

Pubblicato il 02/09/2019

N. 06026/2019REG.PROV.COLL.

N. 01673/2019 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1673 del 2019, proposto da

Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

contro

Ministero dell'interno, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, n. 12, è elettivamente domiciliato;

Autorità Nazionale Anticorruzione - ANAC, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

nei confronti

Axa Assicurazioni s.p.a. e Groupama Assicurazioni s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Prima, n. 01266/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'interno;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti l'avvocato Michele Perrone e l'avvocato dello Stato Giancarlo Caselli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In data 19 giugno 2015 il Ministero dell'Interno indiceva una procedura di gara – suddivisa in quattro lotti per il periodo compreso tra il 1° gennaio 2016 ed il 31 dicembre 2017 – da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio di mensa presso i reparti della Polizia di Stato dislocati sul territorio nazionale.

Alla gara prendeva parte, tra gli altri, la Società Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro (d'ora in avanti anche solo la Cooperativa) che in data 30 marzo 2016 veniva invitata dalla stazione appaltante a regolarizzare la domanda di partecipazione (relativa ai lotti 1, 2 e 3), in particolare rettificando il valore del fatturato specifico ed il numero dei pasti erogati, che non raggiungevano il limite minimo richiesto dalla *lex specialis* (che, in caso di partecipazione simultanea ai tre lotti, non poteva essere inferiore ad euro 29.699.371,53 per anno, con riferimento al fatturato specifico, ovvero, per quanto riguarda i pasti erogati, a n. 3.859.534 per anno).

La Cooperativa riscontrava positivamente tale richiesta e la stazione appaltante, con nota del 18 aprile 2016, le chiedeva – ai sensi dell'allora vigente art. 38, comma 2-bis, del d.lgs n. 163 del 2006 – il pagamento della somma di €. 150.000,00 (ossia euro 50.000 per ogni singolo lotto per il quale la società ricorrente aveva chiesto di partecipare).

2. Avverso tale provvedimento – nonché quelli ad esso presupposti – la cooperativa proponeva ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio, chiedendone l'annullamento per:

1) *violazione e falsa applicazione degli articoli 38, comma 2 bis, e 46 del decreto legislativo numero 163 del 2006; violazione e falsa applicazione dell'articolo 11.9 del disciplinare di gara; eccesso di potere (violazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa, del principio del favor participationis, della par condicio, del principio di proporzionalità: assumeva la ricorrente di possedere interamente il requisito del fatturato specifico richiesto dal bando e di averne dichiarato in sede di gara uno inferiore per mero errore materiale, come sarebbe risultato dal fatto che, sempre in sede di gara, aveva dichiarato di possedere un fatturato globale superiore a 150 milioni di euro; di conseguenza negava la necessità di attivare il soccorso istruttorio (a pagamento), laddove l'amministrazione appaltante avrebbe potuto limitarsi a chiedere un mero chiarimento, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs n. 163 del 2006; ciò anche con riferimento al numero dei pasti erogati, in quanto sarebbe stato sufficiente sommare il dato ricavabile dalle dichiarazioni presentate nei singoli lotti per desumere che era soddisfatto il limite minimo imposto dal disciplinare, in caso di partecipazione congiunta a tre lotti;*

2) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 2-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa e del principio di proporzionalità: la misura della sanzione, pari a 150 mila euro, sarebbe stata del tutto*

sproporzionata, dal momento che la dichiarazione aveva carattere unitario, sia pur replicato nei tre lotti ai quali la ricorrente aveva partecipato.

3. Si costituiva in giudizio il Ministero dell'interno, chiedendo il rigetto del ricorso poiché infondato.

4. Con ordinanza n. 12189 del 2016 il giudice adito sospendeva il giudizio in ragione della pendenza presso la Corte di giustizia dell'Unione Europea della questione pregiudiziale (sollevata dallo stesso giudice con ordinanza n. 10012 del 2016) circa la compatibilità con la normativa europea del meccanismo del soccorso istruttorio e della relativa sanzione previsti dall'art. 38, comma 2-*bis*, del d.lgs. n. 163 del 2006.

5. Con successivo ricorso per motivi aggiunti la Cooperativa impugnava le note del 29 dicembre 2016 (unitamente ad altre puntualmente indicate nella sentenza di primo grado) con cui la stazione appaltante l'aveva infine esclusa dalla gara a causa della mancata prova del possesso del requisito del fatturato specifico richiesto per il triennio 2012/2014 (essendo stato provato il possesso di un fatturato specifico medio annuo di €. 25.495.338,50 - o al più di €. 25.888.691,50, a voler aggiungere anche la quota per la quale non risultava prodotta alcuna documentazione - mentre il limite minimo previsto dal disciplinare ammontava a €. 29.699.371,00).

A supporto di tali motivi aggiunti veniva lamentato:

1) *violazione e falsa applicazione degli artt. 41, comma 1, 46 e 48 del d.lgs n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione dei punti 13.1.2, 13.1.3, 13.1.5, 15. 6 e 18.3 del disciplinare; eccesso di potere per irragionevolezza, illogicità, violazione del principio di proporzionalità e di massima partecipazione*): ciò in quanto, mentre la gara, come definita nella *lex specialis*, aveva ad oggetto il servizio di mensa presso i reparti della Polizia di Stato (cioè preparazione dei pasti, loro distribuzione al personale e pulizia finale dei locali) e solo a tale oggetto era riferito il requisito del fatturato medio annuo da parte dei

concorrenti, in sede di chiarimenti la stazione appaltante aveva precisato che i servizi erogati, in relazione ai quali sarebbe stato preso in considerazione il relativo fatturato, riguardavano solamente i pasti cotti all'interno (e non all'esterno) della struttura di mensa, il che costituiva un indebito mutamento dei requisiti di gara, laddove la stazione appaltante avrebbe in realtà dovuto riconoscere tutti i fatturati relativi ai servizi analoghi, come prevede l'art. 41, comma primo, del d.lgs. n. 163 del 2006 (trattandosi di pasti cucinati in strutture esterne ai locali nei quali avrebbero dovuto essere distribuiti, con una struttura organizzativa intuitivamente più complessa). Da ciò derivava l'illegittimità dei predetti chiarimenti;

2) *Violazione dell'art. 38, comma 2-bis, dell'art 4, comma 1, e degli artt. 46 e 48 del d.lgs n. 163 del 2006; violazione del dovere del clare loqui; violazione del principio del giusto procedimento; violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per difetto di istruttoria, violazione del principio di trasparenza, irragionevolezza e ingiustizia manifesta.*

3) *In subordine, violazione dell'art. 48, comma 1, del d.lgs n. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione del punto 11.9 e del punto 18.3.1 lettera e) del disciplinare di gara; eccesso di potere per ingiustizia manifesta e irragionevolezza.*

6. Si costituivano in giudizio anche le società Groupama ed AXA Assicurazioni, aderendo alla prospettazione della ricorrente.

7. Con ordinanza n. 627 del 2017 veniva accolta la domanda cautelare e la ricorrente era ammessa, con riserva, a partecipare alle fasi successive della gara.

8. Nelle more del giudizio sopravveniva la sentenza della Corte di Giustizia europea sulla questione pregiudiziale a suo tempo sollevata (CGUE C-523/16 e C-536/16 del 28 febbraio 2018).

9. Disposta istruttoria a carico dell'amministrazione resistente (giusta ordinanza n. 10791 del 2018), il giudice adito con la sentenza segnata in epigrafe accoglieva in parte

il ricorso introduttivo del giudizio, ritenendo fondato l'eccepito difetto di proporzionalità del provvedimento di irrogazione delle sanzioni, mentre respingeva invece i motivi aggiunti concernenti l'esclusione dalla gara.

10. Avverso tale decisione la Cooperativa ha interposto appello, deducendo:

1) *Error in iudicando e in procedendo. Errata percezione dei fatti e dei documenti. Violazione di legge (violazione e/o falsa applicazione dell'art. 41, comma 1, 46 e 48 del d.lgs. 163/2006). Violazione e/o falsa applicazione del punto 13.1.2, 13.1.3 e 13.1.5, del punto 15.4 e 15.6 e del 18.3 del disciplinare di gara;*

2) *Error in iudicando. Violazione di legge (violazione dell'art. 48, comma 1, del d.lgs. 163/206). Violazione e/o falsa applicazione del punto 11.9 e del punto 18.3.1 lettera e) del disciplinare di gara. Violazione Convenzione EDU. Eccesso di potere (ingiustizia manifesta, irragionevolezza).*

11. Ha resistito al gravame il Ministero dell'Interno concludendo per il suo rigetto.

12. Con memoria depositata il 2 luglio 2019 la Cooperativa appellante ha ribadito le proprie conclusioni insistendo per l'accoglimento del gravame e all'udienza pubblica del 18 luglio 2019, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

13. L'appello è fondato alla stregua delle osservazioni che seguono.

13.1. Con il primo motivo di gravame l'appellante sostiene che il provvedimento di esclusione dalla gara (per i tre lotti ai quali aveva partecipato) trarrebbe origine da un'indebita integrazione a posteriori (ossia in corso di gara) delle clausole contenute nel disciplinare (precisamente, al p.to 13.1.2 ed ai p.tti 15.4 e 15.6) che, in riferimento al requisito di capacità economico finanziaria, richiedeva espressamente un fatturato specifico per "servizi di mensa", mentre con la modifica apportata in sede di chiarimenti sarebbe stato inammissibilmente stabilito che per "servizi di mensa" avrebbero dovuto intendersi solamente quelli con preparazione dei pasti *in loco* e non anche quelli con

trasporto dei pasti preparati in centri cottura esterni al centro di distribuzione (c.d. servizio di mensa veicolato).

Ha evidenziato l'appellante che al quesito n. 4 (*“chiediamo conferma che per fatturato di servizi mensa, di cui al punto 13.1.2 del disciplinare di gara, si intende un fatturato conseguito per servizi di ristorazione collettiva, desumibile dai bilanci annuali?”*) l'amministrazione aveva risposto che *“il fatturato specifico di cui al punto 13.1.2 del disciplinare di gara per servizi di mensa (CPV 55510000-8) si può comprovare attraverso copia dei bilanci consuntivi, compresi gli allegati, relativi agli esercizi finanziari dell'ultimo triennio con indicazione del punto specifico da cui sia possibile evincere la misura (importo) e la tipologia (causale della fatturazione) del fatturato specifico dichiarato”* e al successivo quesito n. 21 (*“nei requisiti per l'ammissione alla gara, per fatturato generato da servizi mensa possono essere inclusi anche servizi di ristorazione collettiva [...]?”*) aveva chiarito che *“i servizi da ricomprendere nel requisito del fatturato sono quelli previsti dal codice CPV 55510000-8, relativo ai servizi di mensa”*. Al quesito n. 48 (richiamato nel provvedimento di esclusione dalla gara), con il quale era stato chiesto se rientrassero nel novero dei fatturati utili alla dimostrazione del requisito quelli scaturenti dai servizi di ristorazione scolastica e sanitaria, l'amministrazione avrebbe introdotto per via interpretativa una modifica restrittiva della *lex specialis* di gara, affermando *“che i servizi di mensa da ricomprendere sono quelli erogati mediante lo svolgimento da parte della società appaltatrice delle attività di acquisto delle derrate alimentari, nonché di preparazione, cottura e distribuzione dei pasti all'interno della struttura di mensa”*: in tal modo non solo la risposta avrebbe debordato dall'oggetto del quesito stesso, ma pure – e soprattutto – sarebbe stata operata un'inammissibile modifica (in senso più restrittivo) della legge di gara, introducendo un requisito limitativo in realtà non previsto da quest'ultima.

Il motivo è fondato.

13.1.1. La giurisprudenza (da ultimo Cons. Stato, III, 13 gennaio 2016, n. 74) ha escluso che l'amministrazione, a mezzo di chiarimenti auto-interpretativi, possa modificare o integrare la disciplina di gara, pervenendo ad una sostanziale disapplicazione della *lex specialis* del concorso.

I chiarimenti sono invero ammissibili se contribuiscono, con un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio*, ma non quando, proprio mediante l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost. (da ultimo *ex multis* Cons. Stato, III, 20 aprile 2015, n. 1993; V, 29 settembre 2015, n. 4441; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154). I chiarimenti non possono in alcun caso integrare la *lex specialis* ed essere vincolanti per la commissione giudicatrice (da ultimo, Cons. Stato, V, 17 gennaio 2018, n. 279).

13.1.2. Nel caso di specie dal confronto testuale tra il chiarimento al quesito n. 48 e la prescrizione di cui al punto 1.1 del disciplinare di gara (che fissa l'oggetto del servizio) emerge che con il primo la stazione appaltante ha in realtà integrato il contenuto della seconda, inserendovi dei nuovi elementi aventi lo scopo lo scopo di restringere il novero dei servizi utilizzabili dai concorrenti ai fini della partecipazione alla procedura di gara.

Recita infatti la richiamata disposizione del disciplinare: “*il servizio si compone delle seguenti prestazioni: servizio di mensa presso gli organismi della Polizia di Stato erogato mediante acquisto delle derrate alimentari, nonché di preparazione, cottura e distribuzione dei pasti, riassetto e pulizia delle stoviglie e dei locali*”. Nessun riferimento, neppure implicito, è rinvenibile al riferimento “*all'interno della struttura di mensa*”.

Del resto, come evidenziato dall'appellante, il quesito n. 48 era logicamente connesso al precedente quesito n. 28, rispetto al quale l'amministrazione aveva precisato che “*i servizi da ricomprendere nel requisito del numero dei pasti erogati (rif. 13.1.3) e in quello del fatturato specifico per servizi mensa (rif. 13.1.2.) sono quelli previsti dal codice CPV 55510000-8, relativo ai servizi di mensa*”.

Anche l'indicazione specifica (e per tale limitativa) del CPV 55510000-8 non compariva né nella lettera d'invito, né nel disciplinare di gara.

13.1.3. I chiarimenti nella fattispecie in esame hanno dato vita a un'integrazione restrittiva del requisito indicato dal punto 13.1.2 (richiamato dal successivo punto 15.6) del disciplinare di gara.

Per l'effetto, la precisazione “*preparazione, cottura e distribuzione dei pasti all'interno della struttura di mensa*”, introdotta *ex novo* con il chiarimento n. 48, ha avuto l'effetto di modificare in senso restrittivo la *lex specialis*, escludendo i servizi mensa nei quali la preparazione dei pasti avviene in un centro cottura esterno alla struttura ove i pasti stessi vengono poi consumati.

La prescrizione del disciplinare testualmente richiedeva solamente la dimostrazione di un “*fatturato medio annuo, calcolato sul fatturato specifico per servizi di mensa riferito agli esercizi 2012, 2013, e 2014, almeno pari al valore base annuo del lotto per il quale si intende partecipare. In caso di partecipazione a più lotti, il fatturato medio annuo come sopra determinato dovrà essere di valore almeno pari alla somma del valore dei lotti per i quali si partecipa*”, senza precisazioni o distinzioni di sorta.

Queste ultime, come fornite dalla stazione appaltante, hanno avuto l'effetto non già di esplicitare il significato (in ipotesi ambiguo od oscuro) della *lex specialis*, bensì di modificare inammissibilmente l'oggetto della prescrizione, mutandone strutturalmente il contenuto ed il senso, così integrando in termini restrittivi il

requisito di cui al p.to 13.1.2 (richiamato dal successivo p.to 15.6) del disciplinare di gara.

13.1.4. In estrema sintesi, il generico riferimento ai “*servizi di mensa*” contenuto nella *lex specialis* nulla diceva in merito alle modalità organizzative della preparazione dei pasti, limitandosi ad indicarne il periodo di riferimento (le annualità 2012, 2013 e 2014) e prescindeva dalle modalità organizzative del servizio e dal luogo di preparazione dei pasti.

La pregressa attività di gestione dei pasti era considerata utile dalla *lex specialis* per il solo fatto che il suo valore economico era stato almeno pari “*alla somma del valore dei lotti per i quali si partecipa*”, di talché l’interpretazione sostenuta dall’amministrazione ha finito per integrare indebitamente il significato della clausola della *lex specialis*, in contrasto, oltre che con i principi di concorrenza e di *favor participationis*, con l’altra affermazione giurisprudenziale, che qui si intende ribadire, secondo cui “*le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un’obiettiva incertezza del loro significato letterale. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell’affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162)*” (in termini, da ultimo, Cons. Stato, V, 12 settembre 2017, n. 4307).

13.2. L’accoglimento del primo motivo di appello assorbe le censure sollevate col secondo, relativo all’escussione della cauzione da parte della stazione appaltante in

conseguenza dell'esclusione dalla gara – dedotto in via subordinata per l'ipotesi di reiezione del precedente.

14- Per le ragioni esposte l'appello va accolto, con conseguente accoglimento dei motivi aggiunti originariamente proposti dall'odierno appellante in primo grado.

La particolarità delle questioni affrontate giustifica l'integrale compensazione tra le aperti delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in parziale riforma dell'appellata sentenza, accoglie il ricorso per motivi aggiunti originariamente proposto dalla Cooperativa appellante ed annulla gli atti con esso impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE
Valerio Perotti

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO