



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 Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8091 del 2011, proposto da:  
Ladisa S.p.A. in proprio e quale Mandataria del costituendo r.t.i. con  
S.p.A. Pellegrini e Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro  
Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro-  
tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Chiaia Noya e  
Adriano Garofalo, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv.  
Daniela Fioretti in Roma, via Panisperna n. 207;

***contro***

Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Foggia, in persona del legale  
rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.  
Simonetta Mastropieri e Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio  
eletto presso lo studio dell'Avv. Antonia De Angelis in Roma, via  
Portuense, 104;

Azienda Sanitaria Locale di Foggia, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

***nei confronti di***

R.t.i. S.p.a. Sodexho Italia – SCARDI Industrie Alimentari s.r.l. e delle singole imprese, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, rappresentate e difese dall'avv. Giuseppe Mariani, con domicilio eletto presso lo Studio Alfredo e Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01163/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA AFFIDAMENTO SERVIZI DI RISTORAZIONE – RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Ospedaliera Ospedali Riuniti di Foggia e della S.p.a. Sodexo Italia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2011 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Garofalo, Pappalepore, Mastropieri e Mariani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Col ricorso introduttivo, LADISA S.p.a. impugnava l'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio quinquennale di ristorazione presso le strutture degli OO.RR. di Foggia in favore del costituendo R.t.i. capeggiato da Codexho S.p.a., il quale invece avrebbe dovuto essere escluso (come segnalato con nota dell'8 giugno 2010) quale conseguenza automatica dell'accertata grave negligenza della mandante s.r.l. Scardi Industrie Alimentari in altra gara analoga, per il servizio di refezione scolastica, bandita dal Comune di S. Margherita di Savoia, che, con determina n. 16 in data 3.3.2010, aveva revocato l'aggiudicazione per inosservanza di normativa igienico sanitaria nei pasti somministrati.

Denunciava, inoltre, l'incompleta indicazione da parte di Sodexho Italia e di Scardi Industrie Alimentari di tutti i soggetti muniti di potere di rappresentanza al momento di presentazione della domanda (2008) e carenza delle relative dichiarazioni ex art. 38 codice degli appalti; le stesse dichiarazioni avrebbero dovuto essere rese anche da MARR, della quale la S.p.a. Sodexho si era avvalsa per la messa a disposizione della piattaforma distributiva, giusta contratto di avvalimento del 15.5.2008.

Con altro motivo, denuncia la mancanza di idonea autocertificazione sulla disponibilità di un centro di cottura di emergenza dotato di autorizzazione sanitaria e atto a svolgere il servizio come indicato in capitolato; non costituirebbe valido riferimento documentale circa la

capacità produttiva il certificato rilasciato dal servizio di igiene della ASL di Foggia il 22.4.2008; infine, la SCARDI non avrebbe dato prova di essere in possesso di autorizzazione sanitaria idonea.

La ditta SCARDI avrebbe dovuto rendere la documentazione relativa alla regolarità contributiva e fiscale della ditta cedente Scardi organizzazione s.r.l. con atto del 10.4.2008, in relazione al ramo d'azienda ceduto, o comunque idonee attestazioni che non ha prodotto.

Col quinto motivo si denunciava che la SCARDI avrebbe reso falsa dichiarazione in altra procedura di gara ( presso il Comune di S. Margherita di Savoia) riguardo la distanza intercorrente tra il Comune ed il centro di cottura (km 57 e non 50).

Col sesto motivo si denunciava la violazione dell'art. 38 comma 1, lett. g) del codice dei contratti in relazione alla mancata dichiarazione da parte di Sodexho s.p.a. circa eventuali violazioni tributarie.

Infine, con riguardo alla valutazione delle offerte, si denunciava la violazione dei canoni di imparzialità, correttezza, logica e coerenza; il punteggio sarebbe stato attribuito senza una seria comparazione delle offerte dei concorrenti.

La ricorrente lamentava, da ultimo, la violazione delle norme sull'accesso ai documenti di gara, negatogli ingiustamente, come da nota dell'Amministrazione del 5 luglio 2010.

La controinteressata proponeva ricorso incidentale, col quale chiedeva l'esclusione dalla gara della ricorrente principale, per difetto

dei requisiti di ammissione, in particolare perché il centro cottura di cui dichiara il possesso non ha la capacità produttiva richiesta dalla stazione appaltante, o quanto meno la capacità produttiva era completamente esaurita per effetto dell'espletamento del servizio di refezione scolastica in favore del Comune di Cerignola nel corso del quadriennio 2006-2009 e nel corso del 2010 ,producendo pasti per il Comune di S. Margherita di Savoia.

In via subordinata, denuncia la mancanza della doverosa dichiarazione ex art. 38 D.Lgs 163/2006 da parte di tutti i soggetti muniti di poteri di rappresentanza della Pellegrini s.p.a..

Con motivi aggiunti al ricorso incidentale ulteriormente deduceva che risulterebbe l'incompatibilità urbanistica del manufatto presso cui ha sede il centro cottura di emergenza di cui dispone Ladisa S.p.a.

.

Con sentenza del TAR Puglia –Bari, Sez. I. n. 1163/2011 il ricorso veniva rigettato.

Con l'appello in esame si ripropongono le censure rigettate in primo grado e si denuncia l'erroneità della sentenza.

Resiste in giudizio l'Azienda Ospedaliero-Universitaria "Ospedali riuniti" di Foggia.

All'udienza del 2 dicembre 2011 la causa viene trattenuta in decisione.

## DIRITTO

- L'appello non è fondato.

- La sentenza appellata ha rigettato le censure di cui al ricorso introduttivo affermando:

1. l'irrilevanza della revoca dell'aggiudicazione disposta dal Comune di Santa Margherita di Savoia, ai fini di una automatica esclusione dalla gara de qua, poiché la stazione appaltante può solo valutare discrezionalmente la "gravità dell'errore professionale" sotto il profilo dell'incidenza sull'affidabilità del contraente;

2. La dichiarazione resa da Marr s.p.a. è conforme all'art. 38 del cod. appalti e al disciplinare di gara; mentre la dichiarazione resa dal direttore generale Stefano Biaggi per Sodexho s.p.a. è completa delle autodichiarazioni di tutti coloro che possono impegnare l'impresa nella procedura specifica, mentre non compaiono poteri di rappresentanza in capo al Presidente del consiglio di amministrazione Giacomo Sorlini, al preposto Angelo Petillo e al consigliere Stephane Luc Marie Roger, per i quali la ricorrente lamenta la mancata menzione nell'elenco degli amministratori autorizzati ad impegnare l'impresa;

3. la Scardi ha allegato documentazione idonea a dimostrare il possesso di un centro di cottura d'emergenza idoneo secondo il certificato rilasciato dall'ASL di Foggia e autorizzazione sanitaria del Comune di Foggia;

4. la cessionaria non può essere esclusa per non avere presentato dichiarazione in ordine alla posizione della cedente, in quanto l'art. 38 cod. appalti non può essere interpretato estensivamente;

5. non è stata fornita prova dell'avvenuta annotazione da parte dell'Autorità di vigilanza, che ha valore costitutivo, dell'episodio circa la falsa dichiarazione resa nell'ambito della gara indetta per l'anno 2010 dal Comune di Santa Margherita;

6. la certificazione del 28.6.2010 dell'Agenzia delle entrate smentisce l'eventualità di violazioni tributarie definitivamente accertate;

7. il giudizio comparativo operato nelle gare in ordine alle offerte tecniche sfugge al sindacato del giudice amministrativo, se non vengono in rilievo specifiche contestazioni circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro manifesta violazione;

8. è inammissibile il motivo avverso il rifiuto di accesso agli atti, in quanto andrebbe impugnato mediante lo speciale rito sull'accesso.

- Con il ricorso in appello Ladisa spa censura la sentenza deducendo, quanto al primo motivo, che il TAR avrebbe dovuto rilevare la mancanza di valutazione e motivazione da parte della stazione appaltante circa l'episodio di "grave negligenza" segnalato con nota dell'8 giugno 2010, concernente l'appalto di refezione scolastica presso il comune di Margherita di Savoia.

Invero, sul punto, inammissibilmente, l'appellante modifica parzialmente la censura svolta in primo grado, con la quale richiedeva la esclusione automatica della aggiudicataria, per il solo fatto dell'intervenuta revoca dell'affidamento a Scardi Industrie Alimentari con determina n. 16 del 3 marzo 2010 da parte del predetto Comune.

Correttamente il TAR, invece, pronunciandosi sul motivo di impugnazione proposto, ha affermato, che sia l'art. 38 codice appalti, sia l'art. 45, secondo comma, lett. d) della direttiva 2004/18/CE non prevedono alcun automatismo tra "l'errore grave" nell'esercizio dell'attività professionale accertato in capo all'impresa e l'esclusione da altro rapporto contrattuale.

Anche di recente questa Sezione ha ribadito che "l'art. 38, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 163 del 2006, che prevede l'esclusione dalla gare di appalto delle imprese "che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante", non ha carattere sanzionatorio; per procedere alla esclusione prevista da tale norma è necessario che l'Amministrazione, con atto motivato, dia conto della gravità della negligenza o dell'errore professionale commesso e del rilievo che tali elementi hanno sull'affidabilità dell'impresa e sull'interesse pubblico a stipulare un nuovo contratto con la stessa. La gravità della negligenza o dell'errore professionale deve essere pertanto commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre nell'impresa affidataria dell'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale." (SEZ. III - sentenza 4 novembre 2011 n. 5866)



Il giudice di prime cure ha, peraltro, ritenuto che implicitamente la stazione appaltante abbia compiuto le proprie discrezionali valutazioni, in quanto, pur informata dei fatti, ha ritenuto la negligenza non così grave da compromettere l'affidabilità del potenziale appaltatore. E il giudice amministrativo non potrebbe sostituirsi all'Amministrazione nel compiere valutazioni a questa riservate e concentrarsi sul mancato esercizio del potere di esclusione.

- Quanto al secondo motivo di appello, con cui si denuncia l'errore di fatto e di diritto in cui sarebbe incorso il TAR rigettando la censura con cui si lamentava l'incompletezza delle dichiarazioni prodotte da Sodexho sulla sussistenza di cause di esclusione di cui all'art. 38 del D.lgs 163/2006 (avendo preso in esame la visura della CCIAA prodotta con riguardo ai soggetti investiti di potere di rappresentanza nel 2010 e non con riguardo al maggio 2008 - data di presentazione delle offerte), si osserva che le dichiarazioni in merito al possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 d.lg. n. 163 del 2006 devono essere rese soltanto dagli "amministratori muniti di potere di rappresentanza": ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione e rappresentanza.

Tali non sembrano essere i soggetti indicati dall'appellante: - il sig. Giacomo Sorlini è presidente del Consiglio di amministrazione; il sig. Angelo Petillo è preposto alla gestione tecnica e il sig. Stephane Luc Marie Roger è consigliere di amministrazione, mentre Rena Luciano Domenico ( indicato nell'atto di appello) è institore.

Come si è osservato, l'art. 38 è una norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse da quelle contemplate espressamente.

In ogni caso, secondo l'indirizzo giurisprudenziale cui il Collegio aderisce, l'esclusione dalla gara può essere disposta laddove sia constatata la reale esistenza di condanne penali, piuttosto che per la mancata allegazione di autocertificazione sulla esistenza delle predette condanne. Ciò in quanto il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 38 deve essere inteso nel senso che anche in caso di radicale omissione della dichiarazione di cui al comma 1, solo ove sussistano in concreto le ragioni ostative alla partecipazione l'impresa non va ammessa a gara (Cons. Stato, V, 9 novembre 2010, n. 7967; 24 marzo 2011, n. 1795; 08 febbraio 2011, n. 846).

Nel caso di specie non risulta provata la sussistenza di condanne penali a carico dei presunti amministratori..

- Circa il terzo motivo di appello, secondo cui la Scardi non autocertificava la produttività del centro cottura, ma la mera esistenza del certificato rilasciato dalla ASL di Foggia, il quale però non è idoneo a tal fine, non avendo le aziende sanitarie potere di certificare la capacità produttiva di una struttura di produzione e/o cottura alimentare, va rilevato che la dichiarazione prodotta da

SCARDI, come ritenuto dal TAR, è conforme a quanto richiesto dalla lex di gara (Punto 3.3. lett. M), in quanto contiene l'autodichiarazione circa la disponibilità di un centro cottura con capacità produttiva di 10.000 pasti giornalieri, (secondo le risultanze della certificazione della ASL Foggia -servizio di igiene ) e dotato di autorizzazione sanitaria rilasciata dal comune di Foggia .

- Ancora con riguardo al quinto motivo del ricorso, l'appellante ritiene che il giudice di primo grado abbia equivocato la censura con cui si lamentava la mancata esclusione dell'aggiudicataria per avere reso false dichiarazioni nell'ambito della gara indetta dal Comune di S. Margherita di Savoia circa la distanza del centro di cottura. Afferma che non ha inteso censurare la violazione dell'art. 38 codice appalti, ma la violazione della lex di gara che prevedeva l'esclusione per false dichiarazioni; non sarebbe corretto, inoltre, che non è stata provata l'annotazione dell'Autorità di vigilanza, perchè la ricorrente con la produzione del 25.3.2011 avrebbe depositato la nota del 9.2.2011 con cui l'Autorità rappresentava che la stazione appaltante aveva segnalato il 7.1.2011 la falsa dichiarazione di Scardi.

Invero, il disciplinare di gara recava una mera avvertenza sulle conseguenze delle false dichiarazioni, che determinano l'esclusione dalle procedure di gara, secondo il disposto dell'art. 38 codice appalti.

Pertanto, per quanto riguarda la segnalazione concernente la gara indetta dal Comune di S. Margherita di Savoia, giustamente il TAR

rileva che avrebbe dovuto essere dimostrata l'iscrizione nel casellario informatico, cui va riconosciuta valenza costitutiva e che quindi, dalla data di iscrizione, decorrono gli effetti interdittivi di cui all'art. 38 comma 1, lett. h), in quanto la disposta iscrizione fa emergere, rendendola di pubblica notizia, l'esistenza della falsa dichiarazione, ricavabile dai dati in possesso dell'osservatorio. (Consiglio Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 517). La nota dell'AVCP del 9.2.2011, prodotta in giudizio, si limita ad attestare l'avvenuta segnalazione da parte della stazione appaltante e non anche l'iscrizione nel casellario informatico.

- Con riguardo al settimo e ottavo motivo di ricorso, coi quali l'appellante muove censure avverso la valutazione della propria offerta rispetto a quella della controinteressata, contestando i punteggi attribuitele, si osserva che correttamente il TAR ha ritenuto che le censure involgono valutazioni di merito e che la valutazione discrezionale compiuta dalla stazione appaltante non appare affetta da vizi di macroscopica illogicità, nè da disparità di trattamento per la semplice attribuzione di punteggio maggiore al progetto di Sodexho, a fronte peraltro di minime differenze di punteggio tra i due progetti. Come più volte affermato da questo Consiglio, le valutazioni tecniche relative alle offerte presentate nelle gare d'appalto sono caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dalla opinabilità dell'esito della valutazione.

Gli apprezzamenti in ordine all'(in)idoneità tecnica delle offerte dei

vari partecipanti alla gara, dunque, in quanto espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, non possono essere sostituiti da valutazioni di parte circa la (in)sussistenza delle prescritte qualità, trattandosi di questioni afferenti al merito delle suddette valutazioni tecnico-discrezionali ( C.d.S sez. V, 08 marzo 2011, n. 1464 ); e, in sede giurisdizionale, parimenti, sono sindacabili solo se affetti da macroscopici vizi logici, disparità di trattamento, errore manifesto, contraddittorietà ictu oculi rilevabile, rientrando tipicamente nel potere valutativo quello di ritenere migliore un'offerta rispetto ad un'altra ( cfr Consiglio Stato, sez. V, 01 ottobre 2010 , n. 7262).

Ne consegue che il giudice amministrativo non può ingerirsi negli ambiti riservati alla discrezionalità tecnica dell'organo valutatore e, quindi, sostituire il proprio giudizio a quello della Commissione.

-In conclusione, l'appello va rigettato.

- Va rigettata conseguentemente la domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla ricorrente.

- Le spese di giudizio si compensano tra le parti, attesa la complessità delle questioni trattate.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/01/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)