

Non è seriamente contestabile che la gestione di un servizio di mensa scolastica non sia affatto paragonabile alla generica ristorazione collettiva e, tanto meno, alla semplice fornitura di generi alimentari: la gestione di una mensa per l'infanzia non si esaurisce nella sola attività materiale di distribuzione dei pasti, ma comprende, per i risvolti di ordine educativo e psicologico che implica la particolarità dei soggetti ai quali è destinata, anche un'attività di assistenza che, per quanto soggetta alla vigilanza e alla supervisione del personale docente scolastico, può essere espletata solo da personale qualificato e munito di specifiche ed adeguate conoscenze

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 5035 del 29 agosto 2006, in tema di eventuale differenza di disposizioni fra bando e capitolato, ci insegna che:

< nel contrasto tra le clausole del bando e quelle del capitolato va sempre accordata prevalenza alle prime, atteso che il capitolato assolve alla preminente funzione di predeterminare l'assetto negoziale degli interessi dell'amministrazione e dell'impresa aggiudicataria in seguito all'espletamento della gara e non di regolamentare direttamente la procedura selettiva

deve rilevarsi che lo specifico oggetto della procedura indetta dal Comune di Aversa era l'«appalto del servizio di refezione scolastica» e, dunque, coerentemente, sia il bando sia il disciplinare recavano, tra i requisiti minimi di partecipazione, la dimostrazione, da parte di ciascun concorrente, di un fatturato relativo a soli servizi di refezione scolastica.

Ai fini del decidere non assume rilievo, pertanto, la circostanza che il capitolato speciale d'appalto (di seguito anche "c.s.a.") rechi una previsione parzialmente differente.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 7530 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 7530 del 2004 proposto dalla DITTA ** DANTE & FIGLI S.R.L., alla quale è succeduto, costituendosi in prosecuzione, il FALLIMENTO ** DANTE & FIGLI, dichiarato dal Tribunale Ordinario di Santa Maria Capua Vetere, in persona del curatore, autorizzato dal Giudice Delegato con atto del 25.1.2005, rappresentato e difeso dall'avv. Eliseo Laurenza, elettivamente domiciliato in Roma, al viale Parioli n. 67, presso lo studio dell'avv. Antonio Lamberti;

contro

il COMUNE DI AVERSA, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Palma, con domicilio eletto in Roma, al Foro Traiano n. 1/a, presso lo studio Palma-Schettini;

e nei confronti

della **. S.R.L.,

non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 9012 depositata il 26.5.2004, pronunciata tra le parti dal Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Napoli, sez. I;

visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Aversa;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

vista l'ordinanza n. 4755 dell'8.10.2004 con cui la Sezione ha respinto l'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata;

vista l'ordinanza istruttoria n. 2468 del 28.1.2005;

visti gli atti tutti della causa;

relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

uditi alla pubblica udienza del 28.3.2006 l'avv. E. Laurenza per il Fallimento ** e l'avv. G. Cerceo per l'ente civico appellato;

FATTO E DIRITTO

1. L'appello emarginato investe la sentenza con cui il T.a.r. della Campania respinse il ricorso, promosso dalla società ** contro l'aggiudicazione, in favore della **. S.r.l. (d'ora innanzi, per brevità, solo "**"), dell'appalto del servizio di refezione scolastica nelle scuole materne ed elementari del Comune di Aversa per il biennio 2003/2005.

Nel secondo grado del giudizio, così instaurato, si è costituito, per resistere all'impugnazione, il Comune di Aversa concludendo per la conferma della sentenza appellata, previa integrale reiezione del gravame contro di essa interposto.

All'udienza del 28.3.2006 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. In via preliminare il Collegio osserva che non il fallimento della società ** né la completa esecuzione dell'appalto di servizi di cui si controverte hanno comportato la definitiva cessazione dell'interesse alla coltivazione del presente giudizio. In effetti, quantunque si sia indubbiamente estinto l'interesse principale dell'appellante a sostituirsi alla * nello svolgimento dell'attività di refezione scolastica, la ** conserva nondimeno un interesse minore, ma ugualmente tutelabile, all'accoglimento del gravame, in quanto soltanto l'annullamento degli atti impugnati in prime cure legittimerebbe la società ricorrente alla proposizione di un'eventuale domanda aquiliana nei confronti del Comune di Aversa, quanto meno nei limiti della pretesa al risarcimento della perdita di chance.

3. Nel merito, il ricorso merita accoglimento. Ed invero, risulta fondato ed assorbente il primo motivo d'impugnazione con il quale l'appellante si duole della mancata esclusione dalla gara della * perché non in possesso del requisito minimo di partecipazione individuato dal bando di gara nel «(f)atturato relativo a servizi di refezione scolastica, realizzato negli ultimi due esercizi, pari complessivamente all'importo posto a base di gara (pari ad € 799.120,00, I.V.A. inclusa)».

Più in particolare, la ** ha dedotto, riproponendo il terzo motivo dell'originario ricorso, che la commissione giudicatrice avrebbe illegittimamente mantenuto in gara la * nonostante quest'ultima avesse dichiarato corrispettivi percepiti per l'esecuzione di appalti ancora in corso alla data del 31.12.2002 o consistenti in importi non indicati nei certificati prescritti dal punto 5, lett. e), del disciplinare di gara («Documentazione in originale del fatturato ... prodotta nella forma di certificazione degli Enti Locali committenti con relative fatturazioni») o, ancora, non erogati per lo svolgimento del servizio di refezione scolastica, bensì a fronte di contratti di somministrazione o di fornitura.

Con specifico riguardo a quanto esposto, in fine, nel precedente paragrafo, deve precisarsi che la ** stigmatizzò l'inserimento nel fatturato complessivo dichiarato dalla * delle prestazioni svolte a favore, tra gli altri committenti, della "Clinica L'Incontro" di Teano (per un ammontare pari ad € 173.505,84) e del Comune di Marcianise (per complessivi € 104.851,98).

Giova, difatti, aggiungere che la * dichiarò un volume globale di affari, realizzato nell'ultimo biennio precedente l'indizione della gara bandita dal Comune di Aversa, di € 1.053.612,00, superiore di € 254.492,00 all'importo a base della procedura.

Stanti tali allegazioni la Sezione, ritenendo rilevante ai fini del decidere verificare - in applicazione del principio dispositivo con metodo acquisitivo - l'effettiva natura dei rapporti negoziali intrattenuti dalla * con i suddetti enti, ha disposto, con ordinanza n. 2468/2005, accertamenti presso il Comune di Marcianise e la Camera di commercio, industria, artigianato ed agricoltura di Caserta.

Dalle risposte pervenute è emerso che la * stipulò con il Comune di Marcianise due contratti di mera fornitura di derrate e che il Centro di fisioterapia e riabilitazione "L'Incontro di ** Carlo & C." S.a.s., non è un istituto scolastico, ma una società avente per oggetto principale il recupero dei soggetti affetti da minorazioni fisiche, psichiche e sensoriali dipendenti da qualunque causa.

Le riferite risultanze processuali inducono il Collegio a giudicare illegittima l'ammissione della * alla gara.

Onde meglio illustrare le ragioni del decidere, occorre muovere dalla preliminare considerazione che nel contrasto tra le clausole del bando e quelle del capitolato va sempre accordata prevalenza alle prime, atteso che il capitolato assolve alla preminente funzione di predeterminare l'assetto negoziale degli interessi dell'amministrazione e dell'impresa aggiudicataria in seguito all'espletamento della gara e non di regolamentare direttamente la procedura selettiva (tra le molte decisioni sul punto, Cons. St., sez. VI, 17.7.1998, n. 1101).

Orbene, calato il principio appena enunciato al caso di specie, deve rilevarsi che lo specifico oggetto della procedura indetta dal Comune di Aversa era l'«appalto del servizio di refezione scolastica» e, dunque, coerentemente, sia il bando sia il disciplinare recavano, tra i requisiti minimi di partecipazione, la dimostrazione, da parte di ciascun concorrente, di un fatturato relativo a soli servizi di refezione scolastica.

Ai fini del decidere non assume rilievo, pertanto, la circostanza che il capitolato speciale d'appalto (di seguito anche "c.s.a.") rechi una previsione parzialmente differente.

Mette conto osservare, d'altronde, che nemmeno è ravvisabile, al di là della diverse formule lessicali utilizzate, una reale antinomia tra il portato precettivo del c.s.a. e quello della normativa di gara. Difatti, l'art. 11 del c.s.a. prevede che «(l)e imprese, per essere ammesse alla gara, sono tenute a dare dimostrazione della propria solidità finanziaria ed economica, nonché della propria capacità tecnica, mediante i seguenti documenti: ... Dichiarazione documentata, concernente il volume globale d'affari dell'ultimo biennio (1° settembre 2000 – 31 dicembre 2002) riferito al settore della ristorazione collettiva ed in particolare della ristorazione scolastica. Il fatturato relativo a servizi di refezione scolastica, realizzati nel biennio dovranno essere almeno pari all'importo posto a base di gara».

Ad una lettura non corriva della prescrizione testé riportata si riscontra, invero, una pressoché completa identità tra il tenore delle surriportate previsioni del bando e del disciplinare rispetto al secondo periodo del richiamato stralcio del c.s.a..

Il rilievo illumina il senso complessivo della disposizione del capitolato: con essa la stazione appaltante, ferma restando la necessità del possesso del requisito di un fatturato per servizi di refezione scolastica non inferiore all'importo a base di gara, consentì comunque alle partecipanti di produrre ulteriore documentazione che, seppure non attinente ai servizi esitati, fosse nondimeno idonea a corroborare il quadro complessivo delle capacità economica, finanziaria e tecnica delle concorrenti.

Si coglie, da tale prospettiva, la ridotta valenza ermeneutica della menzione dei servizi di ristorazione collettiva.

Non è poi seriamente contestabile che la gestione di un servizio di mensa scolastica non sia affatto paragonabile alla generica ristorazione collettiva e, tanto meno, alla semplice fornitura di generi alimentari (v. le attestazioni, versate in atti, del Comune di Marcianise) o alla mera consegna di pasti «all'esterno della struttura», come si evince dalle fatture rilasciate dal Centro "L'Incontro" (non rilevando in contrario il tenore della dichiarazione scritta, resa dall'amministratore della struttura, del 18.8.2003, peraltro in contrasto con quella datata 27.6.2003 in cui si parlava espressamente di un "servizio ristorazione").

Come condivisibilmente chiarito dalla Sezione in precedenti arresti (v., *exempli gratia*, la decisione 6.8.2001, n. 4237), tale «assimilazione è improponibile anche solo a voler considerare la fattura dei pasti, relativamente ai quali, per i bambini nell'età della crescita e dello sviluppo, occorre seguire particolari canoni dietetici e richiedono, quindi, anche nei casi in cui i pasti siano stati già prestabiliti sulla base delle prescrizioni di esperti dell'alimentazione dell'infanzia, una sperimentata e non un'improvvisata perizia di esecuzione.

La gestione di una mensa per l'infanzia, inoltre, non si esaurisce nella sola attività materiale di distribuzione dei pasti, ma comprende, per i risvolti di ordine educativo e psicologico che implica la particolarità dei soggetti ai quali è destinata, anche un'attività di assistenza che, per quanto soggetta alla vigilanza e alla supervisione del personale docente scolastico, può essere espletata solo da personale qualificato e munito di specifiche ed adeguate conoscenze» (così testualmente Cons. St., sez. V, n. 4237/2001, cit.).

Non a caso allora il c.s.a., all'art. 30, imponeva, per il personale addetto al servizio di refettorio, il previo svolgimento di un corso di formazione relativo, tra l'altro, alla "comunicazione con l'utenza" ed all'art. 43 richiedeva l'approntamento di diete speciali per i bambini affetti da patologie croniche, tipiche dell'infanzia (del resto, tra gli elementi di valutazione dell'offerta fu ragionevolmente inserita la «(p)resenza di un capo cuoco coordinatore dei centri di cottura con titolo professionale ed esperienza in cucine scolastiche»).

Detratti dunque dall'importo dichiarato dalla * € 104.851,98 ed € 173.505,84, si ottiene la differenza di € 775.254,18, inferiore al valore numerario dell'appalto; ciò senza considerare che, in base alle descrizioni contenute nelle fatture versate in atti, andrebbero verosimilmente sottratti dall'importo complessivo dichiarato dall'aggiudicataria anche i corrispettivi percepiti dalle imprese Cincic Center (consegna di cestini vitto), Antares (cestini vitto), Sicurvie Services (prosciutto san Daniele), Salazar (pranzo e cena), Iritel Campania (compenso per 375 pasti), Comune di Marinaro (servizio coffee break), nonché dal Ristorante De Cicco (stante la natura del cliente).

Ne consegue, in conclusione, che effettivamente l'aggiudicataria non possedeva il requisito minimo di partecipazione richiesto dalla normativa di gara e, pertanto, la commissione giudicatrice avrebbe dovuto escluderla dalla procedura.

4. La mancata costituzione in giudizio della * preclude al Collegio l'esame del ricorso incidentale dichiarato inammissibile (rectius, "improcedibile") dal primo giudice.

5. Nemmeno sono scrutinabili, in assenza di appello incidentale, le eccezioni d'inammissibilità del primitivo ricorso, sollevate in primo grado dal Comune di Aversa e tuttavia espressamente respinte dal T.a.r., sia pure con motivazione oracolare, nella parte della sentenza in cui si afferma la ritualità del ricorso e dei motivi aggiunti (si tratta, peraltro, di eccezioni infondate – come il motivo formulato dalla * in riferimento al preteso difetto di rappresentanza della ** al compimento degli atti della gara – alla stregua dei provvedimenti giudiziari emessi dai giudici penali del Tribunale di Napoli e di S. Maria Capua Vetere, della procura notarile, ugualmente prodotta, e della costituzione in giudizio dell'aggiudicataria).

6. In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere accolta anche l'originaria impugnativa, con conseguente annullamento degli atti con essa avversati.

7. Sussistono giustificati motivi per compensare integralmente tra le parti le spese processuali del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente tra le parti le spese processuali del doppio grado del giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 28.3.2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 29 agosto 2006