

N. 01163/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00260/2016 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 260 del 2016, proposto dalla Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C., in persona del Presidente pro tempore, sig.ra Chiara Nasi, rappresentata e difesa dagli avv.ti Eugenio Dalli Cardillo ed Antonio Sartori e con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Venezia, San Polo, n. 2988

contro

Comune di Spinea, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Chinello e con domicilio stabilito ex lege presso la Segreteria del T.A.R., in Venezia, Cannaregio, nn. 2277/2278

nei confronti di

Serenissima Ristorazione S.p.A., in persona dell'Amministratore delegato pro tempore, sig. Flavio Faggion, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Calgaro e Franco Zambelli e con domicilio eletto presso lo studio del secondo, in Venezia – Mestre, via Cavallotti, n. 22

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- della determinazione dirigenziale del Comune di Spinea n. 225 del 29 gennaio 2016, comunicata il 1° febbraio 2016, recante aggiudicazione definitiva alla Serenissima Ristorazione S.p.a. della gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, preparazione pasti a domicilio e fornitura di derrate per l'asilo nido per il periodo marzo 2016 - dicembre 2018;
- della nota del Comune di Spinea – Settore Scuola e Cultura, prot. n. 3161 del 1° febbraio 2016, recante comunicazione ex art. 79, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006 dell'intervenuta aggiudicazione definitiva disposta in favore della Serenissima Ristorazione S.p.a.;
- dell'aggiudicazione provvisoria della procedura aperta in favore della Serenissima Ristorazione S.p.a., disposta con determinazione dirigenziale n. 2000 del 15 dicembre 2015;
- delle determinazioni dirigenziali nn. 1147 del 24 luglio 2015 e 1262 del 21 agosto 2015, recanti, rispettivamente, l'approvazione della documentazione di gara e la sostituzione di alcuni allegati alla gara;
- della determinazione dirigenziale n. 1423 del 22 settembre 2015, con la quale è stata nominata la Commissione giudicatrice;

- dei verbali delle sedute di gara del 24 settembre 2015 e del 7 ottobre 2015;
- del verbale avente ad oggetto le verifiche ex artt. 38 e 48 del d.lgs. n. 163/2006 per la Serenissima Ristorazione S.p.a.;
- del verbale della Commissione redatto il 12 novembre 2015, recante riammissione alla gara della Serenissima Ristorazione S.p.a. ed aggiudicazione provvisoria alla stessa del servizio;
- del verbale prot. n. 38343/2015, richiamato nel provvedimento di aggiudicazione provvisoria, con cui si dà atto che la verifica di congruità dell'offerta della Serenissima Ristorazione S.p.a. ha avuto esito positivo;
- nei limiti delle censure di cui al ricorso, del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato speciale d'appalto e dei relativi allegati;
- nei limiti delle censure di cui al ricorso, dei chiarimenti pubblicati dalla stazione appaltante in relazione alla normativa di gara;
- per quanto occorrer possa, della determinazione dirigenziale n. 1140 del 23 luglio 2015, recante avvio delle procedura della gara;
- per quanto occorrer possa, della nota del Comune di Spinea prot. n. 39705 del 16 dicembre 2015, recante richiesta di chiarimenti alla Serenissima Ristorazione S.p.a. circa la capacità produttiva del centro di produzione pasti indicato in gara;

per quanto occorrer possa, della nota del Comune di Spinea prot. n. 36373 del 18 novembre 2015, recante richiesta alla Serenissima Ristorazione S.p.a. di giustificazioni circa l'apparente anomalia dell'offerta;

- di tutti gli atti e provvedimenti dell'Amministrazione che hanno limitato il diritto di difesa della società ricorrente;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente;

- di tutti i provvedimenti antecedenti, concomitanti e susseguenti

nonché per l'annullamento e/o decadenza e/o declaratoria

di inefficacia ex tunc – o, in subordine, ex nunc – del contratto eventualmente stipulato tra le parti anche nelle more del giudizio

per l'accertamento e la declaratoria

che la società ricorrente era la legittima aggiudicataria della procedura aperta de qua

e per la declaratoria

del diritto della ricorrente a sottoscrivere il contratto o comunque a subentrare nello stesso anche se sottoscritto nelle more del giudizio

in subordine, ove non fosse possibile subentrare nel contratto, per la condanna

al risarcimento del danno per equivalente

in via ulteriormente subordinata, per l'annullamento

della procedura di gara

e per la condanna

della P.A. al risarcimento dei danni arrecati alla ricorrente dagli atti e comportamenti amministrativi impugnati.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Viste la memoria di costituzione e difensiva e la documentazione del Comune di Spinea;

Viste la memoria di costituzione e difensiva e la documentazione della Serenissima Ristorazione S.p.A.;

Visto, altresì, il ricorso incidentale condizionato proposto dalla Serenissima Ristorazione S.p.A.;

Viste le memorie difensive e le repliche delle parti;

Visto il dispositivo di sentenza;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (c.p.a.);

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 6 luglio 2016 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale

FATTO

La ricorrente, Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. (d'ora in avanti anche CIR Food), espone che, con determinazione del 23 luglio 2015, il Comune di Spinea avviava la procedura per l'affidamento in concessione dei servizi di "refezione scolastica, preparazione pasti utenti servizi sociali e fornitura derrate asilo nido" per il periodo dal 1° gennaio 2016 al 31 dicembre 2018 (con possibilità di rinnovo per un altro triennio), per l'importo di € 3.052.75,00, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La CIR Food partecipava alla procedura, in esito alla quale si classificava al secondo posto, mentre aggiudicataria definitiva della gara veniva dichiarata, con determinazione del Comune di Spinea n. 225/16 del 29 gennaio 2016, la Serenissima Ristorazione S.p.A..

L'esponente lamenta che la controinteressata avrebbe dichiarato, nell'offerta, la disponibilità di un centro di cottura principale (ubicato in Mogliano Veneto, alla via Gagliardi n. 3) non conforme alle prescrizioni della lex specialis di gara, che richiedeva una capacità produttiva giornaliera residua del suddetto centro pari a n. 1.300 pasti.

Tanto premesso, con il ricorso principale indicato in epigrafe la CIR Food ha impugnato la predetta determinazione comunale n. 225/16 del 29 gennaio 2016, nonché gli atti presupposti e connessi del pari richiamati in epigrafe (verbali di gara, aggiudicazione provvisoria, richiesta di chiarimenti alla controinteressata, ecc.), chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione.

A supporto del gravame, la società ha dedotto i seguenti motivi:

- illegittimità dell'aggiudicazione definitiva del servizio nella parte in cui la stazione appaltante non ha rilevato l'inesattezza/non veridicità della dichiarazione rilasciata dalla Serenissima Ristorazione S.p.A. circa il possesso del centro di cottura principale per la produzione dei pasti per il Comune di Spinea, eccesso di potere per difetto di istruttoria, violazione del principio di par condicio, nonché di quelli di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa, ingiustizia manifesta, violazione degli artt. 74 e 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, poiché il centro di cottura principale di cui l'aggiudicataria si è avvalsa (nella disponibilità dell'ausiliaria MO.SE. S.r.l.) avrebbe una capacità produttiva massima giornaliera di n. 2.253,08 pasti, ma attualmente esso produrrebbe ben più dei n. 889 pasti dichiarati dalla Serenissima Ristorazione S.p.A., cosicché per lo stesso non residuerebbe il numero di pasti richiesto dalla lex specialis (1.300), ovvero, andando ad aggiungere tale numero ai pasti attualmente erogati, sarebbe superata l'indicata capacità produttiva massima di n. 2.253 pasti. Né varrebbe l'impegno assunto dall'aggiudicataria di far accettare alla MO.SE. S.r.l. ed al Comune di Mogliano Veneto il trasferimento in altro centro di cottura del servizio di ristorazione svolto per detto Comune;

- illegittimità dell'aggiudicazione definitiva poiché il centro di cottura principale non ha la capacità tecnica richiesta dall'art. 8.1, lett. p), del disciplinare di gara, anche alla luce delle attestazioni rese dal Comune di Mogliano Veneto circa il numero dei pasti prodotti in suo favore, eccesso di potere per difetto di istruttoria, ingiustizia manifesta e travisamento dei presupposti di fatto, violazione dei principi di par condicio, libera concorrenza ed imparzialità dell'azione

amministrativa, violazione degli artt. 74 e 48 del d.lgs. n. 163/2006, violazione dei principi statuiti dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2015, violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006, violazione del divieto di offerte condizionate od indeterminate, giacché al tempo dell'aggiudicazione definitiva della gara (29 gennaio 2016) l'aggiudicataria sarebbe stata sprovvista del requisito del possesso del centro di cottura principale previsto dalla lex specialis, cosicché i tentativi di acquisizione di siffatto requisito dopo l'aggiudicazione sarebbero tardivi (proprio perché successivi all'aggiudicazione) e, comunque, violerebbero la par condicio competitorum. Ad ogni modo, l'impegno del fatto del terzo assurgerebbe a condizione futura ed incerta, con conseguente inammissibilità per indeterminatezza dell'offerta di gara;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del capitolato speciale d'appalto, per essersi la società aggiudicataria avvalsa di altra impresa (la MO.SE. S.r.l.) per l'individuazione del centro di cottura principale, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti, violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, in quanto la lex specialis di gara non avrebbe consentito il ricorso all'istituto dell'avvalimento per esprimere la disponibilità del centro di cottura principale;

- violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163 cit., nonché della lex specialis di gara, lì dove ha vietato l'avvalimento per la prova del possesso del centro di produzione pasti principale richiesto, e dell'art. 48 del capitolato speciale d'appalto, eccesso di potere per carenza di istruttoria, violazione dei principi di imparzialità, trasparenza e buon andamento della P.A., poiché, anche ove si fosse ammesso il ricorso all'avvalimento, la controinteressata avrebbe, comunque, dovuto essere esclusa dalla gara, perché priva delle autorizzazioni sanitarie, che resterebbero in capo all'ausiliaria MO.SE. S.r.l. e non passerebbero all'aggiudicataria;

- illegittimità dell'aggiudicazione definitiva per errore della Commissione di gara, che ha attribuito n. 6 punti alla Serenissima Ristorazione S.p.A. circa i tempi di consegna dei pasti, relativamente al centro di cottura principale dichiarato in gara, violazione del principio di par condicio tra imprese, secondo cui i requisiti di capacità tecnica, ai quali la Commissione attribuisce un punteggio, devono sussistere al momento della verifica ex art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, ossia prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, eccesso di potere per carenza di istruttoria ed illogicità della motivazione, poiché la Commissione di gara avrebbe errato nell'attribuire all'aggiudicataria il punteggio massimo (6 punti) previsto dalla lex specialis per le ditte che disponessero di un centro di cottura principale avente capacità produttiva giornaliera di n. 1.300 pasti e sito ad una distanza tale da consentire la consegna dei pasti entro trenta minuti rispetto alla sede del Comune di Spinea. Per di più, il Comune, prima di autorizzare la Serenissima Ristorazione S.p.a. alla suindicata assunzione dell'obbligo di fare per fatto del terzo (assenso del Comune di Mogliano a far trasferire altrove la produzione di pasti per le proprie scuole da parte della MO.SE. S.r.l.), avrebbe dovuto verificare se la predetta aggiudicataria sarebbe rimasta tale anche dopo la decurtazione del punteggio (n. 6 punti) poc'anzi riferito;

- illegittimità dell'aggiudicazione definitiva per sopravvenuta carenza del requisito relativo al centro di cottura di emergenza della Serenissima Ristorazione S.p.A. ubicato in Treviso, via IV novembre, n. 93, qualora la MO.SE. S.r.l. dovesse trasferirvi la sua attuale attività dal centro di cottura sito in Mogliano Veneto, eccesso di potere per carenza di istruttoria, violazione dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa, atteso che, ove la MO.SE. S.r.l. trasferisse la produzione dei pasti per il Comune di Mogliano Veneto (e quello di Marcon) nel centro di cottura situato in Treviso, in via IV novembre, n. 93, quest'ultimo non potrebbe più fungere da centro di cottura d'emergenza, secondo quanto dichiarato in gara dalla controinteressata, dovendo in quei locali la MO.SE. S.r.l. eseguire il servizio di ristorazione per i Comuni di Mogliano Veneto e Marcon;

- illegittimità dell'aggiudicazione definitiva per carenza istruttoria della stazione appaltante in sede di esame dei giustificativi dell'offerta economica della controinteressata sotto il profilo del costo del lavoro, per l'omessa considerazione delle sostituzioni del personale in caso di assenza, allo scopo di garantire il rapporto tra il numero di addetti e quello degli utenti prescritto dall'art. 15 del capitolato speciale di appalto, illegittimità del giudizio di congruità espresso dal Comune di Spinea, eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità manifesta e violazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006, giacché, in sede di valutazione della congruità dell'offerta della Serenissima Ristorazione S.p.A., la P.A. avrebbe errato nel ritenere congruo il calcolo del costo del lavoro fatto dalla società, poiché quest'ultima, ai fini del ridetto calcolo, avrebbe ommesso ogni previsione circa le sostituzioni del personale assente, onde garantire il servizio; ove, invece, la società avesse indicato un organico conforme alle previsioni di gara, il maggior costo del lavoro annuo sarebbe stato tale da non essere coperto dall'utile di impresa.

In subordine, la CIR Food ha chiesto l'annullamento della gara, per il seguente motivo:

- violazione del principio di par condicio e degli artt. 74 e 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006 (indeterminatezza dell'offerta), nonché dell'art. 48 del d.lgs. n. 163 cit. (tempistica di effettuazione della verifica dei requisiti di capacità tecnica), in quanto, ove si ritenesse che la lex specialis di gara consentiva di dimostrare il possesso del requisito del centro di cottura successivamente all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, la stessa sarebbe illegittima per violazione degli ora visti norme e principi.

La CIR Food ha, altresì, presentato le seguenti domande: di declaratoria di inefficacia ex tunc, o, in subordine, ex nunc, del contratto eventualmente stipulato tra le parti anche nelle more del giudizio; di accertamento che la medesima CIR

Food era legittima aggiudicataria della gara; di accertamento del diritto della ricorrente a sottoscrivere il contratto, o comunque a subentrare nello stesso anche se sottoscritto nelle more del giudizio.

Ancora, la società ha chiesto, in subordine (qualora non fosse possibile subentrare nel contratto), la condanna della P.A. al risarcimento del danno per equivalente. In via ulteriormente subordinata, ha chiesto l'annullamento della gara e la condanna della P.A. al risarcimento dei danni.

Si è costituito in giudizio il Comune di Spinea, depositando memoria difensiva ed eccependo, in via pregiudiziale, l'irritualità della notifica del ricorso, perché effettuata mediante "P.E.C.", nonché, nel merito, l'infondatezza delle censure dedotte dalla CIR Food.

Si è altresì costituita in giudizio la Serenissima Ristorazione S.p.A., depositando memoria difensiva, con cui ha controdedotto al ricorso principale, nonché proponendo ricorso incidentale condizionato all'accoglimento del ricorso principale: a mezzo di quest'ultimo ha censurato la legittimità dell'art. 48, capoverso, del capitolato speciale d'appalto, per contraddittorietà, illogicità, eccesso di potere, carenza di motivazione e violazione di legge, chiedendo l'annullamento della gara.

Il Comune di Spinea ha replicato anche al ricorso incidentale condizionato, concludendo per la sua improcedibilità e, comunque, per la sua infondatezza.

Con ordinanza n. 169 del 7 aprile 2016 il Collegio ha dato atto della rinuncia all'istanza cautelare da parte della ricorrente principale.

In prossimità dell'udienza pubblica la ricorrente principale e il Comune di Spinea hanno depositato memoria e memoria di replica, insistendo nelle conclusioni già rassegnate.

All'udienza pubblica del 6 luglio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Formano oggetto del ricorso principale gli atti della procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, preparazione dei pasti a domicilio e fornitura di derrate all'asilo nido per il periodo marzo 2016 – dicembre 2018, indetta dal Comune di Spinea, ed in specie l'aggiudicazione del predetto servizio alla controinteressata Serenissima Ristorazione S.p.A..

Quest'ultima, dal canto suo, propone ricorso incidentale condizionato, con cui contesta la legittimità del capoverso dell'art. 48 del capitolato speciale d'appalto, lì dove, vista la particolarità del servizio, si consente l'avvalimento solo per l'individuazione del centro di cottura alternativo.

In via preliminare, va respinta l'eccezione di irritualità della notifica del ricorso principale a mezzo di "P.E.C.", sia perché questa comporterebbe, al più, la rimessione in termini per errore scusabile ex art. 37 c.p.a., con conseguente possibilità, per la ricorrente, di rinnovare la notificazione secondo le modalità ordinarie (T.A.R. Veneto, Sez. III, 8 ottobre 2015, n. 1016), sia per il sopraggiungere del d.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 (pubblicato nella G.U. n. 67 del 21 marzo 2016), che ha dettato le regole tecniche per la notifica tramite P.E.C. nel processo amministrativo, colmando una precedente lacuna del sistema (T.A.R. Veneto, Sez. III, 14 giugno 2016, n. 630).

Ciò premesso, passando all'analisi del ricorso principale, ritiene il Collegio che debba accordarsi la priorità alla disamina del terzo motivo (incentrato sul divieto, da parte della lex specialis di gara, di utilizzo dell'avvalimento per esprimere la disponibilità del centro di cottura principale), rispetto agli altri motivi, ed in specie rispetto ai primi due, ambedue riguardanti la non conformità alla normativa di gara del centro di cottura principale indicato dalla Serenissima Ristorazione S.p.A..

Invero, la controinteressata, per comprovare il possesso del requisito del centro di cottura principale con le caratteristiche (di capacità produttiva, di ubicazione, ecc.) stabilite dalla lex specialis, ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento, avvalendosi dell'impresa ausiliaria MO.SE. – Mogliano Servizi S.r.l. (v. all. 26 al ricorso principale) ed individuando il centro di cottura di Mogliano Veneto, in via Gagliardi n. 3. È, dunque, evidente che, ove si ritenesse che la lex specialis non consentiva il ricorso all'avvalimento per il centro di cottura principale, l'offerta della controinteressata risulterebbe ex se non conforme alla normativa di gara e tale da implicare l'illegittimità dell'aggiudicazione della gara alla predetta controinteressata: ciò, anche a prescindere dal fatto che il centro di cottura individuato dalla Serenissima Ristorazione S.p.a. sia o meno conforme alla lex specialis (la quale richiede per il centro di cottura principale una capacità produttiva residua di 1.300 pasti giornalieri per il Comune di Spinea: v. artt. 8.1, lett. p), e 8.5, paragrafo 17), del disciplinare di gara, nonché art. 34 del capitolato speciale).

Andando, pertanto, ad iniziare l'analisi del ricorso principale dal terzo motivo con lo stesso dedotto, ritiene il Collegio che detto motivo sia fondato e da accogliere.

Non vi è dubbio, infatti, che l'art. 48 del capitolato speciale d'appalto, al capoverso, nell'ammettere la possibilità dell'avvalimento esclusivamente per l'individuazione del centro di cottura alternativo, ne abbia vietato l'utilizzo per l'individuazione del centro di cottura principale. La clausola in esame è chiara ed univoca nel suo significato letterale e nella sua portata, cosicché sono prive di valore le obiezioni della controinteressata circa una presunta ambiguità della suddetta clausola e circa un suo – invero inesistente – contrasto con il disciplinare e con il bando di gara.

In proposito è da rammentare, anzitutto, il consolidato insegnamento giurisprudenziale, per il quale l'interpretazione della *lex specialis* di una gara d'appalto soggiace, come tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., tra cui ha carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale, in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo; ulteriormente, l'intento perseguito dall'Amministrazione ed il potere concretamente esercitato sulla base del contenuto complessivo dell'atto (interpretazione sistematica) andranno individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere dal dato letterale (cfr. C.d.S., Sez. V, 9 ottobre 2015, n. 4684; id., Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 15 febbraio 2016, n. 136).

La giurisprudenza ha, altresì, rammentato che in tema di interpretazione dei contratti, il criterio del riferimento al senso letterale delle parole adoperate dai contraenti si pone – pure nella ricerca della comune intenzione delle stesse – come strumento di interpretazione fondamentale e prioritario, con la conseguenza che, ove (come nel caso ora in esame) le espressioni adoperate nel contratto siano di chiara e non equivoca significazione, la ricerca della comune volontà è esclusa, rimanendo superata la necessità del ricorso agli ulteriori criteri di cui agli artt. 1362 e ss. c.c., che svolgono una funzione sussidiaria e complementare (Cass. civ., Sez. II, 12 novembre 2015, n. 23132).

Con specifico riferimento alle gare pubbliche, si è, inoltre, affermato che, nell'interpretazione delle disposizioni che regolano i presupposti, lo svolgimento e la conclusione della gara – contenute nel bando o nella lettera di invito e nei loro allegati (capitolati, convenzioni, ecc.) e costituenti nel loro insieme, la *lex specialis* di gara – un corretto rapporto tra la P.A. ed il privato, rispettoso dei principi di imparzialità e di buon andamento, nonché del dovere di buona fede delle parti nello svolgimento delle trattative (art. 1337 c.c.), impone di dare una lettura della stessa *lex specialis* idonea a tutelare l'affidamento degli interessati, interpretandola per ciò che essa dice espressamente e dispensando il concorrente dal ricostruire, con indagini ermeneutiche integrative, ulteriori ed inespressi significati. Ne segue che, ove il dato testuale presenti evidenti ambiguità, dovrà essere scelto dall'interprete il significato più favorevole all'ammissione del candidato: se, dunque, la formulazione letterale della *lex specialis* lascia spazi interpretativi, andrà prescelta l'interpretazione volta a favorire la massima partecipazione alla procedura (cfr. C.d.S., Sez. V, 22 settembre 2015, n. 4430, con i precedenti ivi elencati).

Da ultimo, per quanto riguarda i rapporti tra le varie fonti che concorrono alla disciplina della gara, premesso che il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto hanno ciascuno una propria autonomia e peculiare funzione nell'economia della procedura (il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, di norma in relazione agli aspetti tecnici, anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale), essi costituiscono tutti insieme la *lex specialis* della gara ed acquistano, così, carattere vincolante nei confronti sia dei concorrenti, sia della stazione appaltante. Nondimeno, tra i citati atti esiste una gerarchia differenziata, con prevalenza del contenuto del bando di gara, mentre le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. V, n. 4684/2015 cit., con i precedenti ivi richiamati).

Alla luce dei riferiti principi ermeneutici di matrice giurisprudenziale, risulta evidente nella vicenda in esame la fondatezza della censura della ricorrente principale, mentre vanno respinte le obiezioni mosse sul punto dalla controinteressata e dallo stesso Comune di Spinea.

Ed invero, in presenza di un significato chiaro ed inequivoco come quello che si ricava dalla lettura dell'art. 48 del capitolato speciale d'appalto, che limita la possibilità dell'avvalimento al solo centro di cottura alternativo, non si vede quali (inesistenti) ambiguità ed oscurità della *lex specialis* di gara potessero far sorgere nella Serenissima Ristorazione S.p.a. un affidamento circa l'ammissibilità del succitato istituto anche per il centro di cottura principale, né si rinvengono spazi interpretativi tali da consentire una partecipazione alla gara estesa anche alle imprese che hanno utilizzato l'avvalimento per l'individuazione del centro di cottura principale.

Sotto il primo profilo, infatti, la stessa controinteressata si è mostrata consapevole dell'impossibilità di utilizzare l'avvalimento per il centro di cottura principale, tanto da stipulare con la MO.SE. S.r.l. un contratto preliminare di cessione di ramo d'azienda, avente ad oggetto proprio il centro di cottura sito in via Gagliardi a Mogliano Veneto, il 18 settembre 2015 e, pertanto, subito dopo che la ridetta ausiliaria aveva prestatato l'avvalimento con dichiarazione del 16 settembre 2015, resa in base all'art. 49, comma 2, lett. g), del d.lgs. n. 163/2006 (regolante l'avvalimento tra ditte del medesimo gruppo societario); si vedrà, peraltro, più oltre come il suddetto preliminare non sia servito allo scopo che la controinteressata si proponeva.

Sotto il secondo profilo, poi, non essendovi dubbi su significato e portata del capoverso dell'art. 48 del capitolato speciale d'appalto, non residuavano spazi per applicare criteri interpretativi diversi da quello letterale, pur se, in ipotesi, ispirati al principio del favor participationis.

Né coglie nel segno la Serenissima Ristorazione S.p.A., lì dove insiste su un presunto contrasto tra l'art. 48 del capitolato speciale d'appalto ed altre disposizioni della lex specialis di gara e cioè l'art. 17 del disciplinare di gara e l'art. 34, lett. a), dello stesso capitolato. Tale contrasto è, a ben vedere, inesistente, poiché – come correttamente osservato dalla difesa comunale – l'art. 48 cit. non esclude in modo assoluto il ricorso all'avvalimento, ma lo consente per il solo centro di cottura alternativo; se ne desume che non c'è nessuna contraddizione con le surriferite previsioni della lex specialis (in particolare, con l'art. 17 del disciplinare), che nulla dicono sui limiti entro cui è ammesso il ricorso all'avvalimento: detti limiti, invero, sono e restano quelli previsti dall'art. 48 del capitolato speciale. Neanche per questa via, dunque, può ammettersi il ricorso all'avvalimento per l'individuazione del centro di cottura principale.

Infine, la fondatezza del motivo del ricorso principale ora in esame non è infirmata dalla circostanza che – come già riferito – la Serenissima Ristorazione S.p.A. ha stipulato con la MO.SE. S.r.l., il 18 settembre 2015, un contratto preliminare di cessione di ramo d'azienda, avente ad oggetto proprio il centro di cottura di via Gagliardi n. 3, in Mogliano Veneto: tale contratto, infatti, risulta sottoposto alla condizione sospensiva dell'aggiudicazione definitiva della gara alla Serenissima Ristorazione S.p.A. (v. art. 10: "le parti concordano che la validità e l'efficacia del presente atto sono subordinati (sic) all'aggiudicazione definitiva..."), laddove invece, al fine di fondare l'obiezione della predetta controinteressata, lo stesso avrebbe dovuto esser sottoposto alla condizione risolutiva della mancata aggiudicazione della gara alla citata società.

Mette conto aggiungere che, in contrario, non vale il fatto che la controinteressata ha poi acquistato dalla MO.SE. S.r.l., con contratto stipulato il 25 febbraio 2016 (e dunque, dopo l'aggiudicazione del servizio), il ramo d'azienda comprensivo del centro di cottura di Mogliano Veneto. A ben guardare, infatti, l'art. 8.1, lett. p), del disciplinare di gara richiedeva alle imprese partecipanti l'impegno – da assumere, evidentemente, già alla presentazione dell'offerta – a garantire, in caso di aggiudicazione, un centro cottura prima dell'inizio del servizio e per tutta la durata della concessione: impegno che, nel caso de quo, non può dirsi correttamente assunto dalla controinteressata, sia per l'esclusione del ricorso all'avvalimento, sia per l'inidoneità del contratto preliminare stipulato, in quanto sottoposto a condizione sospensiva, come poc'anzi illustrato.

Non convincono neppure le eccezioni sollevate dalla difesa del Comune di Spinea, incentrate sulla mancanza del requisito dell'alterità soggettiva, necessario per la configurabilità dell'avvalimento, in quanto nel caso di specie la Serenissima Ristorazione S.p.A. possiederebbe l'intero capitale sociale della MO.SE. S.r.l. e ne avrebbe la completa gestione e controllo, cosicché la seconda sarebbe una diretta emanazione della prima. Ad avviso del Comune, trattandosi, nella fattispecie, di un soggetto unitario dal punto di vista economico, non potrebbe parlarsi di avvalimento in senso sostanziale (il quale presuppone che ci si avvalga dei requisiti posseduti da un soggetto distinto giuridicamente ed economicamente dall'ausiliata): nessuna violazione della disciplina stabilita dall'art. 48, capoverso, del capitolato speciale sarebbe, pertanto, ravvisabile.

L'assunto del Comune è palesemente infondato, essendo confutato dalla documentazione versata in atti.

Ed infatti, è vero che l'istituto dell'avvalimento consente al concorrente di servirsi, per partecipare alla gara, dei requisiti prestati da altri soggetti, i quali sono distinti dal concorrente, pur essendo allo stesso legati da una relazione giuridica qualificata (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 30 aprile 2015, n. 2456; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 3 novembre 2014, n. 2626).

Non è vero, invece, che non può parlarsi di avvalimento, ove l'ausiliata e l'ausiliaria appartengano ad un medesimo gruppo societario: infatti, una simile evenienza è contemplata dal già ricordato art. 49, comma 2, lett. g), del d.lgs. n. 163/2006, il quale dispone che, in questa ipotesi, il contratto può essere sostituito da una dichiarazione prodotta dalla concorrente, che attesti il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo (v. C.d.S., Sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4544).

Orbene, ciò è quanto verificatosi nella vicenda all'esame, dove l'ausiliaria MO.SE. S.r.l. ha prestato avvalimento a favore dell'ausiliata Serenissima Ristorazione S.p.A., emettendo una dichiarazione ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. g), cit. (cfr. il punto E) della dichiarazione del 16 settembre 2015, all. 26 al ricorso): donde l'infondatezza della tesi del Comune.

Del resto, la stessa controinteressata ha dimostrato la propria alterità soggettiva rispetto all'impresa ausiliaria MO.SE. S.r.l., concludendo con quest'ultima, come poc'anzi ricordato, un preliminare di cessione di ramo d'azienda.

In definitiva, perciò, il terzo motivo del ricorso principale è fondato e da accogliere.

Sono, parimenti, fondati e da accogliere il primo ed il secondo motivo del ricorso principale.

Invero, è incontestato che il centro di cottura sito in Mogliano Veneto, alla via Gagliardi, n. 3 – che la Serenissima Ristorazione S.p.A. intende adibire a centro di cottura principale per la concessione di cui si discute – è stato utilizzato, altresì, dalla MO.SE. S.r.l., in pendenza della procedura di gara, per il servizio di ristorazione scolastica da essa svolto, in base ad apposita convenzione stipulata nel marzo 2012 e valevole fino al 31 dicembre 2021, in favore del Comune di Mogliano Veneto (v. doc. 4 della controinteressata). Detto centro è stato (ed è) utilizzato, altresì, per il servizio di ristorazione scolastica svolto a favore del Comune di Marcon: la circostanza, asserita dalla ricorrente principale, è infatti ammessa dalla controinteressata (v. pag. 9 della memoria di questa).

Orbene, in base alle stesse affermazioni del Comune di Spinea e della controinteressata, il predetto centro di cottura di via Gagliardi, n. 3, in tanto riesce a soddisfare i requisiti di capacità produttiva stabiliti dalla lex specialis in favore del Comune di Spinea (n. 1.300 pasti giornalieri), in quanto la MO.SE. S.r.l. trasferisca almeno una parte della produzione dei pasti che effettua per il Comune di Mogliano Veneto presso altra unità produttiva (precisamente, presso il centro di cottura di Treviso, sito in viale IV novembre, n. 93: v. doc. 5 della controinteressata).

Senonché – al contrario di quanto lasciano intendere la difesa comunale e la controinteressata – non appare per nulla scontato che detto trasferimento possa essere deciso unilateralmente dalla MO.SE. S.r.l., senza necessità di alcun consenso della sua controparte contrattuale (il Comune di Mogliano Veneto). Infatti, l'art. 13 dell'all. 1 alla convenzione stipulata tra la società ed il Comune (v. doc. 4 della controinteressata), intitolato "Ubicazione del centro di cottura", si limita a prevedere che "La ditta potrà servirsi di un centro di cottura distante non più di 30 chilometri da Mogliano Veneto", il che non significa per nulla, ad avviso del Collegio, che la società possa modificare unilateralmente il centro di cottura indicato nella propria offerta (o comunque quello dove attualmente predispone il servizio).

Invero, ad una lettura complessiva della convenzione in esame – la quale prevede, tra l'altro, all'art. 14 la facoltà per il Comune di dichiarare risolto il contratto in caso di gravi violazioni degli obblighi contrattuali, nonché la possibilità per le parti di risolvere il contratto ove non vi sia un accordo sulla revisione dei compensi per la fornitura dei pasti per gli anni 2015 e seguenti – appare senz'altro più rispondente alla ratio della predetta convenzione che l'eventuale modifica del centro di cottura sia il frutto dell'accordo delle parti (si pensi, ad es., alla possibilità che detta modifica incida sull'importo dei compensi).

E tuttavia, né la controinteressata, né il Comune di Spinea hanno fornito alcuna prova del consenso del Comune di Mogliano Veneto al trasferimento della produzione presso il centro di cottura situato in viale IV novembre, n. 93, in Treviso, o presso altro centro di cottura diverso da quello ubicato in Mogliano Veneto, alla via Gagliardi, n. 3.

Ne consegue la fondatezza – oltre che del terzo – anche del primo e del secondo motivo del ricorso principale e, quindi, la fondatezza della domanda della ricorrente principale, volta all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara alla controinteressata, con assorbimento di tutte le ulteriori doglianze proposte dalla stessa ricorrente principale.

E va precisato che l'accoglimento della domanda di annullamento presentata in via principale dalla CIR Food esime il Collegio dal dover analizzare la subordinata proposta dalla stessa.

A questo punto diventa, dunque, necessario esaminare il ricorso incidentale condizionato presentato dalla Serenissima Ristorazione S.p.A., rivolto a contestare, per l'ipotesi di accoglimento del ricorso principale, la legittimità dell'art. 48, capoverso, del capitolato speciale d'appalto, nonché a chiedere l'annullamento dell'intera gara.

Sostiene, infatti, la ricorrente incidentale che la riferita clausola del capitolato sarebbe illegittima: 1) perché contrasterebbe con il bando e con il disciplinare di gara (in specie, con l'art. 17 di questo), i quali non avrebbero stabilito alcuna preclusione all'utilizzo dell'avvalimento anche per il centro di cottura principale e che prevarrebbero, nel rapporto tra fonti, sull'ora visto art. 48 (il quale, peraltro, contrasterebbe anche con l'art. 34, lett. a) dello stesso capitolato speciale); 2) perché l'avvalimento è istituito di carattere generale, applicabile in ogni tipo di gara, cosicché le limitazioni all'utilizzo di tale istituto dovrebbero essere esplicitate nel bando o nel disciplinare e particolarmente motivate; 3) perché Serenissima Ristorazione S.p.A., per fugare ogni dubbio, avrebbe acquistato, con atto del 25 febbraio 2016, il ramo d'azienda comprensivo del centro di cottura principale.

Orbene, ritiene il Collegio che il ricorso incidentale sia inammissibile, anzitutto in virtù della natura di clausola cd. escludente propria dell'art. 48 del capitolato speciale d'appalto.

La disposizione in parola, infatti, al primo comma ha vietato la cessione diretta o indiretta, nonché il subappalto totale o parziale del servizio oggetto dell'affidamento in concessione, mentre al secondo comma, come già riferito, ha ammesso l'avvalimento unicamente per l'individuazione del centro di cottura alternativo. In buona sostanza, ai sensi dell'art. 48 cit. le partecipanti dovevano possedere in proprio il centro di cottura principale, non essendo al riguardo consentito il ricorso né al subappalto (vietato dal primo comma della disposizione), né all'avvalimento (escluso dal secondo comma), ma poiché la controinteressata non possedeva in proprio il suddetto requisito (avendolo acquisito solo a seguito del contratto di cessione di ramo d'azienda del 25 febbraio 2016), è chiaro che, per la stessa, l'art. 48 cit. si poneva quale clausola escludente: la disposizione in esame, pertanto, avrebbe dovuto essere immediatamente impugnata dalla controinteressata, ma ciò non è avvenuto.

In altre parole, l'art. 48 del capitolato speciale, giacché ostativo, senza alcun margine di opinabilità, alla partecipazione alla gara della Serenissima Ristorazione S.p.A., avrebbe dovuto essere da questa immediatamente impugnato: ciò, in conformità al consolidato orientamento giurisprudenziale che si è venuto a formare a partire dalla decisione dell'Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003, n. 1, secondo il quale devono essere impugnati immediatamente gli atti di indizione della gara che siano idonei a generare una lesione immediata e diretta della situazione soggettiva dell'interessato, se contengano clausole "escludenti", cioè correlate alla richiesta del possesso di determinati requisiti, la mancanza dei quali impedisca la partecipazione (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671; T.A.R. Veneto, Sez. I, 30 maggio 2016, n. 575).

La società, tuttavia, non ha impugnato immediatamente detta disposizione e per di più, nel gravarla solo ora con il ricorso incidentale condizionato, si è limitata ad impugnarne il capoverso, mancando ancora una volta di gravarla nella sua interezza: donde, per questo verso, l'inammissibilità del citato ricorso incidentale.

Il ricorso incidentale condizionato risulta, peraltro, inammissibile anche sotto distinto e concorrente profilo: infatti, anche se fossero fondate le doglianze ivi formulate avverso l'art. 48, capoverso, del capitolato speciale d'appalto e se, perciò, detta disposizione fosse espunta dalla lex specialis di gara, non solo non ne deriverebbe l'illegittimità dell'intera gara e l'annullamento della medesima, ma – al contrario – resterebbe ferma l'illegittimità dell'affidamento della concessione alla controinteressata, poiché resterebbe intatta la fondatezza dei primi due motivi del ricorso principale: questi ultimi non sarebbero, invero, in alcun modo scalfiti da un eventuale accoglimento delle censure della ricorrente incidentale. Ne segue l'inammissibilità del ricorso incidentale condizionato, per carenza di interesse alla sua proposizione, non potendo dal suo eventuale accoglimento derivare alcun vantaggio in capo alla Serenissima Ristorazione S.p.A. (cfr., ex multis, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 6 giugno 2013, n. 2961).

Ad ogni modo, il predetto ricorso incidentale condizionato, oltre che inammissibile, è infondato nel merito. Invero:

- 1) si è già illustrato più sopra che l'art. 48 del capitolato speciale d'appalto non si pone in contrasto né con il bando e/o il disciplinare di gara, né con l'art. 34, lett. a), dello stesso capitolato speciale, i quali nulla dicono sui limiti entro cui è ammesso il ricorso all'avvalimento;
- 2) l'art. 48 cit. esplicita al capoverso la limitazione all'utilizzo dell'avvalimento, indicandone pur se sommariamente le ragioni (particolarità del servizio da rendere);
- 3) l'acquisto del ramo d'azienda in data 25 febbraio 2016 non vale a sanare l'assenza – all'atto della presentazione dell'offerta – di un impegno correttamente assunto dalla controinteressata a garantire la disponibilità di un centro di cottura principale, secondo quanto prescritto dall'art. 8.1, lett. p), del disciplinare di gara.

Ne consegue l'infondatezza del ricorso incidentale condizionato.

In definitiva, pertanto, il ricorso principale è fondato e da accogliere nella sua parte impugnatoria, in considerazione della fondatezza del primo, del secondo e del terzo motivo con esso dedotti e previo assorbimento di tutti gli ulteriori motivi, mentre il ricorso incidentale condizionato è inammissibile, nonché, in ogni caso, privo di fondamento.

In accoglimento del ricorso principale, va disposto l'annullamento degli atti con esso impugnati, ed in specie dell'aggiudicazione definitiva del servizio alla controinteressata Serenissima Ristorazione S.p.A., facendo salve le ulteriori verifiche e le determinazioni dell'Amministrazione comunale circa l'(eventuale) aggiudicazione della gara alla CIR Food: per conseguenza, la domanda di risarcimento del danno da questa proposta deve essere respinta.

Da ultimo, va dichiarato il non luogo a provvedere sulla domanda di declaratoria dell'inefficacia del contratto, del pari formulata dalla ricorrente principale, in quanto tuttora non stipulato, e, perciò, va dichiarato il non luogo a provvedere anche sulla domanda di subentro nel contratto stesso.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, considerando la prevalenza dell'accoglimento della domanda di annullamento formulata dalla ricorrente principale, rispetto alle altre domande della medesima.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale, come in epigrafe proposti:

- accoglie il ricorso principale e, per conseguenza, annulla gli atti con esso impugnati, fatte salve le eventuali verifiche e le determinazioni dell'Amministrazione comunale circa l'aggiudicazione della gara alla ricorrente principale, respingendo, in tal senso, la domanda risarcitoria;

- dichiara il non luogo a provvedere sulla domanda di declaratoria dell'inefficacia del contratto, in quanto tuttora non stipulato, e, per conseguenza, dichiara il non luogo a provvedere sulla domanda di subentro nel medesimo;

- dichiara inammissibile il ricorso incidentale condizionato;

- condanna il Comune di Spinea e la Serenissima Ristorazione S.p.A. al pagamento in favore della ricorrente principale delle spese ed onorari di causa, che liquida in € 1.500,00 (millecinquecento/00) per ciascuna delle suddette parti soccombenti, per complessivi € 3.000 (tremila/00), più accessori di legge.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 6 luglio 2016, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Nicola Fenicia, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi