



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 il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11651 del 2014, proposto da:
Soc. Coop. Solidarieta' e Lavoro e Vivenda Spa (in proprio e in qualità,
rispettivamente, di mandataria e di mandante di ATI), in persona dei rispettivi
rappresentanti legali p.t., rappresentate e difese dall'avv. Michele Perrone, con
domicilio eletto presso il dott. Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, 2;

contro

Comune di Pomezia, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv.
Giovanni Pascone, con domicilio presso Segreteria Tar Lazio in Roma, via
Flaminia, 189

nei confronti di

All Foods Srl (mandataria ATI), Centro Società Cooperativa (mandante), in
persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t., rappresentate e difese dall'avv.
Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Mazzini,
33;

per l'annullamento, previa sospensione,

dell'aggiudicazione definitiva prot. 86/DIR8 del 15.09.2014, dell'aggiudicazione provvisoria come da verbale conclusivo delle operazioni di gara, della parziale rettifica della determina prot. 86/DIR8 del 15.09.2014 mediante nuova determina n. 87/DIR8 del 16.09.2014 , della comunicazione di aggiudicazione definitiva del 17.9.2014; dei verbali di gara ed in particolare dei verbali n. 1, 2, 3, nella parte in cui la commissione di gara non escludeva la concorrente ATI “All Foods srl – Centro Soc. Coop.”; della nota del 23.9.2014; dell’affidamento d’urgenza del servizio alla ATI All Foods; ove occorra di bando, disciplinare, capitolato; della verifica di anomalia dell’offerta; per l’inefficacia del contratto; per il subentro e per il risarcimento danni;

per la declaratoria

di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 del D.Lgs. n. 104/2010;

e per la condanna

a disporre il subentro della ricorrente nell’aggiudicazione e, ove stipulato, nel contratto, ai sensi e per gli effetti dell’art. 124 del D.Lgs. n. 104/2010;

nonché in subordine per la condanna

del Comune di Pomezia al risarcimento per equivalente, ai sensi e per gli effetti degli artt. 30 e 124 del D.Lgs. n. 104/2010;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Pomezia e della ATI All Foods Srl – Centro Società Cooperativa;

Viste le memorie difensive delle parti;

Vista l’ordinanza di questo Tribunale di reiezione dell’istanza cautelare n. 4876 del 10.10.2014, riformata in appello con ordinanza CdS, V, n. 4941/2014;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore designato per l'udienza pubblica del giorno 20 novembre 2014 il cons. Domenico Lundini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorso di cui in epigrafe riguarda, in via prioritaria, l'aggiudicazione definitiva in data 15/16.9.2014 alla ATI All Foods srl – Centro Soc. Coop. della gara di appalto indetta con bando pubblicato il 23/28.4.2014 dal Comune di Pomezia per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica per gli alunni delle scuole dell'infanzia e primarie del Comune stesso.

L'ATI istante, con mandataria la Coop. Solidarietà e Lavoro e mandante la Vivenda spa, che si è classificata seconda in graduatoria all'esito della procedura, con punti 82,76 a fronte dei punti 96,31 dell'aggiudicataria, espone preliminarmente nell'atto di gravame depositato il 26.9.2014 davanti a questo TAR di aver reiteratamente segnalato, in corso di procedura, alla Commissione di gara e alla stazione appaltante, motivi di esclusione, ex art. 38, comma 1, lett. f), del D.Lgs. n. 163/2006, della società All Foods, con particolare riferimento ad un provvedimento decadenziale emesso a suo carico dal Comune di Ardea il 23.2.2009 dal quale risultavano numerosi inadempimenti ed errori gravi nel corso dell'esecuzione presso quello stesso Comune del servizio di refezione scolastica.

Assume che nondimeno l'Amministrazione intimata ha aggiudicato la gara de qua all'ATI All Foods e ha comunicato altresì invito all'attuale gestore del servizio di riconsegnare gli immobili, gli impianti, le macchine e gli utensili in data 25.9.2014, poiché dal 1°.10.2014 il servizio stesso sarebbe stato affidato d'urgenza all'aggiudicataria. Deduce quindi avverso i provvedimenti impugnati i seguenti motivi:

1) Violazione di legge. Violazione dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 e del punto 2.1 del disciplinare di gara. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare nel difetto di istruttoria;

2) Violazione di legge. Violazione dell'art. 11, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006.

Insta altresì per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, per il subentro, per il conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto e per il risarcimento dei danni.

L'Amministrazione e l'ATI controinteressata sono costituite in giudizio e replicano diffusamente e documentatamente alle censure sollevate in ricorso, giuste memorie difensive depositate, per la prima, il 6 ottobre e 7 novembre 2014 e, per la seconda, il 7 ottobre, il 4 e il 7 novembre 2014. La ricorrente, da parte sua, insiste nei propri assunti con memorie del 7.10.2014, 4 e 8.11.2014.

Alla pubblica udienza del 20.11.2014 la causa è passata in decisione.

Premesso quanto sopra, rileva il Collegio che il ricorso, all'esito della valutazione propria della sede di merito e tenuto conto dei più recenti orientamenti giurisprudenziali nella materia controversa, si appalesa fondato, alla stregua delle seguenti considerazioni:

A) E' innegabile in punto di fatto che a carico della controinteressata All Foods sia stato emesso, dal Comune di Ardea, in data 23.2.2009, un provvedimento avente ad oggetto "pronuncia di decadenza" da "procedura negoziata di cui alla Determinazione del Direttore Generale n. 1 del 5 gennaio 2009 e, per altri profili, annullamento della procedura negoziata medesima in autotutela";

B) La suddetta Determinazione n. 1 del 5.1.2009 concerneva l'affidamento del servizio di refezione scolastica presso il menzionato Comune, all'esito di procedura negoziata senza bando di gara, alla ditta All Foods per il periodo di tre mesi;

C) Nel sopra menzionato provvedimento del 23.2.2009, benché riguardante anche problematiche e questioni relative alla illegittimità della procedura negoziata (che

pertanto viene annullata in autotutela) e alla carenza di requisiti da parte di All Foods, è stato comunque ed altresì rilevato sul piano motivazionale espressamente riferito alla dichiarata decadenza: che sono stati richiesti chiarimenti e giustificazioni ad All Foods con nota del 20.1.2009, rimasta inevasa, a seguito di “numerosi lamentele ed alle denunce di disservizi e inadempimenti...”; che con nota del 19.2.2009 indirizzata alla Soc. All Foods “sono state contestate inadempienze alle norme di igiene e sicurezza accertate dalla ASL RMH4 con tre verbali di sopralluogo del 19 gennaio 2009, al cui contenuto si rimanda, che denotano ancora una volta, non solo l’inadempimento nell’esecuzione del servizio, ma anche la grave negligenza nell’esecuzione dello stesso”; che “il servizio reso dalla All Foods è risultato inidoneo e foriero di numerosissime segnalazioni di disservizi ed anche di denunce alle autorità competenti in materia igienico sanitaria, amministrativa e giudiziaria, agli atti dell’ufficio”; che con note del Sindaco ed in particolare con nota del 29.1.2009 è stato richiesto “di assumere tutti i provvedimenti necessari e conseguenti alla relazione di sopralluogo del 22.01.2009”, nel corso del quale è stato accertato, tra l’altro, in contraddittorio con la direttrice del centro cottura della All Foods, che “contrariamente a quanto previsto dagli atti della procedura negoziata e dichiarati dalla All Foods, le merci per l’utilizzo quotidiano, anziché essere stoccate presso l’apposita piattaforma logistica richiesta, erano tenute promiscuamente nei locali del Centro Cottura, in violazione delle regole di ammissione alla gara”; “che sussiste, inoltre, l’interesse pubblico concreto ed attuale all’annullamento della precedente procedura negoziata, diverso da quello al mero ripristino della legalità violata e comunque prevalente sull’interesse del privato alla conservazione del titolo illegittimo, in quanto solo in questo modo si potrà affidare il servizio ad una diversa Ditta, che svolga il servizio in maniera idonea e senza le inadempienze, carenze e disfunzioni che hanno invece

caratterizzato il servizio della All Foods, nei confronti della quale comunque, sin d'ora, si riserva ogni azione risarcitoria e sanzionatoria”;

D) Tale provvedimento di decadenza non è stata dichiarato da All Foods nella domanda di partecipazione al procedimento di cui ora si tratta. Peraltro, in presenza delle circostanze di fatto fondanti il provvedimento stesso (lo stesso Consiglio di Stato rileva, nell'esposizione in fatto di cui alla decisione n. 8407/2010, riguardante la vicenda della refezione scolastica presso il Comune di Ardea, che la gara, per affidamento del servizio a trattativa privata, “veniva aggiudicata a All Foods s.r.l., ma il contratto veniva subito dopo risolto per gravi inadempimenti”), All Foods aveva l'obbligo di dichiarare l'avvenuta dichiarazione di decadenza, ai sensi dell'art. 38, primo comma, lett. f), del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163;

E) La norma appena richiamata, infatti, demanda alla stazione appaltante la valutazione circa il rilievo dell'errore professionale compiuto dall'impresa che aspira alla stipula del contratto, in modo da accertarne l'affidabilità professionale mediante un apprezzamento necessariamente discrezionale. Da tale premessa consegue (cfr. CdS, V, n. 2289/2014) che l'Amministrazione, per poter esercitare il proprio potere, deve essere posta a conoscenza degli avvenimenti rilevanti a tale scopo: l'impresa partecipante alla gara deve presentare una dichiarazione esauriente, che permetta alla stazione appaltante una valutazione informata sulla sua affidabilità (salva la possibilità per l'impresa stessa di impugnare l'eventuale esclusione che ritenga ingiustificata);

F) La controinteressata All Foods non ha dichiarato di avere subito la decadenza da un precedente contratto di appalto e non ha reso quindi tempestivamente conoscibile per la stazione appaltante un elemento rilevante. Eventuali elementi giustificativi, ovvero escludenti in concreto l'imputabilità delle circostanze di cui alla decadenziale determinazione a suo tempo assunta, dovevano essere peraltro da

All Foods stessa semmai rappresentati alla stazione appaltante in vista dell'esercizio dei suoi poteri discrezionali e non solo ora rappresentati dopo l'omissione dichiarativa. Come dedotto quindi dalla ricorrente, l'odierna controinteressata doveva essere esclusa dal procedimento, in applicazione dell'art. 38, primo comma lett. f), del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, per aver presentato una dichiarazione inveritiera;

G) Come ancora recentemente e condivisibilmente osservato del resto dalla giurisprudenza (v. Cons. Stato, Sez. III, citata decisione del 2014 n. 2289 e TAR Bologna n. 1041 del 30.10.2014), l'art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163 del 2006 (cui fa del resto riferimento anche la lex specialis della gara in contestazione) impone, a pena di esclusione, la dichiarazione di pregresse risoluzioni contrattuali anche se relative ad appalti affidati da altre stazioni appaltanti e richiede che a detta dichiarazione in ogni caso l'offerente provveda, per spettare all'Amministrazione la valutazione, caso per caso, della gravità dell'errore professionale, con esclusione di qualsiasi "filtro" del concorrente in sede di domanda di partecipazione;

H) Non rileva, poi, l'insussistente annotazione del fatto nel casellario informatico di cui all'art. 7, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, limitando la norma ad altri casi l'imprescindibilità di tale presupposto formale, ed operando quindi quell'annotazione come una mera forma di pubblicità di per sé non ostativa ad una diversa valutazione in concreto della stazione appaltante circa la rilevanza dei precedenti atti di risoluzione contrattuale;

I) Nemmeno rileva poi, ai fini pretesi dall'aggiudicataria, che nella specie si tratti di decadenza e non di risoluzione contrattuale, perché ciò che conta non è il tipo o il nomen del provvedimento ma le circostanze che sono a base di esso, comunque potenzialmente dimostrative (nel caso in esame) di errore grave professionale da parte di All Foods e come tali suscettibili quanto meno di doverosa valutazione da parte della stazione appaltante;

L) Nè ha rilievo in proposito l'asserita valutazione (di cui peraltro non risulta in atti una sia pur minima estrinsecazione motivatoria) da parte del Comune dell'irrilevanza della vicenda intervenuta presso il Comune di Ardea, in quanto semmai effettuata (tale valutazione) in assenza della dovuta dichiarazione del provvedimento da parte di All Foods in sede di domanda di partecipazione alla gara;

M) Neppure è necessario, poi, ai fini dell'inveramento dell'obbligo di relativa dichiarazione in sede di domanda partecipativa a una gara di pubblico appalto, che le pregresse infrazioni siano state oggetto di accertamento in sede giurisdizionale, poiché è invece sufficiente il verificarsi del fatto storico della risoluzione del contratto (o, come nella specie, della disposta e intervenuta decadenza), essendo richiesta una simile condizione (dell'accertamento giurisdizionale) dall'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006 limitatamente ad altre cause di esclusione, non con riferimento a quella dell'errore professionale (v., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2011 n. 409);

In conclusione, l'aggiudicataria avrebbe dovuto dichiarare di essere incorsa nella menzionata misura decadenziale assunta da altra Amministrazione pubblica, al fine di consentire al Comune di Pomezia di pronunciarsi in concreto e motivatamente su quel precedente e stabilire se le circostanze all'origine dello stesso fossero tali da far escludere l'affidabilità della ditta (non risultando ex se tale affidabilità dalla semplice relativa risalezza temporale del provvedimento di decadenza o dalla circostanza dei rapporti contrattuali in corso da parte di All Foods con il Comune intimato stesso per espletamento di un servizio).

Trattandosi peraltro di "adempimento doveroso" imposto dalla norma e neppure suscettibile di rimedio attraverso il c.d. "soccorso istruttorio" (v. Cons. Stato, Sez. III, n. 2289/2014 cit.), illegittimamente l'Amministrazione resistente ha disposto e

confermato l'aggiudicazione dell'appalto una volta venuta a conoscenza di tale omissione.

Sulla base, pertanto, delle esposte considerazioni e con assorbimento di ogni profilo di censura non esaminata, il ricorso di cui in epigrafe deve essere accolto, con conseguente annullamento in parte qua dell'aggiudicazione e degli atti di gara impugnati (negli stretti limiti evidentemente dell'interesse della ricorrente e, non risultando peraltro essere stato ancora stipulato il contratto con l'aggiudicataria, anche ai fini dell'aggiudicazione della gara in questione alla ricorrente, con conseguente irrilevanza della subordinata domanda risarcitoria per equivalente), previo compimento di tutti gli atti all'uopo necessari e preordinati, ivi compresa la verifica del possesso dei requisiti per l'affidamento del servizio.

Quanto alle spese di lite, le stesse, avuto riguardo alla particolarità delle questioni esaminate e tenuto anche conto di orientamenti giurisprudenziali solo di recente in via di consolidamento nei termini assunti a base della presente decisione, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), accoglie il ricorso in epigrafe ed annulla per l'effetto i provvedimenti impugnati, nei limiti dell'interesse, come da motivazione, anche ai fini del conseguimento da parte della ricorrente della posizione di aggiudicataria, nei termini sopra specificati;

Compensa le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere, Estensore

Antonella Mangia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/01/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)