotesi di 'difetto di sottoscrizione', prevista dall'art. 46, comma 1-bis, cod. contratti pubblici come legittima causa di esclusione.

3. Contro la pronuncia del TAR, la Sirio ha proposto appello, al quale aderisce l'amministrazione e resiste invece l'originaria ricorrente.

DIRITTO

1. L'appello della Sirio è fondato sotto tutti i profili in esso dedotti ed in particolare:

a) è innanzitutto condivisibile nella parte diretta a censurare il mancato accoglimento del ricorso incidentale "escludente", svolto in primo grado dall'odierna appellante;

a.1) la Global Service doveva infatti essere esclusa per avere formulato un'offerta tecnica non conforme ai requisiti minimi previsti dal capitolato speciale d'appalto, come invece previsto nel bando di gara in sede di determinazione dei criteri di attribuzione dei punteggi (in relazione ai quali è specificato che i progetti tecnici «*non idonei*» sarebbero stati esclusi: cfr. a pag. 23 del bando);

a.2) come condivisibilmente dedotto dalla Sirio, l'art. 36 del citato capitolato ha disciplinato in modo tassativo ed inderogabile la composizione dell'organico dell'appaltatrice, individuando le figure professionali da adibirvi ed i relativi profili, al fine di assicurare la qualità del servizio;

a.3) ebbene, l'offerta tecnica della Global Service non risponde ai requisiti minimi di idoneità richiesti dal capitolato, come accertato dalla commissione di gara (seduta del 25 settembre 2014), a causa della figura dell'«*addetto al servizio di ristorazione collettiva*», del cumulo in un unico dipendente dei ruoli di direttore e di nutrizionista, invece distinti, e della mancanza di referenze dell'aiuto-cuoco;

a.4) come deduce l'appellante, diversamente da quanto ritenuto dal TAR non si tratta nel caso di specie di superare un giudizio discrezionale dell'amministrazione, ma di svolgere una verifica, rientrante nel sindacato di legittimità del giudice amministrativo, circa la conformità dell'offerta tecnica ai requisiti minimi predeterminati dalla stazione appaltante;

a.5) inoltre, secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, le difformità essenziali nell'offerta tecnica - che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a quello posto a base di gara - ne legittimano l'esclusione da quest'ultima, e non già la mera 'penalizzazione' dell'offerta nella valutazione del punteggio da assegnare, a causa della mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (da ultimo: Sez. III, 1 luglio 2015, n. 3275);

b del pari errata è la statuizione di accoglimento del ricorso principale;

b.1) come infatti esattamente deduce la Sirio, il modello C2 predisposto dal Comune di Portici per la formulazione dell'offerta economica da un lato conteneva dichiarazioni concernenti i requisiti di partecipazione alla gara, rilevanti dunque ai fini dell'ammissione alla stessa (insussistenza di situazioni di incapacità a contrattare con l'amministrazione, di rispettare la contrattazione collettiva di settore e della normativa previdenziale e sulla salute e sicurezza sul lavoro, non trovarsi in situazioni rilevanti ai fini della lett. m-*quater* dell'art. 38 cod. contratti pubblici), e per i quali l'odierna appellante aveva già fornito le necessarie attestazioni, compilando il modello A1, facente parte della documentazione amministrativa;

a.2) dall'altro lato, le restanti dichiarazioni di carattere negoziale (accettazione delle condizioni predisposte dalla stazione appaltante, di eventuali proroghe, di eseguire il contratto secondo quanto da quest'ultima prestabilito ed assumersi le

conseguenti responsabilità e di disporre di un centro di cottura a distanza inferiore a 20 km da utilizzare in caso di inagibilità di quello comunale), sono anch'esse ricavabili *aliunde*, e precisamente dal progetto tecnico presentato dall'odierna appellante nell'ultimo caso e, per le altre dichiarazioni rispetto a quelle rese compilando il modello, sottoscrivendo per accettazione il capitolato speciale e compilando il modello C1, anch'essi inseriti nella busta contenente l'offerta economica;

c) alla luce dei rilievi svolti in sede di esame del secondo motivo, è fondato anche l'ultimo motivo del presente appello, con cui la Sirio deduce la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1-*bis*, cod. contratti pubblici, e la conseguente nullità della sanzione espulsiva prevista dalla *lex specialis* per l'ipotesi di omessa sottoscrizione del modello C2;

c.1) infatti, poiché quest'ultimo riproduce dichiarazioni comunque ricavabili altrove sulla base dei documenti presentati in sede di gara dall'impresa, nessun interesse sostanziale dell'amministrazione risulta conseguentemente leso, né risultano mancanti gli adempimenti doverosi in base a norme di legge o regolamento, ovvero integrate le altre ipotesi contemplate dalla disposizione del codice dei contratti pubblici da ultimo citata;

c.2) a questo riguardo, come inoltre ripetutamente affermato da questo Consiglio di Stato, va evidenziato che il principio di tassatività in esame è finalizzato a ridurre gli oneri formali gravanti sulle imprese partecipanti a procedure di affidamento, quando questi non siano strettamente necessari a raggiungere gli obiettivi perseguiti attraverso gli schemi dell'evidenza pubblica, conducendo a privare di rilievo giuridico, attraverso la sanzione della nullità testuale, tutte le "cause amministrative" di esclusione dalle gare, incentrate non già sulla qualità della dichiarazione, ma piuttosto sulle forme con cui questa viene esternata, in quanto non ritenute conformi a quelle previste dalla stazione appaltante nella *lex specialis* (Sez. V, 12 novembre 2013, n. 5375; Sez. VI, 18 settembre 2013, n. 4663).

2. Deve peraltro evidenziarsi che, con specifico riguardo alla dichiarazione di disponibilità di un centro cottura alternativo a quello destinato ad essere impiegato nel servizio posto a gara, la Global Service sottolinea che la Sirio «*non avrebbe potuto sottoscrivere il modello C2 allegato all'offerta economica poiché non è in possesso di un centro di cottura alternativo ubicato ad una distanza non superiore a 20 km dal Comune di Portici*» (§ 2 della memoria costitutiva nel presente giudizio d'appello).

Sul punto, l'appellata argomenta diffusamente in ordine all'impossibilità per l'aggiudicataria di avvalersi di entrambi i centri cottura indicati nell'offerta tecnica, ed in particolare: quello sito in Torre del Greco, perché la disponibilità sarebbe assicurata fino al 2018, rimanendo "scoperto" il 2019, ultimo anno contrattuale dell'appalto oggetto del presente contenzioso; quello sito in Caivano, perché distante oltre 20 km dal Comune di Portici.

3. La censura è tuttavia inammissibile ai sensi dell'art. 40, comma 1, lett. d), cod. proc. amm., perché non contenuta nel ricorso di primo grado della Global Service.

Quest'ultima si è infatti limitata a dolersi della mancata esclusione della controinteressata per la mancata sottoscrizione del modello C2 (1° motivo di ricorso), senza dedurre alcunché sullo specifico punto dell'effettiva disponibilità di un centro di cottura alternativo.

Irrilevante è poi il fatto che la questione sia stata trattata nelle successive memorie (in particolare nella memoria depositata per l'udienza del 5 febbraio 2015, a pag. 11 e ss.), dal momento che tali atti hanno carattere meramente illustrativo di motivi di impugnazione per la cui ammissibilità è imprescindibile che essi vengano formulati in modo specifico nel ricorso, non essendo possibile per la parte ampliare nel corso del giudizio il *thema decidendum* cristallizzato nell'atto introduttivo (se non con motivi aggiunti).

4. Per le ragioni che precedono, in accoglimento dell'appello la sentenza di primo grado deve essere riformata, dovendosi respingere l'impugnativa di primo grado della Global Service.

Le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere compensate per la particolarità della questione controversa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 5617 del 2015, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso di primo grado della Global Service s.r.l.

Compensa tra tutte le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 agosto 2015 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/09/2015

IL SEGRETARIO