

Pubblicato il 29/07/2019

N. 05308/2019 REG.PROV.COLL.
N. 01786/2018 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 1786 del 2018, proposto da Eutourist New S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, 33

contro

Comune di Terni, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Gennari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia

nei confronti

Gemos Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Mischi e Andrea Corinaldesi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Francesca Giuffrè in
Roma, via dei Gracchi n. 39

*per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per
l'Umbria (Sezione Prima) n. 10/2018*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Terni e della
Gemos Soc. Coop;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 il Cons.
Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Di Ienno, Gennari e
Mischi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso notificato nei tempi e nelle forme di rito, Euturist
New s.r.l., come in atti rappresentata e difesa, premetteva di aver
partecipato alla procedura aperta indetta dal Comune di Terni, con
bando pubblicato nel marzo 2017, per l'affidamento in concessione
del servizio di ristorazione scolastica presso i nidi d'infanzia, i servizi
integrativi, le scuole dell'infanzia, primarie e secondarie di primo
grado comunali, per un importo a base d'asta di € 15.126.429,00 per
cinque anni, oltre all'eventuale rinnovo per ulteriori due anni, per
complessivi € 20.526.028,00.

La gara era da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente
più vantaggiosa (mercé l'attribuzione di 70 punti all'elemento tecnico
e 30 a quello economico), con precipuo riferimento: *a)* alla
preparazione e distribuzione *in loco* dei pasti nelle scuole aventi la
cucina interna (elencate all'art. 4 del Capitolato); *b)* alla fornitura dei

pasti cotti trasportati presso altre scuole non dotate di cucina interna (anche esse elencate all'art. 4 cit.); c) alla fornitura dei pasti crudi presso i nidi di infanzia, perché aventi cucina *in loco* gestita dal personale comunale.

Precisava, per quanto di particolare interesse ai fini della lite, che il ridetto capitolato speciale aveva previsto, relativamente ai requisiti di partecipazione ed alle specifiche tecniche del servizio, la necessità che ogni concorrente producesse apposita dichiarazione recante impegno *“a disporre, in caso di aggiudicazione, per tutto il periodo di durata della concessione, di un Centro di preparazione pasti ad una distanza non superiore a 20 km effettivi dal centro di Terni, dotato delle necessarie attrezzature e autorizzazioni sanitarie per l'espletamento del servizio in concessione (preparazione, confezionamento e distribuzione)”*, nonché distinta dichiarazione di *“disporre di un piano di emergenza per assicurare il servizio in caso di impossibilità di utilizzo del centro di preparazione pasti, di una delle cucine in loco, delle attrezzature o dei mezzi di trasporto impiegati nel servizio in Concessione”*.

Aggiungeva che, all'art. 16, riguardo al servizio dei pasti trasportati, era altresì prevista la necessità di *“confezionare i pasti richiesti giornalmente presso un centro di cottura situato in un raggio di distanza dal centro della città di Terni non superiore a 20 Km effettivi”*, mentre, all'art. 19, era puntualizzato che *“il Concessionario, all'avvio del Servizio di Ristorazione Scolastica, [avrebbe dovuto] possedere o avere la disponibilità di un autonomo centro di cottura/Centro di Produzione pasti con capacità di produzione adeguata all'entità della [...] Concessione, dedicato in modo esclusivo alla ristorazione collettiva”*: tale centro avrebbe dovuto presentare i requisiti richiesti e descritti nel Reg. (CE) 852/2004 e s.m.i., nella normativa nazionale e regionale vigente sull'igiene degli alimenti,

contemperandole comunque con le Linee Guida per la Ristorazione Scolastica della Regione Umbria.

Infine, tutti i locali e le strutture che il Concessionario intendesse utilizzare per il servizio oggetto della Concessione avrebbero dovuto possedere la notifica (mediante SCIA) trasmessa all'ASL di competenza.

2.- Tanto premesso, esponeva che, all'esito del confronto concorrenziale delle formulate offerte, risultava aggiudicataria la ditta GEMOS.

Avverso l'aggiudicazione aveva, peraltro, proposto ricorso dinanzi al TAR Perugia, con il quale aveva censurato:

- a) la mancata esclusione della stessa GEMOS, a motivo della argomentata “*discrepanza*” tra la dichiarazione resa riguardo alla disponibilità per tutta la durata del periodo di concessione (e, quindi, pretesamente fin dall'inizio del servizio) di un Centro di cottura nel Comune di Terni e quella con cui la società si era (semplicemente e prospetticamente) impegnata all'allestimento, entro tre mesi dalla sottoscrizione del contratto, di un nuovo centro di cottura;
- b) la difformità dell'offerta rispetto alle previsioni della *lex specialis* (stante la ventilata incertezza in ordine al luogo della effettiva preparazione dei pasti e della programmatica gestione delle emergenze);
- c) il carattere asseritamente condizionato ed incompleto della stessa (oltretutto, in tesi, implausibilmente premiata con il massimo dei punteggi per i vari scolpiti subcriteri).

In via subordinata, aveva lamentato l'illegittimo cumulo delle funzioni (in forza di “*autonomina*”) di Presidente, membro giudicante

di Commissione valutativa, RUP e Dirigente - Responsabile del servizio.

3.- Nel rituale contraddittorio delle parti, il primo giudice, con la sentenza epigrafata, respingeva il ricorso, sul complessivo ed argomentato assunto:

a) che l'offerta di GEMOS non potesse essere ritenuta indeterminata o incerta, posto che la stazione appaltante aveva messo a disposizione le cucine esistenti all'interno delle strutture, che avrebbero potuto esser utilizzate anche per produrre i pasti da veicolare in altre sedi;

b) che neppure si trattava di illegittima proposta "in variante" (visto che la possibilità di preparare i pasti da veicolare nelle cucine delle scuole, anziché nel centro di cottura, discendeva "ragionevolmente" dalla possibilità di utilizzo delle stesse cucine comunali);

c) che, quanto al personale da impiegare presso ciascuna scuola, la mancata allegazione del diagramma di Gant non potesse ritenersi illegittima, non essendo un elemento richiesto a pena di esclusione;

d) che parimenti infondata risultava la censura riguardante la contestazione dell'assegnazione dei punteggi, la cui formulazione in termini meramente numerici non necessitava di essere accompagnata da ulteriore supporto giustificativo, alla luce della puntuale prefigurazione di quindici subcriteri valutativi:

e) che il cumulo delle cariche e funzioni di dirigente dei servizi formativi e sociali del Comune di Terni, di Presidente giudicante della Commissione e di RUP del relativo procedimento non era illegittimo, non essendo stata provata una eventuale situazione di incompatibilità.

4.- Avverso la ridetta statuizione insorgeva l'appellante, che ne lamentava, con plurimo mezzo, la complessiva erroneità ed ingiustizia, invocandone l'integrale riforma.

Nel rituale contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 6 dicembre 2018, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

DIRITTO

1.- L'appello è infondato e merita di essere respinto.

2.- L'infondatezza nel merito delle articolate doglianze, argomentata nei sensi delle considerazioni che seguono, vale ad esimere il Collegio dalla disamina delle preliminari questioni di rito eccepite dalla controinteressata, relativamente alla asserita inammissibilità del ricorso di prime cure.

3.- Con il primo motivo di gravame, la società appellante ribadisce le ragioni della ritenuta non conformità dell'offerta della controinteressata alla *lex specialis* di procedura, ritenendo, per un verso, insufficiente il mero impegno a dotarsi (entro tre mesi dalla stipula del contratto) di apposito centro di cottura (in tesi concretante precisa ed ineludibile specifica tecnica delle programmate prestazioni) e, per altro verso, contraddittoria la congiunta e contestuale dichiarazione di disporre dello stesso "per tutto il tempo della durata della concessione".

3.1.- Il motivo non può trovare accoglimento.

Non ha errato il primo giudice nel valorizzare la precisione dell'art. 12 del capitolato speciale, a tenore del quale requisito di partecipazione alla procedura era la mera dichiarazione di impegno a disporre, "*in caso di aggiudicazione*" e "*per tutto il periodo della concessione*", di un centro di preparazione pasti a distanza non superiore a 20 km

effettivi dal centro cittadino, dotato delle necessarie attrezzature e autorizzazioni sanitarie per l'espletamento del servizio.

Invero, sia la *formulazione letterale* della clausola (testualmente incentrata su dichiarazione di tenore meramente *impegnativo* e non *ricognitivo* ed ancorata, in termini prospetticamente condizionali, alla eventualità dell'esito aggiudicatorio), sia la (necessaria e coerente) interpretazione proconcorrenziale della stessa (che si conforma al diffuso intendimento della disponibilità di un centro di cottura localizzato quale requisito di *esecuzione* delle prestazioni negoziali e non di *partecipazione* alla gara: cfr. *ex permultis* Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2019, n. 2190; Id., 17 luglio 2018, n. 4390; Id. 18 dicembre 2017, n. 5929; Id., 24 maggio 2017, n. 2443), fanno palese che – come correttamente ritenuto dalla stazione appaltante – ai concorrenti non era richiesto di *disporre* di un centro di cottura *al momento della presentazione dell'offerta*, ma solo di garantirne il possesso in caso di esito favorevole della gara.

Non sussiste, per tal via, alcuna incongruenza tra la dichiarazione di impegno a disporre del centro di cottura e quella del possesso di tutti i requisiti per l'utile accesso alla procedura concorrenziale.

4.- Con il secondo motivo, l'appellante censura la sentenza impugnata, nella parte in cui non ha riconosciuto che l'offerta della controinteressata sarebbe stata *difforme* dalle previsioni della *lex specialis*, *indeterminata* ed *incerta* relativamente al luogo di preparazione dei pasti anche in caso di sopravvenienti emergenze, *condizionata* in relazione alla subordinazione alla accettazione della asserita proposta di variante, *incompleta* in quanto mancante del diagramma di Gantt relativo alla cucina della scuola Mazzini.

4.1.- Il motivo non è fondato.

Vale invero osservare, in sostanziale conformità al corretto intendimento del primo giudice:

- a) che la ribadita circostanza che la disponibilità di un centro di cottura non costituisse requisito di ammissione (o specifica tecnica), né conferma la conformità alla previsione programmatica dei documenti di gara;
- b) che l'incertezza dell'offerta deve escludersi alla luce del rilievo che, ai fini della preparazione dei pasti, la stazione appaltante confermava la messa a disposizione di ventisette cucine collocate presso altrettante sedi scolastiche (cfr. artt. 1 e 4 del capitolato speciale), utili sia alla produzione dei pasti da consumare *in loco*, sia alla prefigurata predisposizione di pasti da trasportare in altre scuole prive della cucina interna: al qual fine non consta della ventilata (e pretesamente ostativa o variamente condizionante) necessità della previa autorizzazione o del previo consenso dell'ente appaltante, stante la sussistenza delle preventive e necessaria autorizzazioni amministrative;
- c) che, sotto distinto profilo, le ridette modalità prestazionali, quali formulate dalla vittoriosa offerta, non può essere acquisita in termini di variante non prefigurata dalla legge di gara, nulla essendo previsto nella stessa che ostasse alla utilizzazione delle cucine per la preparazione di pasti suscettibili di trasporto presso finitime sedi scolastiche ed essendo, all'incontro, tale eventualità ragionevolmente discendente dalla accordata possibilità di utilizzazione delle stesse cucine comunali, concessa dall'Amministrazione: di fatto, l'assunto della contrarietà di siffatte modalità operative al complessivo assetto della gara appare frutto di apodittica e non giustificata limitazione e

certamente non confligge con la richiesta di autonoma disponibilità di propri centri di cottura;

e) che la mancata allegazione del diagramma di Gantt relativo al personale di ciascuna scuola non avrebbe potuto rappresentare – in assenza di una previsione capitolare idonea a prefigurarne il difetto quale specifica clausola esclusiva – ragione di irritualità dell'offerta, in quanto per ogni profilo conforme alle condizioni negoziali di gara; peraltro, la formulazione dei relativi punteggi non risulta, in concreto, preclusa, alla luce delle esaustive indicazioni (anche relativamente alla scuola Mazzini, per la quale le doglianze vengono specificamente evidenziate) delle tabelle generali allegate a corredo dell'offerta.

5.- Con ulteriore motivo di gravame, l'appellante reitera il motivo con il quale aveva censurato l'operato della Commissione giudicatrice, che – anche in considerazione del ribadito carattere incerto e condizionato della proposta negoziale - avrebbe dovuto (quanto meno, si deve intendere) assegnare un punteggio inferiore all'offerta tecnica della GEMOS.

5.1.- Il motivo non è fondato.

Ribadita, sulla scorta dei rilievi che precedono, la congruenza e la idoneità dell'offerta alle scolpite condizioni di gara (e – segnatamente – la piena ammissibilità dell'assunzione dell'impegno alla realizzazione del contro cottura, anche in difetto di attuale disponibilità), l'attribuzione dei punteggi – in quanto parametrati al previo approntamento di un apparato criteriologico di non disconosciuta chiarezza, analiticità ed articolazione, come tale idoneo alla adeguata delimitazione del giudizio della commissione – non richiede, per un verso, il supporto di specifico corredo motivazionale

ulteriormente esplicativo (cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2018, n. 1495) e concreta, per altro verso, apprezzamento tecnico-discrezionale insuscettibile di critica acquisizione sindacatoria in difetto di emergenti profili di incoerenza, irragionevolezza, insufficienza o fattuale erroneità, non ricorrenti nella esaminata specie (cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2019, n. 5058).

6.- Quanto all'ultimo motivo di gravame, con il quale si censura il capo della sentenza di prime cure di rigetto del subordinato motivo, incentrato sul cumulo in capo alla dott.ssa Danila Virili, dirigente dei sevizi formativi e sociali dell'Ente, delle funzioni di Presidente della Commissione giudicatrice e di RUP, vale, di là da ogni altro rilievo, osservare che, per comune intendimento, dal quale non si ravvisano ragioni per discostarsi, che non può essere ravvisata nessuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice di gara, a meno che non venga dimostrata in concreto l'incompatibilità tra i due ruoli, desumibile da una qualche comprovata ragione di interferenza e di condizionamento tra gli stessi; ciò, nell'ottica di una lettura dell'art. 77 comma 4 del D.Lgs. n. 50/2016 che si pone in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul comma 4 dell'art. 84 del previgente d. lgs. n. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. III, 26 ottobre 2018, n.6082).

7.- Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello va complessivamente respinto.

Sussistono giustificate ragioni per disporre, tra le parti costituite, l'integrale compensazione di spese e competenze di lite.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente FF

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Grasso

IL PRESIDENTE
Claudio Contessa

IL SEGRETARIO