

Il principio di massima partecipazione ad una gara pubblica

di Alessandro Costa

Data di pubblicazione: 4-3-2020

1. A fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale. Il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a favorire la massima tutela della concorrenza e l'interesse pubblico alla selezione dell'impresa più idonea, è ribadito dall'art. 83 comma 2 del D.lgs. n. 50 del 2016 il quale prevede che i requisiti e le capacità (economico-finanziarie e tecnico professionali) "sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione.

Guida alla lettura

La procedura ad evidenza pubblica costituisce lo strumento a mezzo del quale il contemperamento tra l'interesse pubblico al perseguimento di determinati fini di carattere collettivo e quello privato al libero esercizio dell'attività economica viene a condensarsi in una concatenazione di condotte, nel loro insieme preordinate alla più ampia partecipazione alle gare pubbliche e alla tutela della concorrenza.

L'individuazione del soggetto privato più idoneo a soddisfare l'esigenza pubblica va dunque scadenzata all'interno di un procedimento funzionale al miglior risultato possibile.

A tale scopo **la disciplina contrattualistica contenuta nel D.lgs. 50/2016 (Codice appalti) distingue una serie di requisiti che legittimano la partecipazione ad una gara di appalto:** la sintesi tra efficacia, efficienza ed effettività delle scelte negoziali va infatti perseguita attraverso due distinte categorie di criteri, i criteri soggettivi e i criteri oggettivi.

Quanto ai requisiti soggettivi l'art. 80 Codice appalti 2016 disciplina i cd. "requisiti di ordine pubblico" (o di moralità) che tutti i concorrenti devono possedere per poter contrarre con la P.A. e la cui mancanza preclude la partecipazione alla gara o determina la successiva esclusione dalla stessa. Ricordando la bipartizione tra "irregolarità essenziali" e "irregolarità

non essenziali”, introdotta dal D.l. 24 giugno 2014 n. 90 (cd. Decreto Renzi-Madia), convertito dalla Legge 11 agosto 2014 n. 114, può affermarsi che la mancanza dei requisiti soggettivi costituisce violazione grave alla disciplina della partecipazione, punita con l’automatica esclusione dalla procedura di gara.

In ordine ai **requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale** l’art. 83 Codice appalti 2016 individua tutti i requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale che i singoli partecipanti alla gara devono possedere per poter partecipare alla gara, salva successiva sanatoria degli stessi a mezzo di soccorso istruttorio.

Superando la distinzione concettuale è tuttavia possibile affermare che l’eterointegrazione dei bandi di gara apportata dal nuovo Codice appalti non ha consumato del tutto la discrezionalità amministrativa nella scelta delle modalità con cui perseguire il fine pubblico, sebbene tale potere discrezionale sia circoscritto all’individuazione di requisiti la cui mancanza non produce automatica esclusione dalla gara, bensì obbliga la stazione appaltante ad avviare il procedimento di soccorso istruttorio.

A sostegno di quanto rilevato la giurisprudenza ha statuito che **“i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purchè non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacchè rientra nella discrezionalità dell’amministrazione aggiudicatrice fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che in punto di adeguatezza corrisponde ad un uso corretto del principio di proporzionalità nell’azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti essere congrue rispetto all’oggetto del contratto”** (cfr. **Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2017, n. 9**).

Il bilanciamento tra il citato potere discrezionale e i principi di massima apertura della partecipazione alla gara e di tutela della concorrenza produce a cascata ricadute applicative in punto di attività interpretativa: come evidenziato dalla pronuncia oggetto d’esame, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara (una avente quale effetto l’esclusione dalla gara e l’altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all’opzione che, ove condivisa, comporterebbe l’esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l’ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* dell’interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale.

Del resto, il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a favorire la massima tutela della concorrenza e l’interesse pubblico alla selezione dell’impresa più idonea, è ribadito dall’art. 83 comma 2 del D.lgs. n. 50 del 2016, il quale prevede che i requisiti e le capacità (economico-finanziarie e tecnico professionali) sono attinenti e proporzionati all’oggetto dell’appalto, tenendo presente l’interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3950 del 2019, proposto da G.L.E. Ristorazione di Giulia Barbero & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Hebert D'Herin, Riccardo Viriglio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Sodexo Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Comune di Pino Torinese, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonella Borsero, Carlo Merani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione Prima, 23 aprile 2019, n. 458, resa tra le parti;

FATTO

1. Con ricorso ritualmente proposto al Tribunale Amministrativo per il Piemonte, Sodexo Italia s.p.a. (di seguito "Sodexo"), classificatasi seconda (con un complessivo punteggio di 94,91 punti) nella gara bandita dal Comune di Pino Torinese per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica per le scuole dell'infanzia, primarie e secondaria di primo grado, per un biennio (periodo 1 settembre 2018- 31 agosto 2021), con possibile estensione per ulteriori due anni, ne ha impugnato gli esiti, chiedendo l'annullamento della determinazione n. 235 del 1 agosto 2018 recante l'aggiudicazione definitiva disposta, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in favore dell'impresa G.L.E. Ristorazione di Giulia Barbero

& C. s.n.c. (di seguito "G.L.E."), nonché di tutti gli atti della procedura (in particolare: - i relativi verbali, laddove avevano ritenuto ammissibile, valutabile e remunerativa l'offerta della controinteressata, ivi compreso quello del 9 luglio 2018 recante l'ammissione di quest'ultima, e quelli afferenti al sub procedimento di verifica dell'anomalia; - la risposta prot. n. 0013076 del 4 settembre 2018 a riscontro dell'istanza di autotutela di Sodexo; - ove occorrer possa, il bando, il disciplinare ed il capitolato speciale d'appalto, nonché i chiarimenti pubblicati dall'Amministrazione aggiudicatrice).

1.1. Avverso gli atti impugnati e a sostegno della loro illegittimità, la ricorrente formulava le seguenti censure: "I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 29 del decreto legislativo n. 50/2016; violazione e falsa applicazione degli artt. 83, 86 e dell'all. XVII del decreto legislativo n. 50/2016; violazione della lex specialis di gara; violazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica, sub specie par condicio competitorum; eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità ed ingiustizia manifesta; II) violazione e falsa applicazione dell'art. 105 del decreto legislativo n. 50/2016; violazione della lex specialis di gara; violazione dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica in materia di subappalto; eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità ed ingiustizia manifesta; III) violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 95 del decreto legislativo n. 50/2016; violazione della lex specialis di gara; violazione dei principi informanti le procedure ad evidenza sub specie par condicio competitorum; eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità ed ingiustizia manifesta; IV) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del d. lgs. 50/2016, violazione e falsa applicazione dei principi delle procedure ad evidenza pubblica, sub specie remuneratività dell'offerta economica, par condicio tra i concorrenti; V) violazione dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto, illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta".

1.2. Alla stregua di tali motivi di ricorso, Sodexo chiedeva pertanto, oltre all'annullamento degli atti di gara, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato, ai sensi dell'art. 122 Cod. proc. amm., e formulava altresì domanda di risarcimento dei danni subiti per effetto dei provvedimenti impugnati, in forma specifica, mediante subentro nel contratto, o, in subordine, per equivalente, previa fissazione dei criteri in base ai quali la stazione appaltante avrebbe dovuto formulare una proposta di pagamento, comprensiva tanto del danno emergente, quanto del lucro cessante, da quantificare in seguito, che la ricorrente avrebbe conseguito con l'aggiudicazione dell'appalto, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

1.3. Si costituivano in resistenza il Comune di Pino Torinese e G.L.E., chiedendo il rigetto dell'impugnativa per la sua infondatezza.

2. Con la sentenza in epigrafe il T.a.r. adito ha ritenuto il ricorso fondato e lo ha accolto, per l'assorbente censura, di cui al primo motivo di ricorso, concernente la mancanza in capo all'aggiudicataria del requisito di capacità tecnica e professionale prescritto dal punto 7.3., lettera c) del Disciplinare, in base al quale il concorrente doveva aver eseguito, ai fini dell'ammissione alla gara, "nell'ultimo triennio (2015, 2016, 2017), servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, erogando un numero di pasti all'anno non inferiore a n. 70.000 senza revoche di contratto": il Tribunale ha, in particolare, ritenuto non soddisfatto il requisito in

parola in capo alla G.L.E. la quale, pur avendo erogato per il 2015, il 2016 e 2017 un totale di 310.660 pasti e dichiarato, per il periodo ricompreso tra la data di inizio dell'attività (il 23 giugno 2015) sino all'indizione della gara (avvenuta nel maggio 2018), un numero complessivo di 432.145 pasti, aveva tuttavia erogato per l'anno 2015 (nel quale, soltanto nel mese di giugno, era stata costituita) 5.508 pasti.

3. Avverso la sentenza ha proposto appello G.L.E., chiedendone la riforma per un unico articolato motivo con cui ha censurato: "Erronea e insufficiente motivazione del giudice di prime cure su un punto decisivo della controversia. Violazione dell'art. 83, dell'art. 86 e dell'allegato XVII, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nonché del Disciplinare di gara, § 7.3., lett. c.".

Con il mezzo di censura dedotto l'appellante ha, quindi, argomentato l'infondatezza del motivo del ricorso di primo grado di Sodexo, afferente all'asserita carenza in capo alla G.L.E. del requisito di capacità tecnico- organizzativa, con riguardo ai servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto eseguiti nell'ultimo triennio e al numero minimo di pasti "all'anno" erogati, sostenendo che la sentenza fosse inficiata da un errore di giudizio determinato da un implausibile e non convincente interpretazione della legge di gara.

3.1. Si è costituito anche nel presente giudizio il Comune, il quale ha condiviso le argomentazioni dell'appellante, sostenendo la legittimità del suo operato e la conseguente infondatezza di tutti i motivi di ricorso proposti avverso gli atti impugnati in primo grado dall'impresa Sodexo.

3.2. Si è costituita in resistenza la Sodexo, la quale ha illustrato le proprie tesi difensive con articolate memorie, con cui ha argomentato l'infondatezza del gravame e la correttezza della sentenza di primo grado, ed ha, inoltre, riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., in via subordinata, i motivi del ricorso di primo grado non scrutinati, in quanto assorbiti, dal Tribunale amministrativo.

3.3. Con ordinanza collegiale n. 3305/2019 del 28 giugno 2019 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza di prime cure incidentalmente formulata dall'appellante, "in relazione all'assorbente profilo del periculum, al fine di garantire la continuità del servizio di refezione scolastica ed evitare (potenziali) plurimi avvicendamenti nella gestione".

3.4. Quindi, all'udienza pubblica del 24 ottobre 2019 fissata per la discussione del merito dell'appello, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. Viene in decisione l'appello di G.L.E. proposto nei confronti della sentenza che ha annullato l'aggiudicazione, disposta in suo favore, della gara specificata in narrativa per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica, per la ritenuta carenza, con valenza assorbente di ogni altra censura proposta dall'originaria ricorrente Sodexo, del requisito di partecipazione

prescritto dalla clausola del Disciplinare di cui al paragrafo 7.3. lett. c), del seguente tenore: “il concorrente deve aver eseguito nell’ultimo triennio (2015, 2016, 2017), servizi analoghi a quelli oggetto dell’appalto, erogando un numero di pasti all’anno non inferiore a n. 70.000 senza revoche di contratto”; con l’ulteriore precisazione (pag. 9 del disciplinare) secondo la quale “la comprova del requisito è fornita secondo le disposizioni di cui all’art. 86 e all’allegato XVII, parte II, del Codice” (dei contratti pubblici).

4.1. In particolare, l’appellante G.L.E. si duole dell’erronea e insufficiente motivazione delle statuizioni di prime cure su un punto decisivo della controversia, afferente alla sua natura, come esattamente indicata nella dichiarazione allegata alla domanda e nel D.G.U.E., di microimpresa, la quale peraltro è stata costituita il 13 giugno 2015 e ha quindi, soltanto di recente, iniziato l’attività.

4.2. Alla luce di tali peculiarità connotanti la fattispecie, ingiustamente obliterate dal primo giudice, l’appellante ne contesta, dunque, la decisione di annullamento dell’aggiudicazione per averla erroneamente ritenuta carente del controverso requisito di capacità tecnico-professionale, sulla base di una non condivisibile interpretazione della clausola della lex specialis di gara, laddove ha, per un verso, affermato che sarebbe stata necessaria l’erogazione di almeno settantamila pasti per ogni singolo anno del triennio (che, invece, G.L.E. non aveva dimostrato per il solo 2015, anno nel quale, peraltro soltanto nel mese di giugno, l’impresa era stata costituita ed avviata) e, per altro verso, non ha considerato che l’aggiudicataria era anzi ampiamente qualificata per il servizio da affidarsi, avendo dimostrato l’erogazione “per il triennio (2015, 2016, 2017)” di 310.660 pasti in tutto (con n. 97.218 pasti per il 2016 e n. 212. 434 pasti per il 2017), con una media ponderata di 103.353,33 pasti erogati “all’anno”, così adempiendo pienamente alle prescrizioni stabilite dal disciplinare.

4.3. A dimostrazione della sua progressiva e rilevante crescita imprenditoriale, comprovante la sua attuale capacità tecnico- professionale, l’appellante evidenzia, inoltre, di aver anche indicato in gara i servizi analoghi e i pasti erogati nel 2018 che, sino a maggio (e dunque in cinque mesi soltanto), erano pari a ben 141.865; così dimostrando, di aver nel complesso erogato, dall’avvio dell’attività all’indizione della gara (nel mese di maggio 2018), 432.145 pasti.

4.4. L’appellante, con argomentazioni condivise dal Comune, ha dunque evidenziato che la prospettazione di Sodexo, condivisa dalla sentenza di primo grado, non sarebbe né conforme ad un’interpretazione letterale della clausola, né rispondente ai principi generali di massima partecipazione, tutela della concorrenza e par condicio nelle gare pubbliche, nella misura in cui la clausola così interpretata ne precluderebbe l’ammissione alla gara in ragione della sua natura di micro impresa e della sua recente costituzione, penalizzandola ingiustamente rispetto agli altri concorrenti che, come l’originaria ricorrente, possono vantare una maggiore esperienza e storicità, essendo da più tempo presenti sul mercato.

4.5. Per converso, l’opzione ermeneutica dalla stazione appaltante, laddove ha tenuto conto della data di effettiva costituzione dell’impresa odierna appellante e ha perciò valutato il requisito in esame in un contesto temporale più recente (considerando, in particolare, anche i primi mesi del 2018, fino all’indizione della procedura de qua, e quindi i tre anni effettivi

antecedenti al bando), è volta a favorire, in un'ottica sostanzialista e pro-concorrenziale, la partecipazione alla gara delle imprese solo recentemente costituite, nonché di quelle di piccole e medie dimensioni, senza con questo trasmodare nell'eccesso di discrezionalità né nella disparità di trattamento censurate dalla sentenza impugnata: ciò in linea, peraltro, con quanto in più occasioni riconosciuto dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione ("ANAC"), la quale in ragione del principio generale del favor participationis, ha affermato per le imprese di recente costituzione che "il calcolo per la verifica del possesso dei requisiti indicati nel bando va effettuato sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa e i bilanci e la documentazione da presentare sono da riferirsi agli anni di effettiva operativa della stessa" (cfr. deliberazioni ANAC 20 dicembre 2017, n. 1349; 23 maggio 2018, n. 473 e 14 giugno 2017, n. 671).

5. L'appello è fondato, per le ragioni di seguito evidenziate.

5.1. Va, anzitutto, rilevato che, per pacifico principio giurisprudenziale, che la Sezione condivide e a cui intende dare continuità, "a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della lex specialis di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del favor participationis e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (in tal senso – ex multis -: Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2232; id., V, 24 febbraio 2017, n. 869)" (Consiglio di Stato, V, 5 ottobre 2017, n. 4644).

5.1.2. Va poi anche evidenziato che il principio generale della più ampia partecipazione alle gare pubbliche, volto a favorire la massima tutela della concorrenza e l'interesse pubblico alla selezione dell'impresa più idonea, è ulteriormente ribadito dall'art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016 il quale prevede che i requisiti e le capacità (economico-finanziarie e tecnico professionali) «sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione».

5.2. Tanto premesso in linea generale la Sezione è, dunque, dell'avviso che ad una coerente applicazione di tali principi debba conseguire la riforma della sentenza appellata la quale, sulla base dei rilievi, ritenuti decisivi e assorbenti dedotti nel primo motivo del ricorso di prime cure, ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione disposta in favore dell'odierna appellante per l'asserita carenza del prescritto requisito di partecipazione tecnico- professionale, fondata su una non condivisibile interpretazione della legge di gara.

5.3. Secondo la clausola in esame, come detto, «il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio (2015, 2016, 2017) servizi analoghi a quelli oggetto dell'appalto, erogando un numero di pasti all'anno non inferiore a n. 70.000 senza revoche di contratto», con l'ulteriore precisazione (pag. 9) che «la comprova del requisito è fornita secondo le disposizioni di cui all'art. 86 e all'allegato XVII, parte II, del Codice» dei contratti pubblici.

5.4. In primo luogo, deve dunque evidenziarsi, sotto il profilo testuale, che la clausola controversa individua (nella prima proposizione) i servizi rilevanti, che sono quelli «analoghi»,

e al contempo il riferimento temporale, che è «l'ultimo triennio (2015, 2016, 2017)», vale a dire un periodo unitariamente inteso che va dal 1° gennaio 2015 al 31 dicembre 2017; poi la stessa clausola richiede (nella seconda proposizione) un numero di pasti erogati «all'anno» non inferiore a n. 70.000 (così individuando anche il numero dei pasti erogati nei servizi analoghi).

5.4.1. Alla luce del tenore letterale della clausola in esame, la Sezione ritiene, pertanto, di non condividere l'opzione ermeneutica cui ha aderito la sentenza appellata la quale ha ritenuto che, ai fini della partecipazione alla gara in oggetto, sarebbe stato necessario aver erogato almeno settantamila pasti in ogni singolo anno del triennio (cioè nel 2015, nel 2016 e nel 2017): da ciò traendo l'ulteriore conseguenza secondo la quale, avendo G.L.E. erogato per l'anno 2015 in cui era stata costituita un numero di pasti inferiore a tale numero, non aveva dimostrato il possesso del requisito e andava perciò esclusa dalla gara.

5.4.2. Deve, al contrario, ritenersi che un'interpretazione conforme alla lettera della clausola conduca a intendere le locuzioni in esame come indicazione di una necessaria media ponderata sul periodo di riferimento: solo in questo modo è infatti possibile dare un senso alla parola "triennio", che indica un intervallo di durata (id est: un periodo unitario), ove poi la distinta locuzione "all'anno" (contenuta nella seconda proposizione, successiva alla virgola) indica correttamente il valore per indicare la media.

5.4.3. Del resto, come correttamente argomenta l'appellante, se la legge di gara avesse inteso indicare solo gli anni, senza indicazioni di media, non avrebbe avuto ragione di fare espresso riferimento al triennio, con la conseguenza che la clausola avrebbe dovuto avere una ben diversa formulazione (sì da richiedere, ad esempio, l'erogazione del numero minimo di pasti "per ciascun anno" ovvero "per il 2015, 2016, 2017").

5.5. In conclusione, deve ritenersi corretta l'interpretazione del requisito che ne ha fornito la Stazione appaltante la quale lo ha inteso (e conseguentemente applicato) come effettuazione di un numero medio di pasti nel triennio.

5.6. Né può ritenersi, come afferma la sentenza appellata, che la media ponderata, richiamata dalla controinteressata e dal Comune, costituisca "un criterio estraneo alla lex specialis di gara": se, infatti, è vero che la legge di gara non conteneva un espresso riferimento al dato medio dei pasti annuali, è anche vero che non richiedeva affatto (e non consentiva perciò di imporne alle concorrenti la sua dimostrazione ai fini della partecipazione) la fornitura di un numero minimo di pasti per ciascun anno del triennio.

5.7. In definitiva, la clausola per come formulata ben si prestava a letture differenti, ivi compresa quella, ad avviso del Collegio più convincente e aderente al dato letterale, qui prospettata dall'appellante e dal Comune.

5.7.1. A tali premesse, in applicazione dei richiamati principi in materia di massima partecipazione alle gare pubbliche e di interpretazione delle clausole ambigue, non poteva perciò conseguire l'annullamento dell'aggiudicazione disposta e l'esclusione dalla gara della concorrente G.L.E. la quale, come già evidenziato, nel D.G.U.E. presentato in gara e nella dichiarazione allegata, aveva, da un lato, specificato di essere stata costituita nel giugno 2015,

dall'altro dichiarato un fatturato scolastico e collettivo nell'ultimo triennio (fino a maggio 2018) pari a € 1.596.779,73 e di aver erogato nei tre anni antecedenti l'indizione della gara un numero di pasti pari a 432.145, elencando alcuni esempi di servizi di refezione scolastica con buon esito; alla stregua di tali dati incontrovertibili, non si poteva affatto dedurre, come pretende Sodexo, la mancanza del requisito del numero minimo dei pasti erogati "all'anno".

5.8. L'interpretazione del requisito prescritto dalla legge di gara fornita dalla Stazione appaltante deve, inoltre, ritenersi corretta in quanto maggiormente conforme al principio di massima partecipazione e par condicio competitorum anche sotto altro e concorrente profilo, tenuto conto della recente costituzione della società appellante e della sua natura di microimpresa, alle quali deve essere garantito "il miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti pubblici e dei contratti di concessione", come prescritto (per le micro, piccole e medie imprese e per le imprese di nuova costituzione) dall'art. 1, comma 1, lett. ccc della legge 28 gennaio 2016, n. 11 (recante "Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"), nonché dallo stesso Codice dei contratti pubblici (art. 30, comma 7, del D.Lgs. n. 50 del 2016).

5.8.1. Orbene, la finalità di garantire l'accesso al mercato anche alle imprese di nuova costituzione in condizioni di parità rispetto a quelle provviste di una più ampia storicità, per tale via assicurando in concreto ed effettivamente la par condicio competitorum, necessariamente richiedeva, a tutela della massima concorrenza e del preminente "interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti" (art. 83, comma 2, del D.Lgs. n. 50 del 2016), che il calcolo per la verifica del possesso dei requisiti indicati nel bando, attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, andasse effettuato e parametrato sugli anni di effettiva esistenza dell'impresa e che la documentazione da presentare a comprova del loro possesso si riferisse agli anni di effettiva operatività della stessa, come in effetti avvenuto ad opera della stazione appaltante.

5.8.2. Non poteva, dunque, non tenersi conto della data di effettiva costituzione dell'impresa e dell'avvio dell'attività della concorrente.

5.8.3. A tale riguardo, ad ulteriore conferma di tale opzione ermeneutica, assume anche rilievo il richiamo operato dalla stessa clausola del disciplinare alle disposizioni dell'art. 86 e dell'allegato XVII, parte II, del Codice dei contratti pubblici, che, per le modalità di comprova delle capacità tecniche degli operatori economici ("in funzione della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso dei lavori, delle forniture o dei servizi"), da un lato, indica quali principali servizi da dichiarare in elenco quelli "effettuati negli ultimi tre anni" (lettera ii), ove dunque tale termine non può che partire, a ritroso, dal momento dell'indizione della gara; dall'altro, consente alle amministrazioni aggiudicatrici, "se necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza", di precisare che sarà preso in considerazione anche la prova relativa a servizi "effettuati più di tre anni prima".

5.9. Alla stregua di tali previsioni, non risulta allora irragionevole l'interpretazione del requisito fornita nella fattispecie qui al vaglio dalla Stazione appaltante la quale, essendo ciò necessario per assicurare un livello adeguato di concorrenza, ha ritenuto correttamente di fondare la prova della capacità tecnico-professionale dell'appellante G.L.E., in quanto impresa di nuova costituzione, sui servizi svolti anche dopo il triennio di riferimento (ma comunque "effettuati negli ultimi tre anni" a decorrere dall'indizione della gara in oggetto): e, muovendo da tali corrette premesse, ha altrettanto logicamente e ragionevolmente concluso che la società possedesse il requisito e non meritasse perciò l'esclusione, avendo, per un verso, erogato nel triennio indicato dalla lex specialis ("2015, 2016, 2017") un numero medio effettivo di pasti annuo comunque superiore ai settantamila richiesti, per altro verso somministrato, nel triennio di effettiva attività (giugno 2015- giugno 2018) e negli ultimi tre anni anteriori al bando, complessivamente 432.145 pasti (con una media ponderata superiore al doppio rispetto ai settantamila pasti indicati dal disciplinare).

5.9.1. Per converso, poiché l'appellante era stata costituita soltanto nel mese di giugno 2015, non sarebbe stato ragionevole pretendere che la stessa, dal mese di settembre, alla ripresa delle attività scolastiche, sino a dicembre avesse dovuto necessariamente erogare settantamila pasti effettivi, pena l'esclusione dalla gara: pertanto, bene ha fatto la Stazione appaltante, al fine di ampliare la platea dei potenziali concorrenti e selezionare la migliore offerta, a non considerare rilevante il dato dichiarato per il singolo anno 2015 (in cui per la gran parte l'impresa non era ancora costituita), ritenendo invece a ragione che, considerato il numero medio di pasti nel triennio, G.L.E. fosse ampiamente qualificata per l'esecuzione dell'appalto e avesse provato in concreto, in relazione all'importo e all'oggetto dell'affidamento, l'attualità del requisito di capacità tecnica e professionale posseduto, in un contesto temporale più recente con riferimento alla data della sua costituzione e del suo avvio (e, in definitiva, al suo intero periodo di attività).

5.9.2. In conclusione, l'interpretazione del requisito in parola nel senso inteso ed applicato dall'Amministrazione aggiudicatrice che ha proporzionato il requisito al periodo effettivo di attività, in quanto funzionale a garantire la partecipazione alla gara anche delle imprese di recente costituzione e di minori dimensioni, quale è quella appellante, non ha operato affatto un'inammissibile modificazione o integrazione della lex specialis in corso di gara, né ha violato i principi di trasparenza e par condicio in materia di pubblici affidamenti.

6. In conseguenza dell'accoglimento dell'appello di G.L.E., devono essere scrutinati gli ulteriori motivi del ricorso di primo grado, non esaminati dal Tribunale per la ritenuta fondatezza, con valenza assorbente, della censura afferente al possesso del requisito di capacità tecnica dell'aggiudicataria, e qui riproposti da Sodexo con memoria ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

7. Anche tali motivi sono, ad avviso del Collegio, tutti infondati.

8. In primo luogo, non sono suscettibili di positivo apprezzamento, per ragioni analoghe a quelle che hanno condotto all'accoglimento dell'appello, le doglianze di cui al primo motivo del ricorso originario di Sodexo con cui si è lamentata la mancata esclusione di G.L.E. in quanto asseritamente carente dei requisiti di capacità economica, stabiliti dall'art. 7.2., lett. b)

del Disciplinare.

8.1. Anche in relazione a tale requisito, Sodexo lamenta infatti che il Comune abbia accettato ai fini della dimostrazione del suo possesso l'indicazione da parte di G.L.E. del fatturato relativo all'esercizio 2018 (fino al mese di maggio), mentre si sarebbero dovuti considerare unicamente gli anni 2015, 2016, 2017.

8.2. L'assunto, per quanto in precedenza detto, è errato.

8.3. Anche in tal caso, infatti, l'Amministrazione ha correttamente applicato i principi di massima partecipazione e proporzionalità dei requisiti, graduandoli in rapporto al periodo effettivo di attività della società.

8.4. Per quanto rileva, l'art. 7.2., lett. b) stabiliva, per il requisito di capacità economica e finanziaria in esame, rubricato col titolo Fatturato globale d'impresa, che «il concorrente deve aver eseguito nell'ultimo triennio servizi di ristorazione scolastica e/o collettiva negli enti pubblici di importo non inferiore ad euro 1.200.000,00 ai sensi dell'art. 83, comma 4 del Codice».

Era poi ulteriormente precisato che, da un lato, «la comprova dei requisiti di capacità economica e finanziaria è fornita secondo le disposizioni di cui all'art. 86, comma 4 e all. XVII parte I, del Codice», dall'altro, «ai sensi dell'art. 86, comma 4, del Codice, l'operatore economico, che per fondati motivi non è in grado di presentare le referenze richieste può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante un qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante».

8.5. Come già evidenziato, nella dichiarazione allegata alla domanda e nel D.G.U.E., l'appellante G.L.E. aveva descritto esattamente la sua natura di microimpresa (ai sensi dell'art. 3, co. 1°, lett. a, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), peraltro costituita di recente.

8.6. Poiché non si poteva tenere conto della prima metà dell'anno 2015 (in cui l'impresa non era ancora venuta ad esistenza), l'appellante ha, pertanto, indicato il valore complessivo dei servizi eseguiti di ristorazione scolastica e/o collettiva negli enti pubblici nel suo intero periodo di vita, facendo correttamente riferimento al fatturato degli ultimi tre esercizi disponibili, dichiarando un totale complessivo che ammonta ad euro 1.596.779,73 (e, dunque, superiore a quello richiesto dal Disciplinare) e con ciò pienamente comprovando la propria solidità economico-finanziaria, nel rispetto di quanto previsto dall'all. XVII, parte I, del d.lgs. n. 50 del 2016 (in base al quale «di regola la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze», fra cui per quanto rileva per il caso in esame «una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tali fatturati siano disponibili»).

8.6. Tali conclusioni sono conformi ai principi affermati dalla giurisprudenza amministrativa la quale ha evidenziato la necessità che, per le imprese di nuova e recente costituzione, il

giudizio di idoneità sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria astrattamente previsti dal bando sia formulato in concreto (cfr. Cons. di Stato, sez. V, 21 marzo 2017, n. 1813, laddove si osserva che diversamente opinando, si attribuirebbe al comma 4 dell'art. 86 "un'interpretazione abrogatrice, che in sostanza rende immutabile la scelta preventiva fatta in sede di definizione nel bando di gara dei requisiti di capacità economica e finanziaria e che non consente agli operatori che per impedimenti oggettivi e giustificati non posseggono questi ultimi di offrire prove alternative").

9. Non sono altresì meritevoli di favorevole considerazione le censure dedotte da Sodexo con il secondo motivo del ricorso di primo grado.

9.1. A tale proposito, deve infatti ritenersi che non configuri un contratto di subappalto, ma una subfornitura l'attività di trasporto dei pasti dal centro di cottura ai singoli refettori da svolgersi a cura della PL- Società Cooperativa sociale: va, al riguardo evidenziato, che GLE ha sottoscritto con quest'ultima società, prima dell'indizione della gara, un contratto quadro di logistica per il trasporto dei pasti sotto forma di fornitura di servizio (con il quale ha definito le relative obbligazioni) e lo ha dichiarato espressamente in gara, tenendo conto nella presentazione dell'offerta del possibile importo preventivato per il trasporto; intervenuta l'aggiudicazione, con un atto meramente attuativo dell'accordo tra loro intercorso, si è quindi convenuto il prezzo della prestazioni (pari ad euro 75.000,00 nei tre anni a fronte di un valore dell'appalto di euro 925.784).

9.2. Inoltre, ai fini della qualificazione del rapporto in termini di fornitura e non di subappalto sovengono le concrete modalità con cui le parti hanno disciplinato il rapporto, prevedendo, in particolare, che tutta la fase di veicolazione dei pasti, compresa l'elaborazione di un piano per il trasporto e la consegna dei pasti, venga assicurata dall'appaltatore che fornisce al mero trasportatore anche le apposite attrezzature (i contenitori di trasporto) e provvede altresì direttamente al carico e allo scarico, nonché alla consegna dei pasti presso le scuole.

9.3. Alla luce di tali elementi, ricorre dunque nella specie l'ipotesi di cui all'art. 105, comma terzo, lett. c- bis a mente del quale non si configurano, per la loro specificità, come attività affidate in subappalto "le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura, sottoscritti in epoca anteriore all'indizione della procedura, finalizzata all'aggiudicazione dell'appalto".

9.4. Quest'ultima ipotesi si distingue, infatti, dal subappalto, sia per la direzione soggettiva delle prestazioni affidate ("rese in favore" dei soggetti affidatari che restano pur sempre gli unici responsabili nei confronti della stazione dell'appaltante per l'esecuzione delle prestazioni loro affidate) sia per l'oggetto del contratto (che non riguarda l'affidamento da parte dell'appaltatore a terzi di parte delle medesime prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, ma prestazioni che, pur comprese nel complessivo oggetto del contratto e pur necessarie per la corretta esecuzione della prestazione principale, appaiono rispetto a questa di carattere complementare ed aggiuntivo, avendo natura residuale ed accessoria).

9.5. Nel caso di specie, appare evidente, per quanto detto, che l'attività di trasporto fornita dalla società terza ha carattere limitato ed è svolta sempre sotto le direttive e il controllo della

ditta affidataria, inserendosi nella più ampia attività di veicolazione dei pasti da eseguirsi ad opera di quest'ultima.

10. Deve parimenti ritenersi infondata la doglianza articolata con il terzo motivo del ricorso di primo grado, concernente l'asserita mancata indicazione nell'offerta di G.L.E. del monte ore del personale del centro cottura: essa, invero, si fonda su errata interpretazione del criterio di valutazione n. 2 denominato "Piano di Organizzazione del personale", ed in particolare, per quanto rileva, del sub criterio 2.1. (per il quale era riconosciuto un punteggio massimo di sei punti).

10.1. Detto sub-criterio è stato infatti così declinato: in primo luogo, era necessario indicare in offerta l' "organico minimo garantito degli addetti nelle diverse fasi del servizio, con numero, funzioni e monte ore di ciascun addetto"; in secondo luogo, andava indicato pure il piano organizzativo per le sostituzioni (improvvisate e/o programmate) del personale; infine, andavano precisati "numero e mansioni del personale impiegato presso il Centro di cottura dedicato alla preparazione dei pasti". 10.2. Conformemente a tali previsioni - che richiedevano, dunque, per il centro cottura di esplicitare solo la complessiva organizzazione del personale, ma non di indicare il monte ore personale previsto per l'appalto in oggetto (anche in base al fatto notorio che nei centri di cottura sovente si preparano pasti per più appalti)- G.L.E. ha correttamente indicato i dati prescritti dal disciplinare (id est: numero e mansioni del personale impiegato presso il centro cottura): il monte ore personale era infatti richiesto, come rilevato dalla stazione appaltante nella risposta all'istanza di autotutela avanzata da Sodexo, solo con riferimento al personale addetto ai singoli plessi scolastici.

10.3. La circostanza che la Stazione appaltante abbia richiesto successivamente una tale indicazione, spontaneamente fornita dagli altri concorrenti, a G.L.E. e ad altra impresa (ai soli fini della conoscenza dell'organizzazione aziendale e di acquisire una visione d'insieme della struttura e delle relative dimensioni operative), non consente, poi, di configurare il dato in questione come un elemento essenziale, non essendo la sua indicazione né prescritta espressamente dalla legge di gara a pena di inammissibilità dell'offerta né richiesta ai fini della sua valutazione e dell'attribuzione del punteggio.

10.4. La successiva integrazione richiesta dall'Amministrazione aggiudicatrice in corso di procedura non ha determinato, quindi, un'inammissibile modifica né un'integrazione postuma dell'offerta presentata da G.L.E.; e poiché l'indicazione del monte ore settimanale non era, per quanto detto, un dato essenziale (era infatti già informazione richiesta dal punto primo del sub-criterio in oggetto), non era neppure ravvisabile l'asserito contrasto sul punto tra offerta tecnica e offerta economica (quanto al numero del personale che l'aggiudicataria si sarebbe impegnata ad offrire, nell'offerta tecnica, per l'esecuzione dell'appalto e al costo della manodopera indicato nell'offerta economica), né vi era perciò in relazione a tale profilo indeterminatezza dell'offerta.

10.5. Come bene evidenziato nella nota a riscontro dell'istanza di autotutela avanzata da Sodexo, dunque, "nessuna incongruenza, pertanto, può essere ravvisata nel prospetto attestante il costo del personale allegato all'offerta economica, laddove invece viene specificato esclusivamente il costo diretto che G.L.E. prevede di sostenere per il servizio

richiesto dal Comune di Pino Torinese, sia in termini di addette per ciascun plesso scolastico, sia con riferimento al centro di cottura, oltre al personale offerto al punto 6.3”.

10.6. In sintesi, G.L.E. non ha indicato alcun monte ore del personale impiegato del centro cottura perché tale indicazione non era affatto richiesta dal disciplinare.

11. Infine, vanno disattese anche le censure sulla valutazione di anomalia formulate con il quarto motivo del ricorso di primo grado.

11.1. Sodexo contesta sia i giustificativi forniti da G.L.E. nella verifica di anomalia dell'offerta in quanto asseritamente generici e insufficienti, sia le argomentazioni rese sul punto dall'Amministrazione la quale avrebbe acriticamente recepito le suddette giustificazioni.

11.2. Anche tali assunti sono privi di consistenza.

11.3. Vanno, a tale riguardo, anzitutto richiamati i consolidati principi giurisprudenziali in materia di verifica di congruità dell'offerta in base ai quali, per un verso, la relativa valutazione della Stazione appaltante ha natura globale e sintetica, riguardando l'attendibilità e la serietà dell'offerta economica nel suo complesso, e non singole voci o componenti della medesima, per altro verso siffatta valutazione costituisce espressione ed esercizio di poteri tecnico discrezionali riservati alla Pubblica amministrazione, sottratti al sindacato giurisdizionale salvo i casi di manifesta o macroscopica illogicità o di evidente irragionevolezza inficiante l'operato della Stazione appaltante (Cons. di Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6161V, 30 ottobre 2017, n. 4978; Cons. di Stato, III, 13 marzo 2018, n. 1069).

11.2. Va altresì evidenziato che, in sede di verifica delle offerte sospettate di anomalia, anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può intervenire, fermo restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione.

11.3. Orbene, nel caso di specie l'appellante non ha evidenziato profili di illogicità, irragionevolezza, erroneità o travisamento nel riscontro delle giustificazioni fornite dall'aggiudicataria, incentrando a ben vedere le proprie contestazioni sul medesimo errore su cui ha fondato il terzo motivo di ricorso: vale a dire il mancato computo dei costi relativi ai dodici addetti al centro di cottura.

11.4. Al riguardo, tuttavia, si è evidenziato che l'aggiudicataria non ha mai offerto dodici risorse del centro cottura dedicate esclusivamente al servizio da rendere al Comune, ma ha solo indicato, come richiesto dal disciplinare, il numero complessivo delle risorse impiegate presso detta struttura, che operano in contemporanea su diverse commesse, compresa quella oggetto del servizio da affidarsi.

11.5. Per il resto, le contestazioni mosse da Sodexo non valgono a sovvertire il giudizio di congruità dell'offerta di G.L.E. nel suo insieme e nella sua globalità, ma risultano

eccessivamente parcellizzate sulle singole voci e, in definitiva, inidonee a dimostrare l'insostenibilità dell'offerta nel suo complesso.

11.6. È sufficiente a tale riguardo richiamare il contenuto della risposta all'istanza di autotutela avanzata da Sodexo, ove il Comune evidenziava di aver ritenuto sufficiente la giustificazione delle componenti di prezzo per macro-voci, rilevando pure correttamente l'insussistenza di incongruenze degne di rilievo nel raffronto tra la tabella di valutazione dei costi fornita da G.L.E. in sede di verifica dell'anomalia e il prospetto di congruità allegato all'offerta economica e precisando di aver, inoltre, effettuato approfondimenti sul costo del personale e sulle voci in cui in concreto detto costo è stato effettivamente ricompreso, anche mediante la valutazione di elementi di peculiarità di G.L.E., quali in particolare sgravi fiscali di cui l'azienda potrà beneficiare per nuove assunzioni.

11.7. All'esito delle verifiche, la Stazione appaltante ha dunque accertato che eventuali scostamenti tra i dati reali e quelli previsionali avrebbero comunque potuto essere coperti con il margine di utile previsto, tenendo conto che anche un utile modesto può comportare un vantaggio significativo (in termini di qualificazione curriculare e pubblicità derivanti all'impresa dall'essere aggiudicataria e dall'aver eseguito un appalto pubblico), tanto più per imprese di modeste dimensioni e di recente costituzione (come nel caso di G.L.E.).

11.8. Infine, va per completezza evidenziato che la percentuale di ribasso offerto da G.L.E. (2,20 per cento), quasi identico rispetto a quello del 2 per cento offerto da Sodexo, esclude in ogni caso, già di per sé, la fondatezza circa la pretesa assenza di remuneratività dell'offerta aggiudicataria.

12. In conclusione, per le ragioni esposte, va accolto l'appello di G.L.E. e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto, perché infondato, il ricorso di primo grado, ivi compresi i motivi, assorbiti e non esaminati dal Tribunale amministrativo, e riproposti da Sodexo nel presente giudizio con memoria ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

13. La particolarità e la complessità delle questioni trattate, e l'esistenza di obiettive incertezze interpretative sulla legge di gara, giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giustizia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza appellata, respinge integralmente il ricorso di primo grado proposto da Sodexo Italia s.p.a., ivi compresi i motivi riproposti ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.