



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1236 del 2012, proposto da:

Serenissima Ristorazione Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Mauro Contin, Francesco Rucco, con domicilio eletto presso Raffaella Mainardi in Venezia-Mestre, via Cappuccina, 19/A;

contro

Comune di Oderzo, rappresentato e difeso dagli avv. Eugenio Varotto, Alessandro Veronese, con domicilio eletto presso Alessandro Veronese in Venezia-Marghera, via delle Industrie, 19/C P. Libra;

nei confronti di

Markas Srl, City Service Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Fabio Lena, con domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), c.p.a.;

per l'annullamento

dei provvedimenti di indizione, partecipazione e regolamentazione della gara per il servizio di refezione scolastica e ristorazione domiciliare del Comune di Oderzo per il periodo 01/01/2013-30/06/2016; della determina n. 489/12 del 11/07/2012 del Comune di Oderzo; del verbale della Commissione giudicatrice del 04/07/2012; dei verbali e degli atti successivi e conseguenti, presupposti, collegati, correlati o derivati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Oderzo e di Markas Srl e di City Service Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2013 il dott. Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, Serenissima ristorazione spa ha impugnato i provvedimenti di aggiudicazione nonché di indizione, partecipazione e regolamentazione della gara per il servizio di refezione scolastica e ristorazione domiciliare del Comune di Oderzo per il periodo 1/1/2013-30/06/2016, chiedendo: a) «in ipotesi di

accoglimento (...) del motivo esposto sub II», l'annullamento di tutti gli atti di gara, b) «in ipotesi di accoglimento dei motivi di censura (...) sub I), III), IV)», l'aggiudicazione della gara medesima.

2. L'odierna ricorrente, classificatasi seconda nella graduatoria finale, con un punteggio complessivo di 94,25 punti (di cui 68 per l'offerta tecnica e 26,25 per quella economica), dietro il RTI Markas s.r.l. e City Service s.r.l., con 95 punti (di cui 65 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica), ha articolato i seguenti motivi di ricorso:

I) violazione del disciplinare di gara (art. 11, lettera A, punto b); difetto di istruttoria in ordine all'offerta tecnica), poiché il punteggio massimo ottenuto dal RTI controinteressato sulla base del sub-criterio rapporto addetti/pasti nel Centro di cottura sarebbe stato assegnato in assenza del necessario «accertamento del requisito del numero dei dipendenti complessivi di ciascuna impresa», al fine di appurare la credibilità delle dichiarazioni fornite dai partecipanti ai sensi dell'art. 42, primo comma, lett. g), d.lgs. n.163 del 2006;

II) illegittimità della procedura «per eccesso di potere e disparità di trattamento nell'adozione del criterio di valutazione previsto dall'art. 11, lettera A, punto b) del disciplinare di gara», nonché «per violazione degli artt. 42, 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 in ragione della indebita commistione tra requisiti di capacità tecnica dei partecipanti e valutazione delle offerte tecniche», dal momento che la disponibilità di «un Centro cottura e l'impiego di addetti presso il medesimo Centro», costituirebbe un requisito di capacità tecnica dell'impresa partecipante, tanto più se «dimensionato nell'anno precedente» a quello in cui dovrà iniziare il servizio oggetto di gara;

III) violazione dell'art. 86 e ss. del d.lgs. n. 163 del 2006 in materia di sub-procedimento per la verifica di offerte anomale: eccesso di potere per difetto di istruttoria e IV) eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà nella motivazione dell'art. 11 del disciplinare di gara in tema di giustificazione dei costi per il servizio di ristorazione domiciliare. Secondo la ricorrente, infatti, il confronto fra i costi esposti dal RTI controinteressato e «la realtà dei fatti», rivelerebbe che la proposta da esso avanzata risulterebbe «smaccatamente insostenibile dal punto di vista finanziario, presentando permanenti diseconomie di esercizio».

3. Si è costituito in giudizio il Comune di Oderzo eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso poiché il ricorrente avrebbe formulato domande pari ordinate, ancorché fra loro incompatibili, assegnando al Tribunale adito il compito di individuare la censura preminente, in violazione del principio dispositivo.

3.1. Nel merito, la stazione appaltante obietta che il sub-criterio enunciato alla lettera b) dell'art. 11, paragrafo A, del disciplinare di gara, lungi dall'essere riferito alla pregressa esperienza imprenditoriale svolta nell'anno 2011, riguarderebbe «la prestazione contrattuale in fieri», da corrispondere nel periodo 1.1.2013/30.6.2016.

3.2. Tale interpretazione risulterebbe viepiù avvalorata dalla formula di chiusura del citato articolo secondo cui «la dichiarazione ha valore vincolante per l'offerente che dovrà garantire nella gestione del servizio la presenza presso il Centro di cottura del personale nel rapporto addetti/pasti qui indicato».

3.3. Conseguentemente, la stazione appaltante non sarebbe stata onerata di alcuna verifica in ordine alla veridicità o meno della dichiarazione resa dall'offerente né con riguardo al 2011, né con riguardo al periodo previsto per il servizio oggetto di gara.

3.4. Non vi sarebbe poi alcuna commistione indebita fra requisiti soggettivi di capacità tecnica dei partecipanti e criteri oggettivi di valutazione delle offerte tecniche: si tratterebbe infatti di dichiarazione avente ad oggetto le «caratteristiche materiali di funzionamento del Centro di cottura che l'impresa intende mettere a disposizione dell'ente per l'esecuzione del contratto», così come chiaramente si desumerebbe dalle risposte fornite dalla stazione appaltante a specifici quesiti in merito a un criterio del disciplinare che, ancorché non impugnato, sarebbe del tutto simile a quello in esame (cfr. sub-criterio di cui alla lettera a) dell'art. 11, paragrafo A).

4. Si è costituito altresì il RTI controinteressato il quale, in via preliminare, ha a propria volta eccepito l'inammissibilità del ricorso, per la mancata graduazione delle domande, con conseguente impossibilità, per il

giudice adito, di individuare l'interesse azionato così come la censura da esaminare in via prioritaria.

4.1. Nel merito, il controinteressato assume in ogni caso l'infondatezza di tutte le censure, per l'inconferenza dell'interpretazione dei criteri del disciplinare di gara fatta propria dalla ricorrente. Peraltro, trattandosi di un appalto di servizi, esso potrebbe essere valutato unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi.

5. Il Collegio, con ordinanza n. 634 del 2012, accoglieva la domanda cautelare della sospensione di tutti gli atti impugnati.

6. In vista dell'udienza di trattazione del merito, le parti depositavano memorie defensionali e di replica ex art. 73 del d.lgs. n. 104 del 2010, e, all'udienza del 17 gennaio '13, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. Preliminarmente deve essere scrutinata l'eccezione di inammissibilità del ricorso.

7.1. L'eccezione non merita accoglimento.

7.3. Occorre evidenziare come la domanda proposta postuli fondamentalmente due diverse azioni: da un lato, quella tesa a conseguire l'aggiudicazione del contratto; dall'altra, quella mirante all'annullamento dell'intera procedura di gara, al fine di conseguire l'interesse strumentale alla sua riedizione.

7.4. Inoltre, la richiesta di tutela dell'interesse strumentale, quale posizione giuridica attiva protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione è realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa (cfr. Cons. St. Ad. Pl. n. 4 del 2011), risulta, nel caso di specie, proposta da un soggetto portatore di una specifica legittimazione ad agire – derivante dalla propria posizione differenziata quale partecipante alla gara e potenziale aggiudicatario della stessa.

7.5. Ciò premesso, il Collegio ritiene che, ancorché le domande suddette non siano formulate in maniera gradata, sia nondimeno possibile assegnare loro un ordine di priorità logica, nel rispetto del principio dispositivo che governa il processo amministrativo, sulla base della consistenza oggettiva delle censure in concreto elevate.

7.6. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, l'assegnazione di detto ordine attiene alla necessaria valutazione del rapporto logico esistente fra i motivi di censura sollevati e le azioni contenute nel ricorso, quale potere non contrastante con l'art. 112 c.p.c. in quanto legato all'esercizio della funzione pubblica derivante dal particolare oggetto del giudizio impugnatorio, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5108; sez. VI, 5 settembre 2002, n. 4487).

7.7. Orbene, nel caso di specie, in coerenza con le premesse sopra enunciate, deve ritenersi logicamente prioritario l'esame del motivo sub II).

7.7.1. Infatti, come specificato in narrativa, il ricorrente, con i primi due motivi, fonda sia la domanda di aggiudicazione, sia quella alla ripetizione della procedura concorsuale, sull'interpretazione e/o corretta applicazione del criterio sub art. 11, lettera A, punto b), del disciplinare di gara.

7.7.2. Conseguentemente, quand'anche si accogliesse per primo il profilo di censura che assegna maggiore tutela al ricorrente (aggiudicazione), il Collegio non potrebbe esimersi dall'esaminare anche quello formulato avverso il medesimo criterio avente portata più radicale, ancorché meno soddisfattiva, non potendosi disporre un'aggiudicazione sulla base di un criterio di cui lo stesso ricorrente deduce profili di illegittimità tali da attribuire loro portata inficiante l'intera procedura.

7.7.3. Peraltro verso, una volta che si dovesse accogliere il II motivo di ricorso, con conseguente radicale demolizione dell'intera procedura selettiva, risulterebbe logicamente preclusa la disamina degli altri motivi sub III e IV, non potendo più disporsi la richiesta aggiudicazione in forza di una disciplina gara ritenuta illegittima.

8. Pertanto il Collegio ritiene di dover prioritariamente partire dall'esame del secondo motivo di ricorso (sub II).

8.1. La questione sollevata sotto tale specifico profilo implica l'esame del criterio sub art. 11, lettera A, punto b), del

disciplinare di gara al fine di verificare se esso operi o meno un'indebita commistione fra requisiti oggettivi dell'offerta e requisiti soggettivi inerenti la precedente attività/produttività del concorrente.

8.2. In base al dato letterale, è espressamente richiesto di porre a base della ponderazione suscettibile di attribuzione fino a un massimo di 10 punti, il “rapporto tra il numero medio annuo degli addetti (presenti stabilmente) e il numero di pasti giornalieri prodotti con indicazione del rapporto fra gli stessi ...”, specificando altresì che “la dichiarazione ha valore vincolante per l'offerente che dovrà garantire nella gestione del servizio la presenza presso il Centro di cottura del personale nel rapporto addetti/pasti qui indicato”.

8.3. L'attribuzione del punteggio in base al criterio in parola, dunque, presuppone l'enucleazione di un rapporto che, ancorché costituisca elemento vincolante per la prestazione cui sarà tenuto l'aggiudicatario a seguito della stipula del contratto di servizio oggetto di gara per il periodo 1/1/2013-30/6/2016, si fonda logicamente su dati riferiti all'attività in concreto svolta dall'offerente precedentemente all'indizione della gara.

8.3.1. Diversamente opinando, non avrebbe alcun senso il richiamo al vincolo del rispetto del rapporto medio così indicato anche per la futura “gestione del servizio”.

8.3.2. Del pari risulterebbe difficile enucleare, in termini di certezza, un valore medio rispetto a una prestazione solamente futura (e dunque eventuale) e rispetto alla quale i dati complessivi del servizio sono indicati ancora in via “presuntiva”. Mentre il criterio censurato si riferisce al “numero medio di pasti giornalieri prodotti”, avendo quindi una chiara valenza retrospettiva.

8.3.3. Ancora meno comprensibile sarebbe, poi, la rilevanza di un tale parametro, ove la media in parola si riferisse alla prestazione futura del servizio da assegnare, considerato che nel disciplinare di gara è già quantificato (quand'anche in maniera presuntiva) il complessivo numero di 92.700 di pasti da destinare annualmente alla refezione scolastica e domiciliare (cfr. art. 3 lett. b del disciplinare di gara).

8.4. L'interpretazione sopra indicata appare del resto confermata anche da un'interpretazione sistematica del criterio censurato nel contesto della legge di gara in cui si inserisce.

8.4.1. Ed invero, in primo luogo, deve rilevarsi che lo stesso disciplinare richiede all'offerente la predisposizione di una “relazione tecnica” mediante la compilazione di una apposita “scheda offerta tecnica” nella quale fra l'altro dichiarare:

“1. di utilizzare, per l'espletamento del servizio oggetto della presente gara il Centro di cottura sito a ...”;

“2. di aver confezionato nell'anno 2011, il seguente numero di pasti totali presso il Centro di Cottura ... suddivisi per Scuole ... Ospedali ...e Aziende ... con la seguente percentuale riferita alla sola refezione scolastica”;

3. “di impiegare stabilmente presso il proprio Centro cottura il seguente numero medio annuo di addetti alla produzione ... e che il rapporto tra tale cifra e il numero medio di pasti giornalieri prodotti ... è pari a ...”.

8.4.2. Ebbene, non sembra potersi dubitare che i dati richiesti riguardino un'attività svolta in precedenza all'indizione della gara dall'offerente e che tale attività debba essere stata svolta in uno specifico (“proprio”) Centro di cottura con una altrettanto determinata dimensione aziendale e produttività media annua che risulta poi essere ulteriormente presa in considerazione dal criterio in esame per l'attribuzione del punteggio.

8.5. In secondo luogo, gli stessi chiarimenti offerti dalla stazione appaltante, ancorché riferiti al criterio di cui al punto a) della lettera A dell'art. 11 del disciplinare di gara avvalorano tale interpretazione.

8.5.1. Infatti alla domanda se “il concorrente che metta a disposizione del servizio un Centro cottura del quale non aveva la disponibilità nell'anno 2011” possa comunque accedere alla assegnazione del punteggio massimo di cinque punti previsto per tale profilo (“tramite dichiarazione specifica con indicazione dei dati numerici e della percentuale riferita alla ristorazione scolastica della quale sia a conoscenza”) la stazione appaltante, pur premettendo che la valutazione concerne una circostanza oggettiva “relativa alla idoneità del Centro cottura alla

produzione richiesta” e non la “condizione soggettiva riferita al concorrente”, afferma al contempo che “l’impresa che non abbia avuto nell’anno 2011 la disponibilità dello stesso, al pari dell’impresa che – diversamente – ne abbia avuto la disponibilità, potrà dichiarare ed indicare negli appositi spazi dei moduli predisposti dalla stazione appaltante, i dati richiesti. Resta naturalmente inteso che, in entrambi i casi suindicati, in occasione della successiva fase di controllo delle suddette dichiarazioni i concorrenti dovranno essere in grado di produrre alla stazione appaltante idonea documentazione (ad es. fatture relative all’anno 2011 e copie dei contratti) comprovante la correttezza dei dati forniti”.

8.5.2. Ebbene, benché sia ammessa la possibilità di avvalersi per l’espletamento del servizio oggetto di gara di un Centro di cottura di cui non si avesse la disponibilità nel 2011, la stazione appaltante fa chiaramente riferimento, al fine dell’attribuzione del punteggio, alla necessità comunque di comprovare, con idonea documentazione, la capacità del Centro cottura medesimo riferita all’anno 2011, fornendo le fatture della relativa attività per tale anno, nonché copia dei contratti.

8.6. Pertanto, alla stregua di tali canoni interpretativi testuali, sistematici e logici, risulta inequivocabilmente che, ai fini dell’attribuzione del punteggio per l’offerta tecnica, anche con riferimento al criterio di cui al successivo punto b), siano richiesti dati relativi alla capacità produttiva di uno specifico Centro di cottura da dimostrarsi facendo riferimento all’attività pregressa alla indizione della gara di quest’ultimo.

8.6.1. Orbene, ad avviso del Collegio, come rilevato in sede cautelare, la formulazione in parola – sebbene riferita ad una gara avente ad oggetto un appalto di servizi, in quanto tale implicante un “facere” in cui assume particolare rilievo l’aspetto organizzativo e di esperienza dell’impresa – introduce in via prevalente elementi di valutazione riguardanti caratteristiche organizzative e soggettive ancorate all’esperienza maturata dalla società concorrente e al suo livello di capacità e professionale già raggiunto, così valorizzando in sede di valutazione dell’offerta tecnica criteri di natura soggettiva.

8.7. Il Collegio non ignora l’orientamento giurisprudenziale secondo il quale il principio della netta separazione tra criteri soggettivi di prequalificazione e criteri di aggiudicazione della gara debba essere interpretato “cum grano salis” (così CdS, IV, n. 5808 del 2008) nelle procedure relative ad appalti di servizi, consentendo alle stazioni appaltanti, - nei casi in cui determinate caratteristiche soggettive del concorrente, in quanto direttamente riguardanti l’oggetto del contratto, possano essere valutate anche per la selezione della offerta - , di prevedere nel bando di gara eventuali elementi di valutazione della offerta tecnica di tipo soggettivo, concementi cioè la specifica attitudine del concorrente, desunta da analoghe esperienze pregresse, a realizzare lo specifico progetto oggetto di gara (cfr. Cons. st., V, n. 837 del 2009).

8.7.1. Peraltro, come è stato ribadito dalla più recente giurisprudenza, la possibilità di applicare in maniera “attenuata” il divieto generale, di derivazione comunitaria, di commistione tra le caratteristiche oggettive della offerta e i requisiti soggettivi della impresa concorrente, è da ritenere ammessa soltanto a condizione che gli «aspetti della attività della impresa possano effettivamente “illuminare” la qualità della offerta», e che «lo specifico punteggio assegnato, ai fini dell’aggiudicazione, per attività analoghe a quella oggetto dell’appalto, non incida in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo» (cfr. Cons. st., V, n. 5197 del 2012).

8.7.2. Alla luce di tali coordinate interpretative, nel caso in esame, risulta evidente come il criterio censurato, soprattutto se considerato sul piano sistematico della legge di gara, valorizzi bensì un criterio di efficienza qualitativo-soggettivo afferente l’oggetto del servizio, ma desunto direttamente dall’attività pregressa dell’offerente, assegnandogli un peso decisivo nella determinazione del punteggio complessivo.

8.7.3. In tal modo, il criterio censurato introduce un parametro che non si riferisce alla rilevanza oggettiva dell’offerta, di per sé stessa considerata, ma che rimanda, per la sua valutazione , a valori e rapporti annui medi di

produzione pregressa che sono diretta espressione delle caratteristiche organizzative maturate in precedenza dal concorrente e del suo livello di capacità tecnica e specializzazione professionale, ovvero ad aspetti che, in quanto tali, possono legittimamente rilevare solo in sede di qualificazione alla gara, quali criteri di ammissione alla stessa e non di valutazione dell'offerta.

8.7.4. Detto *modus procedendi* finisce pertanto con lo svuotare di ogni rilevanza la distinzione fra idoneità tecnica (che attiene alla valutazione dei requisiti soggettivi dei partecipanti alla procedura) e merito tecnico (che importa la valutazione dell'offerta concretamente presentata dal partecipante). Distinzione che, ancorché attenuata con riguardo alle selezioni aventi ad oggetto l'affidamento di un servizio, svolge l'ineliminabile ruolo di orientare la selezione operata secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella individuazione dell'offerta più competitiva ove presentata da imprese comunque affidabili, in applicazione del canone della par condicio, che osta ad asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo.

9. Alla stregua delle considerazioni che precedono il ricorso deve pertanto essere accolto, con riguardo al motivo dedotto sub II), con conseguente annullamento di tutti gli atti di gara.

9.1. Dall'accoglimento nei termini suddetti deriva l'assorbimento degli ulteriori motivi di ricorso. 10. In considerazione della peculiarità della controversia e delle questioni trattate, sulle quali non si è ancora consolidato un indirizzo giurisprudenziale unitario, sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2013

IL SEGRETARIO

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