

APPALTI - SERVIZI - REFEZIONE SCOLASTICA - SECONDO CENTRO DI COTTURA - CLAUSOLA CHE RICHIEDE LA DISPONIBILITA' - ILLEGITTIMA

È illegittima la clausola del bando di gara per l'affidamento del servizio di "refezione scolastica" che richiede l'attualità della disponibilità del secondo centro di cottura. Detta clausola è da ritenersi, infatti, incongrua e sproporzionata sia rispetto all'oggetto del servizio che alla specifica funzione cui tale elemento migliorativo è volto.

TAR Campania, Napoli, Sez. II, sentenza n. 5504/2018

Publicato il 14/09/2018

N. 05504/2018 REG.PROV.COLL.

N. 02943/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 2943 del 2018, proposto da Sagifi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Cardaropoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Casoria, Centrale Unica di Committenza Tra i Comuni di Casoria, Afragola ed Arzano non costituiti in giudizio;

nei confronti

Societa' Capital S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Enrico Bonelli in Napoli, via G. Melisurgo n. 23;

per l'annullamento

- a) della determinazione n. 785 del 14.6.2018, adottata dal Comune di Casoria, con la quale il servizio di refezione scolastica è stato aggiudicato alla ditta Capital S.r.l.;
- b) del verbale di gara in seduta pubblica n. 5 dell'8.5.2018, con il quale, all'esito della lettura dei punteggi per l'offerta tecnica, dell'apertura delle buste contenenti l'offerta economica e dell'attribuzione dei relativi punteggi, si è stilata la graduatoria finale della gara e, sulla base della medesima, si è proposta l'aggiudicazione della gara in favore della Capital s.r.l. e della relativa comunicazione;
- c) dei verbali di gara in seduta riservata n. 3 del 4 aprile 2018 e n. 4 del 10 aprile 2018, nelle quali si è proceduto alla valutazione delle offerte tecniche delle concorrenti e alla attribuzione dei relativi punteggi;
- d) di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, comunque lesivo degli interessi della ricorrente, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, con conseguente istanza della ricorrente di conseguire l'aggiudicazione dello stesso, essendo la stessa disponibile a subentrare nel contratto

ovvero, in via subordinata, per il risarcimento dei danni in forma equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Capital S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 settembre 2018 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Casoria, Afragola ed Arzano ha indetto una gara avente ad oggetto l'affidamento del servizio di refezione scolastica per il Comune di Casoria, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa. La ricorrente ha partecipato alla gara e si è classificata seconda.

2. Con il ricorso in esame è stato impugnato il provvedimento di aggiudicazione, per illegittimità della valutazione dell'offerta tecnica, in relazione a due dei sette parametri di cui al par. 9 del bando di gara (per le specifiche censure, tutte concernenti la violazione dei criteri di seguito indicati, si rinvia per brevità al ricorso introduttivo):

a) il criterio numero 3 “Disponibilità di un ulteriore centro di cottura”, secondo cui *“sarà apprezzata la disponibilità di un ulteriore centro di cottura, sito ad una distanza massima di 20 km dalla casa comunale, munito di tutte le autorizzazioni di legge e le certificazioni prescritte, in capo al concorrente (in caso di ATI in capo alla mandataria capogruppo), previste per il primo centro cottura”*, per il quale è prevista l'attribuzione di un sub-punteggio massimo di 20 punti;

b) il criterio numero 7 “Elementi migliorativi” con la seguente declaratoria: *“verrà considerato elemento migliorativo l'erogazione dei pasti aggiuntivi, senza alcun onere per il Comune, in favore di famiglie indigenti già in carico ai servizi sociali ed in favore di minori disabili con grado di gravità ai sensi della L. 104/92 art. 3”*, per il quale è stata prevista l'attribuzione di un sub-punteggio massimo di 10 punti.

3. In data 31 luglio 2018 si è costituita la controinteressata, chiedendo il rigetto del ricorso.

4. Alla camera di consiglio dell'11 settembre 2018 il ricorso, previo avviso alle parti ex art. 60 c.p.a., è stato trattenuto in decisione.

5. Il ricorso è infondato.

6. Quanto ai limiti del sindacato giudiziale sulla valutazione tecnico discrezionale dell'offerta, la natura semplificata della decisione e il carattere consolidato dei relativi principi giurisprudenziali consentono di rinviare ex art. 88 co. 2 lett. d)

c.p.a. al precedente costituito dalla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5934.

7. L'infondatezza del ricorso deriva dalla considerazione che per nessuna delle censure spiegate dal ricorrente è stata riscontrata la "irragionevolezza tecnica" nella ponderazione della commissione di gara, ovvero, secondo quanto prospettato da parte ricorrente, una discrasia tra quanto previsto ex ante nella *lex specialis* e il concreto esercizio del potere di valutazione.

8. L'esame di questo profilo presuppone peraltro una preliminare attività interpretativa delle clausole del bando sopra riportate, per la quale soccorrono i principi di seguito indicati:

a) in generale, come per tutti gli atti amministrativi, trovano applicazione le medesime regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., c.c., tra le quali assume carattere preminente l'interpretazione letterale, nel senso che, solo in presenza di una equivoca formulazione della lettera di invito o del bando di gara, può ammettersi un'interpretazione diversa da quella letterale (Consiglio di Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2852);

b) tale preminenza assume particolare rilievo nelle procedure di gara, poiché risponde all'esigenza di affidamento delle imprese nella chiarezza "delle regole del gioco", che, dal lato dell'amministrazione, corrisponde al dovere di coerenza e lealtà nella applicazione in concreto di tali regole, cui la stessa si è autovincolata con la pubblicazione della *lex specialis*. (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. III, 18 giugno 2018, n. 3715; Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2013 n. 238);

c) in ogni caso, nell'ipotesi di clausole comunque ambigue, deve preferirsi l'interpretazione che sia più adeguata al contenuto e oggetto del contratto (cfr. TAR Milano, sez. IV, 18 dicembre 2013, 2863) e sia comunque conforme al principio di proporzionalità, di derivazione eurounitaria, (cfr. art. 1 l. 241/90) ma

che trova terreno di elezione nel campo dei pubblici appalti (cfr. art. 4 D.Lgs. 50/2016).

9.1. Venendo al merito delle censure, con specifico riguardo al criterio n.3, non può essere condiviso il presupposto interpretativo secondo cui la “disponibilità di un secondo centro di cottura” debba intendersi come già comprovabile al momento della presentazione dell’offerta, ovvero in una fase in cui la concorrente non alcuna certezza di aggiudicarsi la commessa.

Tale specificazione non solo non è contenuta nella clausola sopra riportata (cfr punto 2 lett.a), e non è pertanto evincibile dalla sua formulazione letterale, ma collide anche con la funzione cui tale requisito assolve, in relazione al servizio oggetto di gara, se si considera che

a) il secondo centro di cottura ha una funzione sussidiaria, essendo volto a garantire la continuità nell’erogazione del servizio in caso di emergenza, ovvero nell’ipotesi in cui il centro principale di cottura indicato non sia funzionante;

b) in ogni caso, la “disponibilità” dei centri di cottura attiene alla fase esecuzione del contratto, come già osservato in precedenti analoghi della sezione: T.A.R. Napoli, sez. II, 3 aprile 2018, n. 2083 (cui si rinvia ex art. 88 co. 2 lett.d) c.p.a.).

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, una clausola del bando che richiedesse l’attualità della disponibilità del secondo centro di cottura sarebbe incongrua e sproporzionata sia rispetto all’oggetto del servizio che alla specifica funzione cui tale elemento migliorativo è volto.

9.2. Quanto al titolo giuridico su cui tale “disponibilità” si fonda, parte controinteressata ha allegato il contratto di affitto di ramo d'azienda del 22.8.2017 stipulato con l’attuale concessionaria del bene di proprietà del Comune di Napoli, titolo giuridico certamente idoneo ad attribuire alla cessionaria la legittimazione all’utilizzo del centro di cottura in controversia nella fase esecutiva del rapporto contrattuale.

9.3. La prima censura non è condivisibile neanche nella parte in cui viene contestata la graduazione del punteggio, poiché la ponderazione dei punteggi da un minimo ad un massimo è prevista per tutti i criteri di cui al par. 9 del bando (compreso il n. 3) ed è comunque ragionevole che tale graduazione - non potendo graduarsi la rispondenza del centro agli standard tecnici e di qualità necessari – abbia proprio ad oggetto il fattore della “distanza” del centro di cottura rispetto alla casa comunale, trattandosi di un elemento che certamente riflette *“l’esigenza di assicurare la migliore qualità del servizio di refezione scolastica in concessione”* (Consiglio di Stato, sez. V, 03 maggio 2018, n. 2633).

10. Non è fondata neanche la seconda censura sollevata con riguardo al criterio 7 “Elementi migliorativi”.

La preminenza in tal caso del canone di interpretazione letterale induce a valorizzare la declinazione al plurale nella indicazione di tale elemento di valutazione.

L’amministrazione ha inteso lasciare all’autonomia gestionale e alle capacità organizzative dei singoli concorrenti l’indicazione di soluzioni migliorative del servizio di refezione (le quali, come è noto, possono riguardare tutti i profili tecnici, nel rispetto delle caratteristiche del servizio oggetto di gara: Cons. Stato, V, 10 gennaio 2017, n. 42, con principio estensibile anche all’appalto di servizi). Ha però anche specificato che sarebbe stato favorevolmente apprezzato quello indicato (*l’erogazione dei pasti aggiuntivi, senza alcun onere per il Comune, in favore di famiglie indigenti già in carico ai servizi sociali ed in favore di minori disabili con grado di gravità ai sensi della L. 104/92 art. 3*).

Deve pertanto ritenersi esente dalle censure dedotte la valutazione adottata dall’amministrazione con riguardo a tale profilo dell’offerta tecnica, sia perché plurimi (e non contestati) sono stati gli elementi migliorativi indicati dalla controinteressata, sia perché non è condivisibile la lettura suggerita dalla ricorrente

secondo cui l'erogazione dei pasti gratuiti avrebbe dovuto avere come "destinatari" necessariamente soggetti appartenenti alle fasce deboli ma diversi dagli alunni, trattandosi di un elemento migliorativo dello stesso servizio messo a gara.

11. In conclusione la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione va rigettata. Ne consegue il rigetto anche della connessa domanda risarcitoria, peraltro priva delle necessaria allegazioni probatorie.

12. Alla soccombenza segue la condanna alle spese di parte ricorrente in favore della controinteressata, con liquidazione contenuta nel dispositivo. Nulla si dispone in favore dell'amministrazione, non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore della controinteressata, liquidate in complessivi euro 1.500 oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Pennetti, Presidente

Antonella Lariccia, Primo Referendario

Germana Lo Sapio, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Germana Lo Sapio

IL PRESIDENTE
Giancarlo Pennetti