



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 numero di registro generale 462 del 2018, proposto da

All Foods S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, n. 33;

contro

Unione Collinare Canavesana dei Comuni di Barbania, Front, Rivarossa, Vauda Canavese, Comune di San Benigno Canavese, Comune di Barbania, Comune di Bosconero, Comune di Front, Comune di Rivarossa, Comune di Vauda Canavese, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Ferasin, Fabio Sebastiano e Federico Casa, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Federica Scafarelli in Roma, via Giosuè Borsi, n. 4;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, n. 01129/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Euroristorazione S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Di Iennio e Scafarelli, in dichiarata delega di Ferasin.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, con la sentenza 18 ottobre 2017, n. 1129, accogliendo il ricorso proposto da Euroristorazione S.r.l., ha annullato la determinazione n. 147 del 16.9.2016, avente ad oggetto “Servizio di refezione scolastica delle scuole dell'infanzia, primarie e per i dipendenti comunali dei comuni dell'Unione Collinare Canavesana. Aggiudicazione definitiva servizio ed impegno di spesa. CIG. 6679318B92”, recante l'aggiudicazione della gara in favore di All Foods s.r.l. ed ha altresì disposto la rinnovazione degli atti di gara a partire dalla presentazione delle offerte, ex art. 34, comma 1, lett. e), c.p.a.

In sintesi, secondo il TAR:

- non v'era ragione di ritenere che il termine per l'impugnazione della decisione di aggiudicazione dovesse decorrere da un momento anteriore a quello in cui essa era stata notificata alle parti direttamente interessate, cioè alle imprese partecipanti alla gara;
- la pubblicazione della delibera di aggiudicazione di per sé sola non era idonea, nel sistema previsto dall'art. 76 d.lgs. n. 50-2016, a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione, rendendosi necessaria la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva preordinata a realizzare l'effetto della conoscenza legale dell'atto di aggiudicazione in capo al non aggiudicatario, secondo la regola di cui al successivo comma 5;
- nel merito, non si apprezzavano nelle offerte tecniche presentate dalle due imprese partecipanti alla gara, differenze lessicali tali da giustificare la diversa interpretazione che di esse aveva dato la stazione appaltante, segnatamente nel senso di intendere l'offerta della ricorrente come finalizzata ad assumere l'impegno di fornire frutta o yogurt per lo spuntino di mezza mattina, in quantità tale da soddisfare la richiesta giornaliera senza però provvedere a consegnare la relativa fornitura ogni giorno;
- tale proposta non presupponeva necessariamente una consegna non giornaliera degli spuntini, ben potendosi giustificare con il fatto che l'appaltatrice per ragioni organizzative avrebbe potuto in taluni plessi dover effettuare la consegna della frutta e dello yogurt in anticipo sull'orario fissato per la relativa consumazione e la censura era dunque fondata, così che la ricorrente avrebbe astrattamente avuto diritto a vedersi attribuire, relativamente al parametro in oggetto, 10 punti, al pari della identica offerta della aggiudicataria;
- a differente conclusione dovevasi invece pervenire con riferimento alla censura relativa al parametro b.1, posto che la *lex specialis* di gara, con il parametro in esame, non valorizzava in maniera specifica il numero di progetti di educazione alimentare indicati nelle varie offerte tecniche, lasciando quindi alla Amministrazione ampia discrezionalità sulla valutazione di tali progetti educativi;
- non era giustificato inoltre il significativo divario di punteggio attribuito alle due offerte, stante la mancata enunciazione, nella *lex specialis* di gara, di qualsiasi criterio che potesse orientare le parti nella predisposizione del progetto e la relativa valutazione da parte della Commissione, ma essendo evidente che indubbiamente il criterio tendeva a far incrementare la fornitura di prodotti di filiera e biologici e quindi, in tal senso, accreditava un criterio “quantitativo”, da intendersi non

come criterio inteso a premiare *sic et simpliciter* il maggior numero di prodotti offerti, ma come criterio inteso a premiare la fornitura di prodotti biologici e di filiera piemontese aggiuntivi rispetto alla tabella e nel complesso maggiormente “impattante” sulla qualità dei pasti;

- la Commissione avrebbe allora dovuto attenersi all’unico criterio emergente in maniera chiara, cioè appunto a quello “quantitativo”, da intendersi nel senso sopra declinato;

- la Commissione doveva riaprire la fase di valutazione delle offerte tecniche, attribuendo alla offerta tecnica della ricorrente, relativamente al parametro “b.1. Progetto educazione alimentare max punti 30 su 100 10 punti per inserimenti frutta e yogurt a metà mattina”, 10 punti anziché 6, e rinnovare la valutazione delle offerte tecniche presentate dalle due ditte relativamente al parametro “b.2.”, con potenziale attribuzione di punteggi tali per cui quello riconosciuto alla ricorrente supererà di più di 3,4 punti quello assegnato alla controinteressata.

2. All Foods ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendone l’erroneità e l’ingiustizia per i seguenti motivi:

- violazione dell’art. 120, comma 5, c.p.a. Difetto di motivazione ed errata valutazione dei fatti. Violazione dell’art. 97 Cost.;

- travisamento dei fatti. Contraddittorietà ed illogicità manifesta. Difetto di motivazione. Errata valutazione. Superamento dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo. Inammissibilità originaria del ricorso di primo grado;

- eccesso di potere per travisamento ed errata valutazione dei fatti. Incompetenza. Violazione dell’art. 97 Cost. per quanto riguarda sia la valutazione del parametro b.1 che del parametro b.2.

3. Ha resistito al gravame Euroristorazione s.r.l., chiedendone il rigetto.

4. All’udienza pubblica del 12 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Si deve premettere che l’appellante ha depositato in udienza il bando relativo alla nuova procedura di gara, indetta con atto del 10 maggio 2018 (oggetto della determinazione a contrarre 9 maggio 2018).

Tale bando è stato oggetto, tuttavia, di un provvedimento di annullamento in autotutela da parte dell’odierna stazione appaltante in data 30 maggio 2018, depositato in giudizio dalla difesa della controinteressata Euroristorazione s.r.l.

Di conseguenza la tesi dell’appellante secondo cui si sarebbe verificata una situazione di sopravvenuta carenza di interesse non trova alcun riscontro.

2. Oggetto del giudizio è la gara pubblica, indetta dall’Unione Collinare Canavesana dei Comuni di Barbania, Front, Rivarossa e Vausa Canavese con Determinazione n. 88 del 25.5.2016, per l’aggiudicazione del servizio di refezione scolastica delle scuole dell’infanzia, primarie e per dipendenti comunali dei Comuni dell’Unione, con durata dal 1.9.2016 al 31.8.2018, di valore pari a € 673.917,60, gara cui hanno preso parte unicamente le ditte Euroristorazione S.r.l. e All Foods S.r.l.

3. L'appellante eccepisce, con il primo motivo di gravame, la tardività del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, sia in quanto l'aggiudicazione è stata pubblicata sulla GURI in data 14.10.2016, sia in quanto alla seduta del 4 luglio 2016 aveva preso parte anche una rappresentante di Euroristorazione, tal signora Bertoli che aveva pertanto avuto conoscenza dei punteggi attribuiti dalla Commissione all'offerta tecnica di Euroristorazione, così che il termine per ricorrere sarebbe scaduto al più tardi in data 13.11.2016.

Sulla questione deve innanzitutto ribadirsi l'orientamento della Sezione (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 23 novembre 2016, n. 4916) secondo cui nelle gare pubbliche la pubblicazione della delibera di aggiudicazione all'albo pretorio di per sé sola non è idonea, nel sistema previsto dall'art. 79, comma 5, d.lg.12 aprile 2006, n. 163 a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione, se ad essa non si accompagna la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti gli interessati secondo la regola di cui al successivo comma 5-bis, facendo decorrere così il termine d'impugnazione di trenta giorni ex art. 120, comma 5, c.p.a.

Tale regola generale, che si basa sull'espressa previsione normativa di cui al citato art. 120, comma 5, c.p.a. che fa riferimento alla "ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163" è evidentemente ancora attuale nel sistema del nuovo Codice degli Appalti Pubblici, atteso che il nuovo contenuto dell'art. 76, comma 5, è del tutto sovrapponibile a quello dell'art. 79 citato, confermandosi così l'impianto di fondo del sistema di impugnazione degli atti delle procedure di gare pubbliche per la conclusione dei contratti di appalto.

Tale regola, quindi, risulta applicabile anche in caso di pubblicazione del provvedimento di aggiudicazione sulla GURI, come nel caso di specie.

Infatti, come è noto, soltanto nel caso in cui non sia necessaria la notificazione individuale del provvedimento e sia al contempo prescritta da una norma di legge o di regolamento la pubblicazione dell'atto, il termine per proporre l'impugnazione decorre dal giorno in cui sia scaduto il periodo della pubblicazione; al contrario, quando è necessaria, come in questo caso, la notificazione individuale del provvedimento è da tale momento che decorre il termine per l'impugnazione, atteso che non è prescritta da alcuna norma di legge o di regolamento la pubblicazione dell'atto, sia in albi, sia in Gazzetta Ufficiale.

Sarebbe d'altronde lesivo del diritto di difesa del soggetto direttamente interessato e lesivo dal provvedimento fare riferimento ad una pubblicazione che, in quanto non prescritta da alcuna norma di legge, e dunque non onerando la parte ad effettuare il relativo controllo, finisce per concretizzare un effetto sorpresa potenzialmente pregiudizievole del termine, già breve, per impugnare gli atti di gara.

4. Inoltre, quanto alla presenza della signora Bertoli di Euroristorazione, che avrebbe così conoscenza in tale circostanza dei punteggi attribuiti dalla Commissione all'offerta tecnica di Euroristorazione, deve ritenersi che, se è vero che l'art. 76 d.lgs. n. 50-2016 non prevede le forme di comunicazione dell'aggiudicazione come esclusive e tassative e dunque non incide sulle regole

generali del processo amministrativo in tema di decorrenza dei termini di impugnazione dalla data di notificazione, comunicazione o comunque piena conoscenza dell'atto (con la conseguenza che lascia in vita la possibilità che la piena conoscenza dell'atto, al fine del decorso del termine di impugnazione, sia acquisita con altre forme), è altresì vero che il codice dei contratti attribuisce esclusivamente alla stazione appaltante la competenza all'aggiudicazione della gara (art. 32, comma 5), rientrando nelle attribuzioni della commissione giudicatrice (art. 77) e/o del RUP (art. 31) soltanto la redazione della graduatoria sulla base dei punteggi attribuiti e, conseguentemente, la proposta di aggiudicazione (art. 33, comma 1).

Pertanto, la presenza di un rappresentante dell'impresa ricorrente nella seduta pubblica del 21 marzo 2017 nel corso della quale è stata data comunicazione dei punteggi dell'offerta tecnica ottenuti dalle ditte concorrenti, sono state aperte le buste contenenti le offerte economiche, è stata stilata la graduatoria finale ed è stato dichiarato che l'offerta classificatasi al primo posto in graduatoria era quella della ditta controinteressata, è affatto irrilevante ai fini della determinazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso, atteso, appunto, che solo dalla piena conoscenza della aggiudicazione, quale atto conclusivo della procedura selettiva – piena conoscenza che nel caso di specie risulta acquisita dalla ricorrente soltanto a seguito della comunicazione (ex art. 76 del codice dei contratti) del provvedimento adottato dalla stazione appaltante, decorrono i termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione (e ciò senza contare che non è stata fornita alcuna prova che la rappresentante dell'impresa presente fosse anche dotata di effettivi poteri rappresentativi).

5. Con il secondo motivo di appello All Food s.r.l. ha eccepito che il TAR avrebbe compiuto valutazioni discrezionali inammissibilmente sostitutive del giudizio della commissione di gara.

La Sezione osserva che in via generale nelle gare pubbliche la valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione giudicatrice costituisce apprezzamento connotato da ampia discrezionalità tecnica, sì da rendere detta valutazione insindacabile (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, sez. III, 29 marzo 2018, n. 2013).

Tuttavia, come è noto, nel processo amministrativo anche la discrezionalità tecnica è suscettibile di sindacato da parte del giudice amministrativo laddove emerga la carenza di istruttoria, la incompletezza del procedimento logico valutativo o la sua manifesta irragionevolezza (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 23 gennaio 2018, n. 443).

Nel caso in esame, il tribunale, rilevando una manifesta irragionevolezza o erroneità delle valutazioni compiute dalla commissione, ha legittimamente esercitato i suoi poteri giurisdizionali entro i limiti di sindacato sopra sinteticamente delineati.

Che si tratti di un'ipotesi di manifesta irragionevolezza o erroneità, almeno in via di ipotesi, emerge dallo stesso tenore delle censure già proposte in primo grado dall'appellata Euroristorazione che non mirano ad una inammissibile sostituzione delle valutazioni compiute dalla commissione, ma eccepiscono un'inesatta applicazione dei criteri predeterminati di valutazione, tale da determinare un errore immediatamente percepibile e, dunque, in questo senso, manifesto.

6. Passando all'esame nel merito circa la contestata inesatta applicazione dei criteri di gara da parte della commissione, oggetto del terzo e quarto motivo di appello, si deve innanzitutto rilevare, in relazione alla valutazione del parametro "b.1", che sussiste effettivamente una perfetta sovrapposibilità delle offerte delle due concorrenti in ordine al criterio che aveva per oggetto la fornitura di yogurt e frutta a metà mattina, anche da un punto di vista lessicale, con riferimento al modo di redazione dell'offerta sul punto; pertanto, è evidente, in assenza di ogni altra giustificazione, che non è in alcun modo immediatamente apprezzabile la rilevata differenza di punteggio che è stata attribuita per tale criterio.

Né giustifica la differenza di punteggio la fornitura di un frigorifero per la conservazione dei prodotti da parte dell'odierna controinteressata appellata, in quanto da nessun elemento si può ragionevolmente ricavare che tale fornitura sottintenderebbe la fornitura non giornaliera dei prodotti, atteso che, trattandosi di yogurt e frutta, quindi di alimenti altamente deperibili, è opportuna la loro conservazione con uno strumento che ne conservi e garantisca la freschezza.

Non vi sono in definitiva elementi idonei a giustificare plausibilmente la differenza di punteggio attribuita dalla commissione, sei punti ad Euroristorazione, dieci punti ad All Foods.

7. A non diverse conclusioni deve giungersi anche per quanto riguarda il punteggio attribuito quanto al parametro "b.2" di valutazione delle offerte, in relazione al quale 11 punti su 15 sono stati attribuiti ad Euroristorazione e 14 punti all'appellante All Foods, atteso che il numero dei prodotti di filiera piemontese e biologici offerti da All Foods era inferiore a quelli offerti da Euroristorazione.

Il Disciplinare di gara prevedeva, infatti, espressamente quanto segue: "b.2 Progetto di prodotti di filiera piemontese di prodotti biologici oltre a quelli già indicati in tabella biologica forniture di qualità punti 15 su 100".

Si evince sotto il profilo letterale e logico, che il Disciplinare intendeva premiare con un punteggio massimo pari a 15 i concorrenti che avessero offerto prodotti di filiera piemontese e prodotti biologici ulteriori rispetto a quelli già indicati come di doverosa fornitura in tabella merceologica allegata alla normativa di gara.

L'appellata Euroristorazione, nella sua offerta tecnica (doc. 6 del ricorso di primo grado) ha offerto ulteriori trentuno prodotti biologici e trentacinque prodotti da filiera piemontese, oltre uno sia biologico, sia proveniente dalla filiera piemontese.

L'appellante All Foods ha invece offerto quattro prodotti biologici (piante aromatiche quali basilico, alloro, origano e salvia) e undici prodotti da filiera piemontese.

Inoltre, deve evidenziarsi che, nella tabella merceologica è riportato un elenco di tutti i prodotti oggetto di fornitura da parte dei concorrenti per l'esecuzione del servizio di ristorazione e, tra questi, alcuni sono espressamente richiesti come biologici o a filiera piemontese già dalla medesima tabella merceologica.

Il concorrente avrebbe dovuto indicare nella propria offerta ulteriori prodotti biologici o a filiera piemontese rispetto a quelli già indicati nella tabella merceologica.

Risulta, pertanto, evidente una notevole differenza tra il numero di prodotti di filiera piemontese e biologici aggiuntivi offerti da Euroristorazione e quello offerto da che non giustifica la differenza di punteggio a favore di All Foods.

Inoltre, anche nell'offerta di All Foods non è rinvenibile alcun progetto sul punto che giustifichi la differenza di punteggio, progetto che non può consistere, ovviamente, nella mera indicazione dell'approvvigionamento dei prodotti di filiera piemontese e di quelli biologici, il che è compreso nell'offerta dei prodotti medesimi ed è ovviamente il presupposto delle offerte di entrambi i concorrenti.

8. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve essere respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio, spese che liquida in euro 5.000,00, oltre accessori di legge, in favore della controinteressata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO