

Publicato il 10/11/2017

N. 05182/2017REG.PROV.COLL.
N. 05389/2017 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 5389 del 2017, proposto da:

E.p. S.p.a. in proprio e quale mandataria dell'ATI E.P. S.p.a. - Sagifi S.p.a. - Gestione Servizi Integrati S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Armando Profili e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Lungotevere Marzio 3;

contro

So.re.sa. S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Orefice, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop., Vivenda S.p.a., Ristora Food & Service S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani e Michele Perrone, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

Serenissima Ristorazione S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Calgaro e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Confalonieri 5; Elior Ristorazione S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Anania, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza del Popolo 18;

Ladisa S.r.l. (già Ladisa S.p.a.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Paolo Bello, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Arnaldo Del Vecchio in Roma, viale G. Mazzini 73;

Compass Group Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Villata e Andreina Degli Esposti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via G. Caccini 1;

per quanto riguarda l'appello principale proposto da E.P. S.p.a.:

per la riforma della sentenza TAR Campania, Napoli, Sez. I, 13 giugno 2017, n. 3226, resa inter partes, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante per l'annullamento della Determinazione del Direttore Generale della Soresa S.p.A. n. 56 del 24 marzo 2017 avente ad oggetto: "procedura aperta per la fornitura del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale presso le sedi delle Aziende Sanitarie della Regione Campania"- ammissione concorrenti al prosieguo della gara dopo verifica dei requisiti amministrativi", nella parte in cui ammette per il LOTTO 6 le ditte: a) Cooperativa Solidarietà e Lavoro soc.coop, in proprio e quale mandataria dell'ATI con Vivenda SpA e Ristora Food & Service Srl; b) Ladisa S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'ATI con la Capital srl, la Progetto Alfano srl e SLEM srl; c) la Serenissima S.p.A.; d) La Elior ristorazione spa in persona del legale rappresentante p.t.; e) la Compass

Group Italia S.p.A., in proprio e quale mandataria dell'ATI con la Pulitransiti srl;

- di tutti i verbali di gara e, segnatamente, dei seguenti verbali di gara: n. 1 del 24 gennaio 2017- seduta pubblica; n. 2 del 25 gennaio 2017;

- di tutti gli altri atti e/o provvedimenti preordinati, connessi e conseguenti se ed in quanto lesivi dei diritti ed interessi della ricorrente;

per quanto riguarda l'appello incidentale presentato da COMPASS GROUP ITALIA S.P.A.:

per l'annullamento in parte qua della sentenza T.A.R. Campania, Sez. I, 13 giugno 2017 n. 3226, nella parte in cui ha ritenuto irricevibile il ricorso incidentale promosso da Compass.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di So.re.sa. S.p.a., di Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop., di Vivenda S.p.a., di Ristora Food & Service S.r.l., di Serenissima Ristorazione S.p.a., di Elior Ristorazione S.p.a., di Ladisa S.r.l. e di Compass Group Italia S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2017 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Diego Vaiano, Fabio Orefice, Michele Perrone, Ugo De Luca su delega dichiarata di Saverio Sticchi Damiani, Paolo Caruso su delega di Andrea Manzi, Francesco Paolo Bello e Riccardo Villata;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso di primo grado, la E.P. S.p.a., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'ATI costituita con la SAGIFI S.p.a. e Gestione Servizi Integrati S.r.l., ha impugnato, chiedendone l'annullamento, una serie

di atti inerenti alla procedura aperta (distinta in 6 lotti funzionali - territoriali) indetta dalla So.Re.Sa. – Società Regionale per la Sanità S.p.a., con determina a contrarre del Direttore generale n. 143 del 12.10.2016, per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale presso le sedi delle Aziende Sanitarie della Regione Campania.

L'impugnativa, riferita in particolare al lotto 6, si è indirizzata nei confronti della determinazione del Direttore generale n. 56 del 24 marzo 2017 che ha ammesso al prosieguo della gara: I) l'ATI Cooperativa Solidarietà e Lavoro Soc. Coop. (mandataria), Ristora Food & Service S.r.l. e Vivenda S.p.a.; II) l'ATI Ladisa S.r.l. (mandataria), Capital S.r.l., Progetto Alfano s.r.l. e Slem s.r.l.; III) Serenissima Ristorazione S.p.a.; IV) Elior Ristorazione Sp.a.; V) Compass Group Italia S.p.a. in ATI con Pulintransiti S.r.l.

2. A sua volta la società Compass Group Italia s.p.a. ha impugnato con ricorso incidentale la predetta determinazione SO.RE.SA. s.p.a. n. 56/2017 nella parte in cui ha ammesso al prosieguo della procedura di gara - anziché escluderla - l'ATI E.P. S.p.a./Sagifi S.p.a./Gestione Servizi Integrati S.r.l.

3. La causa è stata definita in primo grado, ai sensi e per gli effetti dell'art. 120, commi 2 bis, 6 bis e 9, cod. proc. amm., con una pronuncia di irricevibilità del ricorso incidentale e di rigetto nel merito del ricorso principale.

4. Le doglianze già svolte in primo grado sono state reiterate con due mezzi, principale e incidentale, di appello della sentenza.

5. A seguito dello scambio di memorie e repliche ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all'udienza pubblica del 26 ottobre 2017.

DIRITTO

1. In limine litis si impone la disamina dell'appello incidentale, nella parte riferita alla declaratoria di irricevibilità del ricorso incidentale escludente proposto in primo grado dalla società Compass Group Italia s.p.a..

1.1. *A parere dei primi giudici, l'impugnativa incidentale paralizzante sarebbe stata proposta tardivamente, in quanto notificata (il 10.5.2017) oltre il termine di 30 giorni computabili con decorrenza, non dalla notifica del ricorso principale - come previsto per il ricorso incidentale ordinario dall'art. 42, comma 1, c.p.a. - ma dalla conoscenza del provvedimento di ammissione dell'A.t.i. E.P. s.p.a., di cui alla gravata determinazione dirigenziale di SO.RE.SA. n. 56 del 24 marzo 2017, resa nota in data 28.3.2017 mediante pubblicazione sul profilo del committente, ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016.*

Osserva il Tar Napoli che la previsione di un rito superaccelerato introdotto dall'art. 204 comma 1 lett. d) del D.Lgs. n. 50/2016 per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione ed ammissione, trova la sua ratio nell'esigenza, da un lato, di definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (cfr. Consiglio di Stato, parere n. 855/2016 sul codice degli appalti pubblici); e, dall'altro, di evitare l'impugnazione dell'aggiudicazione per vizi derivati dalla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, e ciò al fine di scongiurare possibili regressioni del procedimento alla fase di ammissione, con grave pregiudizio in termini di speditezza ed economicità dello svolgimento della gara (cfr. Consiglio di Stato, parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al nuovo codice degli appalti pubblici).

Dunque, violerebbe il comma 2 bis citato e, soprattutto, la ratio sottesa al nuovo rito superspeciale, una fissazione del termine per l'introduzione del ricorso incidentale con decorrenza dalla notifica del ricorso principale piuttosto che dalla data di pubblicazione del provvedimento che determina le ammissioni alla procedura, ai sensi dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a..

1.2. *Il Collegio, pur riconoscendo il pregio degli argomenti spesi dal Tribunale amministrativo, ritiene che nessuno di essi abbia reale valenza ostativa all'applicazione, nell'ambito del rito di cui all'art. 120 comma 2 bis*

c.p.a., del più funzionale modello di scansione dei termini procedurali delineato dall'art. 42 comma 1, c.p.a..

1.3. Dal punto di vista della ratio legis, innanzitutto, la decorrenza del termine di introduzione dell'impugnativa incidentale dalla notifica del ricorso principale, non pare compromettere il conseguimento dell'obiettivo essenziale avuto di mira dal legislatore del rito superaccelerato, restando comunque ferma - anche a voler accogliere tale impostazione - la preclusione all'attivazione del rimedio processuale quale strumento per dedurre, in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, le censure riferite alla fase di ammissione ("L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale").

E che questa fosse la vera e sostanziale utilità perseguita con l'introduzione del nuovo rito è circostanza desumibile dallo stesso testo della legge nell'esercizio della cui delega è stato adottato l'art. 204 comma 1 lett. d) del D.Lgs. n. 50/2016 (si veda in tal senso l'art. 1 lettera bbb) della Legge 28 gennaio 2016, n. 11, ove si prevede: "revisione e razionalizzazione del rito abbreviato per i giudizi di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 119 del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato 1 annesso al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, anche mediante l'introduzione di un rito speciale in camera di consiglio che consente l'immediata risoluzione del contenzioso relativo all'impugnazione dei provvedimenti di esclusione dalla gara o di ammissione alla gara per carenza dei requisiti di partecipazione; previsione della preclusione della contestazione di vizi attinenti alla fase di esclusione dalla gara o ammissione alla gara nel successivo svolgimento della procedura di gara e in sede di impugnazione dei successivi provvedimenti di valutazione delle offerte e di aggiudicazione, provvisoria e definitiva").

1.4. In termini di rapidità di celebrazione del contenzioso, la posposizione del ricorso incidentale alla notifica del ricorso principale importa un incremento dei tempi processuali non significativo (30 gg) e, comunque, del

tutto equivalente all'analogo differimento tollerato in caso di proposizione dei motivi aggiunti (120, comma 6 bis, c.p.a.).

1.5. Dal punto di vista testuale, il fatto stesso che l'art. 120, comma 6 bis, c.p.a., nel contesto di una norma espressamente riferita al rito sulle ammissioni ed esclusioni, faccia menzione del ricorso incidentale, porta a ritenere che la portata di tale rimedio processuale sia da intendersi estesa (quantomeno anche) agli atti che costituiscono l'oggetto proprio di questa tipologia di rito.

Sempre sul piano testuale e nel medesimo senso, è apprezzabile il fatto che l'art. 120, comma 2-bis, precluda, in caso di mancata impugnativa nel ristretto termine ivi previsto, la sola facoltà di far valere con ricorso incidentale «l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento», con ciò riferendosi espressamente ad attività ulteriori e posteriori rispetto ai provvedimenti di ammissione ed esclusione dei candidati (quali l'esito della valutazione delle offerte o l'aggiudicazione); e che, a contrario, alcuna espressa preclusione sia prevista con riferimento ad ulteriori modalità di esplicazione del rimedio incidentale. Il che porta a ritenere che il comma 2 bis non abbia voluto in alcun modo limitare l'attivazione del rimedio nelle modalità ordinarie tracciate dall'art. 42 comma 1 c.p.a..

1.6. Ma è dal punto di vista sistematico che l'opzione ermeneutica qui contestata mostra maggiormente il fianco a obiezioni, venendosi con essa a determinare una sostanziale espunzione del "ricorso incidentale" propriamente detto dal contesto del rito concernente le ammissioni alla gara. Ed invero, a voler dare corso all'impostazione accolta dal Tar Napoli, il rimedio processuale azionato dal concorrente convenuto in giudizio finirebbe per risultare del tutto svincolato e indipendente dal ricorso principale, sia sotto il già esaminato profilo del termine decadenziale della sua introduzione in giudizio; sia sotto il profilo della essenzialità della sua cognizione, poiché il giudice sarebbe chiamato in ogni caso a scrutinare il

mezzo incidentale anche in ipotesi di acclarata infondatezza del rimedio principale. Più in generale, il giudice dovrebbe esaminare entrambe le impugnative, indipendentemente dai loro esiti rispettivi, trattandole alla stregua di azioni del tutto autonome e prive di reciproche implicazioni. Dunque, non di “ricorso incidentale” in senso proprio potrebbe discorrersi, una volta sterilizzate tutte le più specifiche proprietà che lo configurano come strumento di difesa riconvenzionale, proponibile in via consequenziale all’impugnativa principale; di più, del ricorso incidentale non resterebbe nemmeno il nomen, poiché al giudizio di primo grado è del tutto estranea - in quanto nota solo al grado d’appello - la variante del ricorso “incidentale nella forma ma principale nella sostanza”.

1.7. Senonché, l’espunzione della modalità procedurale prevista dall’art. 42 c.p.a. comporta - in danno della parte resistente - una considerevole compromissione delle sue facoltà di difesa, non bilanciata da vantaggi o ragioni sistematiche di analogo rilievo. Ed invero, la parte intimata in giudizio, vista contestata la sua ammissione in gara, non potrebbe paralizzare in via riconvenzionale l’iniziativa avversaria; più in generale, il concorrente ammesso alla procedura che volesse tutelarsi da eventuali iniziative avversarie miranti a provocarne l’esclusione dalla gara, non avrebbe altra via che quella di agire in via preventiva, impugnando le altrui ammissioni prima ancora di avere notizia di analoghe iniziative proposte nei suoi confronti e senza poter saggiare l’utilità difensiva della sua iniziativa processuale. Il che val quanto negare - in contrasto con l’art. 24 della Costituzione - l’idea di un esercizio proporzionato e consapevole del diritto di difesa, commisurato cioè ad una valutazione di necessità e di preventiva stima dei costi e dei benefici che, correlandosi ad ogni intrapresa processuale, ne suggeriscono o sconsigliano l’onerosa attivazione.

1.8. Per converso, la soluzione qui perorata preserva l’esigenza di concentrare in un unico giudizio, caratterizzato dalla snellezza e celerità di cui al n. 6-bis dell’art. 120, tutte le questioni attinenti alla fase di ammissione ed esclusione

dei concorrenti, nella piena esplicazione dei principi della “parità delle armi” e della “effettività del contraddittorio”; e al contempo salvaguarda la natura dell’impugnazione incidentale quale mezzo di tutela dell’interesse che sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale.

1.9. Per le motivazioni sin qui illustrate, deve ritenersi preferibile ricondurre il ricorso incidentale, anche nel contesto del rito disciplinato dall’art. 120, comma 2 bis, c.p.a., al regime decadenziale previsto dall’art. 42, comma 1 c.p.a..

1.10. Ne consegue, con riguardo alla fattispecie qui all’esame, che va riconosciuta la tempestività del ricorso incidentale avanzato in primo grado da Compass Group e conseguentemente deve trovare accoglimento in parte qua l’appello incidentale, con conseguente riforma sul punto della sentenza di primo grado.

1.11. Nel merito, l’azione incidentale intentata da Compass Group appare infondata.

Si contesta all’ATI EP il fatto che la mandataria (EP) sia risultata titolare di una quota di fatturato specifico, specificamente destinata al lotto 6, inferiore a quello della mandante GSI, e ciò in violazione dell’art.12 del disciplinare che impone in capo alla mandataria la quota maggioritaria del requisito di fatturato.

Dalla disamina dei documenti allegati in primo grado dall’appellante emerge, tuttavia, che la EP e SAGIFI, oltre a dichiarare il loro fatturato complessivo degli ultimi tre anni (allegati A3 di cui a pag. 28 del disciplinare – sub. doc. 24 e 25), hanno anche specificato (con una nota di precisazione – doc. 22 e 23) la quota che avrebbero destinato allo specifico appalto per cui è lite, in misura esattamente corrispondente alla quota percentuale di prestazioni assunta in carico. Altrettanto non ha fatto la GSI, che si è limitata ad allegare il documento A3, riferito al fatturato degli ultimi tre anni (doc. 26), senza tuttavia definire la quota di tale fatturato da imputare

al lotto 6. È agli atti, infine, l'indicazione delle quote di riparto all'interno del RTI (doc. 27).

Ciò precisato, se si detrae dal fatturato specifico richiesto per il lotto 6 (pari ad euro 18.828.000,00) il fatturato destinato da SAGIFI e EP, si ricava una quota residua imputabile a GSI che rispetta la proporzione di quote dichiarate dalle partecipanti all'ATI e la misura maggioritaria in capo a EP. Dunque, la lettura complessiva della documentazione consente di escludere che GSI abbia voluto impegnare nel lotto 6 una quota maggioritaria di fatturato, e ciò sia perché manca una specifica manifestazione di volontà in tal senso; sia perché sul piano logico una simile interpretazione appare scarsamente plausibile, non ravvisandosi nessuna ragione di utilità pratica che avrebbe dovuto indurre l'ATI ad articolare una ripartizione del requisito di fatturato in evidente violazione delle quote dichiarate di ripartizione all'interno dell'ATI e delle prescrizioni dettate sul punto dalla legge di gara. La fattispecie in esame va quindi inquadrata nell'ottica di una incongruenza formale determinatasi fra la volontà e la sua espressione letterale. Tale incongruenza si è tradotta in una incompletezza documentale, ricostruibile tuttavia in via interpretativa, in quanto non implicante una modifica sostanziale dei dati forniti in sede di domanda di partecipazione, ma la semplice deduzione di un dato parziale (il fatturato di GSI da destinare al lotto 6), univocamente ricavabile dal contesto documentale di riferimento e tale da riallineare in toto la manifestazione di volontà all'intento effettivamente concepito.

E d'altra parte, la giurisprudenza di questo Consiglio costantemente afferma che nelle gare pubbliche è ammissibile una attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale assunto (cfr., ex multis, sez. V, 1.8.2015 n. 3769; 27.4.2015, n. 2082; sez. III, 21.10.2014, n. 5196; 27.3.2014, n. 1487).

2. *Con analoghi canoni valutativi va deliberato, in linea di continuità espositiva, il secondo motivo dell'appello principale.*

2.1. *In punto di fatto, l'ATI COOP. Sol./Vivenda/Ristora, nella dichiarazione di partecipazione del 4.1.2017 risulta avere indicato il seguente riparto di attività tra le aziende raggruppate: 40% Cooperativa Solidarietà e lavoro Soc. Coop. (mandataria); 20% Vivenda S.p.a.; 40% Ristora food & service S.r.l.. A fronte del rilievo con il quale - nel corso della seduta di gara del 24.1.2017, giusto verbale n. 1 di pari data - la Commissione aveva fatto osservare che l'impresa mandataria (Cooperativa Solidarietà e lavoro Soc. Coop.) non era indicata come partecipante in misura prevalente al raggruppamento, le ditte partecipanti hanno prodotto un patto parasociale (su scrittura privata), datato 4.1.2017 e allegato nella stessa seduta di gara, dal quale è emerso che la reale ripartizione di attività prevedeva, diversamente da quanto inizialmente dichiarato, il 41% a carico della mandataria Cooperativa Solidarietà e lavoro Soc. Coop. e il 39% a carico della mandante Ristora Food & Service S.r.l..*

Su queste premesse la parte appellante ha denunciato in primo grado (e reitera in appello) la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 che sanziona con l'esclusione i soggetti che forniscono false informazioni all'amministrazione appaltante.

2.2. *Il Collegio è dell'avviso che la discordanza vada apprezzata - in linea con quanto implicitamente ritenuto dalla stazione appaltante - alla stregua di un semplice e fortuita divergenza dichiarativa, come tale evincibile nel raffronto tra la volontà resa manifesta in corso di gara e l'intesa in precedenza intervenuta tra le imprese partecipanti all'ATI e riportata nella documentazione allegata nella seduta del 24.2.2017. D'altra parte, anche in questo caso sfugge l'interesse che avrebbe potuto indurre le imprese partecipanti in ATI ad attuare intenzionalmente la falsificazione e a dichiarare una ripartizione di quote difforme da quella tra di loro concordata e comunque non in linea con le disposizioni del disciplinare. Né*

la divergenza in questione pare di rilievo tale da compromettere la determinatezza contenutistica della domanda di partecipazione e la sostanza dei dati informativi in essa veicolati, tenuto conto sia della minima entità dello scarto numerico riscontrato; sia della sostanziale invarianza della quota di prestazione imputata alla mandataria, la quale già nella domanda di partecipazione risultava detentrica di una quota non inferiore a quella delle mandanti. Il che ulteriormente convince del carattere del tutto marginale e innocuo della incongruenza formale di cui è questione.

3. Il primo, il terzo e il quarto motivo di appello principale, sollevano una comune problematica, attinente alla congruenza contenutistica che deve sussistere tra l'iscrizione camerale dell'impresa partecipante alla gara e l'oggetto del contratto d'appalto.

Osserva la ricorrente che il disciplinare di gara include nell'oggetto dell'appalto, quali prestazioni secondarie, la manutenzione ordinaria dei locali di pertinenza del servizio affidati all'OEA, degli impianti tecnologici, nonché la manutenzione ordinaria e straordinaria delle attrezzature, dei macchinari e degli arredi di cucina. Richiama inoltre l'art. 48 del d.lgs. n. 50/2016, nella parte in cui dispone che, nel caso di forniture o servizi, "per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione".

A detta della ricorrente, manutenzione e ristorazione costituiscono prestazioni ben distinte e separate, il cui svolgimento richiede professionalità diverse. Di conseguenza, deve ritenersi che l'iscrizione camerale per l'attività di ristorazione non ricomprenda anche la manutenzione, né valga a qualificare "globalmente" il concorrente, abilitandolo a rendere entrambe le prestazioni; sicché, nel caso di ATI orizzontale – quale è quella tra Cooperativa Solidarietà e Lavoro Soc. Coop. (mandataria), Ristora Food & Service S.r.l. e Vivenda S.p.a. – ogni azienda partecipante deve possedere i requisiti per svolgere tutte le prestazioni dedotte in appalto. Ciò non è avvenuto nel caso di specie, in quanto dal certificato delle aziende

controinteressate Vivenda e Serenissima risulta l'estraneità di "una delle attività oggetto di gara" a quelle descritte dell'oggetto sociale, donde il venir meno della possibilità per le aziende medesime di erogare tale prestazione e di partecipare validamente alla gara.

3.1. Va premesso che nell'impostazione del nuovo codice appalti, l'iscrizione camerale è assunta a requisito di idoneità professionale (art. 83, commi 1 lett. a) e 3, d.lgs. n. 50/2016), anteposto ai più specifici requisiti attestanti la capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria dei partecipanti alla gara, di cui alle successive lettere b) e c) del medesimo comma 1.

3.2. Utilità sostanziale della certificazione camerale è quella di filtrare l'ingresso in gara dei soli concorrenti forniti di una professionalità coerente con le prestazioni oggetto dell'affidamento pubblico.

Da tale ratio – e nell'ottica di una lettura del bando fedele ai principi vigenti in materia di contrattualistica pubblica, che tenga cioè conto dell'oggetto e della funzione dell'affidamento (1363 1367 1369 c.c.) – si desume la necessità di una congruenza contenutistica, tendenzialmente completa, tra le risultanze descrittive della professionalità dell'impresa, come riportate nell'iscrizione alla Camera di Commercio, e l'oggetto del contratto d'appalto, evincibile dal complesso di prestazioni in esso previste; e ciò in quanto, l'oggetto sociale viene inteso come la "misura" della capacità di agire della persona giuridica, la quale può validamente acquisire diritti ed assumere obblighi solo per le attività comprese nello stesso, come riportate nel certificato camerale (Cons. Stato, sez. V, 7.2.2012, n. 648 e sez. IV, 23.9.2015, n. 4457; T.A.R. Napoli, sez. I, 3.2.2015, n. 819; T.A.R. Veneto, sez. I, 1.9.2015, n. 953).

3.3. A parziale mitigazione di tale impostazione si sostiene, d'altra parte, che detta corrispondenza contenutistica (tra risultanze descrittive del certificato camerale e oggetto del contratto d'appalto) non debba tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, ma che la stessa vada appurata secondo un criterio di

rispondenza alla finalità di verifica della richiesta idoneità professionale, e quindi in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva delle prestazioni dedotte in contratto.

Diversamente, una rigida e formalistica applicazione del requisito condurrebbe all'ammissione alla gara dei soli operatori aventi un oggetto sociale pienamente speculare rispetto a tutti i contenuti del servizio in gara (indipendentemente dal peso delle diverse prestazioni ad esso inerenti), con ciò restringendosi in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti e la stessa finalità del confronto comparativo-concorrenziale.

3.4. Dunque, l'esigenza di garantire la serietà e l'adeguata qualificazione degli offerenti va temperata con gli obiettivi della massima partecipazione e concorrenzialità, in quanto è di interesse pubblico non già la creazione o il rafforzamento di riserve di mercato in favore di determinati operatori economici, quanto l'ampliamento di tale mercato anche a concorrenti per i quali è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità professionale (cfr. TAR, Valle d'Aosta, 12 gennaio 2016 n. 2; TAR Catania, sez. III, 6 dicembre 2016, n. 3165).

3.5. Dando seguito alla più condivisibile impostazione da ultimo richiamata, questo Collegio ritiene decisivo indagare la natura e la qualità delle prestazioni dedotte nel capitolato d'appalto e la relazione nella quale queste si pongono rispetto ai richiesti requisiti di capacità.

3.6. Nel caso qui in esame, da una ricognizione delle disposizioni della legge di gara inerenti l'oggetto e i correlati requisiti di idoneità professionale del contratto di appalto qui in esame, emerge che:

- il punto II.1.1 del bando e l'art. 3 del capitolato speciale indicano l'oggetto dell'appalto nel "servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale", senza assegnare rilevanza alcuna ad ulteriori contenuti prestazionali;*
- l'art. 1 del disciplinare di gara qualifica come prestazione principale del contratto i "servizi di ristorazione e di distribuzione pasti", mentre annovera tra le prestazioni secondarie la "manutenzione ordinaria dei locali di*

pertinenza del servizio affidati all'OEA, degli impianti tecnologici", nonché la manutenzione "ordinaria e straordinaria delle attrezzature, dei macchinari e degli arredi di cucina";

- l'art. 12.1 del disciplinare di gara contempla: a) quale requisito di idoneità professionale, l'"iscrizione ai registri tenuti dalla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura"; b) quale requisito di capacità economico-finanziaria, il "fatturato specifico per servizi analoghi a quello del settore di attività oggetto dell'appalto (da intendersi quale servizi di ristorazione collettiva sanitaria e/ o non sanitaria), al netto dell'IVA, realizzato complessivamente negli ultimi tre esercizi finanziari approvati alla data di pubblicazione del presente Bando.."; c) quale requisito di capacità tecnico-professionale, l'"aver regolarmente eseguito, nell'ultimo triennio, servizi di ristorazione collettiva presso almeno due aziende sanitarie pubbliche o private"; d) quali certificazioni di qualità, "d.1) certificazione UNI EN ISO 9001: 2008 o successivi; d.2) certificazione UNI EN ISO 14001 o EMAS; d.3) certificazione UNI EN ISO 22000: 2005 (sicurezza alimentare) o equivalente";

- l'art. 18 del disciplinare, riferito al criterio di aggiudicazione, definisce parametri di valutazione delle offerte tecniche essenzialmente incentrati sulla valorizzazione delle attività di ristorazione, scrutinate nelle diverse fasi della preparazione, del trasporto e della somministrazione dei pasti;

- all'art. 15 del Capitolato speciale d'appalto, le "modalità di erogazione del servizio" sono indicate con esclusivo riferimento alla produzione, confezionamento, trasporto e somministrazione dei pasti ai degenti.

3.7. Dunque, la complessiva lettura dei richiamati contenuti disposti rende condivisibile la soluzione di minor rigore accolta dai giudici di primo grado, se solo si considera che, nei diversi passaggi sopra richiamati, la legge di gara: i) si è limitata a richiedere quale requisito di idoneità professionale la mera "iscrizione ai registri tenuti dalla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura", senza ancorarla ad uno specifico oggetto; ii) ha

differenziato le prestazioni dell'appalto in principali e secondarie; iii) ha rapportato solo alle prime i requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale, nonché i criteri di aggiudicazione; iv) ha dunque assegnato rilevanza del tutto secondaria, nel contesto delle prestazioni contrattuali e sotto tutti i profili sin qui segnalati, alle attività di manutenzione dei locali e delle attrezzature.

3.8. Alla luce di tali parametri ermeneutici, deve quindi ritenersi corretta la scelta della stazione appaltante di attribuire maggiore peso, nella valutazione di congruenza tra l'iscrizione camerale e l'oggetto dell'appalto, alle prestazioni contrattuali principali, essendo detta soluzione coerente con il fatto che l'oggetto dell'appalto è stato definito, sinteticamente, come "servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale" (punto II.1.1 del bando e art. 3 del capitolato speciale); e che il requisito di idoneità professionale correlato alla iscrizione alla Camera di Commercio è stato richiesto senza riferimento a tutte le prestazioni (sia principale, sia secondarie) previste in appalto (si veda l'art. 12.1 del disciplinare di gara) e, comunque, in aggiunta ad altri e più specifici requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria.

Risulta dunque ragionevole ritenere che il requisito camerale andasse riferito al solo oggetto del contratto come definito al punto II.1.1 del bando e all'art. 3 del capitolato speciale ("servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale") e che lo stesso dovesse intendersi come attestazione della generica qualificazione professionale-imprenditoriale del concorrente, risultando affidata l'ulteriore specificazione di tale idoneità professionale, in rapporto alla totalità delle prestazioni incluse nell'appalto posto in gara, alla enucleazione di ulteriori e più specifici requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale, meglio elencati all'art. 12.1 del disciplinare. D'altra parte, analoga gradazione dei requisiti di idoneità professionale si evince dall'ordine di elencazione contenuto al primo comma dell'art. 83 d.lgs. 50/2016, e nello stesso luogo si rinviene l'avvertenza del

legislatore a calibrare detti requisiti in modo attento e proporzionato all'oggetto dell'appalto "tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti". Infine, nel senso di una pragmatica conduzione "in concreto" dell'accertamento di congruenza tra il contenuto dell'iscrizione camerale e l'oggetto dell'appalto, si è espressa anche l'Anac nella delibera n. 284 del 22 marzo 2017, stando alla quale è "competenza della stazione appaltante accertare la coerenza, in concreto, della descrizione delle attività imprenditoriali esercitate e dell'oggetto sociale, riportate nel certificato camerale, con il requisito di ammissione richiesto dalla lex specialis di gara e con l'oggetto dell'appalto complessivamente considerato".

3.9. In conclusione, la valutazione di rispondenza contenutistica insita negli atti di ammissione impugnati non appare censurabile nei termini dedotti in appello, essendo stata svolta dalla stazione appaltante attraverso l'accertamento di concreta coerenza della descrizione delle attività imprenditoriali riportate nel certificato camerale con i requisiti di ammissione richiesti dalla lex specialis di gara e con l'oggetto dell'appalto complessivamente considerato.

3.10. Per quanto esposto, il primo, il terzo e il quarto motivo di appello vanno respinti in quanto infondati, il che consente di prescindere dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità sollevate in relazione agli stessi dalle parti resistenti.

4. Con il quinto motivo di appello si deduce che, nell'ambito dell'ATI. Compass Group Italia S.p.a., la società Pulitransiti S.r.l. (mandante del citato raggruppamento) ha dichiarato di non possedere alcuni requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – professionale (la cui titolarità sarebbe stata richiesta dalla lex specialis in capo a tutte le società componenti dell'ATI). Si tratta in particolare: i) del fatturato specifico nel settore della ristorazione realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari (lett. B del disciplinare, pag. 20); ii) dei servizi di ristorazione collettiva in ambito

sanitario svolti nel triennio (lett. C del disciplinare pag. 21); iii) della certificazione UNI EN ISO 22000: 2005 – Sicurezza alimentare o equivalente (lett. D3 del disciplinare, pag.22).

4.1. Il giudice di primo grado, nel respingere la censura, ha richiamato il disciplinare di gara nella parte in cui prevede (a pag. 22 - ultimo capoverso) che, in caso di raggruppamento di imprese verticale (quale è l'ATI Compass), i requisiti e le certificazioni “devono essere posseduti da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande ... per la parte della prestazione ad essa attribuita”. Su questa premessa ha quindi ritenuto che la mandante Pulitransiti S.r.l., occupandosi solamente di trasporto/distribuzione e non invece di ristorazione, non dovesse possedere i requisiti B, C e D3, essendo questi riferiti all'attività di ristorazione.

4.2. Nel sottoporre a critica tale motivazione, la parte appellante osserva che il disciplinare riferisce i requisiti B, C e D3, alla prestazione principale come definita all'art. 1; aggiunge che l'art. 1 include nella prestazione principale entrambe le attività di “ristorazione” e “distribuzione”; e conclude, pertanto, che anche la Pulitransiti avrebbe dovuto risultare munita dei tre requisiti in oggetto.

4.3. Il motivo d'appello non è accoglibile per le seguenti ragioni.

Pur essendo complessivamente collegati alla prestazione principale – che si compone di due diverse tipologie di attività - è lecito distinguere, nell'ambito dei requisiti di capacità, quelli riferiti alla prestazione “ristorazione”, da quelli riferiti alla prestazione “distribuzione”.

Ora, è pacifico che i primi due requisiti (B e C) afferiscano alla sola ristorazione, sicché è possibile concludere che la Pulitransiti non dovesse risultarne munita.

Dubbi sussistono solo in relazione al requisito D3, argomentandosi da parte appellante, non senza fondamento, che i profili della sicurezza alimentare coperti dalla certificazione UNI EN ISO 22000: 2005, si estendono a tutta la filiera alimentare, ivi inclusa la fase della distribuzione.

Resta da registrare, tuttavia, una scarsa chiarezza delle indicazioni dettate sul punto dalla legge di gara, in quanto, da un canto, il requisito D3 risulta associato nel disciplinare a due diversi requisiti chiaramente riferibili alla sola prestazione della ristorazione; e, d'altro canto, nelle prescrizioni dettate nel capitolato speciale (artt. 41 e ss.) in ordine alle misure precauzionali da osservare nel trasporto dei pasti (per quanto concerne il confezionamento dei pasti e le temperature di conservazione, nonché i mezzi e le misure di igiene da attuare nella fase del loro trasporto), pur facendosi riferimento all'obbligatoria osservanza della normativa vigente in materia, non si rinviene alcuno specifico cenno alla certificazione in oggetto. La formulazione delle richiamate disposizioni può dunque ritenersi di lettura non del tutto univoca, quantomeno nella portata attribuibile al requisito in questione, il che suggerisce, in questa sede di giudizio, una valutazione prudentiale, prioritariamente orientata alla tutela dell'incolpevole affidamento potenzialmente ingenerato da indicazioni disciplinari ambigue; e quindi alla permanenza in gara del concorrente, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2017, n. 2232).

Resta in ogni caso salvaguardata la valenza prescrittiva di tutte le misure dettate dalle leggi di settore, oltre che dal capitolato speciale, a garanzia della sicurezza e della salubrità dei pasti in tutte le fasi del loro trasporto e della loro distribuzione, accertabile dalla stazione appaltante in sede di disamina delle offerte tecniche.

5. Il sesto motivo di appello trae spunto dal fatto che l'impresa PULITRANSITI, oltre a partecipare alla gara relativa al lotto 6 quale mandante del RTI Compass/Pulitransiti, risulterebbe anche subappaltatrice della impresa ELIOR; ulteriore circostanza motivante la censura è data dal fatto che l'ATI Compass ed Elior condividerebbero un comune subappaltore (MANUTENTECNO).

Dall'insieme di tali dati fattuali, l'appellante trae la conclusione che entrambe le imprese controinteressate (ATI Compass ed Elior) andrebbero escluse dalla selezione, per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. m) del d.lgs. n. 50/2016, ai sensi del quale deve essere escluso l'operatore economico che si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento "in una situazione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

La censura appare al Collegio destituita di fondamento nelle sue stesse premesse in fatto. Difatti, i PASSOE depositati in primo grado da ELIOR (doc. nn. 3 e 4) dimostrano chiaramente che né PULITRANSITI S.r.l., né MANUTENTECNO sono inclusi tra gli operatori economici che partecipano insieme ad ELIOR al lotto n. 6 per cui è causa.

Vero è che nel modello A5 (doc. 18 e 28) entrambe le ditte sono indicate come subappaltatrici di Elior, ma il documento in oggetto si riferisce genericamente a tutti i lotti, nel senso che reca l'elenco di tutte le imprese impegnate con Elior nei sei lotti messi a gara, in conformità a quanto dispone sul punto l'art. 6 del disciplinare (pag. 24 e 29). Tale documentazione di carattere generale va quindi integrata dai documenti 3 e 4, riferiti in modo specifico al lotto 5 e 6, dai quali emerge che le due ditte sono subappaltatrici di Elior nel lotto 5, ma non nel lotto n. 6.

Donde la sostanziale infondatezza della censura.

6. Il Collegio ritiene di dover riservare al prosieguo del giudizio - secondo le modalità definite con separata ordinanza - la trattazione dell'ulteriore doglianza riferita all'atto di ammissione in gara dell'ATI Ladisa, con la quale si assume violato il principio che impone la corrispondenza tra percentuale di qualificazione e quota di esecuzione del servizio, tale per cui "ciascuna impresa raggruppata va qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire".

Si tratta infatti di questione afferente alla modulazione del riparto dei requisiti di qualificazione fra imprese partecipanti ad un raggruppamento orizzontale concorrente in una gara per l'affidamento di servizi, già deferita da questa sezione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con ord. 21.9.2017, n. 4403), il cui pronunciamento appare necessario attendere anche ai fini della definizione del presente giudizio.

7. La regolamentazione delle spese viene differita alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

a) definitivamente pronunciando sull'appello incidentale:

- lo accoglie in parte, ai sensi di cui in motivazione, e per l'effetto, pronunciandosi sul ricorso incidentale avanzato in primo grado, lo respinge;

b) non definitivamente pronunciando sull'appello principale:

- lo respinge in relazione ai motivi esaminati in motivazione;

- dispone per il resto la prosecuzione del giudizio, come da separata ordinanza;

- riserva la regolamentazione delle spese di lite alla definizione del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO