



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 Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 641 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. – Cir Food S.C.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Genova, rappresentato e difeso dall'avvocato Aurelio Domenico Masuelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso gli uffici della civica Avvocatura in Genova, via Garibaldi 9;

nei confronti

La Cascina Global Service s.r.l. e Camst Soc. Coop. a r.l., rappresentate e difese dagli avvocati Michele Perrone e Paola Cruciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

di tutti gli atti della gara e della determinazione dirigenziale n. 2018-146.0.0.-108, con cui il Comune di Genova - Direzione politiche dell'istruzione per le nuove generazioni, ha disposto l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 32 del D.Lgs. 50/2016, del servizio di ristorazione scolastica di cui al lotto n. 1 Centro Est a favore del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese La Cascina Global Service s.r.l./Camst soc. coop a r.l..

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Genova, di La Cascina Global Service s.r.l. e di Camst Soc. Coop. a r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2019 il dott. Angelo Vitali, e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 1.10.2018 la Società Cooperativa Italiana di Ristorazione CIR FOOD S.C. (di seguito, CIR FOOD senz'altro), seconda classificata in graduatoria, ha impugnato tutti gli atti della gara e la determinazione dirigenziale n. 2018-146.0.0.-108, con cui il Comune di Genova - Direzione politiche dell'istruzione per le nuove generazioni, ha disposto l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'art. 32 del D.Lgs. 50/2016, del servizio di ristorazione scolastica, di cui al lotto n. 1 Centro Est a favore del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese La Cascina Global Service s.r.l./Camst soc. coop a r.l. (di seguito, R.T.I. La Cascina Global Service).

Premette: - che i sei lotti della procedura (lotto 1 Centro Est, di importo totale a base di gara € 8.755.085,71; lotto 2 Centro Ovest/Valpolcevera, di importo totale a base di gara € 12.888.201,72; lotto 3 Bassa

Valbisagno/Ponente, di importo totale a base di gara € 11.636.715,81; lotto 4 Medio Levante/Levante, di importo totale a base di gara € 10.052.072,36; lotto 5 Media Valbisagno, di importo totale a base di gara € 5.928.765,41; lotto 6 Medio Ponente, di Importo totale a base di gara € 7.080.990,50) sono funzionalmente collegati, essendo l'aggiudicazione limitata ad un numero massimo di lotti (un solo lotto tra quelli contraddistinti dai numeri 2, 3 e 4; un numero massimo di due lotti tra quelli contraddistinti con i numeri 1, 5 e 6); - che pervenivano offerte da parte di sei operatori economici, tutti ammessi alla procedura; - che, relativamente al lotto in questione, la graduatoria finale risultava essere la seguente: al primo posto il RTI La Cascina Global Service con 95,050 punti; al secondo posto CIR FOOD con 88,036 punti; al terzo posto Ladisa s.r.l. con 77,224 punti; - che, all'esito della verifica di anomalia, tutte le offerte venivano ritenute congrue; - che la Società Coop. La Cascina controlla sia la Società Vivenda che la Società La Cascina Global Service, a sua volta capogruppo mandataria del RTI, che, con Camst, si è aggiudicata il lotto n. 2 (oltre ad essere anche capogruppo mandataria in RTI, arrivato primo, con Villa La Perla per l'aggiudicazione del lotto n. 6).

A sostegno del gravame deduce cinque motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione art. 95, comma 10, d.lg.vo n. 50 del 2016 – violazione art. 95, commi 5 e 6 del d.lg.vo n. 50 del 2016 – violazione del principio di immodificabilità delle offerte sotto il profilo sia del diverso inquadramento dei lavoratori, che del diverso numero delle ore stimate nel progetto rispetto a quanto invece indicato nelle giustificazioni del RTI aggiudicatario – incongruità e perdita economica dell'offerta del RTI – eccesso di potere per manifesta e grave erroneità del giudizio di congruità adottato dalla commissione di gara.

Dalla documentazione acquisita in sede di accesso agli atti emergerebbe che il RTI La Cascina/Camst, nel corso delle tre giustificazioni rese, ha

sostanzialmente e reiteratamente mutato in aumento il costo del lavoro indicato in gara nell'offerta economica.

In particolare, alla progressiva ascesa del costo del lavoro corrisponderebbe una sensibile decrescita del numero delle ore lavorative indicate nel progetto, con conseguente violazione del principio di immodificabilità dell'offerta ed illegittimità del giudizio di congruità per violazione dei minimi tabellari del CCNL.

Inoltre, sebbene nell'offerta tecnica non fossero indicati i livelli di tutti i lavoratori, comparando l'allegato n. 4 della prima e della terza giustificazione, risulterebbe che il numero di ore associato ai diversi livelli – e dunque il modello organizzativo offerto - è completamente stravolto e distinto fra le diverse giustificazioni; anche in punto di costo del lavoro per ciascun livello di inquadramento lavorativo vi sarebbe difformità tra la prima e la terza giustificazione, con conseguente indeterminabilità dello stesso.

Dall'esame delle giustificazioni emergerebbe che l'utile di impresa, che nell'allegato n. 4 della prima giustificazione del 25.6.2018 veniva stimato in € 175.781,36, nell'allegato n. 4 della terza giustificazione del 18.7.2018 viene invece ridotto dal RTI controinteressato ad € 81.527,21, con conseguente inattendibilità dell'offerta: inoltre, tra il monte ore indicato nel progetto ed il monte ore previsto nella terza giustificazione vi sarebbe una differenza di 8.358 ore, che, se valorizzate, almeno al valore del costo orario del VI livello indicato dal RTI La Cascina/Camst nelle terze giustificazioni (ossia € 17,66 all'ora), determinerebbe un costo aggiuntivo pari ad € 147.602,28, che eroderebbe completamente l'utile di impresa stimato con le terze giustificazioni (€ 81.527,21).

2. Violazione degli articoli 59 comma 3 lett. a) e 83 comma 9 del codice dei contratti pubblici – contraddittorietà e indisponibilità da parte dell'impresa mandante CAMST del centro di produzione pasti riferito al locale produttivo denominato Calasanio – carenza essenziale e

indeterminatezza di un elemento essenziale dell'offerta progettuale – eccesso di potere per carenza istruttoria – violazione art. 51 del codice dei contratti pubblici – violazione art. 3 del disciplinare di gara – unicità dell'operatore economico RTI Vivenda e RTI Camst – eccesso di potere per carenza istruttoria e sviamento di potere.

Come emergerebbe dalle offerte progettuali rese sia sul lotto n. 1 che sul lotto n. 2, la medesima impresa mandante (Camst) avrebbe ceduto l'intera capacità produttiva del requisito di capacità tecnica del magazzino Calasanzio (4500 pasti) a distinti RTI (Vivenda e La Cascina) e, quindi, a distinti operatori economici: ciò che avrebbe dovuto comportarne l'esclusione vuoi per violazione del divieto del cumulo delle aggiudicazioni previsto dall'art. 3 del disciplinare, vuoi per il carattere condizionato ed indeterminato dell'offerta.

3. Violazione degli articoli 59 comma 3 lett. a) e 83 comma 9 del codice dei contratti pubblici - illegittimità dell'aggiudicazione sotto il profilo del punteggio attribuito dalla commissione di gara al modello organizzativo offerto dal RTI La Cascina sul lotto 1 che ha offerto tramite l'impresa mandante Camst come unico magazzino per le derrate il locale denominato Calasanzio già messo a disposizione dall'impresa Camst per il lotto 2.

Se il citato magazzino è messo a disposizione del RTI Vivenda/Camst per il Lotto n. 2, è evidente che il RTI La Cascina/Camst non può che esserne sprovvisto per il Lotto n. 1, ciò che comporterebbe l'esclusione dalla gara o – quantomeno – l'espunzione dei punti attribuiti dalla commissione di gara per i sub-parametri 1.1, 1.2, 1.3 e 1.4, che cubano complessivamente 35,26 punti.

4. Violazione degli articoli 59 comma 3 lett. a) e 83 comma 9 del codice dei contratti pubblici – violazione art. 51, commi 2, 3, 4 del codice dei contratti pubblici – violazione del bando di gara e degli artt. 3, 5 e 24 del disciplinare – violazione del principio di concorrenza e del limite di aggiudicazione dei lotti ai sensi del diritto dell'Unione Europea, del codice

dei contratti pubblici e della norma di gara – eccesso di potere – carenza di istruttoria – travisamento dei fatti – unicità ai fini del limite del cumulo delle aggiudicazioni degli operatori economici ATI La Cascina/Camst e RTI Vivenda/Camst.

Premette: - che l'amministrazione ha indicato tre lotti “grandi” (nn. 2, 4 e 5), precisando che il limite massimo di aggiudicazione non poteva che essere quello di uno, e, alternativamente, tre lotti più “piccoli” (nn. 1, 3 e 6), aggiudicabili nel massimo di due; - che la Società Cooperativa La Cascina controlla sia La Cascina Global Service s.r.l. (capogruppo mandataria nel lotto Centro Est) che la Società Vivenda (capogruppo mandataria nel lotto Valpolcevera); - che tutte e tre le società hanno la medesima sede legale e gli stessi amministratori, ed hanno presentato offerte in parte identiche e sovrapponibili per i lotti nn. 1 e 2.

Ciò premesso, lamenta che sia il lotto 2 “grande” Valpocevera che il lotto “piccolo” Centro Est sarebbero riconducibili ad un unico operatore economico, in violazione del divieto del cumulo di aggiudicazioni previsto dall’art. 3 del disciplinare: in particolare, avendo Vivenda alias La Cascina Global Service s.r.l. ottenuto l'aggiudicazione del lotto “grande” Valpolcevera, non poteva, sempre in raggruppamento partecipato con la medesima impresa mandante Camst, aggiudicarsi ulteriori lotti piccoli, e men che mai il lotto n. 1/Centro Est (in sostanza: la norma predisposta ai fini della limitazione dell’aggiudicazione non poteva consentire al gruppo La Cascina/Vivenda di acquisire oltre al lotto n. 2 “grande”, anche il lotto n. 1 “piccolo”, in quanto, considerata la presenza della mandante Camst, il concorrente risulta essere il medesimo).

5. Violazione art. 24 del disciplinare di gara – carenza dell’elemento essenziale del centro di cottura di Calasanzio dato in disponibilità dall’impresa mandante Camst al RTI Vivenda al fine di potere partecipare alla procedura del lotto n. 2 Valpocevera – omessa verifica dell’organo consultivo della idoneità del requisito del centro di cottura previsto dall’art.

24 del disciplinare anche in caso di cumulo dei lotti – violazione art. 3 del disciplinare di gara – violazione art. 51, commi 2, 3, 4 del codice dei contratti pubblici.

In ogni caso, illegittima sarebbe l'aggiudicazione sul lotto n. 1, nella parte in cui ha dichiarato non solo la congruità ma anche la sostenibilità dell'offerta del RTI La Cascina/Camst sotto il profilo della disponibilità del magazzino delle derrate, dato che il medesimo era già stato ceduto da Camst a favore del RTI Vivenda/Camst per la gestione del lotto n. 2.

Si sono costituiti in giudizio il comune di Genova e il R.T.I. La Cascina Global Service, controdeducendo ed instando per la reiezione del ricorso.

Con atto notificato in data 31.10.2018 il raggruppamento La Cascina Global Service ha proposto ricorso incidentale, affidato a due motivi di ricorso, come segue.

1. Violazione dell'art. 80, comma 5 lettera c) e lettera f-bis) e comma 6, del d.lgs n. 50 del 2016, nonché la violazione degli articoli 75 e 76 del DPR n. 445/2000.

La ricorrente principale sarebbe carente di interesse alla proposizione del ricorso introduttivo del giudizio, in quanto, avendo colposamente e/o dolosamente celato l'irrogazione di penali, da parte del Comune di Pescara, per gravi inadempimenti perpetuati nell'espletamento di servizi identici a quello oggetto della presente commessa (da ultimo sfociati nella risoluzione del contratto disposta con determinazione dirigenziale 2828 del 10.8.2018), avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

2. Violazione del principio di immodificabilità dell'offerta. Violazione dell'art. 97 del d.lgs 50 del 2016. Violazione degli artt. 20, 21 e 22 del CSA. Violazione dell'autovincolo.

Cir Food avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara poiché la sua offerta è stata modificata in sede di verifica dell'anomalia, e comunque si è rivelata incongrua per sottostima del costo del lavoro.

Con atto notificato in data 22.11.2018 CIR FOOD, in relazione al deposito dei verbali di sopralluogo effettuato in data 23.10.2018 dal comune di Genova (docc. 29 e 30), ha dedotto motivi aggiunti, come segue (seguendo la numerazione precedente).

6. Eccesso di potere per carenza istruttoria sotto il profilo della mancata verifica della carenza dei requisiti di efficacia dell'aggiudicazione definitiva – conseguente infondatezza delle deduzioni spiegate dal comune di Genova con la memoria depositata in data 12.11.2018, nella parte in cui sostiene che il requisito di capacità tecnica della disponibilità del centro di cottura non rileva ai fini dell'aggiudicazione definitiva – carenza e/o mancata dimostrazione dei requisiti di capacità del RTI al momento dell'inizio del servizio previsto dal comune di Genova per la data del 01.09.2018. Segue: Violazione dell'obbligo che la medesima offerta sia eseguita da un unico centro decisionale, peraltro, non dichiarato in gara – partecipazione alla gara in elusione della norma di gara che limitava l'aggiudicazione.

Dall'esame dei verbali discenderebbe, da un lato, la fondatezza dei motivi di censura del ricorso introduttivo e, sotto altro profilo, l'ulteriore vizio di eccesso di potere per carenza istruttoria operato dal Comune di Genova, nella parte in cui, in sede di verifica dei requisiti di capacità tecnica e prima dell'inizio del servizio previsto in data 1.09.2018, non ha rilevato la carenza dei requisiti di capacità tecnica dichiarati in gara dal RTI aggiudicatario.

Inoltre, se si confrontano i documenti n. 29 e n. 30 depositati dal Comune di Genova sia sul lotto n. 1 che sul lotto n. 2, emergerebbe che il vero soggetto che eseguirà le prestazioni per entrambi i lotti è sempre il RTI La Cascina Global Service-Vivenda/Camst.

Ne discenderebbe, anche sotto questo profilo, non solo la conferma del 4° e del 5° motivo di ricorso introduttivo, ma anche la fondatezza di un ulteriore motivo di ricorso, sotto il profilo della evidente riconducibilità delle

aggiudicazioni riferite ai lotti n. 1 e n. 2 a un unico centro decisionale, peraltro non dichiarato in gara.

7. Carezza del requisito della disponibilità del magazzino destinato al deposito delle derrate, alla luce delle affermazioni rese dal difensore del RTI La Cascina Global Service/Camst nella memoria depositata in data 12.11.2018 – violazione art. 24 del disciplinare.

Come emergerebbe dal verbale di accertamento in data 24.08.2018, il Comune di Genova ha accertato che il locale di Calasanzio non può essere destinato alla produzione dei pasti (ma solo a magazzino), perché privo di idonea cucina: ora, poiché il centro di cottura Calasanzio dovrebbe dedicare al lotto n. 2 la massima potenziale giornaliera capacità produttiva di 4500 pasti, il RTI La Cascina Global Service sarebbe priva del requisito indispensabile del magazzino destinato al deposito dei 1850 pasti crudi previsti per il Lotto n. 1.

Con atto notificato in data 21.12.2018 il raggruppamento La Cascina Global Service ha proposto motivi aggiunti al ricorso incidentale, estendendo l'impugnazione all'art. 24 del disciplinare di gara, ove interpretato nel senso che imponga la disponibilità del centro cottura sin dalla data di presentazione dell'offerta, alla stregua di un requisito di partecipazione di capacità tecnica.

A sostegno del gravame incidentale aggiuntivo ha dedotto un unico motivo, come segue.

1. Violazione del principio del *favor participationis* e di massima concorrenza, dell'art. 2 del codice dei contratti pubblici e, altresì, dei principi cardine del Trattato CE e delle Direttive appalti 24/UE/2014. Violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza.

La disponibilità della struttura deve essere dimostrata soltanto un attimo prima dell'avvio del servizio: diversamente opinando, si avallerebbe un'impostazione irragionevole ed ingiustificatamente restrittiva della concorrenza, in quanto si imporrebbe a tutti i concorrenti di procurarsi

anticipatamente - prima dell'aggiudicazione definitiva - un centro di cottura, con evidente onere economico e organizzativo che potrebbe risultare ultroneo in caso di non acquisizione della commessa.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, alla pubblica udienza del 6 febbraio 2019 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

Dev'essere preliminarmente respinta l'istanza della ricorrente CIR FOOD di riunione dei ricorsi relativi al lotto n. 1 (R.G. n. 641/2018) ed al lotto n. 2 (R.G. n. 642/2018), entrambi chiamati all'udienza odierna.

Secondo una costante giurisprudenza, laddove un bando di gara abbia ad oggetto – come nel caso di specie - l'aggiudicazione di più lotti, si configura l'esistenza di gare autonome e distinte, “atteggiandosi il bando quale atto ad oggetto plurimo disciplinante un numero di gare corrispondente al numero dei lotti da aggiudicare” (cfr. T.A.R. Liguria, II, 29.8.2014, n. 1322; T.A.R. Lazio, II, 8.5.2014, n. 4810; Cons. di St., V, 2.5.2017, n. 1973; id., 12.1.2017, n. 52: da tale affermazione le pronunce traggono la conseguenza della inapplicabilità, alle procedure suddivise in lotti, della fattispecie escludente prevista dall'art. 38 comma 1 lett. m- quater del D. Lgs. n. 163/2006, oggi art. 80 comma 5 lett. m del D. Lgs. n. 50/2016).

Escluso il ricorrere di una connessione oggettiva, ne consegue che i due ricorsi sono connessi solo dal punto di vista soggettivo, e soltanto in parte (diversa essendo la parte controinteressata), sicché, anche in considerazione della diversità e della complessità dei motivi di gravame, nonché della rilevante dimensione dei ricorsi introduttivi (in violazione del dovere di sinteticità e chiarezza di cui all'art. 3 c.p.a., nonché del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016, adottato in attuazione di quanto previsto dall'art. 13-ter dell'allegato 2 al c.p.a.), non appare opportuna la loro riunione.

Sempre in via preliminare, occorre pronunciarsi sull'eccezione sollevata da CIR FOOD relativamente alla tardività dei documenti depositati dal R.T.I. La Cascina Global Service oltre le ore 12.00 del giorno di scadenza del termine (16.01.2019).

L'eccezione è infondata.

Ai sensi dell'art. 4 comma 4 delle norme di attuazione al c.p.a. (allegato 2 al D. Lgs. n. 104/2010), *“è assicurata la possibilità di depositare con modalità telematica gli atti in scadenza fino alle ore 24:00 dell'ultimo giorno consentito. Il deposito è tempestivo se entro le ore 24:00 del giorno di scadenza è generata la ricevuta di avvenuta accettazione, ove il deposito risulti, anche successivamente, andato a buon fine. Agli effetti dei termini a difesa e della fissazione delle udienze camerali e pubbliche il deposito degli atti e dei documenti in scadenza effettuato oltre le ore 12:00 dell'ultimo giorno consentito si considera effettuato il giorno successivo”*.

Ciò significa che il deposito telematico si considera perfezionato e tempestivo con riguardo al giorno, senza rilevanza preclusiva con riguardo all'ora (Cons. di St., III, 6.8.2018, n. 4833; id., IV, 1.6.2018, n. 3309), salvo il diritto delle controparti di chiedere rinvio per rispettare i termini a difesa. Nel caso di specie, la società CIR FOOD ha, successivamente al deposito dei documenti in questione, depositato memoria conclusionale in data 21.1.2019 e memoria di replica in data 26.1.2019, senza peraltro chiedere un rinvio dell'udienza.

Donde l'infondatezza dell'eccezione.

Ritiene il collegio di esaminare per primo il ricorso incidentale del R.T.I. La Cascina Global Service, che, rivestendo carattere paralizzante (essendo diretto a contestare l'ammissione alla gara del ricorrente principale e, dunque, la sua legittimazione ad agire), investe una questione pregiudiziale (cfr. artt. 276 comma 2 c.p.c. e 76 comma 4 c.p.a.).

Giova innanzitutto chiarire – con ciò rigettandosi l'eccezione di tardività sollevata da CIR FOOD - come il ricorso incidentale debba ritenersi

senz'altro tempestivo rispetto al termine previsto dall'articolo 120 comma 2-bis, c.p.a., sebbene l'amministrazione comunale avesse pubblicato sul profilo del committente il provvedimento di ammissione dei concorrenti in data 14.05.2018 (doc. 5 delle produzioni 12.10.2018 di CIR FOOD).

In proposito, giova richiamare le considerazioni svolte dalla sezione, la quale, sulla base della chiara distinzione operata dalla Corte di Cassazione tra domanda riconvenzionale (volta ad una pronuncia circa l'esclusione dalla gara della controparte) ed eccezione riconvenzionale (volta al mero rigetto del ricorso), ha affermato come non possa ritenersi *“che il ricorso incidentale, quando abbia natura escludente, debba necessariamente atteggiarsi quale domanda riconvenzionale, ben potendo la parte esperire tale ricorso non già per ottenere la esclusione dell'altra, ma soltanto la reiezione del ricorso principale. A tale ricostruzione sembra attenersi il legislatore il quale, da un lato, preclude la possibilità di impugnazione incidentale una volta decorsi i termini di cui all'art. 120, comma 2-bis d.lgs. 104/10 e dall'altro consente il rinvio della camera di consiglio per la proposizione del ricorso incidentale (art. 120, comma 6-bis d.lgs. 104/10). In realtà il legislatore, conformemente all'esigenza di estrema speditezza che connota il rito de quo, ha escluso che l'ammissione o l'esclusione possa essere posta nel nulla una volta decorsi i termini di cui al comma 2-bis, ma non ha escluso, né avrebbe potuto ostandovi i principi costituzionali di cui agli art. 24 e III Costituzione, la possibilità che il ricorso incidentale sia proposto al solo fine di paralizzare l'impugnativa avversaria. Con la conseguenza che, trattandosi di eccezione riconvenzionale, l'eventuale accoglimento della stessa determinerà bensì la reiezione del ricorso principale, ma non obbligherà l'amministrazione alla rimozione dell'ammissione del ricorrente principale stesso”* (così T.A.R. Liguria, II, 21.2.2018, n. 170).

Nel caso di specie, il ricorso incidentale del R.T.I. La Cascina Global Service, essendo stato notificato il 31.10.2018, oltre il termine di cui all'art.

120 comma 2-bis c.p.a. di trenta giorni dalla pubblicazione sul profilo del committente dei provvedimenti di ammissione alla gara (14.05.2018), ma nel termine di trenta giorni dalla notificazione del ricorso principale (1.10.2018), può ritenersi senz'altro tempestivo ed ammissibile, nella parte in cui veicola un'eccezione riconvenzionale.

Ciò posto, il ricorso incidentale del R.T.I. La Cascina Global Service è fondato.

Ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettere c) ed f-bis) del D. Lgs. n. 50/2016, nel testo vigente *ratione temporis* - le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico qualora “c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione; [...] f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere”.

Nel caso di specie, la risoluzione anticipata del contratto ad opera del comune di Pescara, di cui peraltro non è provata l'impugnazione giudiziale (cfr. l'estratto dell'atto di citazione con cui sarebbe stato impugnato - doc. 44 delle produzioni CIR FOOD del 12.11.2018 - che non reca né l'intestazione dell'autorità giudiziaria adita, né un numero di R.G., né una

relazione di notificazione), è intervenuta in data 10.8.2018 (doc. 3 delle produzioni 16.1.2019 di parte controinteressata) - successivamente al termine di presentazione delle domande - sicché non sussisteva sul punto alcun obbligo di dichiarazione, quantomeno all'atto della presentazione dell'offerta (cfr., nel senso che gli obblighi dichiarativi circa le possibili cause di esclusione permangono – in virtù del principio di buona fede e della disposizione di cui all'art. 80 comma 6 del D. Lgs. n. 50/2016 - anche successivamente alla scadenza dei termini per la presentazione della domanda di partecipazione, T.A.R. Campania-Napoli, I, 4.2.2019, n. 598).

A diversa conclusione deve invece giungersi rispetto al provvedimento del comune di Pescara 7.3.2018 (doc. 43 delle produzioni 12.11.2018 di CIR FOOD) – di cui parimenti non è provata la contestazione in giudizio - di applicazione ex artt. 297-298 D.P.R. n. 207/10 della penale massima prevista dall'art. 22 del C.S.A. di € 2.000,00 per operazioni di preparazione e cottura di pasti non eseguite secondo il capitolato tecnico (trattavasi della preparazione in anticipo di un sugo di pomodoro).

Orbene, premesso il carattere meramente esemplificativo dell'elencazione delle fattispecie di grave illecito professionale contemplate dall'art. 80 comma 5, lett. c) del D. Lgs. n. 50 del 2016 (cfr. Cons. di St., V, 2.3.2018, n. 1299), deve ritenersi che tra queste rientri comunque l'applicazione di una penale nell'importo massimo previsto dal capitolato per l'inadempimento di una obbligazione contrattuale, in quanto – in astratto – indice di una (potenzialmente) significativa carenza nell'esecuzione del contratto.

In tal senso sono anche le linee guida ANAC (deliberazione 16 novembre 2016, n. 1293), secondo le quali la gravità dell'illecito professionale ben può essere desunta, alternativamente o cumulativamente, dalla condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni “*quali l'applicazione di penali*” (punto 2.1.1.1. lett. B).

Ora, poiché la valutazione circa il carattere “significativo” dell’inadempimento contrattuale e circa la “gravità” dell’illecito professionale ai fini dell’esclusione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, sussiste sul punto un preciso obbligo dichiarativo in capo all’operatore economico, che, mediante l’utilizzo del DGUE, deve autocertificare tutte le notizie astrattamente idonee a porre in dubbio la propria integrità o affidabilità professionale, senza poter operare alcun filtro nell’individuazione dei precedenti rilevanti e nella valutazione della loro gravità ai fini dell’ammissione alla procedura di gara (Cons. di St., III, 5.9.2017, n. 4192, con riferimento alle condanne penali).

Si tratta di un obbligo informativo/dichiarativo dovuto ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, la cui violazione è espressamente prevista come causa di esclusione a seguito dell’introduzione della lettera f-bis) dello stesso art. 80 d.lgs. n. 50/2016 ad opera del d.lgs. n. 56 del 2017.

Nel caso di specie, CIR FOOD ha dichiarato nel DGUE di non essersi resa colpevole di gravi illeciti professionali di cui all’art. 80 comma 5 lett. c) del codice dei contratti pubblici (doc. 4 delle produzioni 16.1.2019 di parte controinteressata, p. 14), con ciò venendo meno all’obbligo normativamente imposto di fornire tutte le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione, e di dichiarare tutte le situazioni (segnatamente: il provvedimento 7.3.2018 del comune di Pescara di applicazione della penale) astrattamente idonee a minare il giudizio di affidabilità professionale, in tal modo privando la stazione appaltante della possibilità di valutare ogni circostanza rilevante, e di assumere le opportune decisioni.

Donde la fondatezza del ricorso incidentale.

Occorre a questo punto verificare se all’accoglimento del ricorso incidentale consegua l’obbligo di esaminare nel merito anche il ricorso principale.

Giova rammentare, in proposito, l'orientamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, la quale, con sentenza 25.2.2014, n. 9, ha chiarito che, nelle controversie aventi ad oggetto procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici, il ricorso incidentale escludente, che mira ad ottenere l'accertamento della doverosità dell'esclusione dalla procedura della ricorrente e che comporta, ove accolto, la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso principale, debba essere esaminato prima di quello principale, mentre l'esame congiunto vada svolto soltanto nella residua ipotesi in cui nella procedura siano rimaste in gara soltanto due offerte, e i vizi reciprocamente dedotti nel ricorso principale e in quello incidentale attengano alla medesima fase procedimentale, e afferiscano alla stessa categoria (Cons. Stato, A.P., 25 febbraio 2014, n. 9).

Affinché si imponga l'esame anche del ricorso principale occorre dunque che il ricorrente principale ritragga dal suo accoglimento un qualche vantaggio, anche soltanto in via strumentale (rinnovazione della procedura), ciò che si verifica soltanto allorché siano rimasti in gara due concorrenti, e le due offerte siano affette da un vizio afferente la medesima fase procedimentale, (così Cons. di St., Ad.Plen., n. 9/2014 cit.; nello stesso senso id., IV, 13.12.2017, n. 5871; id., V, 4.12.2017, n. 5692).

Nel caso di specie, osserva il collegio da un lato come nella gara per il lotto n. 1 Centro est siano stati ammessi tre concorrenti (oltre a CIR FOOD ed all'A.T.I. La Cascina Global Service, la società Ladisa s.r.l., classificatasi al terzo posto), dall'altro come tutti i motivi del ricorso principale ed i motivi aggiunti non attengano alla medesima categoria (nel senso fatto palese da Cons. di St., Ad. Plen., n. 9/2014 cit.) cui afferisce il vizio dedotto con il ricorso incidentale (riconducibile alla mancanza dei requisiti soggettivi generali), ma alla diversa categoria della carenza di elementi essenziali dell'offerta, dei requisiti per l'esecuzione dell'appalto ex art. 100 D. Lgs. n. 50/2016 (così la proprietà/disponibilità aziendale di una o più strutture produttive di cui all'art. 24 del disciplinare di gara), o, ancora, alle

successive fasi procedurali di attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica o di valutazione della congruità delle offerte, sicché non sussiste quella "simmetria escludente" richiesta ai fini dell'esame congiunto del ricorso principale.

Dall'accoglimento del ricorso incidentale consegue dunque la dichiarazione di inammissibilità del ricorso principale per difetto di legittimazione di CIR FOOD.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Accoglie il ricorso incidentale e dichiara inammissibile il ricorso principale.

Condanna CIR FOOD al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in € 6.000,00 (seimila) in favore del Comune di Genova ed in € 6.000,00 (seimila) in favore del R.T.I. La Cascina Global Service, oltre ad IVA e CPA se dovute, oltre al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Angelo Vitali

IL PRESIDENTE
Roberto Pupilella

IL SEGRETARIO