

Pubblicato il 12/11/2020

N. 06969/2020REG.PROV.COLL.
N. 01135/2020 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 1135 del 2020, proposto da Camst S,c a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marco Dugato e Diego Vaiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

contro

Jesiservizi S.r.l., non costituita in giudizio;

nei confronti

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Raffaello Perfetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Vittoria Colonna, 39;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche (Sezione Prima) n. 37 del 2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale di Dussmann Service S.r.l.;

Viste le memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 ottobre 2020 il Cons. Elena Quadri;

si dà atto della richiesta di passaggio in decisione presentata dagli avvocati Dugato e Perfetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Dussmann Service S.r.l. ha impugnato, anche con motivi aggiunti, innanzi al Tribunale amministrativo regionale per le Marche la determinazione n. 56 del 30 luglio 2019 con cui Jesiservizi S.r.l. ha aggiudicato al RTI Camst-Cir Food la procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento del servizio a basso impatto ambientale di ristorazione scolastica per i comuni di Jesi e Monsano e di ristorazione assistenziale per l'Asp Ambito 9 limitatamente al comune di Jesi.

Il Tribunale amministrativo regionale, con sentenza n. 37 del 2020, ha accolto il ricorso per motivi aggiunti, ha respinto il ricorso incidentale e ha dichiarato improcedibile il ricorso principale.

Camst ha proposto appello contro la sentenza succitata, deducendo i seguenti motivi di diritto:

I) erroneità della sentenza per vizio di motivazione sotto il profilo della omissione, insufficienza, contraddittorietà del giudicato, per avere totalmente omissso di pronunciarsi sulla legittimità della scelta della commissione giudicatrice di non tenere conto, ai fini della valutazione dell'offerta tecnica di Dussmann, della documentazione integrativa sul criterio A, ovvero sull'unico

motivo di impugnazione proposto da Dussmann nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado;

II) erroneità della sentenza per contraddittorietà e travisamento dei fatti nella parte in cui, da un lato, ha accolto il primo dei motivi aggiunti proposti da Dussmann con riferimento ai punteggi attribuiti all'aggiudicataria nei verbali del 12 e 17 luglio 2019 in relazione al sub elemento B.3 *“Introduzione di attrezzatura idonea a produrre preparati di carne e pesce nelle cucine che servono le scuole e di omogenizzatore adatto all'uso delle diete per disfagia nella cucina che serve la casa di riposo”*; dall'altro, ha rigettato il ricorso incidentale di Camst.

Si è costituita per resistere all'appello Dussmann Service S.r.l., che ha, altresì, proposto appello incidentale.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 29 ottobre 2020 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Giunge in decisione l'appello proposto da Camst contro la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per le Marche n. 37 del 2020, che ha accolto il ricorso per motivi aggiunti di Dussmann per l'annullamento della determinazione n. 56 del 30 luglio 2019 con cui Jesiservizi S.r.l. ha aggiudicato al RTI Camst-Cir Food la procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50 del 2016, per l'affidamento del servizio a basso impatto ambientale di ristorazione scolastica per i comuni di Jesi e Monsano e di ristorazione assistenziale per l'Asp Ambito 9 limitatamente al comune di Jesi, respingendo il ricorso incidentale di Camst.

Con il primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza, che avrebbe totalmente omesso di pronunciarsi sulla legittimità della scelta della commissione giudicatrice di non tenere conto, ai fini della valutazione dell'offerta tecnica di Dussmann, della documentazione integrativa sul criterio A, ovvero sull'unico motivo di impugnazione proposto da Dussmann nell'atto

introduttivo del giudizio di primo grado, rilevando, dunque, un evidente vizio di motivazione della sentenza di primo grado sotto il profilo della omissione, insufficienza, contraddittorietà del giudicato.

Con il secondo motivo l'appellante censura che la sentenza impugnata sarebbe manifestamente errata per contraddittorietà e travisamento dei fatti nella parte in cui, da un lato, ha accolto il primo dei motivi aggiunti proposti da Dussmann con riferimento ai punteggi attribuiti all'aggiudicataria nei verbali del 12 e 17 luglio 2019 in relazione al sub elemento B.3 *“Introduzione di attrezzatura idonea a produrre preparati di carne e pesce nelle cucine che servono le scuole e di omogenizzatore adatto all'uso delle diete per disfagia nella cucina che serve la casa di riposo”*; dall'altro, ha rigettato il ricorso incidentale di Camst.

L'art. 18 del disciplinare di gara prevedeva un criterio di valutazione, per un massimo di 2 punti, in relazione al numero di cucine dotate di attrezzature (criterio B.3.1) ed un criterio di valutazione, per un massimo di 3 punti, in ragione delle caratteristiche dell'attrezzatura proposta (criterio B.3.2). Ciò, per un totale di massimo 5 punti. Con specifico riferimento al criterio B.3.1, la concorrente avrebbe ottenuto 0,67 punti per ogni cucina attrezzata delle tre indicate dal disciplinare (centro cottura comunale RSA Vittorio Emanuele, cucina asilo nido Romero, cucina centro cottura comune di Monsano).

Con riferimento al criterio B.3.1 il RTI Camst/Cir Food ha conseguito 1,34 punti (0,67 per 2), avendo la commissione considerato attrezzate due delle tre cucine previste per l'esecuzione del servizio. Più precisamente, nell'offerta tecnica del RTI Camst veniva dotata di polpettatrice e di omogenizzatore la cucina centralizzata RSA Vittorio Emanuele del Comune di Jesi, munita, altresì, della cella frigo e di contenitori termici per il trasporto dei pasti. La commissione ha ritenuto che l'attrezzatura offerta dal RTI Camst, sebbene collocata presso la cucina centrale RSA, dovesse essere considerata anche a servizio dell'Asilo Nido Oscar Romero in ragione dell'analisi del piano dei trasporti dei pasti di cui all'offerta della RTI, in cui si spiegava che la cucina dell'asilo nido Oscar Romero di Jesi, addetta alla preparazione dei pasti per i

bambini del nido, è funzionalmente collegata al centro di cottura principale sempre ubicato nel medesimo Comune.

Seguendo la stessa lettura estensiva del disciplinare, con riferimento al criterio B.3.1, la commissione ha attribuito a Dussmann il punteggio massimo di 2, considerando attrezzate tutte e tre le cucine in gara, nonostante Dussmann avesse dotato di polpettatrice ed hamburgatrice (gli unici strumenti idonei a ultimare la composizione del preparato) soltanto quella del RSA Jesi. Le rimanenti due cucine di Monsano e dell'asilo nido Oscar Romero erano infatti dotate unicamente della pressa, strumento avente l'unica funzione di agevolare la formattazione del singolo pezzo utilizzato a valle della procedura ma di per sé non idoneo *“a produrre preparati di carne e pesce nelle cucine che servono le scuole”*. In sostanza, la commissione aveva ritenuto valutabili tanto per Camst come per Dussmann attrezzature strettamente utilizzate nella produzione del preparato (hamburgatrice o polpettatrice e omogeneizzatore offerte sia da Dussmann che da Camst), ed ulteriori attrezzature non strettamente necessarie al preparato (cella frigorifera per Camst e pressatrice per Dussmann) ritenendole comunque funzionali nel processo di preparazione del prodotto.

Per l'appellante, nell'accogliere il ricorso per motivi aggiunti, la sentenza avrebbe, sostanzialmente, proceduto ad una nuova valutazione dell'idoneità delle attrezzature. In particolare, a fronte della valutazione operata dalla stazione appaltante in merito al riconoscimento a Camst di due centri di cottura, con positiva valutazione della sufficienza di una “cella frigo” a servire due cucine, il Giudice, con proprio autonomo giudizio e senza che mai la ricorrente avesse avanzato censure al riguardo e puntualmente dirette a contestare l'adeguatezza della cella frigo, avrebbe operato una rinnovazione della valutazione, avulsa dalle contestazioni della ricorrente e sarebbe giunto ad un apprezzamento diverso da quello operato dalla commissione giudicatrice. In particolare, avrebbe ritenuto che “la cella frigo”, per le sue dimensioni, non potesse essere facilmente trasportabile e dunque non

potessero essere riconosciuti a Camst centri di cottura ulteriori rispetto a quelli in cui la cella frigo è ubicata. La statuizione, per un verso, esorbiterebbe dai confini del sindacato giurisdizionale; in secondo luogo, assumendo come fatto una mera allegazione in udienza, peraltro travisata, dell'avvocato della stazione appaltante, sarebbe giunta ad una conclusione tecnicamente errata (cella frigorifera trasportabile invece che mobile), manifestamente alterando il contenuto della proposta tecnica di Camst.

La sentenza avrebbe, inoltre, respinto erroneamente il ricorso incidentale, con cui Camst aveva impugnato i verbali del 12 e 17 luglio 2019: se il Tribunale amministrativo regionale avesse accolto una lettura restrittiva delle disposizioni del bando, come suggerita da Dussmann, annullando i verbali, i punteggi avrebbero dovuto essere annullati anche nella parte in cui avevano attribuito 2 punti a Dussmann, in ragione del fatto che l'unica cucina valutabile offerta dalla stessa era quella della RSA di Jesi, atteso che il disciplinare, all'art. 18, non avrebbe potuto che essere letto, ai fini dell'attribuzione del punteggio, come finalizzato a premiare l'introduzione di sole due attrezzature, ovvero l'hamburgatrice (o polpettatrice) e l'omogenizzatore, a nulla rilevando le altre dotazioni indicate dalle concorrenti, tra cui le presse offerte da Dussmann nell'asilo nido e nel Comune di Monsano, che, come si evincerebbe chiaramente dalle relative schede tecniche, hanno la sola funzione di agevolare la formattazione del singolo pezzo e non la produzione dell'impasto e delle polpette; funzioni, queste ultime, caratteristiche solo ed esclusivamente di una polpettatrice.

Le attrezzature offerte da Dussmann presenti nei due centri cottura erano infatti presse manuali, ovvero strumenti non automatici, che permettono la formattazione di un impasto, ma senza sminuzzare o amalgamare e, quindi, insuscettibili di contribuire in alcun modo alla produzione di un preparato. Invero, tale strumento non consentirebbe di realizzare quello che la definizione legale del Regolamento CE n 853/2004 descrive come "preparato di carne": *"carni fresche, incluse le carni ridotte in frammenti, che hanno subito*

un'aggiunta di prodotti alimentari, condimenti o additivi o trattamenti non sufficienti a modificare la struttura muscolo-fibrosa interna della carne e ad eliminare quindi le caratteristiche delle carni fresche”.

Il motivo, che contiene le censure essenziali che concernono la valutazione dell'amministrazione su quante cucine potessero o meno considerarsi attrezzate, è fondato.

Invero, ai sensi del subcriterio B.3.1. previsto dall'art. 18 del disciplinare di gara: *“Introduzione di attrezzatura idonea a produrre preparati di carne e pesce nelle cucine che servono le scuole e di un omogenizzatore adatto all'uso delle diete per disfagia nella cucina che serve la casa di riposo”*, per il quale era previsto un punteggio massimo di 2, il concorrente avrebbe ottenuto 0,67 punti per ogni cucina attrezzata delle tre indicate dal disciplinare (centro cottura comunale RSA Vittorio Emanuele, cucina asilo nido Romero, cucina centro cottura comune di Monsano). La commissione ha attribuito per tale subcriterio punti 1,34 a Camst (ritenendo due cucine attrezzate) e punti 2 a Dussmann (ritenendo tre cucine attrezzate).

Per verificare l'idoneità tecnica delle pressatrici offerte da Dussmann quali *“attrezzature”* valutabili in base al subcriterio B.3.1., è sufficiente l'esame delle offerte tecniche dei concorrenti (quella di Camst alla pag. 17 e quella di Dussmann alla pag. 23), nonché i verbali di valutazione della commissione (in particolare la tabella alle ultime pagine del verbale del 12 luglio). L'esame di tali documenti dimostra inequivocabilmente l'errore commesso dalla commissione nella valutazione di entrambe le offerte.

Invero, le pressatrici non potevano essere considerate un'attrezzatura idonea a produrre preparati di carne e pesce, atteso che le stesse si limitano a mettere in forma il preparato già prodotto altrove mediante l'hamburgatrice o la polpettatrice, che, però, sia nell'offerta di Dussmann che in quella di Camst, erano presenti solo in una cucina (quella della RSA di Jesi, la stessa in cui era presente l'omogeneizzatore). Dunque, il punteggio per il subcriterio B.3.1.

doveva essere lo stesso per entrambe le offerte (di 0,67 per una sola cucina attrezzata).

Sul punto, pur essendo da condividere la parte della sentenza che concerne l'errata attribuzione del punteggio all'offerta Camst per le cucine che hanno la cella frigorifera (perché la cella non è un'attrezzatura idonea a produrre preparati di carne e pesce e inoltre era presente solo nella stessa cucina ove vi erano le altre attrezzature), non si condividono, invece, le statuizioni della stessa che non hanno ritenuto erroneo il punteggio attribuito a Dussmann per le altre due cucine, ove vi erano solo le pressatrici. Se la commissione non avesse commesso il suddetto errore, Camst sarebbe in ogni caso risultata aggiudicataria, addirittura con un margine maggiore rispetto a quello di cui ai verbali di gara impugnati. Il ricorso incidentale di Camst proposto in primo grado era, dunque, fondato.

Deve precisarsi, in ogni caso, che, ai fini della decisione, è risultata totalmente irrilevante la documentazione prodotta da ultimo da Camst, di cui Dussmann ha chiesto l'inammissibilità, atteso che l'errore commesso dalla commissione, che ha permesso l'attribuzione di punti 2 a Dussmann e di punti 1,34 a Camst (rispetto al massimo punteggio di 2) mentre avrebbero dovuto avere entrambe lo stesso punteggio di 0,67, è risultato evidente dal mero esame delle offerte tecniche di entrambi i concorrenti e dei verbali di valutazione della commissione.

Alla luce della fondatezza del secondo motivo di appello, nella parte in cui assume l'erroneità del rigetto del ricorso incidentale di Camst, può assorbirsi l'esame del primo motivo.

Con appello incidentale Dussmann ha dedotto con il primo motivo che la valutazione espressa dalla commissione sarebbe errata non solo con riferimento al punteggio assegnato al RTI Camst-Cir Food per il criterio B.3.1, così come correttamente rilevato dalla sentenza, ma anche per quanto riguarda l'assegnazione del punteggio per il criterio B.3.2.: *“caratteristiche dell'attrezzatura proposta”*. Benché si trattasse di un criterio di valutazione avente

natura discrezionale, la legge di gara avrebbe limitato l'ambito oggettivo delle attrezzature valutabili alle *“attrezzature idonee a produrre preparati di carne e pesce nelle cucine che servono le scuole”* e a *“un omogenizzatore adatto all'uso delle diete per disfagia nella cucina che serve la casa di riposo”*. La commissione avrebbe immotivatamente espresso per entrambi i concorrenti lo stesso giudizio (*“l'attrezzatura proposta è buona”*) ed avrebbe attribuito lo stesso punteggio (2,70), sebbene l'offerta del RTI Camst-Cir Food, rispetto a quella di Dussmann, fosse assolutamente sommaria e non desse in alcun modo conto delle caratteristiche specifiche dell'attrezzatura proposta oggetto della valutazione.

Il motivo è infondato.

Per giurisprudenza costante, la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla Commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione insindacabile, salvo che sia affetta da manifesta illogicità, che non ricorre nella specie.

Dussmann censura, invero, l'attribuzione di punteggi di natura squisitamente discrezionale, rapportata alle caratteristiche delle attrezzature, avendo la Commissione, con valutazione non illogica, ritenuto che le attrezzature di entrambi i concorrenti fossero equivalenti.

Peraltro, il giudizio relativo al criterio qualitativo B.3.2. è stato unanime e conforme da parte di tutti i componenti della Commissione giudicatrice, che hanno valutato come sostanzialmente equivalenti le caratteristiche delle attrezzature specifiche per la preparazione.

Con il secondo motivo Dussmann premette, innanzitutto, come la stessa non abbia potuto caricare in maniera completa la propria offerta tecnica sulla piattaforma attraverso la quale è stata gestita la procedura di gara a causa del malfunzionamento della medesima, che consentiva di caricare file per una dimensione massima inferiore (40 MB) rispetto a quella prevista dalla legge di

gara (50 MB). È la stessa stazione appaltante a dare atto, nella nota del 6 agosto 2019 e nei verbali delle sedute dell'8 e 12 luglio 2019, delle problematiche di funzionamento del portale e di avere per questo consentito a Dussmann (come pure al RTI aggiudicatario) di produrre, solo successivamente al termine di scadenza di presentazione delle offerte, la documentazione che non aveva potuto caricare per causa ad essa non imputabile *“purché si dimostri che la creazione degli allegati sia avvenuta in data anteriore alla presentazione dell'offerta stessa (da attestare tramite apposizione della marca temporale o altri strumenti analoghi) e purché le dimensioni degli stessi, sommate ai file contenuti nella busta digitale già agli atti rispetti il limite complessivo di 50 MB previsto nel disciplinare di gara”*.

L'appellante incidentale contesta la legittimità della scelta della commissione giudicatrice di non aver tenuto conto, ai fini della valutazione della sua offerta tecnica, della documentazione integrativa dalla stessa trasmessa il 10 luglio 2019. Non vi era, infatti, secondo Dussmann, alcuna disposizione della legge di gara che prevedesse l'obbligo di munire la documentazione di marcatura temporale. Infatti, il disciplinare, anche attraverso il rinvio alla *“guida alla presentazione delle offerte telematiche”*, si limitava a prevedere che, ove espressamente previsto, la documentazione di gara fosse sottoscritta digitalmente (art. 13, punto 1 e 2, del disciplinare), ma non che fosse munita di marcatura temporale. E la firma digitale non equivarrebbe alla marcatura temporale, atteso che, mentre la seconda, ai sensi dell'art. 20, comma 3, del d.lgs. n. 82 del 2005 (*Codice dell'Amministrazione Digitale*): *“è un servizio specificamente volto ad associare data e ora certe e legalmente valide ad un documento informatico, consentendo, quindi, di attribuirgli una validazione temporale opponibile a terzi”*, la prima è idonea al diverso ed ulteriore scopo di *“rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico”* (art. 1, comma 1, lett. s), d.lgs. n. 82/2005).

Il motivo è infondato.

Legittimamente, per il principio della *par condicio*, la commissione non ha ritenuto valutabile la documentazione prodotta da Dussmann dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, atteso che la firma digitale in calce alla stessa apposta recava la data della produzione documentale e non una data antecedente alla scadenza del termine medesimo, non potendosi, dunque, ritenere formata in data antecedente.

Invero, i documenti vengono firmati digitalmente prima del caricamento (perché gli stessi non possono essere caricati se non sono prima firmati digitalmente); se davvero Dussmann avesse formato i documenti tempestivamente, prima di aver tentato il caricamento originario (anteriormente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte) che non è stato possibile per i problemi di funzionamento della piattaforma di cui si è detto, la firma digitale avrebbe recato la data corrispondente. Proprio per questo, la Stazione appaltante aveva chiesto che, a doverosa tutela della *par condicio*, la documentazione prodotta successivamente da Dussmann fosse munita di “marcatura temporale”, di “firma digitale” o di altri “strumenti analoghi”, onde comprovare la sua formazione in data antecedente al termine di scadenza della presentazione delle offerte (così dispone la nota del Presidente della commissione del 10 luglio 2019, citata nel verbale del 12 luglio 2019).

La commissione, quindi, legittimamente non ha ritenuto raggiunta la prova della formazione dei documenti in tempo antecedente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non essendo questi muniti di marcatura temporale, ma solo di una firma digitale apposta in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte. Né poteva valere la data di stampa, priva, questa, di qualsiasi validità probatoria, atteso che la stessa può essere impostata a piacimento e senza alcuna corrispondenza con la data di effettiva formazione del documento.

Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello principale va accolto, mentre quello incidentale va respinto.

Sussistono giusti motivi, in relazione alle peculiarità della presente controversia, per disporre l'integrale compensazione fra le parti del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 ottobre 2020 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Elena Quadri

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO