

Pubblicato il 30/07/2018

N. 04664/2018REG.PROV.COLL.
N. 07312/2017 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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7312 del 2017,
proposto da:

Pellegrini S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio
eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/B;

contro

Comune di Turate, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dagli avvocati Giorgio Lezzi, Damiano Lipani, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Damiano Lipani in Roma, via
Vittoria Colonna, n. 40;

nei confronti

Giemme S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata
e difesa dagli avvocati Giuseppe Velluto, Antonio Lirosi, Guido Reggiani,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Lirosi in Roma,
via delle Quattro Fontane, n. 20;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, Sezione IV, n. 01861/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Turate e di Giemme S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2018 il Cons. Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Massimiliano Brugnoletti, Sbrana su dichiarata delega di Damiano Lipani e Giorgio Lezzi, Antonio Lirosi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Comune di Turate ha bandito una procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. 50 del 2016 per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per il triennio 1 settembre 2017-31 agosto 2020, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con attribuzione di un massimo di sessanta punti per l'offerta tecnica e di quaranta per l'offerta economica).

Alla gara hanno partecipato quattro concorrenti e, all'esito della valutazione delle offerte, è risultata prima in graduatoria Giemme s.r.l. (nel prosieguo soltanto "Giemme") con 91,97 punti, seguita da Pellegrini s.p.a. (d'ora in avanti "Pellegrini"), con 88,81 punti, Euroristorazione (con 88,87 punti) e Sodexo (con 86,81 punti); esaurita la fase della verifica di congruità del prezzo offerto, è stata disposta l'aggiudicazione in favore di Giemme (giusta determinazione n. 368 del 25 luglio 2017).

2. Avverso tale provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti della procedura è insorta Pellegrini, domandandone l'annullamento al Tribunale

amministrativo regionale per la Lombardia, con conseguenziale declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more sottoscritto, e risarcimento dei danni subiti.

A sostegno dell'impugnazione è stata dedotta la violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50 del 2016, la violazione dell'art. 26 del d.lgs. 81 del 2008 e della normativa in materia di tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, la violazione dell'art.15, lett. c) del disciplinare di gara, la carenza di istruttoria e di motivazione, nonché la violazione dell'art. 97 del d.lgs. 50 del 2016, dell'art. 30 del d.lgs. 50 del 2016 e dell'art.15 del disciplinare di gara, il travisamento dei fatti e dei presupposti, la carenza ed erroneità dell'istruttoria, il difetto di motivazione, la violazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa: secondo la ricorrente le giustificazioni circa i costi per la sicurezza, completamente azzerati, sarebbero state generiche, insufficienti ed erronee, il che avrebbero reso l'offerta del tutto inattendibile; del resto anche i chiarimenti forniti a dimostrare la congruità del prezzo (gravemente sottostimato) in relazione alle voci di costo indicate dalla stazione appaltante sarebbero stati inadeguati, privi di qualsiasi supporto probatorio, e irragionevoli.

3. Con la sentenza indicata in epigrafe, nella resistenza dell'amministrazione e di Gemme, l'adito tribunale ha dichiarato inammissibile il ricorso per carenza di interesse, accogliendo in tal senso le eccezioni *ex adverso* sollevate dall'amministrazione resistente e dalla controinteressata, in quanto applicando la formula matematica prevista dalla *lex specialis* per la determinazione del punteggio delle offerte economiche a quelle rimaste in gara in conseguenza dell'esclusione dell'aggiudicataria, la ricorrente non avrebbe comunque conseguito l'auspicata aggiudicazione, risultando sempre seconda in graduatoria.

4. Pellegrini ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua dei seguenti motivi di gravame, così rubricati: "1.

Errores in iudicando. Violazione dell'art. 95, comma 15, d.lgs. 50 del 2016 e della ratio della norma. 2. Errores in iudicando. Violazione dell'art. 95, comma 15, d.lgs. 50 del 2016 sotto diverso profilo; 3. Errores in iudicando. Violazione dell'art. 100 c.p.c. 4. Errores in iudicando. Violazione dell'art. 113 della Costituzione; 5. Errores in iudicando. Violazione dell'art.7 e 34, comma 2, c.p.a.

L'appellante ha altresì riproposto (con il sesto e settimo motivo di impugnazione), ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., le censure formulate nel giudizio di primo grado e non esaminate dal tribunale, ovvero: violazione dell'art. 95, comma 10, del d.lgs. 50 del 2016, violazione dell'art.26 del d.lgs. 81 del 2008 e della normativa in materia di tutela della sicurezza sui luoghi di lavoro, violazione dell'art.15, lett. c) del disciplinare di gara, carenza di istruttoria e di motivazione, nonché violazione dell'art. 97 del d.lgs. 50 del 2016, violazione dell'art. 30 del d.lgs. 50 del 2016, violazione dell'art.15 del disciplinare di gara, travisamento dei fatti e dei presupposti, carenza ed erroneità dell'istruttoria, difetto di motivazione, violazione del principio di buon andamento dell'attività amministrativa.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Turate e Gemme, che hanno dedotto l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, di cui hanno chiesto il rigetto; le parti appellate hanno altresì depositato in atti il contratto per l'affidamento del servizio di refezione stipulato tra la stazione appaltante e la ditta aggiudicataria in data 13 novembre 2017.

5. Dichiarata improcedibile a seguito di rinuncia dell'appellante la domanda cautelare giusta ordinanza n. 5073 del 24 novembre 2017, all'udienza pubblica del 12 aprile 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. Con i primi cinque motivi di gravame l'appellante ha in sintesi:

a) contestato l'interpretazione data dal tribunale dell'art. 95, comma 15, d.lgs. 50 del 2016, lì dove ha ritenuto che la regola per cui la soglia calcolata in sede di gara resta insensibile ad eventuali successive modifiche della

platea dei concorrenti determinatesi per effetto di decisioni giurisdizionali (c.d. invarianza della soglia di anomalia) si riferisca esclusivamente alle *“medie della procedura”* e alla *“soglia di anomalia dell’offerta”*: tale interpretazione, ad avviso dell’appellante, sarebbe, per un verso, contraria alla *ratio legis* della modifica normativa (di cui all’art. 39 del d.l. 90 del 2014 che ha introdotto il comma 2 *bis* nel testo dell’art. 38 D.Lgs. 163 del 2006), trasfusa nella citata disposizione del Nuovo Codice dei contratti pubblici (finalizzata a cristallizzare l’esito delle procedure di gara, rendendone più stabili gli esiti e ad evitare iniziative distorsive della leale concorrenza tra imprese) e, per altro verso, contraddetta dal prevalente indirizzo giurisprudenziale amministrativo di immodificabilità della graduatoria anche per i punteggi economici a seguito di interventi giurisdizionali al fine di assicurare *“preminenza all’interesse alla conservazione degli atti di gara, nonostante la successiva esclusione di taluno dei concorrenti”* (Consiglio di Stato, V, 23 febbraio 2017, n. 847 e TAR Veneto, I, 23 agosto 2017, n. 802);

b) evidenziato che, diversamente da quanto ritenuto dalla sentenza, anche i calcoli derivanti dalla formula matematica contemplata dall’art. 14.3. del Disciplinare soggiacerebbero al principio, avente portata generale, di immodificabilità della graduatoria e di irrilevanza delle sopravvenienze, in quanto anche il punteggio risultante rappresenta un calcolo di medie tra le varie offerte economiche, trovando dunque piena applicazione, pure nella fattispecie in esame, la regola dell’art. 95, comma 15, d.lgs. 50 del 2016 che peraltro fa riferimento a un calcolo di medie nella procedura intesa unitariamente e non nelle sue singole fasi; una diversa esegesi, secondo l’appellante, condurrebbe del resto a risultati abnormi consentendo, ad esempio, alla stazione appaltante di rimaneggiare indiscriminatamente anche la graduatoria tecnica e circoscrivendo la norma in esame ad un ambito di applicazione specifico, nonostante essa debba ritenersi espressiva di un principio generale in tema di pubbliche gare;

c) rilevato la non divisibilità della declaratoria di inammissibilità per difetto di interesse, non potendo ciò inferirsi dalla mera circostanza che essa ricorrente, all'esito del ricalcolo dei punteggi economici a seguito dell'invocata esclusione di Giemme, sarebbe stata comunque seconda in graduatoria, risultando in tal caso la migliore offerta quella di Euroristorazione: anche in tal caso sussisterebbe infatti l'interesse concreto e attuale di Pellegrini, seconda graduata, ad attaccare con autonomo ricorso l'ulteriore aggiudicazione della gara, potendo essa conseguire dall'auspicato annullamento della nuova aggiudicazione un'utilità effettiva e non meramente virtuale;

d) sostenuto che la sentenza appellata avrebbe esorbitato dai limiti del sindacato giurisdizionale non potendo in alcun caso il giudice amministrativo pronunciare con riferimento a poteri non ancora esercitati dall'amministrazione in base al disposto dell'art. 34, comma 2, Cod. proc. amm.

7. I motivi di appello così sintetizzati, che per la loro intima connessione possono essere trattati congiuntamente, sono infondati, non meritando la sentenza impugnata le critiche che le sono state rivolte.

7.1. Posto che l'art. 95, comma 15, del d. lgs. n. 50 del 2016 stabilisce che *“ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte”*, la Sezione è dell'avviso che la sentenza impugnata non abbia fatto malgoverno dei principi giurisprudenziali in tema di immodificabilità della graduatoria e di irrilevanza delle sopravvenienze (pur se determinate da vicende giudiziarie), avendo in realtà puntualmente colto il tema centrale del giudizio, ovvero l'impossibilità per l'appellante di coltivare efficacemente l'interesse a conseguire il bene della vita e di ritrarre dall'accoglimento del ricorso un'utilità non meramente virtuale, ma

effettiva, diretta e attuale qual è quella all'aggiudicazione della gara.

Il tribunale ha infatti correttamente posto a fondamento del ragionamento logico svolto l'esame del contenuto della formula matematica di cui all'art.14.3. del Disciplinare, secondo cui il punteggio all'offerta economica doveva essere assegnato moltiplicando il valore corrispondente al prezzo più basso offerto dai concorrenti per il punteggio massimo (in concreto quello di Giemme, odierna appellata) assegnabile all'offerta economica, ovvero 40 punti, e dividendo poi il risultato così ottenuto per il prezzo offerto dal concorrente del quale si stava trattando il punteggio; ha quindi in maniera condivisibile concluso che l'esclusione di Giemme determinava un doveroso ricalcolo delle offerte economiche, mercé applicazione del prezzo più basso offerto tra i concorrenti rimasti in gara, per effetto del quale *ictu oculi* l'offerta di Pellegrini non sarebbe risultata, neppure nella graduatoria così rimodulata, la migliore.

In realtà le censure sollevate dell'appellante circa l'errata interpretazione operata dal primo giudice della disposizione di cui all'art. 95, comma 15, d.lgs. 50 del 2016 non sono convincenti, non essendo in discussione che la richiamata disposizione abbia introdotto la regola dell'immodificabilità della graduatoria e dell'irrilevanza delle sopravvenienze pur se determinate da vicende giudiziarie a tutela dell'esigenza di garantire la celerità dell'affidamento e la stabilità degli esiti della gara.

Tali regole sono rivolte a contenere *“l'evidente rischio che, nelle more della partecipazione comunque avvenuta in punto di fatto, la permanenza in gara del concorrente in seguito escluso abbia sortito taluni effetti in punto di determinazione delle medie o delle soglie di anomalia”* (Consiglio di Stato, III, 22 febbraio 2017, n. 841), avendo in tal modo il legislatore inteso sterilizzare la promozione di controversie meramente speculative e strumentali da parte di concorrenti non utilmente collocatisi in graduatoria mossi dall'unica finalità, una volta noti i ribassi offerti e quindi gli effetti delle rispettive partecipazioni in gara

sulla soglia di anomalia, di incidere direttamente su quest'ultima traendone vantaggio.

Pertanto, non potendo la regola del c.d. "blocco della graduatoria" che essere applicata nell'ambito del perimetro delineato dalla stessa disposizione, circoscritta alle ipotesi in cui la regressione della procedura comporti comunque il ricalcolo di medie aritmetiche o la rideterminazione di soglie di anomalia, essa, come ha correttamente rilevato il Tribunale, non è invocabile nel caso di specie, poiché l'applicazione della formula matematica prevista dal disciplinare di gara *"non sottende né implica la considerazione di "valori medi" da tenere fermi"* in caso di eventuale accoglimento dell'appello, per la basilare considerazione per cui, anche in una siffatta eventualità, dovrebbe trovare *ex novo* applicazione la suddetta formula in relazione alle offerte rimaste in gara.

Deve poi aggiungersi che il giudice di prime cure ha fornito una ragionevole spiegazione delle ragioni di non applicabilità dei principi affermati dai precedenti giurisprudenziali richiamati dall'appellante (nello specifico, Consiglio di Stato, III, 22 febbraio 2017, n. 841), in quanto afferenti a ipotesi ben diverse in cui il punteggio doveva essere assegnato sulla base del criterio di valutazione del c.d. confronto a coppie ove *"il punteggio finale sottende comunque valori medi"*, circostanza non ricorrente nella fattispecie in esame in conseguenza dell'applicazione della formula matematica di determinazione del punteggio da assegnare all'offerta economica predeterminata dalla stazione appaltante nella legge di gara. Ed infatti, come evidenziato dall'amministrazione appellata, il calcolo della media ha lo scopo di rappresentare con un solo numero, compreso tra un minimo e un massimo, un insieme di dati, rispetto ai quali la media rappresenta un valore finale ottenuto dalla sommatoria di risultati parziali divisa per il numero dei concorrenti; al contrario, nella fattispecie in esame la formula matematica utilizzata per la valutazione e il confronto delle offerte dei partecipanti, nei

quali sia i valori iniziali sia il risultato finale corrispondono a valori fissi, non sottende alcuna media di dati o valori, rimanendo per converso insensibile ad eventuali modifiche determinate da provvedimenti giurisdizionali soltanto l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

Le regole invocate hanno dunque portata generale nel senso che esse sono riferibili a qualunque possibile causa di esclusione di un concorrente e sono applicabili con riferimento a tutti i meccanismi di attribuzione dei punteggi attraverso il ricorso a medie aritmetiche o ai fini della valutazione della soglia di anomalia (in tal senso Consiglio di Stato, III, 22 febbraio 2017, n. 841), apparendo per un verso corretta la delimitazione dell'estensione applicativa della disposizione richiamata e per altro verso condivisibili le motivazioni fornite dal primo giudice circa le ragioni della sua non applicabilità alla fattispecie. Una lettura della norma *de qua* nel senso prospettato dall'appellante, se pure volta a stabilizzare sempre gli esiti delle procedure, comprometterebbe sia l'effettività della tutela giurisdizionale, sia l'imparzialità dell'azione amministrativa, ponendosi in contrasto con gli articoli 24 e 97 della Costituzione e in spregio al principio di ragionevolezza.

Neppure meritano favorevole apprezzamento gli ulteriori assunti dell'appellante circa la sussistenza di un suo interesse concreto e attuale ad ottenere l'estromissione dalla graduatoria di Gemme, prodromico alla successiva possibilità di impugnare l'aggiudicazione di Euroristorazione: in tal caso viene in rilievo un interesse meramente mediato e non diretto, né caratterizzato da concretezza e attualità, non conseguendo in siffatta ipotesi il risultato dell'aggiudicazione all'accoglimento del ricorso e all'esclusione dell'attuale aggiudicataria, ma soltanto ad un'eventuale altro ricorso contro la nuova del tutto ipotetica aggiudicazione; e a tale conclusione si perviene sulla base dei consolidati principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa in base ai quali l'utilità che il ricorrente mira a conseguire

deve derivare secondo criteri di regolarità causale dal suo accoglimento e non già essere correlata ad eventi del tutto incerti (Cons. di Stato, III, 2 marzo 2017, n. 972), in difetto peraltro di prove o anche soltanto di indizi evidenti forniti dall'appellante circa l'illegittimo posizionamento in graduatoria di Euroristrorazione.

Deve dunque convenirsi con la statuizione del giudice di prime cure in ordine all'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ad ottenere l'invocata esclusione di Giemme *“atteso che anche in caso di fondatezza dell'impugnazione proposta Pellegrini non conseguirebbe l'aggiudicazione dell'appalto”*.

7.2. Ad ogni modo, la Sezione rileva per completezza come l'appello è anche infondato nel merito, non potendo essere suscettibili di favorevole considerazione le censure in tema di indicazione dei costi della sicurezza (pari a zero nell'offerta economica dell'aggiudicataria) e non congruità dell'offerta economica (asseritamente inattendibile per aver fatto riferimento ad un utile inesistente): le prime in quanto l'appellata, in ossequio ai principi sanciti dalla più recente giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Ad. Plen. numeri 19 e 20 del 27 luglio 2016), ha fornito adeguate giustificazioni e ha dimostrato di aver tenuto conto dei costi della sicurezza aziendale esplicitando le ragioni per cui tali costi sono pari a zero (come, ad esempio, l'iscrizione per la formazione del personale a Fondimprese con annullamento pressoché totale dei relativi costi ovvero l'utilizzo delle scorte per i dispositivi di sicurezza grazie all'efficiente organizzazione del proprio magazzino), non essendo quindi in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta *de qua* rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale; quanto al secondo ordine di doglianze sull'anomalia dell'offerta per le voci di costo relative a personale, materie prime, spese generali e utile stimato esse afferiscono a valutazioni discrezionali della stazione appaltante in relazione alle giustificazioni fornite dall'impresa, valutazioni che non sembrano al Collegio affette da illogicità o

macroscopica irragionevolezza (basti pensare a mero titolo esemplificativo al costo per la nutrizionista che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, è stato considerato dalla concorrente la quale ha spiegato che l'impiego del professionista in più appalti contemporaneamente consenta l'abbattimento della relativa remunerazione).

8. All'infondatezza delle censure formulate dall'appellante consegue il rigetto dell'appello.

Restano assorbiti gli altri motivi comunque inidonei a fondare una pronunzia di tipo diverso.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Pellegrini s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio a favore del Comune di Turate e di Giemme s.r.l. che liquida forfettariamente in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00) per ciascuna parte, oltre oneri accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del giorno 12 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO