

Massima: *Invece, risulta fondato il nono motivo, con il quale la ricorrente ha dedotto che la stazione appaltante aveva erroneamente qualificato il servizio biennale di ristorazione scolastica come “concessione”, anziché come appalto di servizi, per l’assenza del rischio economico, anche se risulta erronea la tesi della ricorrente, che l’art. 168 D.Lg.vo prevede per le concessioni la durata minima di 5 anni, in quanto il comma 1 della predetta norma stabilisce che la durata delle concessioni è determinata dal bando, in quanto:*

1) il discrimine tra concessione e appalto dipende dalla presenza o meno del rischio di impresa e/o gestionale, cioè del rischio economico connesso alla gestione del servizio (cfr. Sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella causa n. 274/2009, del 15.10.2009 nella causa n. 196/2008, del 10.9.2009 nella causa n. 206/2008, del 13.11.2008 nella causa n. 437/2007 e del 18.7.2007 nella causa n. 382/2005; orientamento giurisprudenziale formalmente recepito prima dal Legislatore Comunitario con l’art. 5, lett. b), della Direttiva n. 23 del 26.2.2014 e poi dal Legislatore nazionale con l’art. 3, lett. vv) e zz), del D.Lg.vo n. 50/2016, di attuazione della predetta Direttiva), cioè più esattamente, il rapporto può essere qualificato concessione di servizio, quando si verifica il trasferimento al gestore del rischio legato allo svolgimento del servizio e/o della mancata copertura integrale dei costi di gestione di tale servizio, fermo restando che i rischi legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell’operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere sono insiti in qualsiasi contratto di appalto (cfr. Sentenza Corte di Giustizia Unione Europea del 10.11.2011 nella causa n. 348/2010);

2) il predetto art. 3, lett. zz), D.Lg.vo n. 50/2016 definisce “rischio operativo” quello “legato alla gestione sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito all’operatore economico”, specificando che non deve essere “garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti” e che “la parte del rischio trasferita all’operatore deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita non sia puramente nominale o trascurabile”.

T.A.R. Basilicata n. 383 del 18/07/2024



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 207 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Cooperativa Sociale Multiservice Sud, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Romano, PEC avvgiuseppe@pec.studiolegaleromanopz.it, con domicilio fisico in Potenza Via Sanremo n. 28;

contro

Comune di Potenza, in persona del Sindaco p.t., rappresentato dall'avv. Emilio Bonelli, PEC emilio.bonelli@pec.giuffre.it, con domicilio fisico in Potenza Via Nazario Sauro (Palazzo della Mobilità) presso l'Ufficio Legale dell'Ente;

nei confronti

Serenissima Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi, PEC andreamanzi@ordineavvocatiroma.org, e Giangiorgio Macdonald, PEC giangiorgiomacdonald@ordineavvocatiroma.org, domiciliata ai sensi dell'art. 82 R.D. n. 37/1934 presso la Segreteria di questo Tribunale;

per l'annullamento:

-in via principale, del provvedimento di esclusione della Cooperativa Sociale Multiservice Sud dalla procedura aperta telematica, per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica del Comune di Potenza, comunicato con nota/pec del Presidente della Commissione giudicatrice del 21.3.2024, per l'omessa allegazione del Piano Economico Finanziario, come previsto dal paragrafo 17 del disciplinare di gara;

-in via subordinata, per la ripetizione della predetta procedura aperta;

nonché per il risarcimento: 1) in via principale, in forma specifica, mediante l'aggiudicazione del predetto servizio in favore della Cooperativa Sociale Multiservice Sud, previa declaratoria dell'inefficacia del contratto, eventualmente stipulato, con subentro della Cooperativa Sociale Multiservice Sud; 2) in via subordinata, in forma equivalente, mediante la condanna del Comune di Potenza al ristoro di tutti i danni subiti dalla Cooperativa Sociale Multiservice Sud;

Visto il ricorso introduttivo ed i suoi allegati;

Visto l'atto di motivi aggiunti, con il quale è stata impugnata la Determinazione n. 1082 del 16.5.2024, con la quale il Dirigente del Settore Servizi alla Persona del Comune di Potenza, nella qualità di Responsabile Unico del Procedimento, ha approvato l'esclusione dalla gara della Cooperativa Sociale Multiservice Sud, per l'omessa allegazione del Piano Economico Finanziario e tutti i verbali, redatti dalla Commissione giudicatrice, ed ha emanato il provvedimento di aggiudicazione in favore della Serenissima Ristorazione S.p.A.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Potenza e della Serenissima Ristorazione S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2024 il Cons. Pasquale Mastrantuono e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando, pubblicato il 30.6.2023, il Comune di Potenza ha indetto la procedura aperta telematica, per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione delle Scuole dell'Infanzia, di cui 5 dotate di centro di cottura, delle Scuole Primarie, di cui 3 dotate di centro di cottura, e delle Scuole Secondarie di Primo Grado, site nel Comune di Potenza, per due anni scolastici, avente l'importo a base di gara di € 6,00, soggetto a ribasso, per ognuno dei 524.000 pasti presunti, pari a complessivi € 3.144.000,00 oltre € 2.000 per oneri di sicurezza da interferenza, non soggetti a ribasso, ed il canone, soggetto a rialzo, per l'utilizzo dei predetti centri cottura, di € 78.300,00 ed il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui massimo 70 punti per l'offerta tecnica e massimo 30 punti per l'offerta economica, di cui massimo 25 punti per il suddetto ribasso percentuale e di massimo 5 punti per l'offerta del predetto canone.

Entro il termine perentorio di presentazione delle ore 10,00 del 31.8.2023, hanno presentato l'offerta 4 ditte.

La Commissione giudicatrice:

-nelle sedute del 19.10.2023, del 26.10.2023, del 13.11.2023, del 20.11.2023, 24.1.2024, del 25.1.2024, del 31.1.2024, del 20.2.2024 e del 29.2.2024 ha esaminato e valutato le offerte tecniche, attribuendo: alla Cooperativa Sociale Multiservice Sud il punteggio massimo di 70 punti; alla Serenissima Ristorazione S.p.A. 61,07 punti; ed alle altre due ditte i punteggi inferiori di 59,18 punti e di 46,84 punti;

-nella seduta del 20.3.2024, alla quale è stato presente anche il rappresentante della Cooperativa Sociale Multiservice Sud: 1) ha aperto le buste, contenenti le offerte economiche, da cui risultava che avevano offerto: A) la Cooperativa Sociale Multiservice Sud il ribasso più alto del 10,50% ed il canone di € 78.500,00; B) la Serenissima Ristorazione S.p.A. il ribasso del 10,00% ed il canone di € 80.000,00; C) le altre due ditte il ribasso del 2,23% ed il canone di € 79.000,00 ed il ribasso dell'8,00% ed il canone di € 93.960,00; 2) ma ha escluso dalla gara la Cooperativa Sociale Multiservice Sud ed un'altra ditta, perché non avevano allegato all'offerta economica il Piano Economico Finanziario, come previsto dal paragrafo 17 del disciplinare di gara, disciplinante il contenuto della busta dell'offerta economica, nella parte in cui prescrive che "nella busta dovrà inoltre essere contenuto il Piano Economico Finanziario che dovrà dimostrare la copertura dei costi di gestione per tutta la durata della concessione", specificando che "tale Piano dovrà indicare tutti i costi/ricavi previsti per l'espletamento dei servizi indicati nel progetto di gestione, gli incassi ipotizzati e gli oneri per gli interventi di manutenzione" (tale esclusione è stata comunicata alla Cooperativa Sociale Multiservice Sud con nota/pec del Presidente della Commissione giudicatrice del 21.3.2024), classificandosi, così, al 1° posto la Serenissima Ristorazione S.p.A. con il punteggio complessivo di 91,07 punti, per aver riportato, oltre ai predetti 61,07 punti per l'offerta tecnica, anche il punteggio massimo di 30 punti per l'offerta economica.

La Cooperativa Sociale Multiservice Sud:

-prima con istanza del 5.4.2024 ha chiesto: A) l'annullamento del predetto provvedimento di esclusione, in quanto la lex specialis di gara, oltre a non sanzionare con l'esclusione l'omessa allegazione del Piano Economico Finanziario, "né nel format, né nel portale di e.procurament del Comune di Potenza" prevedono la produzione del Piano Economico Finanziario, dedicando "apposito spazio per il caricamento del file del Piano Economico Finanziario, né come documento

espressamente richiesto, né come allegato all'offerta economica", evidenziando che, "se il portale avesse rilevato l'assenza di un documento necessario ed obbligatorio, la procedura telematica mai avrebbe consentito l'invio dell'offerta economica ed il rilascio dell'esito positivo del caricamento" dell'offerta economica; B) l'accesso: b1) agli eventuali quesiti, presentati dai concorrenti, relativi al funzionamento del portale, con riferimento al caricamento dell'offerta economica; b2) le modalità, con le quali gli altri due concorrenti avevano allegato all'offerta economica i Piani Economico Finanziari, anche perché, essendo i Piani Economico Finanziari redatti, asseverati e sottoscritti con firma digitale non dai partecipanti alla gara, ma da tecnici specializzati, non possono essere contenuti nell'unico documento dell'offerta economica con duplice sottoscrizione, per cui doveva ritenersi che gli altri due concorrenti, che avevano allegato all'offerta economica i Piani Economico Finanziari, dovevano aver "violato in qualche modo la procedura di gara, pur di produrre il predetto documento"; con nota dell'8.5.2024 il Responsabile Unico del Procedimento ha trasmesso alla Cooperativa Sociale Multiservice Sud tutti i verbali della Commissione giudicatrice ed i Piani Economico-Finanziari delle due ditte rimaste in gara;

-e poi con il ricorso introduttivo, notificato il 19.4.2024 presso l'indirizzo di posta elettronica RegInde avvocatura@pec.comune.potenza.it e l'indirizzo di posta elettronica della Serenissima Ristorazione S.p.A. e depositato il 3.5.2024:

A) in via principale, ha impugnato il suddetto provvedimento di esclusione, deducendo: 1) l'incompetenza, perché l'impugnato provvedimento di esclusione avrebbe dovuto essere adottato dal Responsabile Unico del Procedimento, anziché dalla Commissione giudicatrice, richiamando la Sentenza C.d.S. Sez. VI n. 7419 dell'8.11.2021, che rinvia all'incipit dell'art. 80, comma 5, D.Lg.vo n. 50/2016; 2) la violazione del paragrafo 17 del disciplinare di gara, in quanto prevede l'esclusione dalla gara, soltanto per la mancata presentazione dell'offerta economica e l'omessa sottoscrizione dell'offerta economica e del Piano Economico Finanziario; 3) l'impossibilità di allegare all'offerta economica del Piano Economico Finanziario, in quanto, poiché il portale di e.procurament del Comune di Potenza consentiva il caricamento di un solo file, la ricorrente ha scelto di caricare l'offerta economica, né nella procedura telematica era previsto uno spazio, dedicato al Piano Economico Finanziario, "né vi era la possibilità di caricare" il Piano Economico Finanziario "come allegato separato, ma rientrante nell'offerta economica"; 4) la violazione del paragrafo 13 del disciplinare di gara, in quanto la ricorrente aveva ricevuto la mail, di avvenuta ricezione dell'offerta economica, senza rilevare l'assenza del Piano Economico Finanziario; 5) la violazione del paragrafo 1 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevedeva la sospensione del termine di presentazione delle offerte per il tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento della piattaforma telematica, quando, esclusa la negligenza dell'operatore economico, non è possibile accertare la causa del mancato funzionamento o malfunzionamento, in quanto il Comune di Potenza non si era avveduto dell'erronea strutturazione della piattaforma telematica per il caricamento delle offerte economiche; 6) la violazione dell'art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016, in quanto, poiché l'omessa allegazione da parte della ricorrente all'offerta economica del Piano Economico Finanziario era stata determinata da una disfunzione del portale telematico della stazione appaltante, la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto consentire alla ricorrente, di produrre il Piano Economico Finanziario ad integrazione dell'offerta economica; 7) l'eccesso di potere per illogicità, in quanto il Piano Economico Finanziario non poteva essere unito in un unico documento con l'offerta economica, ma doveva essere autonomo e separata dall'offerta economica, perché doveva essere redatto, asseverato e sottoscritto con firma digitale da un tecnico specializzato; 8) con riserva di motivi aggiunti all'esito della suddetta istanza di accesso del 5.4.2024, se gli altri due concorrenti, che avevano allegato all'offerta economica i Piani Economico Finanziari, avevano violato la procedura di gara, per produrre tali Piani Economico Finanziari, tenuto conto delle circostanze che il Piano Economico Finanziario non poteva "né essere unito in unico documento con l'offerta economica, pena la non validazione di entrambi i documenti, né

poteva essere caricato autonomamente, in quanto non previsto nel portale e.procurement lo spazio fisico allo stesso espressamente dedicato, né la possibilità di caricarlo come allegato separato all'offerta economica"; 9) l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, in quanto, poiché la stazione appaltante aveva erroneamente qualificato il servizio biennale di ristorazione scolastica come "concessione", anziché come appalto di servizi, per l'assenza del rischio economico, perché i locali e le attrezzature sono del Comune di Potenza ed il Comune paga anche prezzo base per ogni pasto somministrato, pari all'importo a base di gara di € 3.671.000,00, lasciando la delega alla riscossione della sola differenza di prezzo, il cui omesso pagamento determina l'interruzione della somministrazione dei pasti, non occorre la presentazione del Piano Economico Finanziario, potendo essere sostituito dalla verifica di congruità dell'offerta economica ex art. 95, comma 10, D.Lg.vo n. 50/2016, tenuto pure conto della circostanza che l'art. 168 D.Lg.vo prevede per le concessioni la durata minima di 5 anni;

B) in via subordinata, per la ripetizione della predetta procedura aperta, deducendo: 1) l'impossibilità di allegare all'offerta economica il Piano Economico Finanziario, in quanto, poiché il portale di e.procurement del Comune di Potenza consentiva il caricamento di un solo file, la ricorrente ha scelto di caricare l'offerta economica, né nella procedura telematica era previsto uno spazio, dedicato al Piano Economico Finanziario, "né vi era la possibilità di caricare" il Piano Economico Finanziario "come allegato separato, ma rientrando nell'offerta economica"; 2) nessuno dei tre componenti della Commissione giudicatrice è un'analista finanziario, in possesso dell'adeguata professionalità, per la valutazione, oltre che dei Piani Economico Finanziari, anche della congruità delle offerte economiche.

Si è costituito in giudizio il Comune di Potenza, il quale, oltre a sostenere l'infondatezza del ricorso introduttivo, anche per l'omessa impugnazione del paragrafo 17 del disciplinare di gara, ha anche eccepito l'improcedibilità del gravame, depositando la Determinazione n. 1082 del 16.5.2024, con la quale il Dirigente del Settore Servizi alla Persona del Comune di Potenza, nella qualità di Responsabile Unico del Procedimento, ha approvato l'esclusione dalla gara della Cooperativa Sociale Multiservice Sud (ed anche dell'altra ditta), per l'omessa allegazione del Piano Economico Finanziario e tutti i verbali, redatti dalla Commissione giudicatrice, ed ha emanato il provvedimento di aggiudicazione in favore della Serenissima Ristorazione S.p.A..

Si è costituita in giudizio la Serenissima Ristorazione S.p.A., sostenendo l'infondatezza del ricorso introduttivo.

Con atto di motivi aggiunti, notificato il 31.5.2024 e depositato nella stessa giornata del 31.5.2024, la ricorrente Cooperativa Sociale Multiservice Sud ha impugnato la suddetta Determinazione n. 1082 del 16.5.2024, con la quale sono stati approvati la sua esclusione dalla gara e tutti i verbali, redatti dalla Commissione giudicatrice, ed è stato emanato il provvedimento di aggiudicazione in favore della Serenissima Ristorazione S.p.A., deducendo, oltre alle stesse censure, già articolate con il ricorso introduttivo, anche che "le due concorrenti, rimaste in gara, non hanno prodotto un PEF, ma un mero giustificativo d'offerta ai sensi dell'art. 95, comma 10, D.Lg.vo n. 50/2016", sia perché non dimostrano l'equilibrio finanziario, sia perché sono stati elaborati direttamente dalle ditte offerenti e non da un professionista specializzato e non sono stati asseverati da banche e/o da uno dei soggetti abilitati per legge.

Con memoria del 10.6.2024 il Comune di Potenza ha sostenuto l'infondatezza dell'atto di motivi aggiunti.

Con memorie del 10.6.2024 e del 28/29.6.2024 l'aggiudicataria Serenissima Ristorazione S.p.A., oltre a sostenere l'infondatezza dell'atto di motivi aggiunti (la controinteressata ha pure richiamato

il parere dell'ANAC n. 340 del 20.7.2023, con il quale sarebbe stato rilevato che l'asseverazione del PEF è prescritta solo per la finanza di progetto), ha anche eccepito: 1) l'inammissibilità del ricorso introduttivo e dell'atto di motivi aggiunto, per l'omessa notifica all'altra ditta offerente, non esclusa dalla gara, in quanto, in caso di annullamento del provvedimento di aggiudicazione alla Serenissima Ristorazione S.p.A., vincerebbe la gara; 2) l'inammissibilità della censura, finalizzata alla ripetizione della gara, relativa all'impossibilità di allegare all'offerta economica il Piano Economico Finanziario, in quanto la ricorrente Cooperativa Sociale Multiservice Sud non può chiedere l'esclusione delle altre concorrenti per lo stesso motivo, per il quale essa è stata esclusa.

Con memorie del 24.6.2024 e del 28.6.2024 la cooperativa ricorrente ha replicato alle eccezioni ed alle argomentazioni difensive delle controparti ed ha insistito per l'accoglimento del ricorso introduttivo e dell'atto di motivi aggiunti.

All'Udienza Pubblica del 10.7.2024 il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti sono passati in decisione.

In via preliminare, va disattesa l'eccezione, di inammissibilità del ricorso introduttivo e dell'atto di motivi aggiunto, per l'omessa notifica all'altra ditta offerente, non esclusa dalla gara, sollevata dall'aggiudicataria Serenissima Ristorazione S.p.A., in quanto, poiché la predetta altra ditta non ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione ex Determinazione n. 1082 del 16.5.2024, non occorre integrare il contraddittorio nei suoi confronti.

Nel merito, il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti sono fondati soltanto con riferimento al nono motivo, relativo al vizio dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, in quanto la stazione appaltante aveva erroneamente qualificato il servizio biennale di ristorazione scolastica come "concessione", anziché come appalto di servizi, per l'assenza del rischio economico.

Infatti, pur tenendo conto dell'orientamento giurisprudenziale (cfr., oltre alla Sentenza C.d.S. Sez. VI n. 7419 dell'8.11.2021, richiamata dalla ricorrente, anche TAR Salerno Sez. I Sentenze n. 1366 del 12.6.2023 e n. 1334 dell'8.6.2023), ai sensi del quale il provvedimento di esclusione da una gara d'appalto non deve essere emanato dalla Commissione giudicatrice, ma dal Responsabile del Procedimento, va disatteso il primo motivo, con il quale è stato dedotto il vizio di incompetenza, prescindendo dai paragrafi 19 e 21 del disciplinare di gara, peraltro non impugnati, nella parte in cui stabilisce che la Commissione giudicatrice "determina le esclusioni dalla procedura di gara", anche con riferimento alle offerte "irregolari, in quanto non rispettano i documenti di gara", perché tale vizio è stato sanato con l'adozione da parte del Responsabile della Determinazione n. 1082 del 16.5.2024, conclusiva del procedimento, di adozione del provvedimento di aggiudicazione, nella parte in cui è stata espressamente approvata l'esclusione dalla gara della Cooperativa Sociale Multiservice Sud, comminata dalla Commissione giudicatrice, ai sensi dell'art. 6 L. n. 249/1968, il quale statuisce che "alla convalida degli atti viziati di incompetenza può provvedersi anche in pendenza di gravame in sede amministrativa e giurisdizionale".

Non risulta condivisibile la tesi, esposta dalla ricorrente con il secondo motivo, ai sensi della quale il paragrafo 17 del disciplinare di gara, peraltro non impugnato, prevederebbe l'esclusione dalla gara, soltanto per la mancata presentazione dell'offerta economica e l'omessa sottoscrizione dell'offerta economica e del Piano Economico Finanziario, in quanto il predetto paragrafo 17, disciplinante il contenuto della busta dell'offerta economica, statuisce che "la busta contiene, a pena di esclusione", oltre all'offerta economica, indicante il ribasso percentuale dell'importo a base di gara di € 6,00 a pasto, il canone offerto per l'utilizzo degli 8 centri di cottura e la stima dei costi della manodopera e dei costi di sicurezza interna e/o aziendali, anche "il Piano Economico Finanziario che dovrà dimostrare la copertura dei costi di gestione per tutta la durata della

concessione”, specificando nell’ultimo capoverso che sarebbero stati esclusi dalla gara anche i partecipanti, che avessero presentato l’offerta economica ed il Piano Economico Finanziario non sottoscritti.

Poiché la stazione appaltante e l’aggiudicataria Serenissima Ristorazione S.p.A. hanno dimostrato che era possibile trasmettere telematicamente il Piano Economico Finanziario, senza violare alcuna disposizione della lex specialis di gara, vanno disattesi il terzo, il settimo e l’ottavo motivo.

Risulta irrilevante il quarto motivo, con il quale la ricorrente ha evidenziato la circostanza, di aver ricevuto la mail, di avvenuta ricezione dell’offerta economica, in quanto l’omessa allegazione del Piano Economico Finanziario all’offerta economica non doveva essere rilevata dal portale di e.procurement del Comune di Potenza.

Parimenti è infondato il quinto motivo, con il quale è stata dedotta la violazione del paragrafo 1 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede la sospensione del termine di presentazione delle offerte per il tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento della piattaforma telematica, in quanto dalla documentazione, versata in giudizio, non è emerso alcun mancato funzionamento o malfunzionamento del portale di e.procurement del Comune di Potenza.

Va disatteso anche il sesto motivo, con il quale è stata dedotta la violazione dell’art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016, perché la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto consentire alla ricorrente, di produrre il Piano Economico Finanziario ad integrazione dell’offerta economica, in quanto il predetto art. 83, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016, al quale, peraltro, rinvia espressamente anche il paragrafo 14 del disciplinare di gara, statuisce che l’istituto del soccorso istruttorio non può essere applicato alle carenze dell’offerta tecnica e dell’offerta economica (cfr., con riferimento alla stessa fattispecie di cui è causa dell’omessa allegazione all’offerta economica del Piano Economico Finanziario: C.d.S. Sez. V Sentenze n. 6168 del 13.10.2020 e n. 2214 del 13.4.2018; TAR Veneto Sez. I Sent. n. 165 del 17.2.2020; TAR Napoli Sez. I Sent. n. 611 del 7.2.2020; TAR Napoli Sez. VIII Sent. n. 2248 del 23.4.2019).

Invece, risulta fondato il nono motivo, con il quale la ricorrente ha dedotto che la stazione appaltante aveva erroneamente qualificato il servizio biennale di ristorazione scolastica come “concessione”, anziché come appalto di servizi, per l’assenza del rischio economico, anche se risulta erronea la tesi della ricorrente, che l’art. 168 D.Lg.vo prevede per le concessioni la durata minima di 5 anni, in quanto il comma 1 della predetta norma stabilisce che la durata delle concessioni è determinata dal bando, in quanto:

1) il discrimine tra concessione e appalto dipende dalla presenza o meno del rischio di impresa e/o gestionale, cioè del rischio economico connesso alla gestione del servizio (cfr. Sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella causa n. 274/2009, del 15.10.2009 nella causa n. 196/2008, del 10.9.2009 nella causa n. 206/2008, del 13.11.2008 nella causa n. 437/2007 e del 18.7.2007 nella causa n. 382/2005; orientamento giurisprudenziale formalmente recepito prima dal Legislatore Comunitario con l’art. 5, lett. b), della Direttiva n. 23 del 26.2.2014 e poi dal Legislatore nazionale con l’art. 3, lett. vv) e zz), del D.Lg.vo n. 50/2016, di attuazione della predetta Direttiva), cioè più esattamente, il rapporto può essere qualificato concessione di servizio, quando si verifica il trasferimento al gestore del rischio legato allo svolgimento del servizio e/o della mancata copertura integrale dei costi di gestione di tale servizio, fermo restando che i rischi legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell’operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere sono insiti in qualsiasi contratto di appalto (cfr. Sentenza Corte di Giustizia Unione Europea del 10.11.2011 nella causa n. 348/2010);

2) il predetto art. 3, lett. zz), D.Lg.vo n. 50/2016 definisce “rischio operativo” quello “legato alla gestione sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito all’operatore economico”, specificando che non deve essere “garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti” e che “la parte del rischio trasferita all’operatore deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita non sia puramente nominale o trascurabile”;

3) le circostanze evidenziate dalla controinteressata Serenissima Ristorazione S.p.A. (poiché il numero di 524.000 pasti presunti era stato rilevato dalle presenze dell’anno 2019, anteriore all’emergenza sanitaria Covid, l’art. 4, comma 6, del Capitolato Speciale aveva precisato che il Comune “non assume alcun impegno in ordine all’effettivo numero dei pasti” e che “la ditta affidataria rinuncia a qualsiasi richiesta di compenso ed indennizzo”; l’art. 5 del Capitolato Speciale aveva stabilito che il 65% dell’attuale costo del servizio era a carico degli utenti, specificando che “rimane a carico del concessionario ogni onere inerente la riscossione delle quote a carico degli utenti” e che “in nessun caso il concessionario potrà rivalersi sul concedente per le quote non riscosse”; gli artt. 34 e 71 del Capitolato prevedono che gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria degli 8 centri di cottura e la sostituzione della relativa attrezzatura era a totale carico del concessionario, “senza nulla a pretendere da parte del concessionario) non integrano il predetto “rischio operativo” ex art. 3, lett. zz), D.Lg.vo n. 50/2016, perché non comportano una reale esposizione alle fluttuazioni della domanda e/o dell’offerta del servizio di ristorazione scolastica in questione;

4) se la finalità della prescrizione dell’obbligo, di allegare all’offerta economica il Piano Economico Finanziario, era quella di consentire all’Amministrazione di valutare la capacità dell’offerente di eseguire la prestazione, cioè di verificare la sostenibilità e/o la congruità economica dell’offerta, va rilevato che una clausola della lex specialis di una gara d’appalto, che prevede l’obbligo di allegare all’offerta economica una relazione di giustificazione dei costi, è nulla, perché l’art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016, statuisce la nullità delle prescrizioni a pena di esclusione, contemplate dalle lex specialis di gara, “ulteriori” rispetto a quelle previste dal Codice degli Appalti e dalle altre vigenti disposizioni di legge, in quanto nel vigente ordinamento giuridico italiano e nel D.Lg.vo n. 50/2016 non esiste alcuna norma che prevede la facoltà della stazione appaltante di obbligare i partecipanti ad un procedimento di evidenza pubblica ad allegare all’offerta economica una relazione a giustificazione del prezzo offerto (sul punto cfr. TAR Basilicata Sent. n. 193 del 20.3.2018);

5) la circostanza, evidenziata dalle controparti, che la ricorrente non ha formalmente impugnato il contestato paragrafo 17 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l’obbligo, a pena di esclusione, di allegare all’offerta economica il Piano Economico Finanziario “che dovrà dimostrare la copertura dei costi di gestione per tutta la durata della concessione” ed “indicare tutti i costi/ricavi previsti per l’espletamento dei servizi indicati nel progetto di gestione, gli incassi ipotizzati e gli oneri per gli interventi di manutenzione”, non risulta ostativa all’accoglimento del ricorso, in quanto l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la Sentenza n. 22 del 16.10.2020 ha statuito che il Giudice Amministrativo può dichiarare la nullità ex art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016 di una clausola della lex specialis di gara, cioè la nullità parziale della lex specialis di gara, se, come nella specie, i provvedimenti successivi, adottati dall’Amministrazione, che fanno applicazione o comunque si fondano sulla clausola nulla, come il provvedimento di esclusione dalla gara o il provvedimento di aggiudicazione, sono stati impugnati entro il termine di decadenza di impugnazione ex art. 120 cod. proc. amm. di 30 giorni, anche per far valere l’illegittimità, derivante dall’applicazione della clausola nulla.

Pertanto, poiché dalla qualificazione di appalto del servizio biennale di ristorazione scolastica di cui è causa consegue la nullità ex art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016 della suddetta parte del paragrafo 17 del disciplinare di gara, il ricorso introduttivo va accolto e per l'effetto va annullato l'impugnato provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente Cooperativa Sociale Multiservice Sud, con il conseguente accoglimento anche della domanda di risarcimento in forma specifica e la reiezione della domanda di risarcimento in forma equivalente, in quanto è stata restituita alla ricorrente la chance dell'aggiudicazione dell'appalto in questione, dopo l'esecuzione della presente Sentenza da parte della stazione appaltante, tenuto conto delle circostanze che: 1) nella valutazione dell'offerta tecnica la ricorrente ha ottenuto il punteggio massimo di 70 punti, mentre la controinteressata Serenissima Ristorazione S.p.A. ha riportato 61,07 punti (e le altre due ditte i punteggi inferiori di 59,18 punti e di 46,84 punti); 2) per quanto riguarda le offerte economiche, la ricorrente ha offerto il ribasso più alto del 10,50% sull'importo a base di gara di € 6,00 a pasto ed il canone di € 78.500,00 per l'utilizzo degli 8 centri cottura (canone a base di gara, soggetto a rialzo, di € 78.300,00), mentre la controinteressata ha offerto il ribasso del 10,00% ed il canone di € 80.000,00 (e le altre due ditte il ribasso del 2,23% ed il canone di € 79.000,00 ed il ribasso dell'8,00% ed il canone di € 93.960,00); 3) il disciplinare di gara ha prestabilito l'attribuzione di massimo 25 punti per il ribasso sull'importo a base di gara di € 6,00 a pasto e di massimo 5 punti per il canone di l'utilizzo degli 8 centri cottura.

Conseguentemente, va accolto pure l'atto di motivi aggiunti e per l'effetto va annullata anche l'impugnata Determinazione n. 1082 del 16.5.2024, con la quale il Responsabile del procedimento ha approvato l'esclusione della ricorrente dalla gara e tutti i verbali, redatti dalla Commissione giudicatrice, ed ha emanato il provvedimento di aggiudicazione in favore della Serenissima Ristorazione S.p.A., con l'assorbimento delle ulteriori censure avverso i PEF della Serenissima Ristorazione S.p.A. e dell'altra concorrente, rimasta in gara.

Poiché le censure, finalizzate alla ripetizione della gara, sono state dedotte in via subordinata, non devono essere esaminate e pertanto va assorbita anche l'eccezione della controinteressata, di inammissibilità della censura, relativa all'impossibilità di allegare all'offerta economica il Piano Economico Finanziario.

Ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 26, comma 1, e 29 cod. proc. amm. e artt. 91 e 92, comma 2, c.p.c. le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo, mentre sussistono eccezionali motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio nei confronti della controinteressata Serenissima Ristorazione S.p.A..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata accoglie il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti e per l'effetto annulla: 1) sia il provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente Cooperativa Sociale Multiservice Sud, previa declaratoria della nullità ex art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016 del paragrafo 17 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l'obbligo, a pena di esclusione, di allegare all'offerta economica il Piano Economico Finanziario "che dovrà dimostrare la copertura dei costi di gestione per tutta la durata della concessione" ed "indicare tutti i costi/ricavi previsti per l'espletamento dei servizi indicati nel progetto di gestione, gli incassi ipotizzati e gli oneri per gli interventi di manutenzione"; 2) sia la successiva Determinazione n. 1082 del 16.5.2024, con la quale il Responsabile del procedimento ha approvato l'esclusione della ricorrente dalla gara e tutti i verbali, redatti dalla Commissione giudicatrice, ed ha emanato il provvedimento di aggiudicazione in favore della Serenissima Ristorazione S.p.A..

Condanna il Comune di Potenza al pagamento, in favore della ricorrente Cooperativa Sociale Multiservice Sud, delle spese di giudizio, che vengono liquidate in € 3.000,00 (tremila), oltre rimborso forfettario ex art. 2, comma 2, D.M. n. 55/2014, IVA, CPA e spese a titolo di contributo Unificato nella misura versata; spese compensate nei confronti della controinteressata Serenissima Ristorazione S.p.A..

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere, Estensore

Benedetto Nappi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Pasquale Mastrantuono

Fabio Donadono