



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1766 del 2017, proposto da:
E.P. s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. E.P. s.p.a./Sagifi s.p.a./Gestione Servizi Integrati s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Diego Vaiano, Armando Profili, Francesco Cataldo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Armando Profili in Napoli, via San Giacomo, 40;

contro

SO.RE.SA. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonello Marco Di Concetto, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via D. Fontana 194/D;

nei confronti di

Serenissima Ristorazione s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Calgaro, Giuseppe Sartorio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giuseppe Sartorio in Napoli, via dei

Mille, 16;
Compass Group Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti,
Dario Ricciardi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Dario Ricciardi,
in Napoli, via Posillipo, 394;
Elior Ristorazione s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dall'avvocato Riccardo Anania, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avvocato Francesco Delfino in Napoli, via F. Giordani 42;
Ladisa s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli
avvocati Francesco Paolo Bello, Saverio Nitti, con domicilio eletto presso lo studio
dell'avvocato Alessandro Remondelli in Napoli, via Vetriera, 12;
Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro soc. coop., Vivenda s.p.a., Ristora
Food & Service s.r.l., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi
dagli avvocati Saverio Sticchi Damiani, Michele Perrone, con domicilio eletto
presso lo studio dell'avvocato Valentina Comella in Napoli, via Riviera di Chiaia,
207;
Innova s.p.a., Pulitransiti s.r.l., Progetto Alfano s.r.l., CNS - Consorzio Nazionale
Servizi società cooperativa, Dussmann Service s.r.l., Capital s.r.l., S.L.E.M. s.r.l., in
persona dei legali rappresentanti p.t., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione del Direttore Generale della SO.RE.SA. s.p.a. n. 56 del 24
marzo 2017 avente ad oggetto *"procedura aperta per la fornitura del servizio di ristorazione
a ridotto impatto ambientale presso le sedi delle Aziende Sanitarie della Regione Campania-
ammissione concorrenti al prosieguo della gara dopo verifica dei requisiti amministrativi"*, nella
parte in cui ammette per il Lotto 6 i seguenti operatori: a) a.t.i. Solidarietà e Lavoro
società cooperativa/Vivenda s.p.a./Ristora Food & service s.r.l.; b) Serenissima
Ristorazione s.p.a.; c) a.t.i. Ladisa/Progetto Alfano s.r.l./Capital s.r.l./S.L.E.M.

s.r.l.; d) Elior Ristorazione s.p.a.; e) a.t.i. Compass Group Italia s.p.a./Pulitransiti s.r.l..

- dei verbali di gara e di tutti gli altri atti e/o provvedimenti preordinati, connessi e conseguenti se ed in quanto lesivi dei diritti ed interessi della ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di SO.RE.SA. s.p.a., Serenissima Ristorazione s.p.a., Compass Group Italia s.p.a., Elior Ristorazione s.p.a., Ladisa s.r.l., Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro soc. coop., Vivenda s.p.a., Ristora Food & Service s.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Compass Group Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2017 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente, premesso di aver partecipato in a.t.i. con le mandanti Sagifi s.p.a. e Gestione Servizi Integrati s.r.l. alla procedura indetta per la fornitura del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale presso le sedi delle Aziende Sanitarie della Regione Campania – Lotto n. 6 (Azienda Ospedaliera Universitaria San Giovanni di Dio Ruggi d'Aragona e A.S.L. Salerno; massimale quinquennale di euro 62.758.492,50 oltre Iva), impugna per violazione di legge ed eccesso di potere la determinazione del Direttore Generale di SO.RE.SA. s.p.a. n. 56 del 24 marzo 2017 nella parte in cui ammette, anziché escluderli, i seguenti partecipanti: a) a.t.i.

Solidarietà e Lavoro società cooperativa/Vivenda s.p.a./Ristora Food & service s.r.l.; b) Serenissima Ristorazione s.p.a.; c) a.t.i. Ladisa/Progetto Alfano s.r.l./Capital s.r.l./S.L.E.M. s.r.l.; d) Elior Ristorazione s.p.a.; e) a.t.i. Compass Group Italia s.p.a./Pulitransiti s.r.l..

Costituitesi in giudizio, l'amministrazione appaltante e le società controinteressate replicano alle censure di parte ricorrente e chiedono il rigetto del gravame.

La società Compass Group Italia s.p.a. ha impugnato con ricorso incidentale la predetta determinazione SO.RE.SA. s.p.a. n. 56/2017 nella parte in cui ha ammesso al prosieguo della procedura di gara - anziché escluderla - l'a.t.i. E.P. s.p.a./Sagifi s.p.a./Gestione Servizi Integrati s.r.l., deducendo violazione del disciplinare di gara e dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016.

Alla camera di consiglio del 7 giugno 2017 fissata per la decisione ai sensi dell'art. 120, commi 2 bis e 6 bis del c.p.a., la difesa di parte ricorrente ha eccepito la tardività del deposito (effettuato in data 1 giugno 2017) della memoria difensiva di SO.RE.SA. s.p.a. e della memoria di costituzione della società Serenissima Ristorazione s.p.a., in violazione del termine dei 6 giorni liberi prima dell'udienza camerale.

Infine, la causa è passata in decisione.

Va premesso che il giudizio in esame ha ad oggetto il sindacato di legittimità su atti di ammissione ad una procedura di affidamento di un pubblico appalto e, pertanto, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, del c.p.a., introdotti dall'art. 204, comma 1 lett. b) del D.Lgs. n. 50/2016.

Anzitutto, occorre scrutinare l'eccezione di inutilizzabilità degli atti tardivamente depositati da SO.RE.SA. s.p.a. e da Serenissima Ristorazione s.p.a. in vista della camera di consiglio del 7 giugno 2017.

L'eccezione è fondata poiché non risulta rispettato il termine di 6 giorni liberi, fissato dall'art. 120, comma 6 bis del c.p.a., dall'udienza camerale.

Sul punto, non appaiono condivisibili le osservazioni rese in giudizio dalla difesa di SO.RE.SA. s.p.a., secondo cui il termine di 6 giorni liberi riguarderebbe l'ipotesi di trattazione del giudizio in udienza pubblica - e non in camera di consiglio - del c.d. rito superaccelerato in materia di appalti pubblici.

Invero, il citato comma 6 bis prevede che "Nei casi previsti al comma 2-bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima".

Posto che nel medesimo comma figurano disposizioni che riguardano pacificamente l'udienza pubblica (cfr. secondo periodo) ed altre che, viceversa, disciplinano la camera di consiglio (primo periodo e parte finale dell'ultimo periodo), appare preferibile una interpretazione che estenda ad entrambe le ipotesi di rito la previsione sui termini di deposito dei documenti, delle memorie e delle eventuali repliche (rispettivamente di 10, 6 e 3 giorni liberi); in altri termini, si ritiene che, laddove il legislatore, nell'ultimo periodo del citato comma 6 bis, ha utilizzato il termine "udienza", ha inteso riferirsi sia all'udienza pubblica che all'udienza camerale, tenuto conto dell'esigenza di speditezza del nuovo rito che impone la previsione, in ogni caso e a prescindere dalle formalità del giudizio, di termini chiari e ridotti per il deposito di atti processuali. Peraltro, a conferma di tale ermeneutica, si osserva che il comma 9 del medesimo art. 120 c.p.a. prevede un unico termine processuale per il deposito della sentenza (7 giorni), disponendo espressamente che esso si applica sia nel caso dell'udienza pubblica che della camera di consiglio, uniformando così la disciplina dei termini processuali in

entrambe le ipotesi di possibile sbocco del rito c.d. "super speciale" in materia di appalti pubblici.

Pertanto, in accoglimento dell'eccezione in rito sollevata da E.P. s.p.a., va dichiarata l'inutilizzabilità della memoria difensiva di SO.RE.SA. del 1 giugno 2017, siccome tardivamente versata in atti rispetto al termine fissato dall'art. 120, comma 6 bis, del c.p.a., secondo cui *"Le parti possono produrrememorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima"*.

Parimenti non può tenersi conto, ai fini del decidere, della memoria depositata in pari data dalla società Serenissima Ristorazione s.p.a., ferma restando l'ammissibilità della costituzione in giudizio della predetta parte processuale, nei limiti delle difese orali spiegate in giudizio (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 1038/2016).

IL RICORSO INCIDENTALE PROPOSTO DA COMPASS GROUP ITALIA S.P.A..

Sempre in rito, in accoglimento dell'eccezione in rito sollevata dalla difesa di E.P. s.p.a., va dichiarata l'irricevibilità del ricorso incidentale escludente (il cui previo esame si impone in ordine logico – giuridico) proposto dalla società Compass Group Italia s.p.a., siccome tardivamente proposto e notificato oltre il termine di 30 giorni che vanno fatti decorrere, non dalla notifica del ricorso principale, ma dalla conoscenza del provvedimento di ammissione dell'a.t.i. E.P. s.p.a. di cui alla gravata determinazione dirigenziale di SO.RE.SA. n. 56 del 24 marzo 2017, mediante pubblicazione sul profilo del committente ex art. 29 del D.Lgs. n. 50/2016 (che, si rammenta, deve avvenire entro due giorni dall'ammissione alla gara).

Come noto, la previsione di un rito superaccelerato introdotto dall'art. 204 comma 1 lett. d) del D.Lgs. n. 50/2016 per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione

ed ammissione è volta, nella sua *ratio legis*, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione e, quindi, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (Consiglio di Stato, parere n. 855/2016 sul codice degli appalti pubblici). Il legislatore ha quindi inteso evitare che con l'impugnazione dell'aggiudicazione possano essere fatti valere vizi attinenti alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione alla gara, il cui eventuale accoglimento farebbe regredire il procedimento alla fase appunto di ammissione, con grave spreco di tempo e di energie lavorative, oltre pericolo di perdita di eventuali finanziamenti, il tutto nell'ottica dei principi di efficienza, speditezza ed economicità, oltre che di proporzionalità del procedimento di gara (Consiglio di Stato, parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al nuovo codice degli appalti pubblici).

Tale norma pone evidentemente un onere di immediata impugnativa dei provvedimenti in questione, a pena di decadenza, non consentendo di far valere successivamente i vizi inerenti agli atti non impugnati; l'omessa attivazione del rimedio processuale entro il termine preclude al concorrente la possibilità di dedurre le relative censure in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, ovvero di paralizzare, mediante lo strumento del ricorso incidentale, il gravame principale proposto da altro partecipante avverso la sua ammissione alla procedura (cfr. art. 120, comma 2 bis, del c.p.a. "*L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale*").

La diversa ermeneutica non può trarre argomenti interpretativi dal comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a. ("*La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale*") che, nel contemplare espressamente la possibilità di proporre ricorsi

incidentali, potrebbe far propendere, ad una prima lettura, per la permanenza del potere di articolare in sede di gravame incidentale, vizi afferenti l'ammissione alla gara del ricorrente principale anche dopo il decorso del termine fissato dal comma 2 bis.

In senso contrario, si osserva che detta disposizione in realtà si riferisce ai gravami incidentali che hanno ad oggetto, non vizi di legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, ma un diverso oggetto (es. *lex specialis* ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale) poiché, diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2 bis di consentire l'impugnazione dell'ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa.

Dunque si violerebbe il comma 2 bis citato e, soprattutto, la ratio sottesa al nuovo *rito* superspeciale che, come sottolineato dal Consiglio di Stato (parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al codice degli appalti pubblici) è anche quello di *"neutralizzare per quanto possibile ...l'effetto "perverso" del ricorso incidentale (anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto)"*.

Può passarsi all'esame del ricorso principale proposto da E.P. s.p.a..

AMMISSIONE ALLA GARA DELL'A.T.I. SOLIDARIETÀ E LAVORO SOCIETÀ COOPERATIVA/VIVENDA S.P.A./RISTORA FOOD & SERVICE S.R.L..

Contro l'ammissione della concorrente a.t.i. Solidarietà e Lavoro società cooperativa/Vivenda s.p.a./Ristora Food & service s.r.l., parte ricorrente articola due motivi di diritto.

Innanzitutto evidenzia che, trattandosi di a.t.i. orizzontale, le società partecipanti al raggruppamento dovrebbero possedere i requisiti per svolgere tutte le prestazioni oggetto di appalto: viceversa, prosegue la ricorrente, la Vivenda s.p.a. mandante del

citato raggruppamento, non avrebbe nel proprio oggetto sociale l'attività di manutenzione degli impianti e degli edifici che, viceversa, rientra tra le prestazioni secondarie in base al disciplinare di gara.

Inoltre, evidenzia che la ripartizione dell'appalto indicato in sede di partecipazione alla gara dal suddetto raggruppamento (40% Solidarietà e Lavoro società cooperativa, 20% Vivenda s.p.a., 40% Ristora Food & service s.r.l.) non sarebbe veritiera, visto che un patto parasociale rileverebbe una diversa percentuale (41% Solidarietà e Lavoro, 20% Vivenda s.p.a., 39% Ristora Food & Service s.r.l.) in violazione dell'art. 48 del D.Lgs. n. 50/2016 che obbliga i partecipanti a indicare le parti del servizio eseguite dai singoli operatori e dell'art. 80, comma 5, lett. c) del medesimo decreto che sanziona con l'esclusione i soggetti che forniscono false informazioni all'amministrazione appaltante.

Ciò posto, va ripudiata l'eccezione di inammissibilità per carenza di interesse ad agire, sollevata dalle società controinteressate Solidarietà e Lavoro società cooperativa, Vivenda s.p.a. e Ristora Food & service s.r.l. le quali oppongono che neppure la Sagifi s.p.a., mandante dell'a.t.i. E.P. s.p.a. contemplerebbe nel suo oggetto sociale la manutenzione degli impianti, delle attrezzature e dei macchinari. Invero, nel nuovo sistema delineato dall'art. 120 comma 2 bis, cod. proc. amm., le contestazioni avverso le ammissioni in gara all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali sono indeclinabilmente e preclusivamente configurabili nelle forme del rimedio impugnatorio esperibile nel termine decadenziale di 30 giorni dalla pubblicazione dell'atto di ammissione sul profilo del committente della stazione appaltante. Quindi, la doglianza andava veicolata attraverso autonomo gravame da proporre avverso l'ammissione della ricorrente nel prescritto termine di legge e non, come nel caso in esame, mediante una memoria difensiva neppure notificata alla controparte.

Nel merito, i profili di illegittimità concernenti la mancata esclusione dell'a.t.i. Solidarietà e Lavoro sono infondati per le considerazioni di seguito illustrate:

- a tenore del punto II.1.1 del bando di gara e dell'art. 3 del capitolato speciale, oggetto dell'appalto era il *"servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale"*;
- l'art. 1 del disciplinare di gara individuava come prestazione principale i *"servizi di ristorazione e di distribuzione pasti"*, mentre annoverava tra le prestazioni secondarie la *"manutenzione ordinaria dei locali di pertinenza del servizio affidati all'OEA, degli impianti tecnologici, nonché manutenzione ordinaria e straordinaria delle attrezzature, dei macchinari e degli arredi di cucina"*;
- con riferimento alla disciplina di gara dianzi riportata, occorre, *in primis*, rimarcare che essa si limitava a richiedere quale requisito di idoneità professionale, la mera *"iscrizione ai registri tenuti dalla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura"*, senza ancorarla ad uno specifico oggetto (art. 12.1 del disciplinare);
- tanto, nella prospettiva invalsa anche nel nuovo codice dei contratti pubblici (cfr. art. 83, comma 3, del D.Lgs. 50/2016: *"ai fini della sussistenza dei requisiti di cui al comma 1, lett. a, i concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, devono essere iscritti nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali"*), secondo cui l'iscrizione camerale costituisce requisito idoneativo distinto ed autonomo rispetto a quelli di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale ed è eminentemente finalizzata ad assicurare la qualificazione professionale-imprenditoriale del concorrente in sé considerata, destinata, poi, a scolpirsi in rapporto all'oggetto dell'appalto posto in gara attraverso l'enucleazione dei menzionati requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale;

- come detto, l'art. 12.1 del disciplinare di gara non contemplava una iscrizione camerale riferita a tutte le prestazioni (sia principale sia secondarie) richieste in appalto né avrebbe potuto essere eterointegrato in tal senso;
- in mancanza di una simile previsione, l'obbligo manutentivo era da reputarsi relegato al rango di attività accessoria rispetto al servizio (principale) di ristorazione, il corretto espletamento del quale avrebbe potuto essere verificato nella fase esecutiva del contratto e per la quale l'impresa aggiudicataria avrebbe potuto dotarsi in via diretta ovvero tramite apposito incarico a ditta a tanto abilitata (cfr. T.A.R. Lazio, Roma, n. 2176/2017; n. 2177/2017);
- ferme restando le superiori considerazioni, deve, altresì, osservarsi che la *lex specialis* incentrava l'oggetto dell'appalto posto in gara sul servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale, ancorando precipuamente ad esso la formulazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale;
- essa attribuiva, quindi valenza 'secondaria', ossia accessoria, alle prestazioni di manutenzione degli impianti, delle attrezzature, degli arredi, dei macchinari e non imponeva espressamente, in relazione ad esse, lo specifico requisito di idoneità professionale costituito dalla loro menzione nell'oggetto sociale riportato nel certificato di iscrizione alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura;
- in effetti, pur predicandosi una corrispondenza tra l'oggetto sociale dell'iscrizione camerale e quello dell'appalto posto in gara, essa non deve tradursi in una perfetta ed assoluta sovrapposibilità tra tutte le componenti dei due termini di riferimento, atteso che tale prospettiva, per un verso, finirebbe per contraddire l'esigenza funzionale sottesa alla previsione dell'art. 83, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016 e, per altro verso, frustrerebbe la finalità di confronto concorrenziale cui l'evidenza pubblica è preordinata; in altri termini, la congruenza in parola va appurata secondo un criterio di rispondenza alla descritta finalità di verifica circa il possesso

della richiesta idoneità professionale, in virtù di una considerazione non già atomistica e frazionata, bensì globale e complessiva; sotto tale profilo, va anche evidenziato che le controinteressate replicano che, nel complesso, l'a.t.i. soddisfa il requisito di gara (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3245/2015) poiché annovera tra le partecipanti le società Ristora Food & Service s.r.l. e la cooperativa Solidarietà e Lavoro le quali, nel proprio oggetto sociale, contemplano l'attività di manutenzione di edifici ed impianti;

- una diversa interpretazione condurrebbe all'ammissione alla gara dei soli operatori aventi un oggetto sociale speculare rispetto a tutti i contenuti del servizio in gara (indipendentemente dal peso delle diverse prestazioni ad esso inerenti), con ciò restringendosi in modo ingiustificato la platea dei potenziali concorrenti e la stessa finalità del confronto comparativo-concorrenziale;

- la considerazione per cui la gamma di servizi utili alla partecipazione deve essere ampia e complessivamente coerente con l'oggetto dell'appalto risponde all'esigenza di temperare la garanzia della serietà degli offerenti con l'interesse alla massima partecipazione e concorrenzialità, atteso che l'interesse pubblico sottostante non è quello di creare o rafforzare una riserva di mercato in favore di determinati operatori economici, quanto quello di ampliare detto mercato mediante l'ammissione di quei concorrenti per i quali è possibile pervenire a un giudizio di globale affidabilità (cfr. T.A.R., Valle d'Aosta, n. 2/2016; T.A.R. Sicilia, Catania, n. 3165/2016).

Parimenti infondata si appalesa l'ulteriore censura con cui parte ricorrente si duole della mancata esclusione dell'a.t.i. Solidarietà e Lavoro per l'asserita falsa dichiarazione in ordine alle quote di ripartizione delle parti del servizio dichiarate in sede di gara in virtù delle diverse indicazioni contenute in un patto parasociale tra le imprese del raggruppamento.

In proposito, nella memoria dell'a.t.i. controinteressata del 31 maggio 2017 si chiarisce che il patto parasociale antecedente al termine per la presentazione delle offerte ed esibito alla seduta di gara del 24 gennaio 2017 era volto a soddisfare la prescrizione contenuta nel disciplinare (possesso dei requisiti in senso maggioritario in capo alla capogruppo Solidarietà e Lavoro). Ebbene, poiché va esclusa – per le ragioni che si illustreranno in seguito - l'operatività del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo e quote di esecuzione nel caso di appalto di servizi, la variazione delle percentuali di ripartizione delle attività oggetto di appalto non ha rilievo sostanziale né ha valore escludente dalla gara (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2321/2017) e, in ogni caso, trattandosi di modifiche marginali, esse appaiono inidonee ad incidere sull'affidabilità del raggruppamento e sul regime di responsabilità dell'a.t.i. nei confronti della stazione appaltante (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1041/2017).

AMMISSIONE ALLA GARA DELLA SOCIETA' SERENISSIMA RISTORAZIONE S.P.A..

Parte ricorrente contesta la mancata esclusione della società Serenissima Ristorazione s.p.a. poiché, a partire dal 3 marzo 2015, tale società ha cessato di svolgere attività di manutenzione degli impianti, come risulta da specifica annotazione nel certificato camerale, sicché la stessa non sarebbe attualmente in grado di eseguire una parte di prestazioni secondarie ricomprese nell'appalto.

Il profilo di illegittimità è infondato alla luce delle considerazioni svolte in ordine alla valenza 'secondaria', ossia accessoria, delle prestazioni di manutenzione degli impianti, delle attrezzature e dei macchinari che, per le ragioni già illustrate, non integrano i requisiti di idoneità professionale alla gara.

AMMISSIONE ALLA GARA DELL'A.T.I. LADISA/PROGETTO ALFANO S.R.L./CAPITAL S.R.L./S.L.E.M. S.R.L..

Parte ricorrente evidenzia che la mandante Capital s.r.l. non possiede il fatturato minimo corrispondente alla sua quota di partecipazione al raggruppamento (24,90%).

Il rilievo non ha pregio per le ragioni di seguito esposte:

- nel quadro ordinamentale antecedente al nuovo codice degli appalti pubblici (D.Lgs. n. 50/2016), la giurisprudenza aveva chiarito che, tenuto conto sia delle modifiche all'art. 37 comma 13, del D.Lgs. n. n. 163/2006 ad opera del D.L. n. 95/2012, convertito dalla L. n. 135/2012 (che aveva limitato ai soli lavori la corrispondenza tra la quota di partecipazione al r.t.i. e la quota di esecuzione dell'appalto), ma soprattutto tenuto conto dell'intervenuta abrogazione dell'intero comma, ad opera del D.L. n. 47/2014, convertito dalla L. n. 80/2014, era da considerarsi venuto meno l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione degli appalti di servizi e forniture (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 27/2014; sez. V, n. 786/2016; n. 3666/2016);
- anche l'art. 48, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 (nella versione applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie in esame) prevede che *"nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati"*, mentre il successivo art. 83, comma 8, si limita a stabilire che, per i raggruppamenti temporanei di imprese, *"nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti"* e che *"la mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria"*;
- l'indirizzo giurisprudenziale dianzi richiamato, valevole anche con riferimento alla disciplina vigente, nel sancire il venir meno dell'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione degli appalti di servizi e forniture, aveva, peraltro, precisato che ciascuna impresa raggruppata va, comunque,

qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara;

- ora, la statuizione secondo cui ciascuna impresa debba essere qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara, non significa che, per tal via, possa recuperarsi il principio – dequotato dal Consiglio di Stato (Adunanze Plenarie n. 7/2014 e n. 27/2014) – della corrispondenza percentuale tra quote di partecipazione, quote di esecuzione e requisiti idoneativi;

- viceversa, ciò che si vuole evidenziare è che il possesso dei requisiti speciali di partecipazione può attestarsi su una soglia minima, senza che a tale soglia debba necessariamente corrispondere l'entità delle quote di partecipazione al raggruppamento, per converso rientrante nella piena disponibilità degli associati (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 374/2015; Sez. V, n.18/2015), purché, naturalmente, la formula adottata sia conforme alle prescrizioni e modalità contemplate al riguardo dalla *lex specialis*;

- ebbene, nella specie, a pag. 22 il disciplinare di gara, in conformità all'art. 83, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, si limitava a stabilire che, *"nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo orizzontale o consorzio ordinario già costituito o da costituirsi, o di aggregazione di imprese di rete o di GEIE ... il requisito di cui al punto B" (ossia il fatturato specifico) deve essere posseduto da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande o consorziate/consorziande o aderenti al contratto di rete che eseguono il servizio ... in particolare il requisito deve essere posseduto in misura maggioritaria in senso relativo dall'impresa mandataria"*;

- nulla disponeva, quindi, circa la corrispondenza tra quote di partecipazione e/o di esecuzione dell'appalto in capo alle singole imprese raggruppate e misura dei rispettivi requisiti di capacità economico-finanziaria;

- non solo: in sede di FAQ, a fronte del quesito n. 121, la stazione appaltante ha confermato che non è prescritta alcuna coincidenza tra quota di partecipazione al raggruppamento, quota di esecuzione dell'appalto e quota di fatturato richiesta.

AMMISSIONE ALLA GARA DI ELIOR RISTORAZIONE S.P.A. E DELL'A.T.I. COMPASS GROUP ITALIA S.P.A./PULITRANSITI S.R.L..

La società contesta l'ammissione alla gara delle società Elior Ristorazione s.p.a. e dell'a.t.i. Compass Group Italia s.p.a. in base ai seguenti rilievi.

Con un primo motivo di diritto rileva che la società Pulitransiti s.r.l., mandante dell'a.t.i. Compass è stata indicata come subappaltatrice anche dalla Elior Ristorazione s.p.a. ed aggiunge che sia Elior s.p.a. che l'a.t.i. Compass avrebbero in comune anche un altro subappaltatore (società Manutentecno).

Il fatto che la Pulitransiti rivesta, al tempo stesso, la qualità di subappaltatrice della Elior e di mandante dell'a.t.i. Compass proverebbe l'esistenza di un legame tra le due concorrenti e, in ultima analisi, la riferibilità delle offerte dei due operatori economici ad un medesimo centro decisionale.

Vi sarebbe quindi violazione dell'art. 80, comma 5 lett. m) del D.Lgs. n. 50/2016 secondo cui deve essere escluso l'operatore economico che si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, *"in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale"* con la conseguenza che, secondo la parte ricorrente, andrebbero escluse sia l'Elior Ristorazione s.p.a. che l'a.t.i. Compass.

La censura è contestata in punto di fatto dalla difesa di Elior Ristorazione s.p.a. la quale nega di aver designato Pulitransiti s.r.l. come subappaltatore per il Lotto n. 6 ed allega il PASSOE richiesto dal disciplinare di gara (pag. 29) che non menziona la predetta società né la Manutentecno s.a.s. tra gli operatori economici che concorrono per il Lotto n. 6.

A fronte di tale rilievo la società ricorrente E.P. s.p.a. evidenzia, a conferma del motivo di gravame, che la dichiarazione di subappalto esibita in gara dalla EIOR s.p.a. recante indicazione della Pulitransiti s.r.l. non distingue tra i lotti di gara e, quindi, vale anche per il lotto di cui si controverte.

Il profilo di illegittimità è infondato in punto di diritto e, pertanto, può prescindersi dall'esame della questione in fatto che attiene alla effettiva indicazione di Pulitransiti s.r.l. tra i subappaltatori designati da EIOR s.p.a. per il Lotto n. 6.

Va premesso che all'appalto in trattazione non si applica *ratione temporis* il nuovo decreto correttivo (D.Lgs. n. 56/2017) che ha modificato l'art. 105, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 disponendo espressamente che *"I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché: a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto"*.

La questione di diritto va quindi risolta alla luce del previgente quadro normativo. Ebbene, la Sezione ritiene di condividere il principio di diritto espresso in un caso analogo dal T.A.R. Piemonte con le sentenze n. 328 e n. 395 del 2017 con richiamo ai principi giurisprudenziali di diritto comunitario.

Si è infatti rilevato come la Corte di giustizia dell'Unione Europea (22 ottobre 2015 in causa C-425/14, Edilux) abbia statuito che è contrario al principio di proporzionalità imporre ad un concorrente l'obbligo di dichiarare a pena di esclusione che non verranno subappaltate lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara; secondo la Corte di giustizia, infatti, tale assoluto divieto implica una *"presunzione irrefragabile secondo la quale l'eventuale subappalto da parte dell'aggiudicatario, dopo l'aggiudicazione dell'appalto, a un altro partecipante alla stessa gara d'appalto derivi da una collusione tra le due imprese interessate, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare il contrario. Così, una siffatta dichiarazione eccede quanto necessario al fine di prevenire comportamenti collusivi"* (cfr. punto 39).

In altri termini, il fatto che un operatore economico risulti presente nell'ambito di più offerte potrebbe costituire sintomo di collegamento tra le medesime offerte e di dubbia trasparenza delle stesse ma, trattandosi di mero indizio, esso andrebbe comunque verificato, insieme ad altri eventuali indizi ed alla luce delle offerte formulate, nel contraddittorio delle parti. Ne consegue che, pur essendo in teoria la circostanza rilevata dalla ricorrente non totalmente neutra, essa non potrebbe comportare l'automatica esclusione della partecipante, visto che dovrebbe essere valutata in un complessivo quadro indiziario dall'amministrazione appaltante.

Con una seconda censura diretta esclusivamente avverso l'a.t.i. Compass Group Italia s.p.a., la ricorrente evidenzia che la società Pulitransiti s.r.l. (mandante del citato raggruppamento) ha dichiarato di non possedere i seguenti requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – professionale (la cui titolarità era richiesta dalla *lex specialis* in capo a tutte le società componenti dell'a.t.i.), rimandandone il possesso alla capogruppo: fatturato specifico nel settore della ristorazione realizzato negli ultimi tre esercizi finanziari (lett. B del disciplinare, pag. 20), servizi di ristorazione collettiva in ambito sanitario svolti nel triennio (lett. C del disciplinare pag. 21), certificazione UNI EN ISO 22000: 2005 (lett. D3 del disciplinare, pag.22).

L'argomentazione è infondata.

Il disciplinare prevede a pag. 22 (ultimo capoverso) che, in caso di raggruppamento di imprese verticale (come l'a.t.i. Compass), i requisiti e le certificazioni *“devono essere posseduti da ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande ... per la parte della prestazione ad essa attribuita”*. Ebbene, l'inconsistenza giuridica della censura deriva dalla considerazione che la mandante Pulitransiti s.r.l., occupandosi solamente di trasporto/distribuzione e non invece di ristorazione, non doveva possedere i requisiti B, C e D3 che viceversa, attengono all'attività di ristorazione.

La diversa ermeneutica sostenuta nel ricorso collide infatti con il principio del *favor participationis* che deve orientare l'attività interpretativa, in presenza di più opzioni possibili rivenienti dall'esame della disciplina di gara (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 2232/2017).

In conclusione, richiamate le svolte considerazioni, previa declaratoria di irricevibilità del gravame incidentale proposto dalla Compass Group Italia s.p.a., il ricorso in epigrafe va complessivamente respinto.

In applicazione del principio della soccombenza ex art. 92 c.p.c., parte ricorrente va condannata al pagamento delle spese processuali in favore delle controparti processuali nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, così provvede:

- dichiara irricevibile il ricorso incidentale proposto da Compass Group Italia s.p.a.;
- respinge il ricorso principale proposto da E.P. s.p.a.;
- condanna E.P. s.p.a. al pagamento delle spese processuali che liquida complessivamente in euro 12.000,00 (dodicimila/00), oltre accessori di legge, in favore delle controparti processuali, da ripartire in parti uguali tra le medesime nella misura di seguito indicata: SO.RE.SA. s.p.a. (euro 2.000,00); Serenissima Ristorazione s.p.a. (euro 2.000,00); Compass Group Italia s.p.a. (euro 2.000,00); Elijor Ristorazione s.p.a. (euro 2.000,00); Ladisa s.r.l. (euro 2.000,00); Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro soc. coop., Vivenda s.p.a., Ristora Food & Service s.r.l. (euro 2.000,00).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2017 con
l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere

Gianluca Di Vita, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gianluca Di Vita

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO