



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3657 del 2012, proposto da:

Gestione Servizi Integrati s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Crisci e Stefano Spinelli, con domicilio eletto presso Stefano Crisci in Roma, via Giulio Caccini,1;

contro

Ministero dell'Economia e delle Finanze, Comando Generale della Guardia di Finanza, rappresentati e difesi *ope legis* dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Bioristoro Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Enrico Gai, Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Enrico Gai in Roma, via degli Scipioni, 288;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura di gara del servizio di vettovagliamento presso le mense, in favore della Bioristoro Italia s.r.l., comunicato in data 12 aprile 2012 con la nota prot. 64010;
- del bando di gara pubblicato in G.U.R.I. n. 111 in data 21 settembre 2011;
- della lettera di invito prot. 163764, in data 21 ottobre 2011;
- di tutti i verbali della Commissione di gara;
- di tutti i verbali della Commissione di valutazione;
- degli atti di nomina delle Commissioni (di Gara e di Valutazione) con atto dispositivo n. 2157 e 2158 in data 13.12.2011;
- delle note prott. 72482, 72492, 72484 e 72489, con le quali l'amministrazione ha comunicato l'intento di addvenire all'avvio del servizio oggetto dell'appalto in data 14 maggio 2012;
- di ogni altro atto presupposto e/o antecedente e/o connesso e/o consequenziale;
- del contratto di appalto, ove stipulato;
- nonché per il risarcimento del danno per equivalente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'amministrazione intimata e della società controinteressata;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del giorno 17 ottobre 2012 il Cons. Silvia Martino;

Uditi gli avv.ti di cui al verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana n. 111 in data 21 settembre 2011, la Guardia di Finanza - Reparto tecnico logistico amministrativo degli Istituti di istruzione, Ufficio amministrazione - indicava una gara a procedura ristretta per l'affidamento del servizio di *catering* completo presso le mense dei reparti amministrati suddiviso in 8 lotti, per un periodo di 36 mesi ed un importo complessivo di euro 14.040.000,00.

Con lettera di invito prot. 163764, in data 21 ottobre 2011, la Stazione appaltante invitava la Gestione Servizi Integrati a presentare offerta.

Alla Lettera di Invito venivano allegati il Capitolato d'Oneri, le Condizioni Tecniche, nonché il Capitolato concernente la composizione dei principali pasti e grammature medie degli ingredienti.

La ricorrente presentava offerta per i lotti, 2, 3, 4, 5 e 8, risultando, all'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, seconda classificata nella graduatoria finale, come si evince dal verbale di gara in data 30 marzo 2012.

Con comunicazione prot. n. 64010, inviata in data 12 aprile 2012, l'amministrazione comunicava alla ricorrente di avere provveduto ad aggiudicare definitivamente tutti i Lotti in gara alla società Bioristoro Italia s.r.l.(in Ati con Copra s.p.a. nel lotto n. 1, e con Pastore s.r.l. nel lotto n. 5).

A seguito di istanza di accesso agli atti (più volte reiterata a causa dell'incompletezza della documentazione inizialmente fornita), GSI inviava alla stazione appaltante la comunicazione prevista dall'art. 243 *-bis* del Codice dei Contratti, e la diffidava, altresì dallo stipulare il contratto con Bioristoro.

Nel frattempo, l'amministrazione decideva, autonomamente, di sospendere la procedura in corso, al fine di condurre ulteriori verifiche.

Con il presente ricorso, la società ha quindi dedotto:

I.1.) VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI CUI ALL'ART. 84 DEL D.LGS. N. 163/2006 SECONDO CUI LA NOMINA DEI COMMISSARI E LA COSTITUZIONE DELLA COMMISSIONE DEVONO AVVENIRE DOPO LA SCADENZA DEL TERMINE FISSATO PER LA PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA.

A norma del Codice dei contratti, la nomina della Commissione giudicatrice deve avvenire dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte (nella fattispecie, fissato al 18.12.2011).

Nel caso di specie, la nomina della Commissione di gara è stata effettuata dal Comandante del Reparto con atto dispositivo n. 2157 in data 13.12.2011, antecedentemente al termine di presentazione delle offerte e, quindi, in palese violazione dell'art. 84, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006.

Analogamente, anche la nomina della Commissione tecnica di valutazione, prevista dall'art. 6 della Lettera di Invito (dalla ricorrente peraltro ritenuta illegittima), disposta nella medesima data (atto dispositivo n. 2158), è avvenuta in violazione di siffatta disposizione.

II.1) VIOLAZIONE DELL'ART. 84 DEL D.LGS. N. 163/2006. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO SECONDO CUI LA COMMISSIONE GIUDICATRICE DI GARE D'APPALTO, COSTITUENTE UN COLLEGIO PERFETTO CHE DEVE OPERARE CON IL PLENUM DEI SUOI COMPONENTI, NON PUÒ DELEGARE AD ALTRI LA VALUTAZIONE

DELLE OFFERTE. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI BUON ANDAMENTO E IMPARZIALITÀ DELL'AZIONE AMMINISTRATIVA, NONCHÉ DEI PRINCIPI INFORMATIVI DELLE PROCEDURE DI GARA.

E' ormai immanente nel nostro ordinamento il principio della composizione prettamente tecnica della Commissione di gara.

Giurisprudenza e dottrina ammettono che la Commissione medesima possa essere affiancata da consulenti esterni a condizione che a questi ultimi non vengano conferiti poteri decisori.

Nel caso di specie, accanto ad una Commissione di Gara, è stata nominata anche una Commissione di Valutazione, quest'ultima peraltro prevista dalla lettera di invito, all'art. 6, come l'organo cui demandare non solo la valutazione tecnica delle offerte, ma anche la "valutazione finale complessiva", con la formulazione della graduatoria di merito.

In sostanza, sono state create due commissioni, nell'ambito delle quali la c.d. Commissione tecnica, ha autonomamente proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche (e la relativa documentazione), nonché alla successiva valutazione delle offerte medesime.

III.1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 83 DEL D.LGS. N. 163/2006.

Come precisato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia (cfr., in particolare, la decisione 24 gennaio 2008 – in causa C-532/2006), tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa, debbono essere resi noti ai potenziali offerenti, già nel momento in cui presentano le offerte.

Con la conseguenza che l'autorità medesima non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti.

Tale precetto ha poi trovato riscontro normativo all'interno del nostro ordinamento, con la modifica apportata all'art. 83, comma 4, dal c.d. terzo correttivo al Codice dei Contratti.

Nel caso di specie la Lettera di Invito si limitava a correlare alcune "componenti" generali dell'offerta (ad esempio tipologia dei menù, organizzazione del personale, qualità dei prodotti etc.) a coefficienti numerici, senza tuttavia indicare quali aspetti di tali componenti avrebbero influito sulla modulazione concreta del punteggio.

In pratica, è stata la Commissione (di Valutazione) ad individuare (dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica) subcriteri specifici ai fini dell'attribuzione del punteggio.

IV.1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DELLA L. N. 241/00. CARENZA DI MOTIVAZIONE DELLE VALUTAZIONI TECNICHE DELLA COMMISSIONE DI GARA.

Peraltro, considerando i soli criteri della Lettera di invito, questi sono formulati ad un livello talmente generale che, da soli, non avrebbero mai potuto integrare, in correlazione al punteggio previsto, l'idonea motivazione richiesta, al riguardo, da costante giurisprudenza.

V.1.) VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI UNICITÀ DELLA COMMISSIONE DI GARA NELLE OPERAZIONI DI VALUTAZIONE DELLE OFFERTE, NONCHÉ VIOLAZIONE DELL'ART. 6 DELLA LETTERA DI INVITO.

Le due Commissioni di gara, e di valutazione, hanno proceduto, rispettivamente, alla valutazione delle offerte economiche e tecniche. E' cioè avvenuto che, a differenza di quanto previsto dalla Lettera di invito, la Commissione di "valutazione" abbia proceduto alla sola valutazione delle offerte tecniche. Poi, in data 21 marzo 2012, la Commissione "di gara" si è riunita per la lettura del punteggio dell'offerta tecnica e dal verbale, in pari data, risultano i punteggi numerici attribuiti alle offerte tecniche e le percentuali di sconto. Al verbale della Commissione di gara risultano allegati il "verbale della Commissione tecnica" e le offerte economiche di tutti i partecipanti.

In data 30 marzo 2012, la medesima Commissione di gara si è riunita per attribuire il punteggio all'offerta economica.

In sostanza, le operazioni di gara, sono state affidate a due Commissioni distinte, che hanno operato separatamente ed autonomamente.

VI.1 VIOLAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE, NONCHÉ DELL'INTERESSE PUBBLICO AL CORRETTO SVOLGIMENTO DELLE GARE PUBBLICHE.

Dai verbali di gara risulta altresì che il controllo della documentazione amministrativa è stato effettuato dalla Commissione di Gara che, peraltro, ha redatto i verbali in maniera lacunosa,.

Ad esempio, pur rilevando la carenza di documenti richiesti dal bando nel plico presentato da alcune società, ha poi deciso di ammetterle con riserva senza nemmeno precisare di quali concorrenti si trattasse (verbale del 20.10.2011). Nella seduta successiva, del 19 dicembre, non vi è poi riferimento alcuno all'avvenuta verifica dei documenti delle società ammesse con riserva né alcuna esplicita determinazione al riguardo.

Infine, la Commissione non si è mai peritata di indicare, tra il 20 ottobre 2012 e 5 aprile 2012, le misure di cautela adottate al fine di garantire l'integrità della documentazione presentata dai concorrenti.

Parte ricorrente, nell'ipotesi in cui non riesca ad ottenere la reintegrazione specifica, con conseguente rinnovazione delle operazioni di gara, domanda altresì, in via subordinata, il risarcimento del danno per equivalente.

In particolare, ha articolato le seguenti voci di danno:

- danno emergente, consistente nelle spese di partecipazione alla gara (euro 50.000,00);
- lucro cessante, consistente nella percentuale forfetaria ovvero effettiva di utile che avrebbe conseguito ove si fosse aggiudicata l'appalto (euro 311.255,222);
- danno curriculare, calcolato nella misura dell'1% del valore dell'appalto (euro 140.000,00).

Si sono costituiti, per resistere, l'amministrazione intimata e la società Bioristoro s.r.l..

Quest'ultima, altresì, ha proposto ricorso incidentale avverso l'ammissione di GSI alla gara.

Ha in particolare dedotto:

1) VIOLAZIONE ED ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 75, COMMI 1 E 7, D.LGS. N. 163/2006. VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA PRESUPPOSIZIONE, ILLOGICITÀ MANIFESTA, CARENTE ED ERRONEA ISTRUTTORIA.

GSI ha allegato all'offerta una cauzione di importo inferiore a quella prescritta dalla normativa di settore, per come correlata agli importi dei lotti cui ha partecipato.

Quanto al beneficio della riduzione dell'importo, previsto per l'ipotesi di possesso di certificazione di qualità, evidenzia che la società non ha formulato, al riguardo, una espressa manifestazione di volontà.

2) VIOLAZIONE ED ERRONEA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 86, COMMA 3 – BIS E 87, COMMA 4, D.LGS. N. 163/2006. VIOLAZIONE ED ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 26, COMMA 6, D.LGS. N. 81/2008. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA PRESUPPOSIZIONE, ILLOGICITÀ MANIFESTA, TRAVISAMENTO, CARENTE ED ERRONEA ISTRUTTORIA, ILLEGITTIMITÀ DIRETTA E DERIVATA.

Anche negli appalti di servizi il legislatore ha imposto la specifica stima ed indicazione di tutti i costi relativi alla sicurezza, tanto nella fase della "predisposizione delle gare di appalto", quanto nella fase della formulazione dell'offerta economica.

Le previsioni del Codice degli Appalti, richiamate in rubrica, trovano nel caso di specie espresso richiamo nella lettera di invito, là dove si prevede che la "terza busta", recante la dicitura "analisi del prezzo", sarebbe stata aperta dalla Commissione solo nel caso in cui l'offerta economica fosse risultata anormalmente bassa.

La circostanza che la *lex specialis* di gara non abbia fatto specifico riferimento agli oneri per la sicurezza, in relazione all' "offerta prezzo" (punto 5, lett. d), non muta i termini della questione.

La mancata indicazione del costo per la sicurezza implica, anche in assenza di espressa comminatoria del bando di

gara, la sanzione dell'esclusione, in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti ed impedisce alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dell'offerta stessa.

Nell'ipotesi in cui non si ritenesse di aderire alla tesi della eterointegrazione della *lex specialis*, la ricorrente incidentale impugna la lettera di invito, nella parte in cui ha previsto che gli oneri della sicurezza fossero indicati nella "terza busta" e non nella offerta economica, atteso che la stazione appaltante ha l'obbligo di valutare la congruità degli oneri della sicurezza "anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte economiche" (Cons. St., sez. III, n. 212/2012).

3) VIOLAZIONE ED ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 39 D.LGS. N. 163/2006. VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA PRESUPPOSIZIONE, ILLOGICITÀ MANIFESTA, CARENTE ED ERRONEA ISTRUTTORIA.

La *lex specialis* richiedeva ai concorrenti di esseri iscritti nel registro delle imprese "per le attività inerenti al presente affidamento pubblico", concementi "servizio di preparazione, distribuzione del vitto con derrate direttamente approvvigionate dall'impresa aggiudicataria".

Dal certificato camerale si evince che l'attività prevalente esercitata da GSI è quella di "Servizi di ristoro mediante distribuzione automatica di bevande e snack".

Parte ricorrente – richiamando, sul punto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (sez. VI, sentenza n. 2380/2009) – evidenzia che il mero oggetto sociale non equivale ad attestare il prescritto esercizio concreto di una certa attività

Irrilevante, sarebbero, le attività indicate, nel certificato, come secondarie (Cons. St. sez. III, n. 6969 del 28.12.2011).

4) VIOLAZIONE ED ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 38 D.LGS. N. 163/2006. VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEA PRESUPPOSIZIONE, ILLOGICITÀ MANIFESTA, CARENTE ED ERRONEA ISTRUTTORIA.

Bioristoro soggiunge che GSI avrebbe dovuto essere esclusa anche per non aver reso tutte le dichiarazioni di cui in rubrica.

In particolare, non risultano allegato le dichiarazioni dei sigg.ri Delfino e Mitiga, componenti del C.d.A..

Non risultano nemmeno le dichiarazioni dei sigg.ri Rampini, Di Girolamo, Coticoni, Aversa, Piersanti in quanto, in qualità di delegati *ex art. 2 l. n. 287/91*, svolgerebbero funzioni sovrapponibili a quelle di un direttore tecnico.

Si aggiunge infine, quanto al sig. Rampini, che egli ha assunto anche la funzione di "procuratore" e, pertanto, a maggior ragione avrebbe dovuto rendere la dichiarazione *ex art. 38*.

Con ordinanza n. 2176 del 21 giugno 2012, la Sezione ha accordato la tutela cautelare, disponendo la sospensione del procedimento di gara e della stipulazione del contratto.

Le parti hanno depositato memorie, conclusionali e di replica, in vista della pubblica udienza del 17 ottobre 2012, alla quale il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, è opportuno precisare che, sebbene nell'epigrafe del ricorso non sia contenuta tale specificazione, la presente controversia concerne in realtà esclusivamente i lotti 2, 3 4, 5 e 8 della gara, indetta dall'intimata amministrazione, per l'affidamento del servizio di "catering completo" presso le mense dei reparti amministrati.

Si, tratta, infatti, degli unici lotti cui GSI ha partecipato con la conseguenza che, esclusivamente rispetto ad essi sussiste l'interesse a ricorrere.

Al riguardo, è noto che solo con la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto, l'impresa assume una posizione giuridica differenziata rispetto a quella delle altre ditte operanti nel mondo economico, conseguendo la titolarità di un interesse legittimo giudizialmente tutelato, che l'abilita a sindacare la legittimità della gara alla quale ha dimostrato in concreto di voler prendere parte (cfr. *ex plurimis*, Consiglio di Stato sez. V, 2 febbraio 2012, n. 550).

Per quanto occorrer possa, il Collegio ricorda anche che la suddivisione in lotti, con possibilità per le imprese interessate di partecipare ad un solo lotto e connessa autonoma aggiudicabilità dei lotti, consente di configurare gare autonome e distinte (cfr. TAR Lazio, sez. I^a, 14 settembre 2011, n. 7286).

Questo è, appunto, il caso di specie, in cui l'interesse della ricorrente deve ritenersi limitato ai soli lotti per cui ha presentato offerta.

2. Sempre in via preliminare, giova sintetizzare, per una migliore comprensione della vicenda processuale, il contenuto della disciplina di gara rilevante.

2.1. La gara di cui si verte concerne "l'affidamento, mediante procedura ristretta, del servizio di catering completo presso le mense dei Reparti amministrati" indetto dalla Guardia di finanza, Reparto tecnico logistico amministrativo degli Istituti di Istruzione.

L'appalto è stato suddiviso in 8 lotti, corrispondenti alle sedi delle mense presso le quali il servizio è destinato ad essere eseguito.

Il bando, al par. III.2.1., relativo alla "situazione personale degli operatori", prevede che siano ammessi a partecipare alla gara i soggetti di "cui all'art. 34 del d.lgs. n. 163/2006, purché posseggano i seguenti requisiti:

- iscrizione per attività inerenti al presente affidamento del Registro delle imprese, in conformità con quanto previsto dall'art. 39 del d.lgs. n. 163/2006;
- non sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e forniscano tutta la documentazione indicata nel disciplinare di gare pena l'esclusione [...].

Con particolare riguardo alla Capacità tecnica è stabilito il "possesso della certificazione UNI EN ISO 9011:2008" nonché "avere nell'ultimo triennio 08-10 almeno un contratto di durata annua con la p.a. relativo al servizio di ristorazione con un numero di pasti pari o superiore al lotto cui si partecipa. In caso di partecipazione a più lotti si dovrà fare riferimento al lotto di importo maggiore".

Il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta "economicamente più vantaggiosa" in base ai "criteri indicati nel capitolato d'onori, nell'invito a presentare offerte, o a negoziare, oppure nelle specifiche".

Nella lettera di invito (par. 1) il termine di presentazione delle offerte, viene fissato al 19.12.2011.

Quanto alle "condizioni, requisiti e modalità della fornitura", si rinvia agli allegati "Capitolato d'onori", "Condizioni tecniche" e all'Annesso "Capitolato concernente la composizione dei principale piatti e grammature medie degli ingredienti".

Le imprese vengono avvertite (par. 5) che per ogni singolo lotto cui intendono partecipare debbono far pervenire apposito plico, contenente "quattro distinte buste chiuse e sigillate a pena di nullità" di cui "a) la prima busta recante la documentazione amministrativa [...]; b) la seconda busta recante la dicitura 'documentazione tecnica' [...]; c) la terza busta recante la dicitura 'analisi del prezzo'" la quale "dovrà contenere: - relazione 'analisi del prezzo' [...]", ulteriormente soggiungendosi che "nella predetta dimostrazione dovrà farsi riferimento ai costi del lavoro e della sicurezza ai sensi della l. 327/2000. Tale busta verrà aperta dalla Commissione nel caso in cui l'offerta economica dell'impresa risulti "anormalmente bassa" [*n.d.r.*: nel testo originale tale ultima frase è sottolineata]; d) la quarta busta, chiusa e sigillata a pena di nullità dell'offerta, recante la dicitura "offerta prezzo" dovrà contenere l'offerta economica redatta su carta legale [...]."

Ai sensi del par. 6.a), “Il giorno, nel luogo e nell’ora stabiliti dal paragrafo 1 della presente lettera, la Commissione procederà all’apertura del plico contenente la ‘documentazione amministrativa’ [...]. Le documentazioni tecniche presentate dalle ditte saranno consegnate ad apposita Commissione di valutazione nominata dal Comandante dell’Ente in intestazione. Detta Commissione, sulla base della documentazione ricevuta procederà alla valutazione tecnica delle offerte, secondo quanto previsto dalla presente lettera di invito ed esprimerà il conseguente giudizio di idoneità o non, con l’attribuzione del relativo punteggio ai sensi di quanto di seguito specificato”.

Al par. 6.b), viene ulteriormente precisato che “[...] il Presidente della Commissione in seduta pubblica, procederà:

- alla lettura dei punteggi assegnati alla documentazione tecnica;
- alla successiva apertura delle buste contenenti le “offerte prezzo” delle imprese accorrenti [...]. Le offerte prezzo saranno consegnate alla citata Commissione di valutazione, la quale procederà alla valutazione finale e complessiva delle offerte, formulando una definitiva graduatoria di merito [...]”.

Quanto ai criteri di aggiudicazione, si specifica che l’offerta tecnica sarà “valutata in base all’esame comparativo dei seguenti elementi:

1. Tipologia dei menù offerti Max punti 25

Menù ordinari 16

Menù per ricorrenze dell’amministrazione 3

Menù per ricorrenze civili e religiose 3

Altre proposte di menù 3

2. Personale impiegato nell’esecuzione del servizio e formazione Max punti 20

professionale prevista

Organizzazione del personale 15

Formazione del personale 5

3. Qualità e sicurezza del servizio Max punti 10

Qualità, modalità di acquisto dei prodotti e fornitori utilizzati 5

Processi di lavorazione dei prodotti e sistemi di controllo qualità 5

4. Sistema di gestione del servizio con riguardo alle modalità

igienico sanitarie previste dalle vigenti normative Max punti 5

Modalità e programma dei pulizie locali e attrezzature 3

Prodotti utilizzati 2

5. Proposte migliorative offerte Max punti 10

Miglioramento delle condizioni di servizio previste nel capitolato 10

Infine, al punto 9 della lettera di invito, rubricato “Norme e condizioni che regolano la fornitura”, viene richiamato, tra le altre fonti, anche il “decreto legislativo n. 163 del 2006”.

2.1.1. Per quanto di rilievo ai fini della presente controversia, risulta poi che, con due distinti atti, entrambi in data 13.12.2011, il Comandante del Reparto Tecnico Logistico Amministrativo, ha nominato sia una “Commissione per l’aggiudicazione dell’appalto servizio di mensa”, sia una distinta “Commissione per l’attribuzione punteggi offerta tecnica”.

In particolare, la prima Commissione ha proceduto ad esaminare la documentazione amministrativa (verbali del 19.12.2011 e 23.1.2012), alla lettura del punteggio attribuito all’offerta tecnica e all’apertura delle buste recanti l’offerta economica, con la lettura delle percentuali di sconto offerte (21 marzo 2012), all’attribuzione del punteggio all’offerta economica e alla redazione delle graduatorie per ciascun lotto (30 marzo 2012), all’aggiudicazione provvisoria (5 aprile 2012).

La Commissione “tecnica”, in data 30 dicembre 2011, alle ore 10,00, ha proceduto, in seduta pubblica, all’apertura delle buste contenenti la documentazione tecnica.

Allegato a questo, è in atti un altro verbale (presumibilmente relativo alla seduta in sede riservata) la cui redazione è iniziata nella stessa data, avente ad oggetto l’attribuzione del punteggio tecnico.

In esso, la Commissione dichiara di compilare “il presente atto all’inizio dei lavori” e che, nella determinazione dei punteggi, “sono stati osservati i seguenti criteri [...]”.

Segue un’articolata griglia di parametri di cui, a titolo esemplificativo, si riporta quella relativa alla tipologia dei menù offerti (punteggio massimo totale 25 punti):

- “a) Per la presenza di un programma di menù basato sul numero di settimane (massimo 6 punti): sono state conteggiate il numero di settimane nelle quali sono stati redatti menù diversi su un massimo di 52 settimane;
- b) Miglioramento dei “primi piatti” del giorno per la presenza di alternativa (massimo 3 punti): sono stati conteggiati il numero di primi oltre quelli già previsti su un numero massimo di 7;
- c) Miglioramento dei “secondi piatti” del giorno per la presenza di alternativa (massimo 3 punti): sono stati conteggiati il numero di primi oltre quelli già previsti su un numero massimo di 8;
- d) Miglioramento dei “contorni” del giorno per la presenza di alternativa (massimo 3 punti): sono stati conteggiati il numero di contorni oltre quelli già previsti su un numero massimo di 8;
- e) Miglioramento della “frutta” del giorno per la presenza di alternativa (massimo 1 punto): sono stati conteggiati il numero di frutti (considerando anche i succhi di frutta e le mousse) oltre quelli già previsti su un numero massimo di 8;
- f) Per la presenza di menù per particolari ricorrenze dell’amministrazione (massimo 3 punti): è stato conteggiato il numero di scelte indicate nei menù (ad esclusione delle bibite) su un massimo di 22;
- g) Menù per le grandi ricorrenze religiose e civili (massimo 3 punti): è stato conteggiato il numero di scelte indicate nei menù (ad esclusione delle bibite) su un massimo di 23;
- h) per la presenza di menù a base di piatti vegetariani ed equilibrati (massimo 3 punti): è stato calcolato il prodotto tra il numero delle portate (primi, secondi e contorni) e il numero dei menù su un massimo di 224 giorni [...]”.

Una analitica e dettagliata ponderazione dei punteggi è prevista anche per l’organizzazione del personale, per la qualità e sicurezza del servizio, per le modalità igienico – sanitarie, nonché, infine, per le proposte migliorative del servizio.

Seguono, senza soluzione di continuità, i risultati ottenuti dalle varie ditte, distinti per lotto.

Il verbale reca in calce, quale data di chiusura, quella del 29 febbraio 2012.

3. Ciò premesso, nell’ordine logico delle questioni appare preliminare l’esame delle censure dedotte con il ricorso incidentale c.d. “escludente”, con il quale Bioristoro ha dedotto l’illegittimità dell’ammissione alla gara di GSI, sotto vari profili.

Al riguardo, il Collegio ricorda che, nei ricorsi avverso le gare di appalto, pur dovendosi riconoscere in astratto, l’azionabilità di posizioni di interesse strumentale, dirette cioè – come nel caso di specie – ad ottenere non l’aggiudicazione ma la rinnovazione della gara, l’esame del merito dei motivi diretti a demolire la *lex specialis* di gara, o, comunque, il suo svolgimento, può avvenire solo dopo che il giudice ha esaminato e respinto le censure poste in via incidentale, intese a contestare la legittimità della ammissione della ricorrente principale alla procedura, potendo l’interesse strumentale assumere rilievo solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso (Cons. St., sez. III, 19 gennaio 2012, n. 212).

Per quanto occorrer possa, si osserva anche che, nella fattispecie, ricorso principale e ricorso incidentale afferiscono a fasi diverse del procedimento di gara, in quanto non propongono “censure incrociate” reciprocamente escludenti.

Ne consegue, a parere del Collegio, che non si pone il problema, paventato dalla più recente dottrina e giurisprudenza (in particolare della Cassazione civile ma anche dei giudici amministrativi di primo grado) del possibile *deficit* di tutela, e comunque della violazione del principio della “parità delle armi”, derivante dalla posizione assunta, in materia, dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011.

Nell’ipotesi qui in esame, infatti, il concorrente che (in ipotesi) avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, verrebbe a trovarsi nella stessa identica posizione di chi non vi ha partecipato, di talché il suo interesse alla rinnovazione scolora in un interesse di mero fatto.

Né, a ben vedere, potrebbe comunque rilevare se l’aggiudicazione sia stata acquisita dal ricorrente incidentale in modo legittimo (o meno), perché la giurisdizione amministrativa non ha carattere oggettivo e, quindi, la funzione del Giudice non è quella di perseguire la legalità dell’azione amministrativa a prescindere dalla valutazione della legittimazione e interesse delle parti,

3.1. Con un primo ordine di rilievi Bioristoro afferma che GSI avrebbe dovuto essere esclusa, per avere prestato una cauzione di importo inferiore a quella prescritta. Al riguardo, non conterebbe il possesso, da parte della società, della certificazione di qualità, perché essa non avrebbe esplicitamente manifestato la volontà di avvalersi del beneficio previsto dall’art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006.

3.1.1. Ai sensi della disposizione testé menzionata “L’importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Per fruire di tale beneficio, l’operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso del requisito, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti”.

La formulazione della norma induce a ritenere che la riduzione della cauzione sia un effetto automatico del possesso della certificazione di qualità, e che pertanto non sia affatto richiesta anche una “manifestazione di volontà” o una specifica domanda, quanto, piuttosto, la segnalazione alla stazione appaltante di tale circostanza, con la relativa documentazione o autocertificazione (cfr. Cons. St., sez. VI, 14.10.2003, n. 6280).

Anche nella fattispecie, a parere del Collegio, l’intervenuta allegazione della certificazione e l’oggettiva riduzione della cauzione integrano, *ex lege*, la “segnalazione” sia della teorica capacità di usufruire del beneficio sia della concreta volontà di avvalersi di esso (cfr., in termini, TAR Trento, sez. I^a, 28 ottobre 2011, n. 269; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 27 febbraio 2007, n. 614; Catania, sez. IV, 14.2.2008, n. 280).

Per quanto occorrer possa, si osserva comunque che la prestazione di una cauzione provvisoria di importo inferiore a quella prescritta, non costituisce più causa di esclusione dalla gare.

Come noto, l’art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, inserito dall’articolo 4, comma 2, lettera d), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, ha previsto la tassatività delle cause di esclusione, disponendo che la stazione appaltante può escludere i candidati o i concorrenti solo in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione.

L’art. 75, commi 1 e 6 del Codice dei contratti, prescrivono l’obbligo di corredare l’offerta di una garanzia pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell’invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell’offerente, a garanzia della serietà dell’impegno di sottoscrivere il contratto e quale liquidazione preventiva e

forfettaria del danno in caso di mancata stipula per fatto dell'affidatario.

La norma non prevede, però, alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta o di esclusione del concorrente per l'ipotesi in cui la garanzia in parola non venga prestata; a differenza di quanto prevede, invece, l' 8° comma dello stesso articolo 75, con riferimento alla garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario, garanzia che parimenti deve essere presentata unitamente all'offerta.

L'interpretazione giurisprudenziale precedente la novella legislativa era nel senso che, assolvendo la cauzione provvisoria allo scopo di garantire la serietà dell'offerta, essa ne costituisse parte integrante e non elemento di corredo, che la stazione appaltante potesse liberamente richiedere; sicché sebbene non espressamente comminata l'esclusione per il caso di mancato deposito, la *ratio* della norma così interpretata conduceva a ritenere applicabile la sanzione espulsiva (Consiglio Stato, sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746)

Tuttavia la novella legislativa che ha introdotto il comma 1 bis all'art. 46, impone una diversa interpretazione anche dell'art. 75, che la giurisprudenza ha basato sulla diversa formulazione letterale del comma 6, in relazione al comma 8. Essa, rende evidente l'intento di ritenere sanabile o regolarizzabile la mancata prestazione della cauzione provvisoria, al contrario della cauzione definitiva, che garantisce l'impegno più consistente della corretta esecuzione del contratto e giustifica l'esclusione dalla gara (cfr., in termini, Cons. St., sez. III, 1° febbraio 2012, n. 493 e la giurisprudenza, conforme, di primo grado, ivi richiamata).

Pertanto, oggi, l'amministrazione non può più disporre l'esclusione del concorrente che abbia presentato la cauzione di importo inferiore a quello richiesto ma, in applicazione della regola di cui all'art. 46, comma 1, deve consentire la regolarizzazione degli atti, tempestivamente depositati, ovvero consentire l'integrazione della cauzione insufficiente.

3.2. Con un secondo ordine di rilievi, Bioristoro imputa a GSI di non avere indicato, nella propria offerta economica, i costi relativi alla sicurezza.

Orbene, si è in precedenza riportato il contenuto della lettera di invito (paragrafo 5, lett.c) nella parte in cui prescrive chiaramente che le imprese avrebbero dovuto fare specifico riferimento ai costi del lavoro e della sicurezza ai sensi della l. 327/2000, nella terza busta, quella recante "l'analisi di prezzo".

Non è in contestazione la circostanza che GSI si sia attenuta a tali prescrizioni.

Il Collegio reputa peraltro che la lettera di invito non contrasti con le disposizioni del Codice dei contratti nella parte in cui richiedono che i costi relativi alla sicurezza debbono essere "specificamente indicati nell'offerta" (art. 87, comma 4, d.lgs. n. 163/2006), ovvero che "nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza" (art. 86, comma 3 – bis, stesso decreto).

Infatti, sia l'"offerta prezzo" che l'"analisi di prezzo", costituiscono parte integrante dell'offerta a nulla rilevando, nella fattispecie, che la stazione appaltante si fosse riservata di aprire la busta relativa all'analisi di prezzo solo nell'ipotesi in cui l'offerta economica fosse risultata "anormalmente bassa".

Ad ogni buon conto, anche volesse ritenersi siffatto "modus procedendi" non sufficientemente soddisfacente delle esigenze di tutela poste a base della normativa richiamata, non è ben chiaro quale sia l'interesse di Bioristoro all'annullamento, in parte qua, della *lex specialis*.

E' evidente infatti che l'impugnativa incidentale riveste, per tale aspetto, carattere strumentale.

Essa, pertanto, non potrebbe giammai condurre soltanto all'esclusione di GSI (e alla conservazione dell'aggiudicazione in capo a Bioristoro), in quanto implica, più radicalmente, la totale rinnovazione della gara,

che è però lo stesso, unico risultato che si propone la ricorrente principale.

3.3. Le ulteriori critiche di Bioristoro si appuntano sul certificato di iscrizione al Registro delle Imprese, dal quale risulta che l'attività "prevalente" di GSI è "Servizi di ristoro mediante distribuzione automatica di bevande e snack"

La ricorrente incidentale si è lungamente profusa, anche in sede di memoria conclusionale, sulla rilevanza dei dati risultanti da tale certificato ma ha ommesso di considerare che il bando di gara (come sopra riportato) prescrive semplicemente l' "iscrizione per attività inerenti al presente affidamento del Registro delle imprese, in conformità con quanto previsto dall'art. 39 del d.lgs. n. 163/2006" (par. III.2.1.) e non già l'ammissione delle sole imprese la cui attività prevalente, quale risultante dal certificato camerale, coincida con quella oggetto di gara.

Il Collegio rileva peraltro che, dal certificato in atti, risulta che GSI svolge, accanto all'attività prevalente di "servizio di ristoro mediante distributori automatici di bevande e snack", anche le attività di "ristorazione, gestione mense, bar e ristorante", ovvero "preparazione, trasporto, consegna e distribuzione dei pasti a legame fresco – caldo in favore di terzi" etc..

Tali attività, inoltre, risultano non già essere attività "secondarie" quanto svolte presso "sedi secondarie e unità locali", specificamente indicate, mentre l'unica "attività secondaria" riportata nel certificato è quella di "Ristorazione collettiva assistenziale centro di cottura" svolta presso una di tali unità locali.

3.4. L'ultimo mezzo del ricorso incidentale riguarda le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38 del Codice dei Contratti.

In particolare, sarebbero state illegittimamente omesse le dichiarazioni dei sigg.ri Delfino e Mittiga, componenti del C.d.A.; inoltre avrebbero dovuto rendere la dichiarazione anche i sigg.ri Rampini, Di Girolamo, Coticoni, Aversa, Piersanti i quali, in qualità di delegati ex art. 2 l. n. 287/91, svolgerebbero funzioni sovrapponibili a quelle di un direttore tecnico.

Si aggiunge infine, quanto al sig. Rampini, che egli ha assunto anche la funzione di "procuratore" e, pertanto, a maggior ragione avrebbe dovuto rendere la dichiarazione ex art. 38.

3.4.1. Le cause di esclusione previste dall'art. 38, comma 1, lett. b) e lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 – come modificate dal n. 1) della lettera b) del comma 2 dell'art. 4, D.L. 13 maggio 2011, n. 70, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione - operano se la pendenza del procedimento penale, riguarda "il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società"; ovvero se la sentenza o il decreto penale di condanna siano stati emessi nei confronti dei soggetti testé evidenziati, ulteriormente soggiungendosi, alla lett. c), che "In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata [...]".

La stessa novella, come già evidenziato, ha inserito, nel corpo dell'art. 46 del Codice, il comma 1 -bis, il quale recita "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di

esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

Il principio della tassatività delle cause di esclusione rende oggi inammissibili applicazioni analogiche degli obblighi prescritti dall'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 (TAR Lazio, Roma, sez. II, 13 ottobre 2011, n. 7929).

Giova peraltro osservare che, anche nelle decisioni del Consiglio di Stato, anteriori alla novella testé riportata (o comunque in cui la stessa non trova applicazione *ratione temporis*), risulta ormai prevalente l'indirizzo che ancora il cit. art. 38 “a basi di oggettivo rigore formale”, sottolineandosi come occorra “avere riguardo alla posizione formale rivestita dal singolo nell'organizzazione societaria, piuttosto che dedicarsi a problematiche quanto malcerte indagini ‘sostanzialistiche’” (Cons. St., sez. V^a, 25 gennaio 2011, n. 513; id., 21 novembre 2011, n. 6136). In tali decisioni è stato in particolare evidenziato che l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza e non vi è quindi la possibilità, ad esempio, di estendere la disposizione a soggetti, quali i procuratori, che amministratori non sono; soggiungendosi, altresì, che anche una eventuale applicazione analogica della norma sarebbe del tutto opinabile “in presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali di indirizzo e scelte imprenditoriali, e quella del procuratore, il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono pur sempre circoscritti alle direttive fornite dagli amministratori)”.

Tale soluzione “oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del cit. art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti” (così in termini, Cons. St. 513/2011 e 6136/2011, cit.). Nel caso di specie, i sigg. Delfino e Mittiga sono componenti del Consiglio di amministrazione, ma non hanno poteri di rappresentanza, risultando gli stessi attribuiti esclusivamente al sig. Innocenzi, “institore”, nonché presidente del Consiglio di Amministrazione (cfr. le pag. 1 e 2 del certificato camerale).

I semplici consiglieri, pertanto, non dovevano rendere dichiarazione alcuna, in quanto, in concreto, non “muniti” anche di poteri di rappresentanza.

Quanto ai sigg.ri Rampini, Di Girolamo, Coticoni, Aversa, Piersanti, dal certificato camerale risulta che essi sono stati nominati “delegati di cui all'art. 2 della l. 287 del 25.8.1991”.

Ai sensi di tale disposizione “1. L'esercizio delle attività di cui all'articolo 1, comma 1 [*n.d.r.: l'attività di somministrazione al pubblico di alimenti e bevande*] è subordinato alla iscrizione del titolare dell'impresa individuale o del legale rappresentante della società, ovvero di un suo delegato, nel registro degli esercenti il commercio di cui all'articolo 1 della legge 11 giugno 1971, n. 426, e successive modificazioni e integrazioni, e al rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 3, comma 1, della presente legge.”.

Si tratta di una figura che, al momento dell'indizione della gara di cui si verte, era stata già soppressa dall'art. 71, comma 7, del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, e comunque, giammai avrebbe potuto assimilarsi ad un direttore tecnico, trattandosi soltanto della persona (o delle persone) che, nell'ambito dei pubblici esercizi, sono in possesso della particolare qualifica professionale (all'epoca) richiesta.

Quanto, poi, alla posizione del sig. Rampini, rileva il Collegio che, dalla visura versata in atti da Bioristoro, la sua nomina a “procuratore” il 21.5.1996 viene evidenziata non già nella parte del documento dedicata agli attuali “titolari di cariche o qualifiche” (in cui è indicata solo la sua qualità di delegato *ex art. 2, l. n. 287/91*) bensì nella seconda parte, rubricata “informazioni storiche successive al registro delle imprese”.

Tale permanente investitura, peraltro, appare al Collegio del tutto incoerente con l'attribuzione della esclusiva rappresentanza della società al Presidente del C.d.A., sig. Innocenzi, quale si ricava dalla prima parte del certificato.

Di talché, anche a voler ritenere attuali i poteri del sig. Rampini, in mancanza di diverse indicazioni risultanti dal Registro delle imprese, deve concludersi che egli sia soltanto un procuratore c.d. speciale, in relazione al quale, come si è visto, anche la giurisprudenza anteriore all'entrata in vigore dell'art. 46, comma 1 – bis del Codice dei contratti, si è andata attestando sull'insussistenza dell'obbligo di rendere la dichiarazione (cfr., Cons. St., n. 513/2011, cit.).

In tal senso, non giova a Bioristoro richiamare un recente, difforme pronunciamento del Consiglio di Stato (sez. VI, 28 settembre 2012 n. 5150), poiché, in tale ipotesi, l'obbligo di rendere la dichiarazione è stato affermato con riguardo ad un procuratore speciale avente “rilevanti e incisivi poteri rappresentativi” e ad una *lex specialis* che, a differenza del caso qui in esame, estendeva espressamente l'obbligo di rendere la dichiarazione agli “ulteriori rappresentanti legali (procuratori speciali, institori, ecc.) e/o direttori tecnici”.

La decisione stessa, inoltre, riguarda una fattispecie sottratta, *ratione temporis*, all'applicazione dell'art. 46, comma 1 – bis del Codice dei contratti.

3.5. In definitiva, per quanto appena argomentato, il ricorso incidentale deve essere rigettato.

4. E' a questo punto possibile passare all'esame del ricorso principale, rispetto al quale Bioristoro ha svolto una eccezione preliminare di inammissibilità, relativa alla circostanza che, relativamente al lotto n. 5, il ricorso non è stato notificato alla società Pastore s.r.l., facente parte del Rti aggiudicatario di cui Bioristoro è la capogruppo.

Per la precisione, l'eccezione è stata svolta nel senso che il ricorso sarebbe stato notificato specificamente a Bioristoro, nella qualità di impresa singola “e non anche in quella di capogruppo mandataria dell'Ati costituita con la Pastore s.r.l.”.

4.1. Il Collegio rileva, in primo luogo, che non vi è alcun elemento dal quale sia possibile inferire che la notificazione del ricorso nei confronti della controinteressata sia avvenuta sull'assunto di escludere il ruolo di società capogruppo del Rti aggiudicatario.

E' noto poi che, ai sensi dell'art. 37, comma 16, del d.lgs. n. 163/2006, “Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo, o atto equivalente, fino alla estinzione di ogni rapporto [...]”.

Da tale disposizione la giurisprudenza ha naturalmente inferito che nel caso di impugnazione di un contratto a favore di una associazione temporanea di imprese, l'onere di notificazione al controinteressato, deve intendersi assolto con la notificazione alla sola società mandataria quale punto di riferimento unitario del raggruppamento, idonea come tale, grazie allo speciale potere di rappresentanza attribuito alla capogruppo, a rendere operativa l'instaurazione del giudizio nei confronti di tutte le imprese associate (così, in termini, Cons. St., sez. III, 2 agosto 2012, n. 4423).

Tale giurisprudenza, maturata con riferimento ai raggruppamenti costituendi, vale, a maggiore ragione, nel caso di specie, in cui la difesa della ricorrente riferisce che, al momento della notificazione del ricorso, il raggruppamento era stato già costituito (cfr., sul punto, Cons. St., sez. V, sentenza 18 ottobre 2011, n. 5571).

4.2. Pure infondata è l'eccezione di carenza di interesse.

L'interesse strumentale alla riedizione integrale della procedura di gara di cui sia titolare un'impresa che abbia ad essa legittimamente partecipato, così differenziando la propria posizione rispetto a quella di un qualsiasi operatore del settore che aspiri, di fatto, a partecipare ad una futura selezione, è idoneo a radicare la legittimazione ad agire, in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione è realizzabile unicamente mediante il rinnovo della procedura (cfr. per tutte Cons. St. Ad. Pl. 11.1.2011, n. 3).

4.3. Sempre in via preliminare, va poi affrontata la questione relativa all'applicabilità, al contratto di cui si verte, dell'intero compendio normativo di cui al d.lgs. n. 163/2006, trattandosi, nella fattispecie, di un servizio ricadente nell'allegato IIB a cui si applicano esclusivamente gli articoli 68 (specifiche tecniche), 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), e 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati) (art. 20 del d.lgs. n. 163/2006), nonché i principi richiamati dall'art. 27 ("1. L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto. [...]").

Al riguardo, deve convenirsi con la società ricorrente che, come si è in precedenza riportato, è la stessa disciplina di gara, a richiamare *tout court*, il Codice dei contratti, tra le "norme e condizioni che regolano la fornitura", senza quindi operare distinzione alcuna all'interno del medesimo compendio normativo, al quale, pertanto, la stessa stazione appaltante si è sostanzialmente autovincolata.

Va peraltro soggiunto che, a parere del Collegio, le norme di cui si lamenta la violazione sono tutte espressione di principi generali in materia di pubbliche gare, rivenienti il loro fondamento di razionalità nel principio di imparzialità (che non consente deroghe), e la cui applicazione, anche ai contratti c.d. esclusi, è direttamente inferibile dal richiamato art. 27 del Codice.

4.4. In primo luogo, risulta "per tabulas" che le due Commissioni (il seggio di gara e la commissione "tecnica") siano state nominate prima dello scadere del termine di presentazione delle offerte.

Come già anticipato, il Collegio reputa che le norme contenute nell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 costituiscano espressione di principi generali, costituzionali e comunitari, volti ad assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa. Esse sono pertanto applicabili anche alle procedure di evidenza pubblica non disciplinate dal codice dei contratti pubblici (cfr. Cons. St., sez. IV, 10.1.2012, n. 27; id., sez. V, 25.7.2011, n. 4450). In particolare, la disposizione di cui al comma 10, persegue lo scopo di evitare collusioni tra commissari e concorrenti (o comunque altre interferenze con i potenziali candidati), ed è applicabile ad ogni specie di competizione (cfr. Cons. St, sez. V, 27.10.2011, n. 5740; id., 24 marzo 2011 n. 1784; contra, tuttavia, la sentenza 6 luglio 2010, n. 4311, della stessa sezione).

Nello stesso senso, appare poi uniformemente attestata la giurisprudenza di primo grado (cfr., ad esempio, TAR Umbria, 28 ottobre 2011, n. 338; TAR Reggio Calabria, sez. I^a, 6 luglio 2011, n. 572; TAR Piemonte, Sez. I, 16.6.2011, n. 626; cfr. anche, in termini generali, TAR Campania, sez. I^a, 3 aprile 2012, n. 1549 e TAR Lazio, sez. II^a, 1° marzo 2012, n. 2108).

4.5. Non risulta esente da rilievi nemmeno la scelta della stazione appaltante di nominare due Commissioni, delle quali l'una, come si è in precedenza riportato, ha proceduto all'esame della documentazione amministrativa, alla valutazione delle offerte economiche e alla redazione della graduatoria finale, mentre l'altra ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche.

Al riguardo, la società controinteressata ha evidenziato che la valutazione delle offerte economiche è operazione automatica e priva di discrezionalità, mentre l'unica commissione operante nella fattispecie, sarebbe stata in realtà quella preposta alla valutazione delle offerte tecniche.

Il Collegio rileva tuttavia che, nel caso di specie, risulta impossibile riportare l'operato dell'amministrazione ad un sicuro schema di razionalità, perché vi è stata, anzitutto, una evidente violazione della *lex specialis*, nella parte in cui la stessa prevede che sia una sola Commissione, a valutare le offerte tecniche, le offerte economiche e a redigere la graduatoria finale di merito (paragrafo 6 della lettera di invito), lasciando al seggio di gara soltanto le operazioni di apertura delle buste recanti la documentazione amministrativa e le offerte economiche, nonché quelle di mera

lettura, in seduta pubblica dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche.

In concreto, la Commissione “di gara”, ha proceduto invece anche alla valutazione delle offerte economiche, alla redazione della graduatoria finale e all’aggiudicazione provvisoria.

Il Collegio dubita poi della validità della tesi secondo cui la valutazione della documentazione amministrativa e delle offerte economiche siano attività che non necessitino di specifiche competenze tecniche, tali da consentire, nel caso di specie, la distribuzione dei compiti tra due distinte commissioni, di cui l’una (la Commissione “di gara”) si sarebbe limitata a svolgere operazioni meramente automatiche, prive di ogni discrezionalità.

Infatti, l’art. 84 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede espressamente che, nelle gara da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte sia demandata ad una commissione composta da esperti dello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto. Ciò, senza operare distinzione alcuna tra offerta economica ed offerta tecnica.

Il compito di tale organo collegiale è infatti quello di valutare le offerte per individuare quella che, sulla base dei criteri economici e qualitativi determinati dall’amministrazione aggiudicatrice, presenta il miglior rapporto qualità prezzo.

Come evidenziato dalla ricorrente (con il supporto delle giurisprudenze richiamate in ricorso) l’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa costituisce un compito proprio della commissione giudicatrice, che si sostanzia nella valutazione delle offerte sia sotto il profilo economico che qualitativo.

In sostanza, tutte le operazioni di gara a carattere valutativo, debbono essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice.

Ciò si ricava “non solo dall’interpretazione letterale della norma, che richiamando le attività di valutazione non può che comprendere tutti gli aspetti inquadrabili in tale concetto (e quindi anche le valutazioni che possono conseguire dalla presentazione dell’offerta economica)” ma anche “dalla *ratio* della norma che ha lo scopo di rimettere ad un organo collegiale, composto da esperti nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto, le attività valutative e quindi la scelta del contraente ritenuto migliore” (così in termini Cons.St, sez. III, 15.7.2011, n. 4332; cfr. anche la sentenza n. 1368 del 3 marzo 2011 della stessa Sezione; *contra*, tuttavia, la sentenza n. 7470/2010, con riferimento agli appalti c.d. “esclusi”).

Va infine evidenziato che risulta del tutto infondata l’obiezione della difesa erariale secondo cui la Commissione di gara avrebbe in realtà compiuto anche una valutazione autonoma delle offerte tecniche (sull’assunto che la Commissione di valutazione avrebbe svolto, invece, una funzione di mera consulenza).

L’esame dei verbali, in precedenza riportati nel loro contenuto essenziale, evidenzia infatti che la Commissione di aggiudicazione ha semplicemente “recepito” i verbali della Commissione di valutazione e ha conseguentemente proceduto alla mera lettura dei punteggi attribuiti all’offerta tecnica.

4.6. Risulta poi palesemente violato anche l’art. 83, comma 4, del Codice degli appalti (come introdotto dall’art. 1 del d.lgs. n. 152 del 2008) in quanto, a causa dell’assoluta genericità dei criteri indicati nella *lex specialis*, è stata in realtà la Commissione di valutazione ad individuare ed articolare i parametri di valutazione delle offerte.

Si è visto infatti che la lettera di invito si limita a descrivere le componenti dell’offerta tecnica in termini assolutamente generali (ad esempio “tipologia dei menù offerti” o “qualità del servizio”) e a distribuire i punteggi tra tali macrocategorie, senza tuttavia in alcun modo specificare quali elementi sarebbero stati presi in considerazione, e il relativo peso ponderale.

In sostanza, non vengono specificati dal bando né subcriteri di valutazione né i relativi punteggi.

La Commissione di valutazione ha, invece, elaborato un’analitica griglia di valutazione, integrando e specificando le varie macrovoci inserite nella lettera di invito.

Al riguardo, è anche opportuno ricordare che l'esigenza di predeterminazione dei criteri, nel caso di scelta secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è espressione dei principi generali di trasparenza e parità di trattamento, sicuramente applicabili anche alla tipologia di servizi di cui nella fattispecie di verte.

La predeterminazione dei criteri, consente infatti, da un lato, di mettere tutti i concorrenti nella medesima posizione conoscitiva in ordine alle esigenze della stazione appaltante, dall'altro, di vincolare la successiva valutazione della Commissione giudicatrice alle caratteristiche richieste e predeterminate (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3445; id. 1° marzo 2012, n. 1195; id., Sez. III, 1° febbraio 2012 n. 514).

Al riguardo, è poi agevole confutare il rilievo di Bioristoro, secondo cui i criteri individuati dalla Commissione di valutazione nel verbale del 30 dicembre 2011 sarebbero stati semplicemente volti a preconstituire il percorso motivazionale posto a base dell'attività di giudizio.

Si è visto infatti, dall'esempio testualmente riportato, che la Commissione ha in realtà scomposto in sottoelementi i più ampi criteri di valutazione fissati nella *lex specialis* e ripartito i relativi punteggi.

La controinteressata non può essere seguita nemmeno là dove evidenzia che i parametri di valutazione andrebbero ricercati nel Capitolato tecnico.

Rileva infatti il Collegio che quest'ultimo si limita a descrivere l'oggetto del servizio ma non indica preventivamente ai concorrenti l'incidenza proporzionale di ogni aspetto nella definizione del punteggio complessivo da attribuire alle singole voci previste, con conseguente imprevedibilità, al momento della presentazione delle offerte, dei sottopunteggi poi cristallizzati nel verbale della Commissione di valutazione del 30 dicembre 2011.

Infine, è del tutto irrilevante la circostanza che il bando, ancorché carente sotto il profilo dell'individuazione dei criteri di attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, non sia stato immediatamente impugnato da GSI.

Tale onere è infatti normalmente configurabile solo nell'ipotesi in cui la *lex specialis* non consenta di formulare un'offerta (ad esempio, per indeterminatezza dell'oggetto, ovvero per l'indeterminatezza del complessivo valore contrattuale dell'appalto), ma non già in quella, analoga a quella qui in esame, in cui il servizio richiesto sia esattamente individuato, ma non lo siano, invece, gli elementi destinati ad essere più o meno apprezzati ai fini dell'aggiudicazione.

4.6.1. L'operato della Commissione di valutazione si presta, poi, ad un ulteriore rilievo.

Risulta, dall'esame dei verbali in atti, che la predeterminazione dei criteri di attribuzione del punteggio è avvenuta dopo l'apertura delle offerte tecniche.

Si è visto infatti che, nella stessa data del 30 dicembre 2011, sono stati redatti due verbali, di cui il primo è quello relativo all'apertura in seduta pubblica delle buste recanti le offerte tecniche e la relativa documentazione.

Il secondo verbale si apre con la predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte, che la Commissione afferma di volere stabilire "all'inizio dei lavori".

Poiché però, a tale adempimento, seguono immediatamente (e senza soluzione di continuità) le operazioni di valutazione, deve ritenersi che, in realtà, l'"inizio dei lavori" sia semplicemente l'inizio della seduta riservata e, che, pertanto, come dedotto dalla ricorrente, la fissazione dei criteri sia avvenuta dopo l'apertura delle offerte, in violazione di principi, del tutto pacifici, da sempre vigenti in materia (cfr., *ex plurimis*, Consiglio Stato sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7256).

4.7. Vi è, infine, un'ultima anomalia, che sembra avvalorare quanto dalla ricorrente dedotto in ordine alla mancanza di idonee cautele nella conservazione della documentazione di gara.

Il verbale della seduta iniziata il 30 dicembre 2011 reca in calce, quale data di chiusura, quella del 29 febbraio successivo.

Al riguardo, si è affermato in giurisprudenza che, in mancanza di specifiche indicazioni della normativa di settore e della disciplina di gara, deve escludersi la necessità di redigere contestuali e distinti verbali per ciascuna seduta della commissione di gara.

Tuttavia, logico corollario di tale principio, è la necessità che nell'unico verbale di tutte o di parte delle operazioni compiute, pur se relativo a più giornate, vi sia comunque una corretta rappresentazione documentale dello svolgimento della procedura (così Cons. St, sez. III, 2 agosto 2012, n. 4422).

Orbene, nel caso di specie, tale compiuta e dettagliata documentazione manca del tutto poiché il verbale è sostanzialmente composto di due tabelle, una relativa allo schema di ripartizione dei punteggi, l'altra ai punteggi in concreto attribuiti alle imprese in gara.

Pertanto, ancorché non sia stato offerto alcun elemento idoneo a far ritenere che, in concreto, si siano verificate alterazioni o manomissioni della documentazione, tuttavia, le modalità, eccessivamente sintetiche, di redazione del verbale di valutazione dell'offerta tecnica, avvenuta nel corso di più sedute, non meglio individuate, non consentono di avere alcuna certezza al riguardo.

5. In definitiva, per tutto quanto argomentato, e assorbita ogni altra censura, il ricorso principale deve essere accolto, con il conseguenziale annullamento, per quanto di ragione, degli atti impugnati.

La peculiarità della fattispecie (con segnato riguardo alle oscillazioni giurisprudenziali in materia di appalti c.d. "esclusi"), induce peraltro a compensare integralmente tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, sez. II[^], definitivamente pronunciando sul ricorso, di cui in premessa, così provvede:

- 1) respinge il ricorso incidentale;
- 2) accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati, limitatamente ai lotti nn.2, 3, 4, 5 e 8.

Spese compensate.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Stefano Toschei, Consigliere

Silvia Martino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/11/2012

IL SEGRETARIO

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

