

Pubblicato il 24/11/2020

N. 05499/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01710/2020 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1710 del 2020, proposto da
Ristorante Lo Scoiattolo Società Cooperativa a r.l., in persona del
legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato
Francesco Vergara, con domicilio digitale come da PEC da Registri
di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Napoli,
via Monte di Dio, n. 66;

contro

Comune di Agerola, in persona del Sindaco legale rappresentante *pro
tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Corrado, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e domicilio
fisico eletto in Napoli, al viale A. Gramsci n. 19;

Asl Napoli 3 Sud, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
non costituita in giudizio;

nei confronti

G.L.M. Ristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ciro Micera e Raffaele Montefusco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e domicilio eletto fisico presso lo studio del primo di costoro, in Napoli, alla via Marco Aurelio Severino n. 30;

per l'annullamento

previa adozione sospensione dell'efficacia,

- 1) della determinazione del Responsabile del Settore Affari Generali del Comune di Agerola n. 19 del 27/2/2020, di esclusione del costituendo R.T.I. Ristorante Lo Scoiattolo Società Cooperativa a r.l. – Global Service S.r.l. dalla gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per le scuole statali dell'infanzia anni scolastici 2019/2020, 2020/2021 e 2021/2022 (CIG 803538624C), indetta con determinazione del Settore AA.GG. n. 126 dell'1/10/2019;
 - 2) della determinazione del Responsabile del Settore Affari Generali n. 23 del 2/3/2020, di aggiudicazione della gara alla G.L.M. Ristorazione S.r.l.;
 - 3) di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, tra cui tutti gli atti dell'istruttoria che hanno preceduto le determine n. 19/2020 e n. 23/2020, ed il verbale di gara n. 8 del 28/2/2020, recante proposta di aggiudicazione alla G.M.L. Ristorazione Srl.;
 - 4) in via subordinata, di tutti gli atti della gara in questione, con conseguente necessità di ripetizione della selezione, previa migliore formulazione delle previsioni del bando, del disciplinare e del capitolato sul requisito della “*disponibilità del centro cottura*”; nonché per la declaratoria
- a) della nullità dell'art. 19 del bando di gara, del par. 8.2.3, lett. c) del disciplinare di gara, e dell'art. 3 del capitolato d'oneri, ove possano

essere interpretati nel senso di giustificare l'esclusione dalla gara della ricorrente;

b) del diritto della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto, della inefficacia del contratto eventualmente stipulato dal Comune di Agerola con la G.L.M. Ristorazione S.r.l., e del subentro della ricorrente nel rapporto contrattuale in luogo di quest'ultima.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Agerola e di G.L.M. Ristorazione S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Visto l'art. 25 del d.l. n. 137/2020;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 novembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020 la dott.ssa Cesira Casalanguida e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con determinazione n. 126 dell'1/10/2019, il Comune di Agerola ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per le scuole statali dell'infanzia, anni scolastici 2019/2020, 2020/2021 e 2021/2022 (CIG 803538624C), da aggiudicare con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, per l'importo a base d'asta di € 182.400,00 (oltre IVA).

Alla gara partecipavano due soli operatori economici: G.L.M. Ristorazione Srl (operatore uscente beneficiario di proroga tecnica fino alla conclusione delle operazioni di gara) e il costituendo R.T.I

tra Ristorante Lo Scoiattolo Società Cooperativa a r.l. e Global Service Srl.

In favore di quest'ultimo R.T.I. la Commissione giudicatrice proponeva l'aggiudicazione, con il verbale n. 7 del 4/2/2020, avendo detto concorrente totalizzato complessivi punti 83,937, a fronte degli 81,955 punti della G.L.M. Ristorazione Srl.

Il bando di gara richiedeva alle ditte partecipanti la disponibilità di un centro cottura idoneo a garantire l'oggetto del servizio da affidare.

La società cooperativa Ristorante Lo Scoiattolo (di seguito anche solo Lo Scoiattolo o cooperativa), quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. dichiarava la disponibilità di un locale, acquisito in forza di contratto di locazione, oggetto di lavori di adeguamento come da SCIA prot. 9404 del 10/10/2019.

A seguito dell'esposto della ditta controinteressata, la ASL effettuava un sopralluogo, e, con verbale n. 20 dell'11/2/2020, rilevava difformità rispetto a quanto dichiarato nella SCIA prot. 9404/2019, disponendo la "sospensione" della registrazione ex art. 6 del Reg. CE 852/04 ed il "*divieto di inizio dell'attività*".

Un sopralluogo presso il locale veniva svolto anche dai Tecnici comunali e dagli Agenti della Polizia Municipale in data 13/2/2020, all'esito del quale veniva contestata la difformità di alcuni interventi edili (la trasformazione di una finestra in porta e la realizzazione di una scala).

Con determina del Responsabile comunale del Settore AA.GG. n. 19 del 27/2/2020 veniva disposta l'esclusione della ditta precedentemente destinataria della proposta di aggiudicazione dalla gara, ai sensi all'art. 80 comma 5 lettere c-*bis* ed f-*bis* del D. Lgs. 50/2016.

Con successiva determina del Responsabile del Settore AA.GG. n. 23 del 2/3/2020 la gara veniva aggiudicata all'unica offerente rimasta, la G.L.M. Ristorazione S.r.l.

2. - Avverso le suindicate determinazioni ha proposto ricorso la società cooperativa Lo Scoiattolo, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con la mandante Global Service S.r.l, chiedendo il loro annullamento, la declaratoria di nullità dell'art. 19 del bando di gara, del paragrafo 8.2.3 lett. c) del disciplinare di gara, e dell'art. 3 del capitolato d'oneri, nonché la declaratoria del suo diritto a conseguire l'aggiudicazione.

La ricorrente ha precisato di essere stata costretta alla temporanea rimozione delle attrezzature e dei macchinari del centro cottura dal locale oggetto di sopralluogo, per consentire un intervento di ripristino per i danni causati dalle piogge invernali e da una infiltrazione di acqua piovana. Ha aggiunto, che il proprietario del locale in questione aveva comunicato al Comune, in data 14/5/2020, di aver provveduto al ripristino dello stato dei luoghi, eliminando le opere edilizie contestate.

2.1. - Con il primo motivo di ricorso, la società cooperativa ricorrente ha argomentato, in particolare, avverso l'illegittimità della ritenuta "*disponibilità del centro di cottura*" quale "*requisito di ammissione*" anziché di "*esecuzione*" e necessaria "*operatività*" del centro di cottura anziché "*disponibilità giuridica*" del locale.

Ha, più specificamente, contestato al Comune l'erronea interpretazione dell'art. 3 del Capitolato d'oneri, dell'art. 19 del bando di gara, del par.8.2.3, lett. c) del disciplinare di gara, per avere ritenuto quale requisito di ammissione alla gara, anziché di esecuzione della prestazione, la dichiarazione di disponibilità di un

centro di cottura autorizzato ed idoneo sin “*dal momento della presentazione dell’offerta*”.

Ha ritenuto che le disposizioni della *lex specialis* della gara andrebbero interpretate, al più, nel senso di richiedere la “*disponibilità giuridica*” del locale da adibire a centro cottura, e non anche nel senso di imporre una effettiva “*operatività del centro cottura sin dal momento della presentazione dell’offerta e per tutta la durata dell’appalto*”.

2.2. - Con il secondo motivo di ricorso ha contestato la rilevata assenza di idoneità dei locali.

Ha, in particolare, dedotto l’illegittimità dell’esclusione, in quanto fondata sulle risultanze dei verbali dell’ASL dell’11/2/2020, e dei sopralluoghi comunali del 13/2/2020.

Ha sostenuto che il verbale dell’ASL n. 20/2020 non attesterebbe la “inidoneità” assoluta (né strutturale, né funzionale) del locale in quanto riferito allo stato dei luoghi riscontrato l’11/2/2020, dunque ad una situazione contingente e temporanea, dovuta a cause a sé non imputabili e comunque non idonee ad inficiare, in senso assoluto ed in via definitiva, la “idoneità del locale”, trattandosi di inconvenienti rimediabili con lavori di ripristino e manutenzione. Ha affermato, peraltro, di aver apportato al locale modifiche non significative.

Ha contestato, altresì, le difformità rilevate dal Comune riferite alla realizzazione di “*impianti di adduzione acqua potabile, di scarico e di linea gas, intrapresi dopo il primo accesso dell’11.02.2020*”. Ha riferito in proposito che il locale sarebbe già stato dotato dei “requisiti minimi” previsti dal Reg. CE n. 852/2004, costituiti dai preesistenti punti ed impianti di adduzione di acqua potabile (sia calda che fredda) e per la cottura dei pasti. Ha invocato la possibilità di provvedere al tempestivo adeguamento anche nel caso della presenza di difformità.

2.3. - Con il terzo motivo di ricorso ha dedotto l'illegittimità del richiamo fatto dalla stazione appaltante alla incidenza sui punteggi per l'offerta tecnica, delle caratteristiche del centro di cottura, illustrate prima dell'aggiudicazione.

Ha sostenuto che oggetto di valutazione sarebbe la condizione del centro di cottura durante *“l'espletamento del servizio”* e non *“al momento della presentazione dell'offerta”* e nel periodo anteriore all'aggiudicazione dell'appalto.

Ha escluso che i punteggi potessero essere attribuiti sulla base della situazione del centro di cottura già esistente al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, anziché, in caso di aggiudicazione e di successiva stipulazione del contratto, su quella esistente all'atto dell'espletamento del servizio.

2.4. - Ha dedotto, altresì, con il quarto motivo di ricorso, l'illegittimità del richiamo all'art. 80, comma 5, lett. c-*bis*) e lett. f-*bis*) D. Lgs. 50/2016, in quanto ritenuta non necessaria la “disponibilità” del centro di cottura ai fini della partecipazione alla gara. Ha escluso di aver reso qualsivoglia falsa dichiarazione, sostenendo di non aver rappresentato alcuna circostanza di fatto diversa dal vero, in ordine alla *“disponibilità del centro cottura”*.

Si duole anche della violazione dell'art. 83, comma 9 D. Lgs. 50/2016 e della mancata attuazione del principio del “soccorso istruttorio”.

3. - In data 11 giugno 2020 si è costituita in giudizio la G.L.M. Ristorazione, ditta aggiudicataria nella procedura oggetto di contenzioso.

4. - Il Comune di Agerola, con memoria di costituzione depositata il 12 giugno 2020, ha sostenuto che, nell'esercizio della propria

discrezionalità, aveva ritenuto la disponibilità di un centro di cottura quale requisito di capacità tecnica da possedere fin dal momento della presentazione dell'offerta, in ragione dell'importanza di tale centro rispetto al servizio di refezione scolastica, e al fine di consentire alla Commissione di gara di valutare le offerte tecniche facendo applicazione dei criteri e sub criteri previsti dalla *lex specialis* di gara.

4.1. - Ha riferito che dopo la proposta di aggiudicazione:

- nel corso di un sopralluogo congiunto da parte della Asl, dei tecnici del Comune e degli agenti di polizia locale, in data 11 febbraio 2020 venivano riscontrate difformità rispetto a quanto dichiarato dall'ATI, sia nella domanda di partecipazione che nella SCIA commerciale prot. 9404 del 10.10.2019, risultando i lavori di ristrutturazione dei locali ancora in corso e del tutto mancanti le attrezzature;
- con successivo accertamento del 13 febbraio 2020 da parte dei tecnici del Comune, venivano rilevati interventi edilizi realizzati in assenza dei necessari titoli abilitativi, tra i quali quelli riferiti alla creazione di uno dei due accessi al centro cottura, in modo da separare i percorsi di entrata/uscita delle materie prime e degli alimenti, secondo quanto dichiarato nell'offerta tecnica della ricorrente;
- dopo l'adozione dei provvedimenti gravati, in data 20 maggio 2020, con ordinanza n. 61 disponeva il definitivo divieto di prosecuzione dell'attività oggetto della SCIA commerciale prot. 9404 del 10.10.2019 e l'annullamento in autotutela degli effetti prodotti dalla presentazione di quest'ultima.

4.2. - Ha argomentato sull'infondatezza dei motivi di ricorso relativi alla disponibilità del centro di cottura, trattati congiuntamente, per

avere la ricorrente attestato nell'offerta tecnica e nei relativi allegati una diversa configurazione del locale oggetto dei sopralluoghi dove avrebbe dovuto trovarsi il centro cottura, per essere tale immobile del tutto privo di attrezzature e dotato di un unico accesso e di una finestra abusivamente trasformata in porta.

Ha affermato, per questo, di avere legittimamente escluso la ricorrente per violazione dell'art. 80, comma 5 lett. c-*bis*, attesa la riscontrata falsità delle dichiarazioni rese nella formulazione dell'offerta.

4.3. - Ha aggiunto che quand'anche si prescindesse dalla questione della disponibilità del centro di cottura quale requisito di esecuzione o di partecipazione, rileverebbe comunque la difformità dello stato dei luoghi rispetto a quanto dichiarato dalla ricorrente al momento della partecipazione alla gara, difformità che, peraltro, la medesima avrebbe tentato di eliminare mediante la realizzazione di opere abusive (varco di accesso e relativa scalinata).

4.4. - Con riferimento alle doglianze di cui al secondo motivo di ricorso ha escluso che l'inidoneità dei locali possa effettivamente ricondursi a fenomeni atmosferici, richiamando i dati della stazione pluviometrica di Agerola, riferiti al febbraio 2020.

4.5. - Da ultimo, ha eccepito l'improcedibilità del ricorso attesa l'ordinanza n. 61 del 22.5.2020 (di cui ha rilevato la perdurante validità ed efficacia, non essendo stata impugnata nel presente giudizio), ostativa allo svolgimento del servizio nei locali individuati a tal fine dalla ricorrente.

Ha concluso per l'improcedibilità e comunque l'infondatezza nel merito del ricorso.

5. - La controinteressata aggiudicataria, nel resistere al ricorso, ha sostenuto la non conformità delle dichiarazioni rese nella domanda di partecipazione alla gara e l'inedoneità del centro di cottura. Ha, in particolare, contestato alla ricorrente di aver dichiarato ai fini della partecipazione alla gara *“di avere la disponibilità in locazione, al momento della presentazione dell’offerta e per tutta la durata dell’appalto, di un centro di cottura autorizzato e idoneo a garantire quantitativamente e qualitativamente l’oggetto del servizio illustrato nel capitolato d’oneri”*.

Ha ritenuto che tale assunto sarebbe stato smentito dalle risultanze dei sopralluoghi effettuati da Asl e Comune. Ha richiamato, in particolare, la nota della Asl, prot. n. 412 del 13.02.2020, nella parte in cui si riferisce che *“i locali non erano idonei per presenza di infiltrazioni, di muffa alle pareti e di calcinacci da lavori di muratura in corso; ha accertato altresì che non vi erano né attrezzature né macchinari. Il tutto è stato documentato anche con fotografie ed accertato anche da personale di codesto Comune. Alla luce di quanto sopra, la registrazione ex art. 6 del Reg. CE 852/04 è stata sospesa ed è stato fatto divieto di inizio dell’attività”*.

5.1. - Quanto all’ordinanza n. 61 del 20/05/2020, recante il divieto di prosecuzione dell’attività e l’annullamento degli effetti prodotti in virtù della SCIA presentata in data 10 ottobre 2019 prot. 9404, ha riferito che l’autonomo ricorso presentato dalla ricorrente avverso tale ordinanza non conterrebbe alcuna istanza di sospensione cautelare, rimarcandone, per questo, la perdurante validità ed efficacia.

5.2. - Ha escluso la sussistenza di automatismo espulsivo per avere l’amministrazione *“Ritenuto che le suddette circostanze, documentalmente provate, in un giudizio prognostico ex ante che abbia ad oggetto il corretto svolgimento dell’attività oggetto di affidamento, costituiscono elementi di*

valutazione oggettivi tali da rendere dubbia l'integrità e/o affidabilità del concorrente, intesa quest'ultima come reale capacità tecnico – professionale”; ragione per cui essa aveva proceduto “all'esclusione del detto operatore economico”.

5.3. - Ha concluso, quindi, ritenendo che la p.a. abbia svolto la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente, ai sensi della all'ipotesi prevista dalla lett. c-bis) dell'art. 80, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

6. - Con decreto n. 332 del 15.6.2020 la causa è stata cancellata dal ruolo dell'udienza camerale avendo parte ricorrente, in data 13.6.2020, rinunciato alla trattazione dell'istanza cautelare.

7. - La cooperativa deducente ha depositato il 9 settembre 2020 documenti, il successivo 10 settembre istanza di ammissione di prova testimoniale e il 14 settembre una memoria, a cui hanno replicato, con rispettive memorie depositate il 18 settembre 2020, sia G.L.M. Ristorazione che il Comune di Agerola.

7.1. - Più specificamente, la ricorrente con memoria del 14 settembre 2020 ha ribadito che la disponibilità di un centro di cottura è un requisito di esecuzione delle prestazioni negoziali, e non di partecipazione alla gara, richiamando la giurisprudenza a supporto della tesi prospettata.

Ha sostenuto l'idoneità del locale e l'irrilevanza dell'annullamento della SCIA presentata in data 10 ottobre 2019 prot. 9404, avvenuta con ordinanza n. 61 del 20.5.2020 (oggetto di gravame con ricorso RG 1884/2020) con riferimento alle informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura selettiva, ossia degli obblighi dichiarativi ex art. 80, comma 5, lett. c-bis e f-bis D.Lgs. 50/2016.

7.2. - Il Comune di Agerola con la memoria del 18 settembre 2020 ha ribadito la legittimità dell'operato dell'amministrazione, ritenuta desumibile anche dalla documentazione depositata in data 9 settembre 2020 dalla ricorrente.

Ha richiamato, in particolare, il provvedimento di dissequestro del centro cottura fondato sull'intervenuto ripristino dello stato dei luoghi attraverso l'eliminazione del varco di accesso destinato, secondo quanto dichiarato dalla ricorrente nell'offerta tecnica, all'ingresso autonomo e separato delle materie prime, necessario a garantire il rispetto del principio della *"marcia sempre in avanti"*. Ha sostenuto, dunque, la mancanza di requisiti fondamentali del locale nello stato attuale, in quanto privo dei due accessi separati per l'ingresso/uscita delle materie prime e dei pasti.

La presenza di un unico varco di accesso, oltre ad una finestra di dimensioni ridotte, abusivamente oggetto di interventi a cui è conseguito l'ordine di riduzione in pristino, renderebbe evidente la mancata corrispondenza al vero delle dichiarazioni rese in sede di domanda di partecipazione. Tale condotta, secondo la civica amministrazione, configurerebbe il tentativo perpetrato dalla ricorrente *"di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante"*, integrando così la fattispecie espulsiva prevista dalla lett. c) *bis* del comma 5 dell'art. 80 del Codice dei Contratti.

7.3. - La controinteressata, nel ribadire le argomentazioni a fondamento del rigetto del ricorso, si è opposta alla richiesta della ricorrente di ammissione di prova testimoniale ritenendo sufficiente la documentazione in atti, con particolare riferimento alla verbalizzazione dei pubblici ufficiali.

7.4. - La ricorrente ha depositato ulteriori documenti in data 21 ottobre 2020. Inoltre, con memoria del 26 ottobre 2020 ha ribadito l'illegittimità della sua esclusione per nullità presupposta delle disposizioni di gara sulla “*disponibilità del centro di cottura*” autorizzato ed idoneo sin “*dal momento della presentazione dell'offerta*”, in quanto ritenute violative del principio della concorrenza. Ha richiamato, a supporto, quanto da ultimo statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sent. n. 22 del 16/10/2020); affermazioni oggetto di replica ad opera della controinteressata in data 30.10.2020.

8. - Alla pubblica udienza dell'11 novembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137/2020, dopo la discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

9. - Parte ricorrente si duole dell'esclusione disposta dal Comune di Agerola nei confronti del costituendo R.T.I., di cui è parte, dalla gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per le scuole statali dell'infanzia anni scolastici 2019/2020, 2020/2021 e 2021/2022 (CIG 803538624C), indetta con determinazione del Settore AA.GG. n. 126 dell'1/10/2019.

Avverso gli atti impugnati la ricorrente deduce la violazione degli artt. 2, 80, comma 5, lett. c-*bis*) e f-*bis*), 83, commi 8 e 9 D. Lgs. n. 50/2016; dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, concorrenza e *favor participationis*; dell'art. 3 del capitolato d'onori, dell'art. 19 del bando di gara e dei par. 8.2.3, lett. c), 15.3 e 15.4 del disciplinare di gara; dei principi di proporzionalità, adeguatezza e ragionevolezza; degli artt. 1, 3 e 19 L. 241/1990; l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, inesistenza dei

presupposti, manifesta illogicità e arbitrarietà. Chiede, per questo, l'annullamento degli atti di gara ritenuti illegittimi, nonché la declaratoria della nullità dell'art. 19 del bando di gara, del par. 8.2.3, lett. c) del disciplinare di gara e dell'art. 3 del capitolato d'oneri, ove possano essere interpretati nel senso di giustificare la propria esclusione dalla gara, del diritto del R.T.I. costituendo, di cui è parte, di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto, e la declaratoria dell'inefficacia di quello eventualmente stipulato dal Comune di Agerola con la controinteressata risultata aggiudicataria, G.L.M. Ristorazione S.r.l.

10. - Dal provvedimento di esclusione di evince che:

- *“RTI Ristorante Lo Scoiattolo Soc. Coop. a r.l. – Global Service s.r.l.” ha dichiarato in sede di gara, ai sensi e per gli effetti del DPR 445/2000, di utilizzare per il servizio oggetto dell'appalto i locali ubicati in Agerola alla Piazza Unità d'Italia n. 5, per essere gli stessi idonei allo svolgimento del servizio sulla scorta della SCIA commerciale allegata all'offerta tecnica”.*
- *“in data 11.02.2020, ad operazioni di gara concluse, è intervenuto presso i locali suddetti personale dell'UOPC 58 dell'Asl Napoli 3 Sud che, alla presenza di tecnici del Comune e di agenti di polizia locale, ha accertato e rilevato l'esistenza di difformità gravi rispetto a quanto dichiarato nella SCIA commerciale prodotta in data 23.10.2019, essendo ancora in essere lavori edili e mancando tutte le attrezzature, tanto da disporre la sospensione della registrazione ex art. 6 del Reg. CE 852/04”;*
- *“le risultanze dell'ispezione dell'Asl e dei sopralluoghi dei tecnici del Comune fanno emergere in capo al costituendo “RTI Ristorante Lo Scoiattolo Soc. Coop. a r.l. – Global Service s.r.l.” la carenza (originaria e/o sopravvenuta) del requisito di disponibilità del centro di cottura, così come auto dichiarato dal medesimo concorrente, e che pertanto,*

L'Amministrazione era tenuta a porre in essere i provvedimenti, così come previsti dal comma 6 dell'art. 80 del codice appalti;

- in particolare, alla stregua di quanto emerso, la partecipazione alla gara del citato operatore economico è stata ritenuta viziata dalle fattispecie escludenti di cui all'art. 80 comma 5 lettera c-*bis*) ed f-*bis*) del D. Lgs. 50/2016;

L'amministrazione ha, quindi, concluso:

- ritenendo che: *“le suddette circostanze, documentalmente provate, in un giudizio prognostico ex ante che abbia ad oggetto il corretto svolgimento dell'attività oggetto di affidamento, costituiscono elementi di valutazione oggettivi tali da rendere dubbia l'integrità e/o affidabilità del concorrente, intesa quest'ultima come reale capacità tecnico – professionale, in quanto tali non suscettibili di alcun filtro valutativo all'esito di eventuali controdeduzioni dell'impresa partecipante”*;

- disponendo l'esclusione dalla procedura di gara del costituendo “RTI Ristorante Lo Scoiattolo Soc. Coop. a r.l. – Global Service s.r.l.”, la cui partecipazione alla gara è risultata viziata secondo le fattispecie escludenti di cui all'art. 80 comma 5 lettere c-*bis*) ed f-*bis*) del D.Lgs.

10.1. - L'esclusione è stata, dunque, disposta a seguito dell'accertamento della non corrispondenza al vero delle dichiarazioni rese dal R.T.I. ricorrente circa l'idoneità dei locali allo svolgimento del servizio sulla scorta della SCIA commerciale allegata all'offerta tecnica.

Parte ricorrente contesta la disposta esclusione in quanto la disponibilità del centro cottura sarebbe requisito di “esecuzione” e non di “ammissione” tanto da non rilevare la idoneità dei locali sin *“dal momento della presentazione dell'offerta”*.

Sostiene, per questo, la nullità delle clausole (*i.e.* requisiti di ammissione: art. 3 del capitolato, art. 19 del bando di gara, paragrafo 8.2.2 del disciplinare di gara) relative alla “*disponibilità del centro di cottura*” al momento della presentazione dell’offerta, in quanto distorsive della concorrenza.

11. - Secondo al prospettazione di parte deducente, la nullità delle suddette previsioni, in quanto volte ad imporre oneri in violazione del principio di concorrenza, troverebbe fondamento normativo nell’art. 83 comma 8 del D.Lgs. 50/2016 e nell’ultima adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 22 del 16.10.2020).

12. - La tesi sostenuta da parte ricorrente non può trovare favorevole apprezzamento.

12.1. - Sul divieto di porre cause di esclusione non previste per legge, a pena di nullità della clausola, l’art 83 comma 8 del D. Lgs. 50/2016 prevede che: «*Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell’invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all’impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. I bandi e le lettere d’invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.*

Le cause di esclusione nulle sono, dunque, quelle che contengono “*ulteriori prescrizioni*” rispetto a quelle che le stazioni appaltanti indicano sulle “*condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità*” e su cui effettuano “*la verifica*

formale sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche professionali?

12.2. - Nel caso in esame si tratta di procedura di gara avente ad oggetto il servizio di refezione scolastica.

Dirimente risulta allora la considerazione relativa alle clausole in contestazione, al fine di stabilire se possano annoverarsi tra “*le condizioni di partecipazione*” in quanto espressione dei “*livelli minimi di capacità*”, utili a consentire la verifica delle “*capacità realizzative*” e delle “*competenze tecniche professionali*”, in quanto solo le prescrizioni che risultano “*ulteriori*” rispetto a quelle appena specificate, sono nulle ai sensi del menzionato art. 83 comma 8.

12.3. - Ad avviso del Collegio le previsioni relative alla disponibilità del centro di cottura debbono ritenersi attinenti ai livelli minimi di capacità e, dunque, rientranti tra le condizioni di partecipazione e non tra le “*ulteriori prescrizioni*” per le quali è prevista la nullità ai sensi del D.Lgs. 50/2016, art. 83 comma 8 ultima parte. Le clausole in contestazione, infatti, attengono il servizio di fornitura dei pasti, che, per l’oggetto della procedura di gara di refezione scolastica, possono senz’altro ritenersi riguardanti i livelli minimi di capacità tecnica.

Deve, pertanto, escludersi che si tratti di previsioni eccedenti i limiti specificati per le clausole di esclusione a pena di esclusione dall’art. 83, comma 8 del ‘secondo codice’ sugli appalti pubblici.

Ne consegue che le clausole censurate, relative alle previsioni sul centro cottura non risultano violative del più volte menzionato art. 83, comma 8, con la conseguenza che eventuali vizi riferibili a tali clausole escludenti, renderebbero le relative previsioni, non nulle, ma al più annullabili.

12.4. - Quanto affermato trova conferma anche nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 16 ottobre 2020, richiamata da parte ricorrente nell'ultima memoria del 26 ottobre 2020, nella quale espressamente si precisa che solo la “*clausola escludente - che si ponga in violazione dell'art. 83, comma 8, del 'secondo codice' sugli appalti pubblici – non si possa considerare annullabile*”. La clausola escludente affetta da nullità, come chiarito dal Supremo Consesso, da considerare come non apposta e quindi disapplicabile, è quella che finisce per integrare un “*requisito ulteriore*” (i.e. “*ulteriori prescrizioni*” ai sensi della norma) rispetto a quelli espressamente previsti dagli artt. 80 e 83 del codice dei contratti pubblici.

Conferma di quanto ritenuto dal Collegio si rinviene, sempre nel testo della sentenza, nella parte in cui si è distinta “*la discrezionalità, comunque non illimitata né insindacabile, della pubblica amministrazione nel disporre ulteriori limitazioni alla partecipazione, integranti speciali requisiti di capacità economico-finanziaria o tecnica che siano coerenti e proporzionati all'appalto*”, in coerenza, dunque, con la previsione dell'art. 83 comma 8 prima parte, dal potere ben diverso che si traduce nella “*facoltà, non ammessa dalla legge, di imporre adempimenti che in modo generalizzato ostacolano la partecipazione alla gara*” (art. 83 comma 8 ultima parte).

Ebbene, nel caso in esame le previsioni relative al servizio di fornitura dei pasti, ivi comprese quelle sul centro cottura, in nessun modo possono intendersi come “*adempimenti che in modo generalizzato ostacolano la partecipazione alla gara*”.

Emerge in tutta evidenza, allora, che non può ravvisarsi nella specie la violazione dell'art. 83 comma 8 D.Lgs. 50/2016, e che eventuali vizi inficerebbero le clausole contestate rendendole al più annullabili, con evidenti ricadute sulla disciplina applicabile. Ne consegue che

non può trovare accoglimento la pretesa di parte ricorrente di declaratoria di nullità delle previsioni oggetto di controversia.

12. 5. - Le censure rivolte contro le disposizioni contestate relative al centro cottura debbono, pertanto, essere esaminate nel senso dell'illegittimità.

Tuttavia, sotto tale profilo rileva quanto chiarito dal Giudice d'appello in sede di Adunanza Plenaria, con decisione n. 4 del 2018, a conferma di un consolidato orientamento giurisprudenziale (*ex multis*, T.A.R. Potenza sent. 96/2020; T.A.R. Bari sent. 1109/2017), da cui il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, circa l'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando aventi carattere escludente, nel cui alveo ben possono essere sussunte le previsioni per cui è causa, in quanto la mancanza del centro di cottura prescritto dal bando impediva certamente all'operatore l'utile partecipazione alla gara.

12.6. - Risultano, pertanto, inammissibili, in quanto tardivamente proposte, le doglianze rivolte avverso le disposizioni che contemplano (i.e. art 19 bando) *“la disponibilità al momento della presentazione dell'offerta e per tutta la durata dell'appalto, di un centro di cottura autorizzato e idoneo a garantire quantitativamente e qualitativamente l'oggetto del servizio”*.

A tal proposito, deve rilevarsi che la ricorrente ha, dapprima, prestato acquiescenza alla *lex specialis* di gara, presentando nei termini domanda di partecipazione e così effettivamente partecipando alla stessa, salvo poi, solo all'esito della disposta esclusione, contestare le clausole relative alla disponibilità del centro cottura.

12.7. - Sono, dunque, inammissibili le censure, in quanto tardivamente proposte, dedotte in violazione dell'onere di immediata

impugnazione delle previsioni della *lex specialis* avente carattere escludente, come ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 4/2018.

13. - Restano da esaminare le doglianze con cui parte ricorrente contesta la disposta esclusione per la ritenuta "inidoneità" del locale destinato a centro cottura.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente quella riscontrata sarebbe una idoneità temporanea e sopravvenuta.

Deduce, in particolare, l'illegittimità dell'esclusione, in quanto fondata sui verbali di sopralluogo rispettivamente della Asl di Napoli 3 sud dell'11.02.2020 e dei Tecnici comunali ed Agenti della Polizia Municipale, del 13.2.2020.

La censura è infondata.

Lo stato dei luoghi è stato accertato a seguito dell'ispezione congiunta tra ASL e tecnici del Comune come risulta dai relativi verbali depositati in atti (relazione di servizio, prot. 1720 del 12.02.2020 e verbale di ispezione n. 20/2020) e dai successivi accertamenti effettuati il 13.2.2020 (relazione di servizio prot. 1785 del 13.2.2020).

Ebbene, a riguardo è sufficiente rilevare, in conformità a quanto sostenuto dalla controinteressata, che i verbali contestati in quanto redatti da pubblici ufficiali, si qualificano come atti di certificazione e/o attestazione, assistiti da pubblica fede ex art.2700 c.c. e facenti prova fino a querela di falso.

Ne consegue che nessuna utilità potrebbe derivare dalla prova testimoniale, la cui ammissione è stata richiesta da parte ricorrente, atteso il valore di quanto attestato nei verbali in questione, neanche con riferimento alla questione della rilevata "inidoneità" per

infiltrazione d'acqua, ricondotta in tesi dalla ricorrente alle forti piogge della stagione invernale 2019/2020, attesa la mancata allegazione di qualunque elemento a supporto della asserita idoneità pregressa, compresa l'individuazione del momento da cui essa sarebbe venuta meno.

Né per superare la rilevata “inidoneità” parte ricorrente può legittimamente rivendicare la possibilità di procedere al successivo adeguamento, per non avere impugnato tempestivamente le previsioni escludenti come sopra diffusamente argomentato.

Le doglianze circa l'idoneità del centro cottura sono, pertanto, da respingere.

14. – Il ricorso è, quindi, inammissibile, per la parte contenente censure avverso le previsioni di gara relative all'operatività del centro cottura “*sin dal momento della presentazione dell'offerta*”, in quanto tardivamente proposte, ed è infondato e, pertanto, da rigettare, per la restante parte.

Quanto finora esposto rende superfluo ogni approfondimento sulle ulteriori vicende relative alla disponibilità e idoneità del locale indicato dalla ricorrente per il centro cottura, in quanto ritenuto inidoneo a determinare un diverso esito del giudizio, ivi compresa l'improcedibilità pure eccepita dalla difesa della civica amministrazione. Il riferimento è, in particolare, all'ordinanza n. 61 del 20 maggio 2020 con cui è stata annullata la SCIA, ai sensi dell'art. 19 commi 3 e 4 e dell'art. 21 *nonies* della legge 241/1990, presentata dalla ricorrente; e ciò a seguito del riscontro di difformità “*tra la planimetria del locale prodotta in allegato alla SCIA e l'effettivo stato dei luoghi rilevato nel corso del accesso (...) dell'11 febbraio 2020, in difformità in effetti*

già presente all'atto della presentazione della SCIA 10.10.2019" (atto impugnato, peraltro, con autonomo ricorso allo stato pendente).

14.1 - In conclusione, il ricorso deve essere in parte dichiarato inammissibile, e respinto per la restante parte, non risultando comunque le ulteriori questioni non esaminate idonee a fondare un diverso esito dello stesso.

15. - La peculiarità della vicenda e la novità di alcune delle questioni trattate determina la compensazione delle spese del giudizio tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara in parte inammissibile, e lo respinge per la restante parte, secondo quanto esposto in parte motiva.

Spese compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 11 novembre 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Michelangelo Maria Liguori, Presidente

Guglielmo Passarelli Di Napoli, Consigliere

Cesira Casalanguida, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Cesira Casalanguida

IL PRESIDENTE
Michelangelo Maria Liguori

IL SEGRETARIO