

Pubblicato il 28/06/2017

N. 01456/2017 REG.PROV.COLL.
N. 02245/2016 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 per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2245 del 2016, proposto da:
Kcs Caregiver Cooperativa Sociale, Sma Ristorazione S.r.l., ciascuna
in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambe
rappresentate e difese dall'avvocato Enrico Di Ienno C.F.
DNNNRC69C03H501P, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avv. Pasquale Picciariello in Milano, via Ugucione Da Pisa N. 4;

contro

Comune di Galbiate, in persona del Sindaco legale rappresentante
pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Paola Brambilla
C.F. BRMPLA67T56A794P, con domicilio eletto presso il suo
studio in Milano, piazza Bertarelli, 1;

nei confronti di

Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Boifava C.F.

BFVMRZ64P23F205K, domiciliato ex art. 25 cpa presso la Segreteria del Tribunale in Milano, via Corridoni, 39;

per l'annullamento

1) quanto al ricorso principale:

- della Determina n. 159, e della relativa comunicazione via Pec il 2 agosto 2016 n. prot. 9143, con cui il Comune di Galbiate ha aggiudicato definitivamente a Sodexo Italia S.p.A. il servizio di ristorazione scolastica e pasti domiciliari da espletarsi presso i vari plessi del Comune di Galbiate per un importo complessivo pari ad Euro 891.249,60, oltre IVA per la durata di 3 anni;

- della nota prot. n. 8930 del 27 luglio 2016, della nota prot. n. 10203 del 7 settembre 2016 di parziale diniego di accesso agli atti;

- delle note prot. n.10210 del 8 settembre 2016 e prot. 10434 del 14 settembre 2016;

- di tutti i verbali di gara, ove occorrer possa in parte qua del bando e del capitolato speciale d'appalto, nonché ogni altro atto annesso, connesso, precedente e/o consequenziale ancorché non conosciuto, nonché per la declaratoria dell'illegittimità del diniego opposto dall'Amministrazione alla richiesta di accesso agli atti dell'ati KCS in merito alle giustificazioni rese dalla controinteressata nell'ambito della verifica dell'anomalia;

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove nelle more eventualmente stipulato, e per la condanna all'ostensione degli atti non concessi e l'adozione di tutte le misure consequenziali ritenute più opportune a tutela del diritto della ricorrente, al risarcimento dei danni patiti e patienti in via prioritaria in forma specifica attraverso l'aggiudicazione della procedura e il subentro nel contratto e in via subordinata per equivalente;

2) quanto al ricorso incidentale presentato da Sodexo Italia S.p.A.

- dei processi verbali tutti della procedura de qua, laddove ritengono ammissibile e valutabile l'offerta della ricorrente principale;
- della determinazione del Responsabile dell'Area Istituzionale del Comune di Galbiate n. 494 in data 02/08/2016 recante “Aggiudicazione definitiva procedura aperta per l’affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica e pasti domiciliari del Comune di Galbiate periodo 01/09/2016 — 31/08/2019 — Codice CIG -665559IF6D” nella parte in cui, approvando le risultanze delle operazioni di gara, ha ritenuto ammissibile e valutabile l'offerta della ricorrente principale;
- di ogni atto connesso;

e per la conseguente declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale per carenza d’interesse.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Galbiate e di Sodexo Italia S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Sodexo Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2017 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

I ricorrenti impugnano i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto diversi profili e ne chiedono l'annullamento.

Contestualmente chiedono sia che venga dichiarata l'inefficacia del contratto, medio tempore stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata, sia di subentrare nella gestione del servizio, nonché la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Si costituiscono in giudizio il Comune di Galbiate e Sodexo Italia S.p.A., eccependo l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza dell'impugnazione avversaria, di cui chiedono il rigetto.

Sodexo Italia S.p.A. propone altresì ricorso incidentale escludente, perché diretto ad evidenziare l'inammissibilità dell'offerta presentata in sede di gara dalla ricorrente principale.

Con ordinanza n. 219/2017, depositata in data 27 gennaio 2017, il Tribunale dichiara la cessazione della materia del contendere rispetto alla domanda di accesso presentata dalla ricorrente in corso di causa.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del 20 aprile 2017, la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che: a) con determinazione n. 77 del 18.04.2016 il Comune di Galbiate indiceva una procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica e pasti domiciliari per il periodo 01.09.2016-31.08.2019 (3 anni), con importo a base d'asta di euro 891.249,60 oltre IVA, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante la piattaforma telematica regionale Sintel; b)

contestualmente l'amministrazione approvava il bando di gara, pubblicato sulla GURI 5^a Serie Speciale — Contratti pubblici n. 45 del 20.04.2016, il capitolato speciale d'appalto ed i relativi allegati; c) alla gara partecipavano solo l'ATI ricorrente e la società controinteressata, cui, all'esito delle operazioni di gara, il servizio veniva provvisoriamente aggiudicato con determinazione comunicata mediante atto prot. n. 6883 del 13.06.2016; d) in particolare, Sodexo Italia S.p.A. conseguiva un punteggio pari a 94,30 punti complessivi (di cui 40,00 per l'offerta economica e 54,30 per l'offerta tecnica, collocandosi al primo posto, mentre al secondo posto si classificava l'ATI KCS Caregiver Cooperativa Sociale con il punteggio di 91,80 punti complessivi, di cui 38,50 per l'offerta economica e 53,30 per l'offerta tecnica; e) con determinazione n. 159, datata 02.08.2016, il servizio veniva definitivamente aggiudicato Sodexo Italia S.p.A..

Avverso le determinazioni ora richiamate sono rivolti il ricorso principale e il ricorso incidentale indicati in epigrafe.

2) Deve essere esaminato con precedenza il ricorso incidentale, in quanto di natura escludente.

Sodexo Italia S.p.A. deduce l'illegittimità degli atti di gara nella parte in cui hanno consentito la partecipazione alla procedura dell'ATI ricorrente, evidenziandone la natura di ATI di tipo verticale in violazione delle previsioni della lex specialis, che non prevedono la possibilità di partecipare in tale veste e non consentono di distinguere tra prestazioni principali e secondarie.

Il ricorso incidentale è fondato e deve essere accolto.

KCS Caregiver Cooperativa Sociale ha partecipato alla gara in qualità di capogruppo mandataria della costituenda A.T.I. con SMA Ristorazione S.r.l. (mandante) e l'offerta presentata prevede che le

attività di “preparazione presso la cucina centrale” e di “veicolazione dei pasti” sarebbero state svolte dalla mandataria, mentre le attività di “distribuzione e gestione dei pasti presso gli istituti scolastici” sarebbero state svolte dalla mandante.

Non è dubitabile che tale distinzione, fondata sulla diversa natura delle attività da svolgere, con assegnazione di alcune alla capogruppo e di altre alla mandante, sia caratteristica di un raggruppamento di tipo verticale.

L'art. 37, comma 2, del d.l.vo 2006 n. 163, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie in esame, stabilisce che “Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie”.

E' pacifico, a livello giurisprudenziale, che il presupposto sostanziale per partecipare in ATI ad una procedura di affidamento di servizi e forniture, cui è riconducibile la gara in esame, è la previa individuazione, nel contesto della *lex specialis*, sia delle prestazioni da qualificare come principali, non solo sul piano funzionale, ma anche in termini economici, prestazioni che possono essere svolte dal soggetto che nell'ATI riveste la posizione di capogruppo mandatario, sia di quelle da qualificare come secondarie, eseguibili dai soggetti che partecipano al raggruppamento come mandanti.

Nondimeno, nel caso di specie, la *lex specialis*, intesa nel suo complesso, non introduce alcuna distinzione tra prestazioni principali e prestazioni secondarie, tanto che l'art. 3 del capitolato elenca le attività oggetto del servizio senza distinguerle tra principali e secondarie e senza introdurre tra esse una differenziazione di natura funzionale o economica.

Del resto, anche l'art. 6 del capitolato, diretto a disciplinare la partecipazione alla gara dei RTI, non qualifica determinate prestazioni come principali ed altre come secondarie, sicché neppure ipotizza la partecipazione in forma di RTI di tipo verticale.

Ne deriva che KCS Caregiver Cooperativa Sociale (mandataria) e SMA Ristorazione S.r.l. (mandante) hanno partecipato alla procedura in una forma giuridica, l'ATI verticale, che non è compatibile con la disciplina della specifica gara di cui si tratta, sicché dovevano essere escluse dalla procedura medesima.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza del ricorso incidentale.

3) Il ricorso principale è inammissibile per carenza di interesse.

Preliminarmente, il Tribunale osserva che mediante il ricorso principale viene contestata la fase di valutazione delle offerte, perché si sostiene che la tempistica dedotta dall'aggiudicataria non troverebbe conferma nelle mappe che la *lex specilis* individua come parametro di riferimento.

A ben vedere, quindi, la ricorrente non contesta la sussistenza di un requisito oggettivo o soggettivo di partecipazione alla gara, ma evidenzia delle incongruenze nell'offerta presentata dall'aggiudicataria, con riferimento al profilo temporale delle prestazioni e lamenta il fatto che la stazione appaltante non si sia

avveduta, in sede valutativa, di siffatte e solo asserite incongruenze temporali.

In proposito, rispetto al problema della necessità di esaminare tanto il ricorso principale, quanto il ricorso incidentale, in presenza di censure afferenti a diverse fasi della procedura di gara, la giurisprudenza ha evidenziato (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, n. 9/2014; Consiglio di Stato n. 3638/2015; Tar Lombardia Milano, sez. IV, 24 giugno 2016, n. 1232) che “nel giudizio di primo grado la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, sussiste esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale; e che devono, in particolare, ritenersi afferenti alla medesima fase i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie: a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara); b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione); c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza). Consentono dunque l'esame incrociato e l'eventuale accoglimento di entrambi i ricorsi (principale ed incidentale), con la conseguenziale esclusione dalla gara degli unici due contendenti, solo i vizi che afferiscono alla medesima categoria”.

Nel caso in esame, mentre la ricorrente incidentale ha contestato l'ammissione alla gara della ricorrente principale, contestando la possibilità per quest'ultima di concorrere in veste di ATI verticale, al contrario la ricorrente principale ha dedotto dei vizi che attengono, al più, a carenze degli elementi essenziali dell'offerta, quindi ad una fase diversa e successiva, in ordine logico e cronologico, rispetto a quella cui si riferisce il vizio fatto valere dalla ricorrente incidentale con la censura già ritenuta fondata.

Ne deriva l'insussistenza, nel caso concreto, della la c.d. simmetria escludente tra ricorso incidentale e ricorso principale e, di conseguenza, il ricorso principale deve essere ritenuto improcedibile, per carenza di interesse, in ragione della fondatezza del ricorso incidentale.

Per completezza di esposizione va evidenziato che il ricorso principale è inammissibile per carenza di interesse anche sotto un altro profilo.

La pretesa sostanziale delle ricorrenti, quand'anche si assumesse la fondatezza del ricorso principale, non potrebbe essere soddisfatta neppure nel caso di riedizione della gara.

Invero, una volta annullata l'aggiudicazione, l'amministrazione dovrebbe riaprire la fase di presentazione delle offerte, ma non dovrebbe, sul piano conformativo, introdurre una diversa disciplina di gara.

Pertanto, resterebbe fermo il divieto di partecipare in ATI verticale e, di conseguenza l'interesse sostanziale dei ricorrenti principali non potrebbe trovare soddisfazione, atteso che, si ripete, essi sono portatori della pretesa all'affidamento dello specifico servizio - secondo quanto cristallizzato dalla procedura sinora svolta - non uti

singoli, come operatori individuali, ma come operatori riuniti in associazione temporanea di imprese di tipo verticale.

Nondimeno, la partecipazione alla gara in questa forma giuridica resterebbe preclusa anche in caso di riapertura della fase di presentazione delle offerte, sicché in capo ai ricorrenti non è configurabile neppure un interesse di tipo strumentale.

Va, pertanto, ribadita l'inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale.

4) In definitiva, il ricorso incidentale è fondato e deve essere accolto, mentre il ricorso principale è inammissibile per carenza di interesse.

Le spese seguono la soccombenza sostanziale e vengono poste a carico dell'amministrazione resistente e dei ricorrenti principali, rispetto alla controversia introdotta con il ricorso incidentale, mentre possono essere compensate nel resto.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando:

- 1) accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati, indicati in epigrafe, nella parte in cui hanno ammesso alla gara l'ATI composta dalle due società ricorrenti principali;
- 2) dichiara inammissibile il ricorso principale;
- 3) condanna le ricorrenti principali e l'amministrazione resistente, in solido tra loro e in parti uguali, al pagamento delle spese di lite in favore della controinteressata, liquidandole in euro 5.000,00 (cinquemila), oltre accessori di legge; si compensa nel resto.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Roberto Lombardi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO