Pubblicato il 23/09/2020

N. 01930/2020 REG.PROV.COLL.
N. 01972/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1972 del 2019, proposto da

Le Palme Ristorazione & Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Bisconti e Fara Pipia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Trapani, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Paolo Di Trapani e Carmela Santangelo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Siciliana Pasti S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Ignazio Scuderi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso principale:

- della Determinazione del Comune di Trapani n. 2386 del 23 luglio 2019 con la quale il Responsabile del Procedimento nell'ambito della gara per l'affidamento del servizio mensa scolastica nelle scuole dell'infanzia e primaria anno 2019/2020

- ha preso atto ed ha approvato il verbale di gara del 20.05.2019 della Commissione giudicatrice, ha dichiarato efficace l'aggiudicazione dalla Siciliana Pasti S.r.l. e autorizzato la stipula relativo contratto;

- del verbale di gara del 20.05.2019 della stessa Commissione giudicatrice, con allegato prospetto punteggi, con cui si individua quale migliore offerta quella prodotta dalla Siciliana Pasti S.r.l., alla quale è stato assegnato il punteggio complessivo di 80/80 per l'offerta tecnica;

- della nota prot. N. 74105 del 30.08.2019 con la quale è stata rigettata la richiesta di revisione del punteggio della Siciliana Pasti S.r.l. inoltrata dalla società Le Palme Ristorazione.

e per l'accertamento

del diritto della ricorrente al risarcimento in forma specifica, mediante l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto, con subentro nel contratto eventualmente già stipulato e nel servizio già avviato, ed, in subordine, al risarcimento dei danni subiti e subendi a causa dei provvedimenti impugnati, con condanna del Comune resistente, in persona del Sindaco pro tempore, al pagamento delle relative somme con interessi legali e rivalutazione da quantificarsi secondo gli ordinari criteri fissati dalla giurisprudenza amministrativa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Trapani e della Siciliana Pasti S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale depositato dalla Siciliana Pasti S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 luglio 2020 il dott. Calogero Commandatore tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. – Con ricorso regolarmente notificato e depositato, la società in epigrafe ha premesso:

- di avere partecipato alla gara indetta dal Comune di Trapani, con determine dirigenziali nn. 2579 e 2829 del 2018 e n. 719 del 2019, con procedura negoziata sotto soglia ex art. 36 comma 2 lett. b) del d.lvo n. 50 del 18.4.2016 tramite sistema RDO sul Mercato Elettronico della P.A. avente ad oggetto la fornitura del servizio di Mensa scolastica per le scuole statali dell'infanzia e primaria – anno 2019-2020, dandone apposito avviso;

- che il sistema di aggiudicazione prescelto e specificamente normato nella *lex specialis* è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, con ribasso applicato sul costo unitario di euro 4,808 a pasto posto a base di gara;

- che la Commissione giudicatrice, nella seduta del 20.5.2019, ha esaminato le offerte tecniche prodotta dalle due società ed ha attribuito alle stesse il medesimo punteggio di 80 punti, facendo applicazione dell'art. 15 del bando e dei criteri e sub-criteri ivi indicati;

- che, quanto all'offerta economica, in applicazione dell'art. 17 del bando, alla società Siciliana Pasti sono stati attribuiti 20 punti, avendo proposto l'offerta economica più bassa per pasto pari ad euro 3,838, e alla Società Le Palme il punteggio di 17,15, avendo proposto euro 3,978 per pasto;

- che la società Siciliana Pasti S.r.l., totalizzando un punteggio complessivo di 100/100, è stata dichiarata aggiudicataria del servizio con la Determinazione del

Comune di Trapani n. 2386 del
23/7/2019, in oggetto impugnata;
- di essersi accorta, a seguito di apposito accesso agli atti, di alcuni errori commessi dalla Commissione giudicatrice nella valutazione dell'offerta tecnica della Siciliana Pasti, primo fra tutti, l'erronea attribuzione di un punteggio pari a 5 punti per il possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2015, requisito in realtà non posseduto dalla predetta società al momento della partecipazione alla gara, come risulta dal certificato scaduto il 17 dicembre 2018;
- di avere riscontrato una palese illogicità ed irragionevolezza nell'attribuzione di alcuni punteggi relativi all'offerta tecnica, con una distorta applicazione dei sub-criteri ed evidente violazione dell'art. 15 del disciplinare di gara concernente i criteri di valutazione dell'offerta tecnica.
Ciò premesso, l'impresa ricorrente ha impugnato gli atti in oggetto prospettando la
1) Violazione e falsa applicazione art. 36 comma 2 lett. b), 87 e 95 comma 3 del d.lgs. n. 50 del 18.04.2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 della *lex specialis* e dei criteri di valutazione dell'offerta ivi indicati ed in particolare del punto C2 dello stesso art. 15. Violazione dei principi di concorrenza e par condicio. Manifesta irragionevolezza ed erroneità della valutazione dell'offerta tecnica, travisamento dei fatti, contraddittorietà ed eccesso di potere. Difetto di motivazione.
2) Violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, degli artt. art. 36 comma 2 lett. b) e 95 comma 3 del D. Lgs. n. 50 del 18.4.2016. Violazione e falsa applicazione dell'art. 15 della *lex specialis* e dei criteri di valutazione dell'offerta ivi indicati ed in particolare del punto A1, A2 e B2 dello stesso art. 15. Violazione dei principi di concorrenza e par condicio. Manifesta irragionevolezza ed erroneità della valutazione dell'offerta tecnica, travisamento dei fatti,

contraddittorietà ed eccesso di potere, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti. Difetto di motivazione.

B. – Si sono costituite in giudizio l'impresa contro-interessata e l'amministrazione resistente che hanno replicato alle censure sollevate dalla impresa ricorrente chiedendo il rigetto del ricorso.

C. – Successivamente l'impresa contro-interessata ha proposto tempestivo ricorso incidentale contestando l'ammissione alla gara dell'impresa ricorrente e, pertanto, della sua legittimazione ad agire in ragione sei seguenti motivi:

- Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 36, comma 1 e dell'articolo 30 del decreto legislativo numero 50/2016 e degli articoli 129 e seguenti del D.P.R. numero 236/2012 – Violazione e/o falsa applicazione delle Linee Guida ANAC del 26 ottobre 2016, numero 4, come aggiornate al decreto legislativo numero 56/2017 – Eccesso di potere per sviamento, violazione del principio di correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, e rotazione.

- Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 80, comma 5 lettera c) del decreto legislativo numero 50/2016 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, per erroneità, illogicità, contraddittorietà, sviamento, travisamento e carenza dei presupposti.

- Violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 80, comma 5, lettera f bis) del decreto legislativo numero 50/2016 – Eccesso di potere per difetto di istruttoria, per erroneità, illogicità, contraddittorietà, sviamento, travisamento e carenza dei presupposti.

D. – In vista dell'udienza camerale la società ricorrente e l'impresa contro-interessato hanno depositato memorie difensive.

E. – Con ordinanza n. 1210/2019 dell'11 novembre 2019, non impugnata, l'istanza cautelare è stata respinta.

F. – In vista dell'udienza pubblica dell'11 marzo 2020, rinviata ai sensi dell'art. 3, comma 1, del d.l. n. 11/2020, l'impresa contro-interessata ha depositato una

memoria.

G. – Successivamente parte ricorrente e l'impresa contro-interessata hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, c.p.a. e all'udienza del 20 luglio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, come specificato nel verbale, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

H. – In ragione dei principi e delle regole dettate a sentenza della V sezione della Corte di giustizia europea del 5 settembre 2019, relativa alla causa C 333/18, il Collegio deve esaminare sia il ricorso incidentale escludente sia il ricorso principale proposto dalla ricorrente entrambi i quali sono infondati e vanno rigettati.

I. – Passando all'esame del ricorso incidentale va rigettato il primo motivo di ricorso con cui l'impresa contro-interessata ha contestato la legittimazione della ricorrente a partecipare alla gara in ragione del principio di rotazione di cui all'art. 36, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, in quanto gestore uscente del servizio in appalto.

Il motivo di censura è infondato.

Come evidenziato di recente dalla giurisprudenza amministrativa può escludersi l'applicabilità del principio di rotazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non ponga alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Il principio è stato di recente confermato dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539) sul rilievo che anche «*alla stregua delle Linee guida n. 4 A.N.A.C., nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 (v. in part. il punto 3.6), deve ritenersi che il principio di rotazione sia inapplicabile nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti*».

Con riguardo poi all'esclusione dell'applicabilità del principio di rotazione laddove la procedura aperta sopraindicata consista nell'invito di tutti gli operatori economici iscritti sul MEPA nella specifica categoria del bando di riferimento, si è puntualmente espresso il Consiglio di Stato (v. § 3.4. di Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875 che condivide e conferma, esattamente in termini, il § 18) della sentenza del T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 24 agosto 2019, n. 527 secondo cui: «*Infine, con riguardo alla contestata violazione del principio di rotazione va detto che la procedura in argomento prevedeva l'invito di tutti gli operatori economici iscritti sul MEPA nella specifica categoria del bando di riferimento.*

Pertanto, contrariamente a quanto dedotto da parte ricorrente, l'estensione dell'invito a tutte le ditte operanti nel settore determina l'inapplicabilità delle specifiche limitazioni previste dall'art. 36 in ordine alla rotazione delle imprese aggiudicatarie.

Il principio di rotazione, infatti, non può ritenersi applicabile laddove il nuovo affidamento avvenga, tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.»)

Nel caso che ci occupa, la stazione appaltante – superando con la determina n. 719/2019 le preliminari volizioni contenute nelle determina n. 2579/2018 – ha deciso di invitare tutti gli operatori economici iscritti al MEPA, nella specifica categoria del bando, senza limitazione o filtro di alcun genere, in luogo del limitato invito di soli 5 operatori economici, sicché il principio di rotazione deve ritenersi non applicabile.

Non sono inoltre meritevoli di accoglimento il secondo e il terzo motivo di ricorso.

L'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 esclude dalla partecipazione alla gara l'operatore economico resosi colpevole di gravi illeciti professionali, comprovati con mezzi adeguati dalla stazione appaltante, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità.

La norma costituisce una eccezionale deroga al principio di tassatività delle clausole di esclusione consentendo alla stazione appaltante, su cui grava uno specifico onere di allegazione e probatorio, di escludere l'impresa partecipante (Cons. Stato, Sez. V, 3 gennaio 2019, n. 72).

Nel caso che ci occupa, a prescindere dall'assenza di un puntuale adempimento del predetto onere di allegazione e probatorio, emerge chiaramente come la risoluzione anticipata del rapporto contrattuale con il Comune di Buseto Palizzolo per il servizio di non sia derivata da condotte negligenti imputabili all'impresa ricorrente, ma sia scaturita da un fatto estraneo alla sua sfera di competenza, ossia dall'inquinamento della rete idrica comunale servente una sede operativa della predetta (cfr. allegati 1A, 2A e 3A della memoria depositata dalla ricorrente il 30 ottobre 2019).

L'interruzione del rapporto contrattuale, pertanto, non appare imputabile a carenze o negligenze della ricorrente sicché non appare applicabile, nel caso che ci occupa, né il disposto dell'art. 80, comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50/2016 (T.A.R., Lazio, Roma, Sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732) né tantomeno la causa di esclusione contemplata dall'art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) del d.lgs. n. 50/2016 – prospettata nel terzo motivo del ricorso incidentale – che presuppone la falsità (anche per omissione) della dichiarazione di circostanze specifiche, facilmente e oggettivamente individuabili e direttamente qualificabili come cause di esclusione secondo la normativa vigente e non invece, nel caso in cui, come nella fattispecie che ci occupa, la valutazione della gravità e della rilevanza del fatto sia rimessa alla stazione appaltante (Cons. Stato, Sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040).

Alla luce di quanto fin qui esposto il ricorso incidentale deve essere rigettato.

Parimenti infondato è ricorso principale il cui primo motivo è stato, infatti, smentito *per tabulas* giacché il regolare possesso di valida Certificazione UNIENISO 9001:2015 per l'intero arco di durata della procedura di evidenza pubblica, senza soluzione di continuità, è stato puntualmente verificato dalla

stazione appaltante che ne ha prodotto copia in giudizio (cfr. allegato n. 10) della memoria di costituzione depositata l'11 ottobre 2019 dall'amministrazione resistente.

Anche il secondo motivo di ricorso è infondato.

Il Collegio ribadisce l'orientamento consolidato della giurisprudenza amministrativa, secondo cui le valutazioni della commissione giudicatrice sono espressioni di discrezionalità tecnica sindacabile solo per illogicità, abnormità e manifesta irragionevolezza (Cons. Stato Sez. III, 14 gennaio 2020, n. 330; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 26 marzo 2020, n. 1264).

Né appare macroscopicamente illogico ricondurre la "polpa di frutta", offerta dalla impresa contro-interessata, alla nozione di "spuntino di frutta".

In primo luogo, infatti, tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica previsti dal disciplinare di gara è stata prevista la "Somministrazione di spuntino di frutta" (criterio A1) senza alcuna ulteriore specificazione dello stato dell'alimento (potendo così essere sia solido sia liquido) né della tipologia, (potendo così intendersi riferita alla frutta fresca, secca, disidratata o frullata).

Inoltre, la sostanziale equipollenza tra la frutta fresca e i frullati di frutta è richiamata dal Capitolato Speciale di appalto ove tra i consigli generali di composizione dei menù dettati nell'appendice denominata "PROCEDURE PER TABELLE DIETETICHE raccomandate dal SIAN ASP di Trapani" si fa riferimento alla "…Frutta fresca ed ortaggi tutti i giorni, oppure frullati di frutta (nel rispetto delle cinque porzioni al giorno)…".

Anche il riferimento operato dalla ricorrente alle caratteristiche merceologiche della "frutta" per la preparazione dei pasti contemplate dall'art. 16 del Capitolato speciale di appalto non vale ad escludere il prodotto offerto dall'impresa contro-interessata poiché chiaramente riferito esclusivamente alla frutta "fresca", aggettivo non contemplato nel criterio in esame.

Allo stesso modo le ulteriori contestazioni sollevate dalla ricorrente in ordine ai punteggi attribuiti all'offerta tecnica della contro-interessata mirano esclusivamente ad esaltare i profili maggiormente migliorativi della propria proposta non indicando però elementi di macroscopica illogicità della valutazione della Commissione anche in ragione di ulteriori parametri (es. rischio di contaminazioni, facilità di preparazione) e alla specificità dei criteri dettati dalla *lex specialis*.

Non appare illogico, infatti, che la Commissione di gara abbia attribuito alla contro-interessata lo stesso punteggio della società ricorrente in ragione dell'ampio superamento dei parametri qualitativi previsti dalla *lex specialis* e dalla puntuale e specifica modulazione dell'offerta in base alle richieste del Capitolato non dovendosi procedere ad una valutazione comparativa a coppie.

In conclusione, devono rigettarsi sia il ricorso principale e tutte le domande ivi spiegate sia quello incidentale.

Le spese del giudizio possono compensarsi tra la parte ricorrente e la contro-interessata in ragione del rigetto del ricorso incidentale, mentre, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c. seguono la soccombenza nel rapporto tra la parte ricorrente e l'amministrazione resistente e vengono liquidate avendo riguardo al valore della causa (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 novembre 2016, n. 4612) e all'attività difensiva effettivamente svolta dall'amministrazione resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e incidentale, come in epigrafe proposti, li rigetta.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore dell'amministrazione resistente che si liquidano in euro 2.700,00, oltre al rimborso delle spese forfettarie ex art. 2 comma 2 del d.m. n. 55/2014, della C.P.A. e dell'I.V.A., nella misura di legge, se dovute.

Spese compensate tra la parte ricorrente e l'impresa contro-interessata.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 20 luglio 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, co. 6, del d.l. n. 18/2020, convertito dalla l. n. 27/2020, e giusta decreto del Presidente del T.A.R. Sicilia n. 48/2020 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Anna Pignataro, Consigliere

Calogero Commandatore, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Calogero Commandatore

IL PRESIDENTE
Maria Cristina Quiligotti

IL SEGRETARIO