

Pubblicato il 23/03/2021

N. 02483/2021REG.PROV.COLL.

N. 06113/2020 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 6113 del 2020, proposto da

All Food S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, 33;

contro

Comune di Cafasse, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Gattamelata, Carlo Merani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore 22;

Centrale Unica di Committenza della Unione Montana di Comuni delle Valli di Lanzo, Ceronda e Casternone, non costituita in giudizio;

nei confronti

Piemonte Catering di Paolo Favero Camp S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Riccardo Montanaro e Cristiana Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; A.T.I. G.L.E. Ristorazione di Giulia Barbero & C. S.n.c., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Sezione Prima, 5 giugno 2020, n. 347, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cafasse e di Piemonte Catering di Paolo Favero Camp S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Giorgio Manca, nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183; e preso atto delle note d'udienza e di passaggio in decisione depositate dagli avvocati Enrico Di Ienno, Carlo Merani e Riccardo Montanaro, ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, come richiamato dall'art. 25, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, cit.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - La società *All Food S.p.A.* ha partecipato alla procedura negoziata telematica per l'affidamento del servizio di refezione scolastica e mensa per utenti dei centri estivi e dipendenti comunali, indetta dal Comune di Cafasse. All'esito delle operazioni di gara, il servizio è stato aggiudicato al raggruppamento temporaneo composto da *Piemonte Catering di Paolo Favero Camp s.r.l.* e *G.L.E. Ristorazione di Giulia Barbero & C. S.n.c.* (in prosieguo: ATI Piemonte Catering).
2. - La *All Food* ha impugnato l'aggiudicazione con ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, essenzialmente lamentando che la fideiussione presentata in gara dall'ATI Piemonte Catering (aggiudicataria) era sottoscritta solo dalla mandataria; e che illegittimamente la stazione appaltante aveva provveduto ad acquisire la sottoscrizione della mandante con il soccorso istruttorio. Il Tribunale - con la sentenza 5 giugno 2020, n. 347 - ha respinto il ricorso.
3. - La soccombente in primo grado ha proposto appello, chiedendo la riforma della sentenza.
4. - Resistono in giudizio il Comune di Cafasse e *Piemonte Catering*, concludendo per il rigetto dell'appello.
5. - All'udienza del 28 gennaio 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.
6. - Con il primo motivo, l'appellante deduce l'ingiustizia della sentenza per la violazione dell'art. 13 del disciplinare di gara, e degli articoli 83 e 93 del Codice dei contratti pubblici (di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), in quanto la garanzia fideiussoria prodotta dal raggruppamento aggiudicatario era intestata esclusivamente alla *Piemonte Catering* (mandataria) e sottoscritta solo da quest'ultima, mentre avrebbe dovuto essere sottoscritta da tutte le imprese partecipanti del costituendo raggruppamento. Ribadisce, inoltre, l'illegittimità dell'integrazione della polizza fideiussoria mediante soccorso istruttorio, considerato che, in questa ipotesi, non si sarebbe trattato di una mera regolarizzazione, ma di una vera e propria nuova emissione della polizza.

7. - Con il secondo motivo, l'appellante denuncia l'ingiustizia della sentenza nella parte in cui non ha rilevato la dedotta violazione dell'art. 48, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, e degli artt. 2 e 9 del disciplinare di gara, in quanto il raggruppamento aggiudicatario avrebbe articolato l'offerta come raggruppamento temporaneo di tipo verticale, benché la legge di gara non prevedesse tale tipologia di composizione degli operatori economici e non distingueva tra prestazioni principali e prestazioni secondarie. Sostiene, inoltre, che la divisione della esecuzione delle prestazioni, all'interno del raggruppamento, prevede che la mandante G.L.E. non esegua alcuna prestazione in merito alla preparazione e distribuzione dei pasti. Per cui l'A.T.I. sarebbe stata creata solo perché la mandante G.L.E. possiede la certificazione ISO 22000:2005 e ISO 22005:2008, con l'unico scopo di ottenere i punti relativi per la qualità, che la *Piemonte Catering* non avrebbe altrimenti ottenuto.

8. - Con il terzo motivo d'appello, la *All Food* assume l'erroneità della sentenza per aver disatteso il motivo del ricorso con cui si è contestata la violazione dell'art. 5.B.1., punto 6, del disciplinare di gara (e al chiarimento emesso dalla stazione appaltante, prot. n. 4396 del 18 luglio 2019), con riferimento all'illegittima assegnazione all'offerta aggiudicataria di 4 punti per il possesso delle certificazioni di qualità ISO 22000:2005 e ISO 22005:2008, per il centro di cottura messo a disposizione dalla capogruppo dell'ATI Piemonte Catering, in realtà non spettanti in quanto la certificazione non era riferita al centro di cottura ma all'organizzazione in generale dell'azienda.

In via subordinata, ripropone gli altri motivi del ricorso in primo grado.

9. - Il primo motivo è fondato e assorbente.

9.1. - In linea di fatto, va precisato che dalla documentazione versata in atti risulta che la polizza fideiussoria presentata in gara dall'ATI *Piemonte Catering* (rilasciata da Generali Italia il 15 luglio 2019, con decorrenza dal successivo 24 luglio) era intestata alla sola mandataria *Piemonte Catering di Paolo Favero Camp* e sottoscritta (solo) dalla medesima. Dalla lettura del verbale del 31 luglio 2019 emerge, inoltre, che la stazione appaltante ha avviato il soccorso istruttorio e ha invitato il raggruppamento *Piemonte Catering* a regolarizzare la polizza facendo aggiungere, sul documento della polizza, la sottoscrizione della mandante.

9.2. - Sul piano normativo, il punto di riferimento è costituito dall'art. 93, comma 1, del Codice dei contratti pubblici, il quale prevede che «*in caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo*»; norma ripresa dall'art. 13 del disciplinare di gara, che l'ha integrata con la previsione dell'esclusione dalla procedura di gara per il caso di inadempimento della prescrizione.

E' pur vero, come osserva il primo giudice, che la norma dell'art. 93 cit. non contiene una esplicita comminatoria di esclusione. Tuttavia, non può sostenersi che la clausola sia nulla per effetto del contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici. La specifica norma di rango legislativo in tema di garanzia provvisoria, sopra richiamata, detta una prescrizione la quale, sebbene il suo inadempimento non sia testualmente presidiato dalla sanzione espulsiva, rientra tra le norme che contemplano cause di esclusione; e ciò alla luce dell'orientamento espresso sul punto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (con riguardo alla originaria introduzione nell'ordinamento del principio di tassatività delle cause di esclusione, dovuta all'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, disposizione attualmente contenuta all'art. 83, comma 8, cit.), secondo cui fra le cause di esclusione previste dalla disciplina sui procedimenti di affidamento di contratti pubblici rientrano non solo le ipotesi di violazione di prescrizioni imposte dal Codice dei contratti pubblici o da altre leggi, le quali prevedano espressamente - quale conseguenza della violazione - l'esclusione dalla gara, ma anche quelle norme che impongano adempimenti doverosi o introducano, comunque, norme di divieto, pur senza prevedere espressamente l'esclusione (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 7 giugno 2012, n. 21; 16 ottobre 2013, n. 23; 25 febbraio 2014, n. 9). In particolare, con la pronuncia dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2014, è stato sottolineato come «*l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale [...] la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus. [...] la tassatività può ritenersi rispettata anche [...] allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara*».

9.3. - In questa prospettiva, considerata l'essenziale funzione svolta dalla garanzia provvisoria in vista della conclusione del contratto da parte dell'aggiudicatario, la clausola del disciplinare di gara (art. 13) che ha testualmente stabilito l'esclusione dalla procedura di gara non può essere tacciata di nullità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione. E anzi, sull'assunto che la norma di cui all'art. 93, comma 1, data la sua struttura e funzione, impone a pena di esclusione la presentazione della garanzia provvisoria (da parte di tutte le imprese del costituendo raggruppamento temporaneo, per quel che rileva nel caso di specie), è irrilevante che la clausola del bando abbia specificato la conseguenza espulsiva.

9.4. - Non si tratta, tuttavia, di esclusione immediata, essendo ammesso il soccorso istruttorio, avviato il quale la stazione appaltante verifica se la mancata produzione del documento rappresentativo della garanzia provvisoria (della polizza, nel caso in esame) sia frutto di un mero errore o di una mera dimenticanza all'atto di allegare la documentazione alla domanda di partecipazione (l'art. 83, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, consente infatti la sanatoria anche nei casi di mancanza degli elementi della domanda di partecipazione o delle dichiarazioni necessarie ai fini della regolarità della domanda).

La questione essenziale che occorre risolvere nella fattispecie riguarda, allora, il rispetto dei limiti di ammissibilità del soccorso istruttorio.

9.5. - Come accennato – e come risulta anche dalla memoria in primo grado del Comune resistente e, principalmente, dal verbale della seduta di gara del 31 luglio 2019 – la stazione appaltante ha consentito la regolarizzazione della polizza fideiussoria mediante l'apposizione della sottoscrizione della mandante *G.L.E. Ristorazione di Giulia Barbero & C. s.n.c.* sulla polizza rilasciata e intestata alla sola *Piemonte Catering*.

Il che ha costituito una integrazione inammissibile, in quanto si è concretata in una modalità in contrasto con la tutela della *par condicio* tra i partecipanti alla procedura di gara, perché ha consentito la presentazione della garanzia provvisoria (fino a quel momento inefficace nei confronti della mandante, che non l'aveva stipulata; e quindi difforme dalla schema normativo di cui all'art. 93, comma 1, cit.) in un momento successivo alla scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione (nel senso che il soccorso istruttorio è ammissibile – e l'operatore economico può restare in gara – solo se la cauzione provvisoria presentata in sanatoria è stata formata in data anteriore al termine per la presentazione delle domande di partecipazione si veda Consiglio di Stato, V, 4 dicembre 2019, n. 8296).

In altri termini, il soccorso istruttorio è ammissibile se l'atto oggetto della regolarizzazione o della integrazione successiva si è comunque perfezionato prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione. Ipotesi che, nel caso di difetto di sottoscrizione dell'atto (che implica l'inefficacia o il mancato perfezionamento dell'atto), non può verificarsi, posto che – in questi casi - l'elemento mancante acquisito con il soccorso istruttorio (l'apposizione della sottoscrizione o di altro elemento che completa l'atto) si concreta sempre quando detto termine è decorso.

In conclusione, nel caso di specie, il soccorso istruttorio sarebbe stato ammissibile solo se la polizza fideiussoria presentata dall'ATI Piemonte Catering fosse stata emessa e formata prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione.

10. - Stante la natura assorbente del motivo d'appello esaminato, la sua fondatezza implica l'accoglimento dell'appello e, in riforma della sentenza impugnata, l'accoglimento del ricorso in primo grado e l'annullamento degli atti con esso impugnati.

11. - Le spese giudiziali, per il doppio grado, possono essere compensate tra le parti, in ragione della peculiarità della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Piemonte, Sezione Prima, 5 giugno 2020, n. 347, accoglie il ricorso in primo grado e annulla la determinazione n. 265 del 25 ottobre 2019 del Comune di Cafasse.

Compensa tra le parti le spese giudiziali per il doppio grado di giudizio.

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

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall'art. 25, comma 1, del decreto-legge 18 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, modificato dall'art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giorgio Manca

IL PRESIDENTE

Luciano Barra Caracciolo

IL SEGRETARIO