

Pubblicato il 10/08/2016

N. 03570/2016REG.PROV.COLL.
N. 09358/2015 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 numero di registro generale 9358 del 2015, proposto dalla società Matarrese Service S.n.c. dei F.lli Matarrese, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Musci C.F. MSCMRZ70H19L328Z, con domicilio eletto presso lo Studio Placidi in Roma, via Cosseria, 2

contro

Provincia di Barletta Andria Trani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Felice Ingravalle C.F. NGRMSM64B03A669I, con domicilio eletto presso lo Studio Sanino in Roma, viale Parioli, 180

nei confronti di

SO.DI. Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Ricciardi C.F. RCCVCN44M27A662A e Mara Caponio C.F. CPNMRA72T47A662K, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

DIA S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Colella C.F. CLLDNC76E07A662Q, con domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2

***per la riforma della sentenza del T.A.R. della Puglia, Sezione I,
n. 1213/2015***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Barletta Andria Trani, della SO.DI. Service S.r.l. e della DIA S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 aprile 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Maurizio Musci, Domenico Colella e Michele Perrone su delega dell'avvocato Mara Caponio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

La Ditta Matarrese Service Gestione Distributori Automatici, oggi Matarrese Service s.n.c. dei F.lli Matarrese, partecipava alla procedura aperta indetta dalla Provincia di Barletta – Andria – Trani (BAT), giusta determinazione dirigenziale n. 313 del 3

dicembre 2011, con avviso pubblicato il successivo 13 dicembre 2011 sul proprio sito istituzionale, *“per l’aggiudicazione dell’accordo quadro relativo alla concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande tramite distributori automatici presso gli uffici provinciali e gli istituti scolastici della Provincia di Barletta Andria Trani”*.

La gara, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, aveva ad oggetto la conclusione di un accordo quadro (in seguito AQ), con tre operatori economici, della durata di quattro anni, sul quale basare la scelta dei soggetti, cui affidare concessioni specifiche (CS) ai sensi dell’articolo 30 del decreto legislativo n 163 del 2006 del servizio di piccola ristorazione, mediante un numero stimato di distributori automatici pari a cento, da installare negli istituti scolastici e uffici della Provincia BAT.

Il canone di concessione individuato dalla stazione appaltante e posto a base d’asta era di euro 413.332,00 per quattro anni, per i 100 distributori.

Alla procedura di gara prendevano parte la Matarrese Service, oggi s.n.c., la Di.A. s.r.l. e la controinteressata (odierna appellata) SO.DI. Service.

Con determinazione dirigenziale n. 255 del 10 agosto 2012 la stazione appaltante disponeva l’esclusione della SO.DI. Service s.r.l. in ragione della violazione della previsione del disciplinare di gara (articolo 5, lett. D) che imponeva la produzione, a pena di esclusione, dei certificati di qualità aziendale, di cui all’articolo 3, comma 4, lett. a) dello stesso disciplinare, in originale o in copia

conforme all'originale.

Con la stessa determinazione dirigenziale veniva disposta l'aggiudicazione dell'accordo quadro in favore dei concorrenti utilmente collocati nella graduatoria definitiva, ovvero la Di.A. s.r.l. e la Matarrese Service s.n.c.

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. della Puglia e recante il n. 1439/2012 la SO.DI. Service impugnava i provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione, chiedendone l'annullamento.

Con sentenza resa in forma semplificata n. 1907 del 9 novembre 2012 il Tribunale amministrativo adito accoglieva il ricorso della SO.DI. Service. Annullava, conseguentemente, il provvedimento di esclusione di SO.DI., l'aggiudicazione definitiva alle imprese controinteressate ed il presupposto articolo 5, lettera D) del disciplinare di gara (parimenti gravato).

Evidenziava al riguardo il Tribunale amministrativo che l'esclusione di SO.DI. e la presupposta clausola della *lex specialis* di gara (articolo 5, lett. D) fossero illegittime per violazione all'articolo 46, comma 1-bis del decreto legislativo n. 163 del 2006 giacché la presentazione della certificazione di qualità in originale o in copia autentica costituisce adempimento formale non essenziale e non previsto da alcuna disposizione di legge o regolamento.

Detta sentenza veniva impugnata dalla Matarrese Service con ricorso in appello r.g. n. 8429/2012.

La Sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza n. 4471/2013, rigettava il ricorso in appello, confermando la sentenza di primo grado.

All'esito dei suddetti giudizi, con il verbale n. 10 del 10 ottobre 2013, la Commissione di gara procedeva all'apertura della busta contenente l'offerta economica della SO.DI. Service s.r.l. e prendeva atto delle percentuali di rialzo delle tre imprese rimaste in gara:

- 1) Matarrese Service s.n.c.: 12 per cento di rialzo sul canone di concessione a base d'asta e 5 per cento sul prezzo dei prodotti;
 - 2) Di.A. s.r.l.: 15 per cento di rialzo sul canone di concessione a base d'asta e 4% sul prezzo dei prodotti;
 - 3) SO.DI. Service: 121,90 per cento di rialzo sul canone di concessione a base d'asta e 21,08 per cento sul prezzo dei prodotti.
- Veniva, pertanto, stilata la graduatoria provvisoria che vedeva al primo posto la SO.DI. Service s.r.l., con il massimo del punteggio disponibile (100 punti), al secondo la Matarrese Service (con 58,47 punti) ed al terzo la Di.A. s.r.l. (con 57,89 punti).

Successivamente, la Commissione (cfr. verbale n. 10 del 10 ottobre 2013), preso atto della *“(...) ricorrenza della fattispecie di cui all'art. 86, c. 2, d. lgs 163/2006, in relazione all'offerta presentata dalla concorrente SO.DI. Service s.r.l., avendo la stessa conseguito un punteggio superiore ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal disciplinare di gara, sia con riferimento ai punti relativi al prezzo, sia con riferimento alla somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione (...)”*, disponeva di sottoporre l'offerta economica della SO.DI. Service s.r.l. a procedimento di valutazione di congruità.

Espletata la predetta procedura, dopo avere esaminato le giustificazioni richieste, le successive precisazioni e i dati forniti

in sede di audizione ai sensi dell'articolo art. 88, comma 4 del decreto legislativo n. 163/2006, la Commissione di gara, con il verbale n. 15 del 15 luglio 2014, riteneva esaustive le giustificazioni addotte dalla controinteressata SO.DI. Service s.r.l. Con la determinazione dirigenziale del Settore IV - Formazione Professionale, Politiche del Lavoro, Welfare, Servizi alle Imprese e Cittadini n. 2754 del 3 ottobre 2014, a firma del Dirigente responsabile, la Provincia BAT approvava *“l'attribuzione del punteggio complessivo delle singole offerte presentate effettuata nel corso della seduta pubblica di apertura della busta contrassegnata con la lettera “C” contenente l'offerta economica presentata dalla SO.DI. Service srl, di cui al predetto verbale n. 10 del 10/10/2013”*, approvava *“l'esclusione dell'anomalia dell'offerta definitivamente dichiarata nel corso della seduta del 15/07/2014 e di cui al verbale n. 15”*, approvava la graduatoria definitiva e, per l'effetto, disponeva *“l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'aggiudicazione di un accordo quadro, con tre operatori economici”* in favore delle tre ditte utilmente collocatesi nella predetta graduatoria, SO.DI. Service, Matarrese Service e Di.A.

Con l'atto introduttivo del giudizio di primo grado la ricorrente Matarrese Service s.n.c. impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata SO.DI. Service di cui alla citata determina dirigenziale n. 2754/2014.

Contestava, altresì, tutti gli atti di gara (in particolare i verbali in epigrafe indicati), la nota della Provincia BAT del 17 ottobre 2014 recante richiesta di documentazione per la verifica dei requisiti di

capacità tecnica ed economica, ed, ove occorra, gli artt. 3 e 5 del disciplinare di gara.

Chiedeva, infine, la caducazione e/o declaratoria di inefficacia dell'accordo quadro eventualmente stipulato medio tempore dalla Provincia BAT con la controinteressata SO.DI. Service.

Il T.A.R. adito, con sentenza n. 1213 del 6 ottobre 2015, rigettava il ricorso della Matarrese Service, ritendendo che non vi è un obbligo, gravante sulla stazione appaltante, di motivazione in modo completo ed approfondito del giudizio positivo di non anomalia dell'offerta (fattispecie ricorrente nel caso di specie con riferimento alla posizione di SO.DI.), obbligo che sussiste unicamente in ipotesi di giudizio negativo che conduce alla esclusione dell'offerta.

Il T.A.R. affermava inoltre che il giudizio di verifica sull'anomalia dell'offerta rappresenta un accertamento sulla serietà, congruità ed attendibilità dell'offerta stessa nel suo complesso e costituisce espressione di un potere tecnico - discrezionale della stazione appaltante, non sindacabile in sede di legittimità, a meno che le valutazioni siano immotivate o manifestamente illogiche, ovvero fondate sui errori di fatto o deficienze istruttorie, o derivanti da un procedimento viziato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348).

Avverso tale sentenza propone appello la Materrese Service, deducendo la violazione ed erronea applicazione degli artt. 86 e ss. Decreto legislativo n. 163 del 2006; l'eccesso di potere per abnormità procedimentale e difetto di istruttoria; la violazione e/o erronea applicazione degli artt. 3 e 5 del disciplinare di gara;

violazione e/o erronea applicazione degli artt. 41, 43 e 48 dlgs n. 163/2006.

L'appellante deduce altresì che, nell'ambito del procedimento penale n. 2950/RG, è stata esercitata l'azione penale nei confronti del sig. Riccardo Tota, legale rappresentante della SO.DI Service all'epoca dei fatti, nonché nei confronti del legale rappresentante della CDQ Italia S.r.l., organismo certificatore.

Si rileva che dall'ipotesi accusatoria emerge che il sig. Tota, in concorso con la CDQ Italia, avrebbe prodotto, nella gara oggetto del giudizio, una certificazione UNI EN ISO 22000 falsa, "*in quanto contraffatta con riferimento alla data di adozione*".

Per resistere all'appello si sono costituite l'appellata Provincia di Barletta – Andria –Trani e la controinteressata SO.DI service s.r.l., che hanno dedotto l'infondatezza delle censure e l'irrilevanza delle richieste di rinvio a giudizio, concernente fatti non decisivi ai fini della controversia per cui è causa. La controinteressata SO.DI. ha rilevato, altresì, il difetto di interesse a ricorrere della Matarrese Service.

A sostegno dell'appello ha, inoltre, depositato memoria difensiva la D.I.A. s.r.l., interventrice *ad adiuvandum* in primo grado.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello di una società attiva nel settore della distribuzione di alimenti e bevande (la quale aveva partecipato alla procedura aperta indetta dalla provincia di Barletta-Andria-Trani per l'aggiudicazione di un accordo-quadro relativo alla concessione del servizio di somministrazione di alimenti e bevande tramite distributori

automatici e si era classificata al secondo posto) avverso gli atti con cui la Provincia appellata ha dichiarato la congruità dell'offerta della prima classificata e ha proceduto all'aggiudicazione definitiva.

2. È necessario esaminare, con la priorità conseguente alla natura processuale dell'eccezione, l'asserito difetto di interesse al ricorso di Materesse Service, fatto valere in primo grado dalla controinteressata SO.DI. e riproposto nella memoria difensiva depositata in appello in data 7 dicembre 2015.

2.1. Tale eccezione è infondata.

2.1.1. Va premesso al riguardo che non può essere condiviso l'argomento svolto dalla SO.DI. secondo cui il motivo in questione risulterebbe in concreto inammissibile in quanto concreterebbe una sorta di 'difesa anticipata' relativa a un'eccezione neppure sollevata dalla SO.DI.

E' sufficiente osservare al riguardo che con la memoria depositata in data 7 dicembre 2015 la stessa SO.DI. ha in effetti contestato la sussistenza in capo alla Matarrese Service di uno specifico interesse all'impugnativa degli atti relativi alla sua ammissione alla gara.

Il che palesa l'evidente contraddittorietà delle tesi difensive in parte qua svolte dall'appellata.

2.1.2. Nel merito l'eccezione è poi infondata.

L'aggiudicazione dell'Accordo Quadro, infatti, è volta a rilanciare il confronto competitivo tra gli aggiudicatari della gara, mediante invio della richiesta di offerta, per l'aggiudicazione delle singole Concessioni Specifiche, bandite dalla stazione appaltante.

Ciò implica che, nei confronti competitivi tra gli aggiudicatari dell'Accordo Quadro per l'aggiudicazione delle singole Concessioni Specifiche, questi debbano necessariamente parametrare la propria offerta (al fine di ottenere concrete chances di aggiudicazione) alla percentuale di rialzo sul canone di concessione a base d'asta presentato dalla SO.DI. Service la quale, qualora abbia illegittimamente partecipato alla gara o presentato un'offerta anomala, sarebbe suscettibile di alterare l'intera procedura competitiva, con conseguente vulnerazione dei principi di concorrenza e *par condicio* tra gli operatori.

In ogni caso – e a tacer d'altro – la sola circostanza per cui la partecipazione alla procedura da parte di un concorrente (la SO.DI.), in tesi non legittimato a prendervi parte, imponga agli altri concorrenti di formulare offerte economiche di gran lunga più onerose di quelle che avrebbero formulato in assenza di tale concorrente, palesa di per sé la sussistenza di un interesse differenziato e qualificato ad impugnare l'ammissione alla gara da parte della SO.DI.

La concretezza e l'attualità dell'interesse dell'appellante sono altresì fatte palesi dalla considerazione che sarebbe a quest'ultimo preclusa – qualora non fatta valere avverso l'aggiudicazione dell'Accordo Quadro – ogni contestazione circa la legittima partecipazione e l'anomalia dell'offerta di altro aggiudicatario, con conseguente consolidamento del pregiudizio patito.

3. Il Collegio ritiene in primo luogo di incentrare la propria analisi sull'esame del secondo motivo di appello (in sostanza coincidente con il secondo motivo del ricorso di primo grado, puntualmente

riproposto nella presente sede di appello a seguito della reiezione da parte del primo Giudice).

Per quanto il giudizio sull'anomalia dell'offerta della SO.DI. non sembri presentare quei vizi di illogicità manifesta e incongruenza che legittimano un intervento, intrinseco ancorché non sostitutivo, del Giudice amministrativo sull'esercizio della discrezionalità tecnica, la partecipazione di SO.DI. alla gara risulta nondimeno viziata da un'illegittimità radicale che consente di ritenere fondata la censura in esame, relativa alla stessa ammissione alla gara della concorrente in parola.

In particolare, con il motivo in questione la Matarrese Service ha contestato la validità del certificato UI EN ISO 22000 prodotto dalla SO.DI. Service ai fini della partecipazione alla procedura per cui è causa.

3.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che la sopravvenuta richiesta di rinvio a giudizio del legale rappresentante della società appellata per falsità in atti in ordine alla data di effettiva adozione della certificazione di qualità non rileva in sé (al contrario di quanto affermato dalla SO.DI.), ma in relazione alla documentazione allegata all'annotazione della Polizia Giudiziaria, conclusiva delle indagini e che conforta quanto da Matarrese sostenuto in primo grado.

3.2. Più in generale, il Collegio osserva

- che, in base alle analisi informatiche condotte dagli organi di del Nucleo di Polizia Tributaria di Bari (nella presente sede non adeguatamente contestati e la cui valenza indicativa ai fini del presente giudizio non è stata efficacemente contestata

dall'appellata), il documento relativo al certificato ISO 22000 prodotto dalla SO.DI. ai fini partecipativi, pur recando come data ufficiale il 7 dicembre 2011, risulta essere stato in realtà creato e stampato per la prima volta in data 12 gennaio 2012 (ossia, in una data successiva rispetto a quella stabilita dalla *lex specialis* per il possesso del requisito);

- che, quindi, sussistono quindi elementi univoci, fortemente indizianti e non adeguatamente contestati nella loro materialità e rappresentatività secondo cui la data di emissione precedente sia stata apposta proprio al fine di consentire alla SO.DI. di partecipare alla procedura dichiarando il possesso di un requisito previsto a pena di esclusione (il possesso di tale certificazione era infatti imposto ai fini partecipativi dall'articolo 3, comma 4, lettera a) del disciplinare di gara);

- che, a seguito dell'acquisizione degli atti del procedimento penale instaurato nei confronti dei legali rappresentanti della CDQ Italia s.r.l. (Ente certificatore) e della SO.DI., è emerso che la data della certificazione UNI EN ISO 22000 prodotta dalla SO.DI. (e il cui possesso risultava determinante ai fini partecipativi) fosse affetta da rilevanti indizi di falsità "*in quanto contraffatta con riferimento alla data di adozione*";

- che, in particolare, dall'esame dei documenti rinvenuti dall'esame dei files informatici estratti dal Nucleo della Polizia Tributaria della G. di F. di Bari a carico della CDQ Itala s.r.l. e della SO.DI. (documenti – questi ultimi – depositati fra gli atti dell'appello) è emersa – al di là di ogni ragionevole dubbio – l'effettiva incongruenza fra le date apposte sui certificati e quelle

in cui sono stati in concreto generati i documenti medesimi (con conseguente alterazione del contenuto sostanziale delle dichiarazioni rese). Sotto tale aspetto non rileva ai fini del decidere la circostanza secondo cui la documentazione idonea a palesare la richiamata incongruità (e, in via mediata, la falsità delle certificazioni allegata ai fini partecipativi) sia stata prodotta dalla Matarrese Service per la prima volta nella presente sede di appello. Al riguardo è appena il caso di richiamare l'articolo 104, comma 2 del cod. proc. amm. secondo cui nel giudizio amministrativo *“non sono ammessi nuovi mezzi di prova e non possono essere prodotti nuovi documenti, salvo che il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero che la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile”*. Al riguardo è appena il caso di osservare che ricorrono qui entrambe le condizioni le quali consentono – ai sensi della richiamata disposizione – di derogare al divieto di nova in appello per ciò che riguarda i nuovi documenti: i) l'indispensabilità degli stessi ai fini del decidere, nonché ii) l'impossibilità per l'appellante di produrre nell'ambito del primo grado la documentazione concretamente idonea a palesare la falsità della documentazione prodotta dalla SO.DI. ai fini partecipativi;

- che neppure può essere condivisa la tesi difensiva della SO.DI. secondo cui il motivo in questione risulterebbe inammissibile per essere stato articolato per la prima volta nella presente sede di appello (atteso che nel corso del primo grado la SO.DI. si sarebbe limitata a contestare l'incongruenza fra la dichiarazione allegata ai

fini partecipativi e quella allegata ai fini della comprova dei requisiti). Al riguardo ci si limita ad osservare: i) che nel corso del primo grado ci si era già soffermati sulla generale questione della validità della più volte richiamata certificazione; ii) che appare rituale la contestualizzazione e precisazione dei motivi di invalidità sulla scorta di documenti di cui l'appellata non poteva disporre nel corso del giudizio di primo grado per fatto alla stessa non imputabile.

3.3. Di conseguenza, la sentenza gravata, nella parte in cui dichiara valida dal 2011 la certificazione ISO22000 depositata dalla SO.DI. Service, deve essere riformata, attesa l'illegittima ammissione alla gara della suindicata controinteressata, carente – alla data indicata dalla *lex specialis* - di un requisito previsto a pena di esclusione.

4. La fondatezza del secondo motivo di appello palesa in definitiva l'illegittimità dell'ammissione alla procedura della SO.DI. e, in via mediata, la fondatezza del ricorso di primo grado.

Ciò risulta evidentemente dirimente ai fini del decidere ed esime il Collegio dall'esame puntuale:

- del primo motivo di appello (con cui sono stati reiterati gli argomenti volti a censurare l'inadeguatezza ed erroneità dell'istruttoria condotta dalla Commissione di gara nel valutare la congruità dell'offerta economica della SO.DI. Service e le relative giustificazioni);
- del terzo motivo di appello (con cui sono stati reiterati gli argomenti, già profusi in primo grado e non condivisi dal T.A.R., volti a censurare il provvedimento di aggiudicazione definitiva e il

disciplinare di gara per la parte in cui quest'ultimo ha stabilito, quale parametro di riferimento per il fatturato minimo per la partecipazione alla gara, il canone di concessione a base d'asta, pari ad euro 413.332,00)

5. Per le ragioni esposte, in conclusione, il Collegio ritiene che l'appello debba essere accolto nei sensi di cui in motivazione, con assorbimento di ogni altra ragione difensiva per quanto non risulti già espressamente valutato.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui ai punti 3.3. e 5 della motivazione.

Condanna la SO.DI. Service e la Provincia di Barletta-Andria-Trani alla rifusione in favore dell'appellante della somma di euro 5.000 (cinquemila), oltre gli accessori di legge, da suddividere in parti eguali fra ciascuna delle parti soccombenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

L'ESTENSORE
Claudio Contessa

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO