

TAR Puglia, Sezione Seconda, Sentenza n. 1183 del 15 novembre 2024

Appalti di forniture – Verifica rispondenza dei prodotti effettivamente forniti a quelli offerti –
Giurisdizione del giudice ordinario

Pubblicato il 15/11/2024

N. 01183/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00176/2024 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 176 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) s.r.l. e (...) s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in proprio e nella –rispettiva- qualità di capogruppo mandataria e di mandante del costituendo R.T.I., rappresentate e difese dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), Ministero (...) e (...), in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di (...), domiciliataria *ex lege* in (...);

nei confronti

(...) s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento, previa concessione della misura cautelare,

A) per quanto riguarda il RICORSO INTRODUTTIVO e i quattro MOTIVI AGGIUNTI proposti dallo stesso RTI ricorrente – rispettivamente in data 19 marzo 2024, 31 maggio 2024, 7 e 11 giugno 2024:

- della determinazione della (...) n. 1154 del 22.12.2023, trasmessa con nota prot. 180179 del 27.12.2023, di aggiudicazione dell'*“Appalto specifico indetto dalla (...) per l'affidamento di servizio di ristorazione collettiva in forma di “Catering completo” a mezzo Self-Service, inteso come preparazione, confezionamento e somministrazione dei pasti con derrate approvvigionate direttamente dall'impresa aggiudicataria, presso la mensa della (...) nell'ambito sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione per alimenti per alimenti e ristorazione per un periodo di 30 (trenta) mesi”* - CIG (...);

- ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto ivi compresi:

(i) tutti i verbali di gara: verbali del 6 e 14 settembre 2023; del 5 e 17 ottobre 2023; del 9 e 10 novembre 2023, quest'ultimo contenente proposta di aggiudicazione nei confronti dell'operatore economico (...) srl;

(ii) gli atti e i provvedimenti relativi al sub-procedimento di verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicataria;

(iii) la nota prot. 10910 del 22.1.2024 con la quale l'Amministrazione ha comunicato di aver avviato procedura di verifica della correttezza dei punteggi assegnati, all'esito dell'istanza di riesame proposta dalla RTI capeggiata dalla società (...);

(iv) la nota prot. 22437 del 6.2.2024 con la quale l'Amministrazione ha comunicato che “con riguardo alla memoria partecipativa pervenuta con la pec in riferimento, si fa presente che, alla luce degli atti e della documentazione di gara presentata, sarà cura di questa Amministrazione, così come previsto dal capitolato d'onere al punto 19.3 da n. A.3 a n. A.5, verificare in fase esecutiva la conformità di quanto offerto dalla Società aggiudicataria”;

e per la condanna

della Stazione appaltante a risarcire il RTI capeggiato da (...) s.r.l. del danno ingiusto cagionato dall'illegittimo svolgimento della gara e dall'esito dell'aggiudicazione stessa,

- anzitutto in forma specifica, ai sensi degli artt. 121 e 122 c.p.a., attraverso l'aggiudicazione della procedura di gara in favore della ricorrente, con eventuale annullamento e/o caducazione ovvero declaratoria di inefficacia del contratto stipulato, per il quale quest'ultima sin d'ora manifesta l'interesse al subentro ex art. 122 c.p.a.;

- e in ogni caso, per equivalente economico, anche in considerazione della perdita di chance e delle spese di partecipazione alla gara;

B) per quanto riguarda il RICORSO INCIDENTALALE presentato da (...) s.r.l. il 13 marzo 2024:

a) della determinazione della (...) n. 1154 del 22.12.2023, trasmessa con nota prot. 180179 del 27.12.2023, di aggiudicazione dell'Appalto specifico indetto dalla (...) per l'affidamento di servizio di ristorazione collettiva in forma di "Catering completo" a mezzo Self-Service, inteso come direttamente dall'impresa aggiudicataria, presso la mensa della (...) nell'ambito sistema dinamico di acquisizione della pubblica amministrazione per alimenti per alimenti e ristorazione per un periodo di 30 (trenta) mesi - CIG (...) nella parte in cui: i) ha attribuito al RTI (...) il punteggio di 8 punti - anziché quello dovuto di 2 punti - in relazione al sub criterio di valutazione A.3 del capitolato d'onori; ii) ha attribuito al RTI (...) il punteggio economico di 27,33 punti anziché quello dovuto di 25,74 punti;

b) laddove occorrer possa del verbale n. 4 della seduta di gara del 17.10.2023 nella parte in cui l'Amministrazione ha attribuito al RTI ricorrente principale il punteggio massimo di 8 punti per il sub criterio di valutazione A.3 del capitolato d'onori;

c) laddove occorrer possa del verbale n. 6 della seduta di gara del 10.11.2023

durante la quale la Commissione ha verificato “...che la piattaforma ha provveduto ad inserire e poi calcolare automaticamente il punteggio economico dei due operatori...” ed ha quindi attribuito al RTI ricorrente principale il punteggio economico di 97,33;

d) di ogni altro atto e/o provvedimento a questi presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché non conosciuto;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del (...), del Ministero (...), del (...) e di (...) s.r.l.

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 ottobre 2024 la dott.ssa Giacinta Serlenga e uditi per le parti i difensori gli avvocati (...) e (...), per il Raggruppamento ricorrente, l'avv. dello Stato (...) per la difesa erariale, e l'avv. (...), su delega orale dell'avv. (...), per la controinteressata (...) s.r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO e DIRITTO

1.-Con il ricorso in epigrafe, il RTI composto da (...) s.r.l. e (...) s.p.a., collocatosi al secondo posto della graduatoria di merito approvata dalla stazione appaltante con atto autorizzativo n. 1154 del 22.12.2023, impugnava gli atti della procedura indetta dalla (...) per l'affidamento di un servizio di ristorazione collettiva in forma di “Catering completo”.

Si costituivano in giudizio la Stazione appaltante e la controinteressata (...) s.r.l. (d'ora innanzi (...)) per resistere al gravame, formulando eccezioni preliminari e, comunque, chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 104 del 22.2.2024, questa Sezione respingeva l'istanza cautelare proposta congiuntamente al ricorso introduttivo sulla scorta della seguente

motivazione: *“Considerato che, pur in disparte l’eccezione di parziale tardività del gravame opposta dall’Avvocatura erariale, non appaiono prima facie fondate –ad un sommario esame tipico di questa fase- le censure articolate nei due motivi di ricorso, atteso che verosimilmente –avuto riguardo alla ricostruzione delle specifiche disposizioni di gara- le verifiche di cui si lamenta l’assenza in sede di valutazione dell’offerta sia in relazione alla sussistenza dei requisiti dichiarati ai fini dell’attribuzione del punteggio per le specifiche tecniche premianti (in dettaglio: impegno a fornire prodotti biologici da chilometro zero e filiera corta con riferimento ad alcuni alimenti inclusi in categorie previamente individuate dalla lex specialis), sia in relazione all’individuazione del centro di cottura esterno già nella documentazione amministrativa (anche tenuto conto che tale dotazione sia stata richiesta per far fronte ad eventuali circostanze emergenziali), dovranno essere condotte in sede di esecuzione contrattuale..”*.

La decisione cautelare veniva confermata in appello (cfr. C.d.S., sez. III, 23.04.2024, n. 1557).

Nelle more il Raggruppamento ricorrente -in favore del quale era disposta una proroga del pregresso affidamento per la durata di due mesi, sino al 30 aprile 2024, giusta provvedimento prot. n. 33321 del 23.2.2024- otteneva l’accesso alla documentazione prodotta da parte della società aggiudicataria attestante la disponibilità di un centro di cottura esterno, mediante pec del 21.2.2024 prot. n. 0031285/2024; e, alla luce della documentazione acquisita, proponeva motivi aggiunti (i primi), notificati in data 19.3.2024, altresì articolando istanza istruttoria con riferimento alla *“documentazione integrale consegnata dalla società”*, non essendo stato possibile, dalla verifica della documentazione acquisita, desumere la disponibilità del ridetto centro di cottura esterno come espressamente previsto dal paragrafo 30.2 del Capitolato d’oneri, né l’invio alla stazione appaltante dell’autorizzazione sanitaria intestata all’aggiudicatario.

A sua volta l’aggiudicataria (...), a seguito di accesso alla documentazione di gara del RTI ricorrente, articolava ricorso incidentale notificato in data 11.3.2024, censurando il punteggio attribuito all’offerta tecnica della stessa.

Il RTI ricorrente continuava ad eseguire il servizio in proroga fino al 24 maggio 2024. Al momento del passaggio di consegne, emergeva che l'azienda subentrante, giusta “*verbale di mancato accordo*” in pari data, non avesse inteso assumere tutto il personale impiegato nell'espletamento dell'appalto, in violazione della clausola sociale e del piano di assorbimento; sicché lo stesso RTI proponeva nuovamente motivi aggiunti (i secondi), notificati in data 31.5.2024, argomentando sulla inattendibilità dell'offerta di (...).

Ulteriori motivi aggiunti poi (i terzi) il Raggruppamento notificava in data 7 giugno, una volta visionato il rapporto informativo/relazione depositato in giudizio il 14 maggio dalla stazione appaltante, avendo –asseritamente- rilevato la mancata produzione dell'autorizzazione sanitaria –intestata all'aggiudicataria- riferita al centro di cottura esterno (oggetto della domanda istruttoria contenuta nei primi motivi aggiunti); e ancora ulteriori motivi (i quarti ed ultimi) l'11 giugno successivo, avendo appreso che la ditta (...) s.r.l., individuata da (...) quale unico produttore di tutti i “*prodotti biologici a km 0*” offerti, di cui al punto 19.3 denominato “*Elenco produttori primari per criteri premiali CAM*”, non avrebbe mai effettuato alcuna fornitura per conto dell'aggiudicataria, ormai appaltatrice del servizio, chiedendo l'esclusione di (...) dalla gara per violazione della *lex specialis* e del divieto di modificazione dell'offerta.

All'udienza del 1° ottobre 2024, la causa veniva trattenuta in decisione.

2.-La controversia ruota quindi intorno alle seguenti questioni: a) inadeguatezza ambientale della fornitura, valutata ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale in sede di gara; più precisamente: a.1) non sarebbe riscontrabile in capo alla ditta (...) s.r.l., indicata quale unico produttore di tutti i “*prodotti a km 0*” offerti, la qualità di produttore primario, esercitando tale società mera attività di trading di prodotti ortofrutticoli freschi contraddistinta dal codice ATECO 46.31.1 – Commercio all'ingrosso di frutta e ortaggi freschi, come da visura camerale depositata dall'Avvocatura (primo motivo del ricorso introduttivo); a.2) l'impresa

aggiudicataria avrebbe comunque sostituito il suddetto fornitore indicato nell'offerta tecnica all'atto di esecuzione dell'appalto (quarti motivi aggiunti); b) indisponibilità di un centro di cottura esterno al momento della presentazione della domanda di partecipazione e, comunque, entro 40 giorni dall'aggiudicazione (motivo sub 2 del ricorso introduttivo); mancanza della relativa autorizzazione sanitaria (terzi motivi aggiunti); in ogni caso, non conformità alla *lex specialis* dei centri di cottura mobile indicati (quarti motivi aggiunti); c) violazione del piano di assorbimento del personale, per mancata assunzione di n. 7 unità (secondi motivi aggiunti).

3.- Con riferimento ai quarti motivi aggiunti (nei quali –come visto- viene ripresa la questione già articolata nel ricorso introduttivo della conformità della fornitura dei prodotti biologici ai CAM), sia la stazione appaltante sia la controinteressata hanno eccepito il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sul presupposto che le contestazioni sollevate riguarderebbero inadempienze contrattuali, di competenza del giudice ordinario. La controinteressata ha formulato analoga eccezione rispetto ai secondi motivi aggiunti.

L'eccezione è fondata in entrambe le declinazioni.

3.1. Quanto ai secondi motivi aggiunti, è sufficiente rimarcare che la verifica del rispetto del piano di assorbimento del personale si colloca ontologicamente nella fase esecutiva dell'appalto, riservata alla cognizione del giudice ordinario; sicché l'eccezione in rito è fondata, quand'anche –nel merito- la questione abbia perso di attualità in considerazione della sopravvenuta assunzione delle 7 unità in contestazione (cfr. relazione (...) prodotta il 7 giugno 2024).

3.2.- Quanto ai quarti motivi aggiunti, si rendono necessarie più puntuali considerazioni.

3.2.1.- In linea di principio, deve convenirsi sulla distinzione tra requisiti di partecipazione alla gara e requisiti di esecuzione, tra i quali ultimi si collocano gli elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio (quale la conformità ai C.A.M.

dei prodotti offerti che viene qui in considerazione), secondo l'impostazione seguita da unanime giurisprudenza; i primi esigibili all'atto di partecipazione alla gara, i secondi soltanto all'atto di stipulazione del contratto, quand'anche siano stati considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali, più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (cfr. da ultimo C.d.S., sez. V, 06/02/2024, n.1219 che ben ricostruisce tutta la questione; in termini *ex plurimis*, sez. V, 21/03/2024, n.2787 e 07/03/2022 n. 1617 ; cfr. anche sez. III, 26/10/2023, n.9255); quest'ultima ipotesi ricorrente nella fattispecie. Tale distinzione è riconducibile all'art. 100 del d.lgs. n. 50 del 2016 di recepimento della normativa europea (art. 70 della direttiva 2014/24 e art. 87 della direttiva 2014/15), riprodotto nell'art. 113 del d.lgs. n. 36/2023 (nuovo codice dei contratti pubblici) e non scalfisce la competenza del giudice amministrativo, venendo in considerazione un'attività comunque svolta dall'Amministrazione in una fase prodromica alla stipula del contratto, in quanto tale caratterizzata dall'esercizio di poteri pubblici.

3.2.2.- Nella fattispecie in esame, tuttavia, la contestazione contenuta nei quarti motivi aggiunti –diversamente da quella articolata nel primo motivo di ricorso introduttivo come sarà chiarito nel prosieguo- non attiene alla conformità dei prodotti offerti alle prescrizioni della *lex specialis* ma inerisce alla rispondenza dei prodotti effettivamente forniti in sede di esecuzione del contratto (avviata con il subentro in data 27 maggio 2024) a quelli oggetto dell'offerta risultata aggiudicataria, beneficiaria del punteggio premiale, assegnato per l'adeguatezza ambientale dei prodotti stessi.

Di questo dà conto la stazione appaltante nelle deduzioni rese proprio in relazione ai quarti motivi aggiunti nelle quali, in merito alle verifiche effettuate –appunto in fase esecutiva- sui prodotti approvvigionati da (...) per l'esecuzione della commessa, riporta quanto segue: a) “*pur avendo adeguatamente contrattualizzato la (...) S.c.a.r.l. indicata in sede di gara quale fornitrice di prodotti a Km0/filiera corta/biologici, sin dal concreto avvio del rapporto, la predetta società ha causato una serie di disservizi*”; b) “*a fronte di*

tale operato,” la (...) “ha ritenuto opportuno e necessario procedere alla contrattualizzazione e all’accreditamento di altro fornitore a tal fine idoneo” individuato nella società “(...)” con sede in (...). ...”; sia pure dando atto che quest’ultima “c. si è impegnata al pieno rispetto del criterio di filiera corta, biologico e KM 0; d. ha sede ad una distanza inferiore a 70 Km dalla sede di questa Stazione Appaltante; e fornisce prodotti ortofrutticoli a KM 0 e filiera corta provenendo gli stessi direttamente da luoghi di produzione posti a una distanza non superiore a 70 Km di raggio dalla sede del luogo di somministrazione; f. è in possesso di apposita certificazione concernente la produzione biologica e l’etichettatura dei prodotti biologici”.

Del resto, è la stessa parte ricorrente a collocare la sostituzione del fornitore di cui si tratta nella fase di esecuzione del contratto (cfr. narrativa del quarto atto di motivi aggiunti, pag.3).

3.2.3.- Di tutta evidenza pertanto, avuto specifico riguardo alla controversia che ci occupa, l’afferenza di tali contestazioni alla fase esecutiva; fase nella quale nessun rilievo può essere assegnato al principio di immodificabilità dell’offerta, in quanto –ontologicamente- destinato a valere fino alla conclusione della fase di scelta del contraente, quale presidio della *par condicio* tra i concorrenti.

4.- Esclusa dunque la giurisdizione amministrativa su parte della presente controversia, restano da esaminare le censure contenute nel ricorso introduttivo (motivi sub 1 e 2), nei primi e terzi motivi aggiunti.

4.1.- Il secondo motivo del ricorso introduttivo, i primi e i terzi motivi aggiunti possono essere trattati congiuntamente afferendo tutte le censure ivi formulate al centro di cottura esterno richiesto dalla *lex* di gara per le situazioni di emergenza; centro esterno che -all’esito del soccorso istruttorio- la (...) ha individuato in due unità di “Cucine Mobili” tra le tre registrate dal Dipartimento di prevenzione – UOC Servizio igiene alimenti e nutrizione – ALS Roma E (Mitsubishi canter, Mitsubishi canter, Automezzo Iveco).

Le questioni sollevate possono essere così riassunte: 1) i centri di cottura mobili non sarebbero stati nella concreta disponibilità della società aggiudicataria all’atto

di presentazione dell'offerta e nel termine di 40 giorni successivi dall'aggiudicazione (secondo motivo del ricorso principale); b) in ogni caso, risulterebbero inidonei allo scopo in ragione delle relative caratteristiche (primi motivi aggiunti); c) infine, non sarebbero muniti della doverosa autorizzazione sanitaria a partire dalla stipula del contratto (terzi motivi aggiunti).

Tali censure non appaiono, tuttavia, condivisibili.

4.1.1.-Secondo quanto emerge dagli atti, l'impegno a garantire la disponibilità del centro di cottura esterno per tutta la durata dell'appalto è stato formulato in sede di presentazione dell'offerta e poi puntualizzato in sede di soccorso istruttorio; la concreta disponibilità del centro stesso invece, diversamente da quanto dedotto, avrebbe dovuto essere garantita solo all'atto della stipula del contratto, per espressa previsione dell'art. 30.2 del capitolato.

Non vi è prova dell'inadempienza di (...) rispetto a tale termine; al contrario, la difesa della pubblica Amministrazione -nella memoria difensiva versata in atti in data 9.09.2024- ha confermato che, prima della stipula del contratto, la (...) - in aderenza a quanto richiesto dal capitolato - abbia fornito alla stazione appaltante tutta la documentazione inerente i centri di cottura esterni indicati in sede di gara, sui quali la competente Direzione di Sanità della (...) ha espresso parere favorevole. Il contratto non è agli atti di causa ma emerge dagli atti difensivi che sia stato sottoscritto l'8 aprile 2024 (vedi, in particolare, la memoria riepilogativa (...) del 13.9.2024).

4.1.2.- Quanto all'asserita inidoneità dei centri di cottura mobili indicati dalla (...), si fonda sui seguenti rilievi: a) *“...tali mezzi - la cui superficie utile complessiva risulta, al più, pari a circa 40 mq - risultano inidonei e con superfici minime molto lontane dalle prescrizioni impartite dalla normativa di settore e dalle ‘Linee di indirizzo per la ristorazione collettiva scolastica ed aziendale della Regione Puglia...’*; b) *“...in ossequio alle disposizioni del succitato Regolamento Regionale, la superficie totale minima del centro di cottura, necessaria all'espletamento del servizio de quo, è da considerarsi almeno pari a 225mq...”*; c) *“...il numero*

di pasti previsti dal CSA di gara risulta pari a circa 717 pasti medi per turno, con picchi di gran lunga superiori ai 1000 pasti/turno in occorrenza dei corsi...”; d) la disponibilità del centro cottura di emergenza non sarebbe “...assicurata per tutta la durata della commessa, ma solo su richiesta dell’operatore economico e, quindi, in modo discontinuo, come emerge dall’art.5 della scrittura privata acquisita in sede di accesso, ove si legge: “...Le parti danno ... atto concordemente che le Cucine Mobili oggetto della scrittura privata saranno nella disponibilità di (...) a prima richiesta da inviarsi a mezzo pec”...”; e) anche il pagamento del corrispettivo sarebbe “...correlato all’effettivo utilizzo del centro cottura mobile, come precisato all’art.6, a conferma che le tali cucine mobili non possono assicurare la funzione prevista dal capitolato, appunto perché non immediatamente disponibili a fronteggiare le situazioni di emergenza che possano verificarsi in sede di esecuzione del servizio...” (primi motivi aggiunti).

Anche tali rilevati non sono condivisibili.

L’aggiudicataria non ha indicato un centro di cottura mobile ma ha messo a disposizione della Stazione appaltante due distinti centri di cottura mobili che, come chiarito dal (...) (...) su richiesta della (...), esprimono “...capacità produttiva adeguate e sufficiente a sostenere il carico di lavoro richiesto dal pieno regime del servizio - vale a dire 715 colazioni, 715 pranzi e 588 cene...” (cfr. doc. 6 depositato dall’Avvocatura erariale in data 13.06.2024). Peraltro l’idoneità di tali automezzi a svolgere il servizio emergenziale nei termini indicati dal Capitolato tecnico è stata attestata, con nota del 19.03.2024, dalla Direzione Sanità - Sezione Igiene e Sicurezza Alimentare del (...) (cfr. doc. 23 depositato dall’Avvocatura erariale in data 14.05.2024).

Né a conclusioni diverse può pervenirsi sulla scorta dei richiami operati dal Raggruppamento ricorrente alle “Linee di indirizzo per la ristorazione collettiva scolastica ed aziendale della Regione Puglia”: a) sia perché destinate a disciplinare la “...ristorazione collettiva scolastica ed aziendale...” della Regione Puglia e, dunque, inapplicabili alla fattispecie che ha ad oggetto servizi di ristorazione e vettovagliamento da erogarsi in favore di una (...); b) sia perché volte in ogni caso

a regolare (nell'ambito dei servizi ristorazione collettiva scolastica ed aziendale della sola Regione Puglia) esclusivamente i centri di cottura fissi interni a strutture appositamente dedicate e non i centri di cottura mobili utilizzati quali centri di cottura emergenziali; c) sia perché –per definizione- forniscono meri indirizzi per le imprese alimentari di ristorazione collettiva scolastica ed aziendale gestite nel territorio della regione Puglia; d) sia infine perché, quand'anche si volesse prenderle a riferimento, i due centri di cottura mobili messi a disposizione da (...) svilupperebbero una dimensione più che idonea a consentire la preparazione emergenziale dei pasti medi previsti dalla disciplina di gara, come –si ribadisce- attestato dalla competente Direzione Sanità - Sezione Igiene e Sicurezza Alimentare del (...).

Infine, viene smentito dal dato testuale l'argomento secondo cui la disponibilità di tali centri di cottura emergenziali non sarebbe stata assicurata per tutta la durata della commessa in quanto l'art.5 della scrittura privata esibita prevede che “...*le parti danno poi atto concordemente che le Cucine Mobili oggetto della scrittura privata saranno nella disponibilità di (...) a prima richiesta da inviarsi a mezzo pec*”. Il tenore della pattuizione attesta proprio il contrario.

Le parti hanno espressamente previsto che la disponibilità dei centri cottura in questione fosse garantita a prima richiesta, non essendo dunque necessario alcuna particolare ragione se non la manifestazione di volontà della (...) in tal senso, senza limiti, nell'arco di tempo considerato.

4.1.3.- Quanto all'autorizzazione sanitaria, l'adeguatezza dei centri di cottura mobili è stata verificata prima della stipula del contratto –si ribadisce ancora una volta- dalla Direzione Sanità - Sezione Igiene e Sicurezza Alimentare del (...), organo interno deputato ai controlli sanitari riguardanti le strutture nella disponibilità del Corpo (sull'autonomia riconosciuta alle forze armate per i controlli sanitari interni si veda in generale l'art. 2, comma 8, del d.lgs. n. 27/2021). Del resto, l'art. 27 lett.e) del capitolato d'oneri prevedeva genericamente l'esibizione

dell'”autorizzazione sanitaria”.

4.2.- Resta infine da esaminare il primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio.

A parziale rettifica della motivazione espressa in sede cautelare, va chiarito che l'accertamento riservato alla fase esecutiva riguarda –come puntualizzato sub 3- la sostituzione del fornitore in fase di esecuzione della fornitura (oggetto dei quarti motivi aggiunti); diversamente, la verifica della conformità delle caratteristiche dei prodotti e del fornitore ai parametri individuati dalla *lex specialis* per l'attribuzione del punteggio premiale avrebbe dovuto essere condotta prima della stipula del contratto, pena la violazione del già richiamato principio dell'immodificabilità dell'offerta e della *par condicio*. La *lex specialis* collegava infatti l'attribuzione del punteggio premiale alla verifica di specifici requisiti nei prodotti offerti (che avrebbero dovuto essere a km.0 e a filiera corta), da attestare in gara con specifiche modalità; più in dettaglio, per quel che qui rileva, a mezzo di “*dichiarazione contenente l'elenco dei produttori primari per prodotti biologici da Km 0 e filiera corta indicati al punto 4 della “Tabella dei criteri di Valutazione dell'Offerta Tecnica”, di cui al successivo punto 19.3, in formato .pdf, denominata “Elenco produttori primari per criteri premiali CAM”, con allegato il relativo contratto preliminare; e con la precisazione che, in caso di mancata produzione della documentazione richiesta, non sarebbe stato attribuito il relativo punteggio (cfr. art.16, comma 2, lett. d), capitolato d'oneri*).

Ciò premesso, il motivo si rivela meritevole di accoglimento; ma –come sarà meglio chiarito al successivo punto 5- le censure non superano la prova di resistenza.

La contestazione mossa attiene –in estrema sintesi- alla qualità di “produttore primario” dell'unico fornitore indicato nell'offerta tecnica dall'aggiudicataria, vale dire (...) s.r.l.; società che invece svolge in via esclusiva attività di trading (commercio) di prodotti ortofrutticoli freschi (codice ATECO 46.3131 – Commercio all'ingrosso di frutta e ortaggi freschi), come emerge dal certificato

camerale prodotto in giudizio dalla difesa erariale (allegato n. 16 del deposito in data 16 febbraio 2024).

Stando ai principi elaborati dalla giurisprudenza sul rapporto tra attività effettivamente svolta e possibile oggetto dell'attività di impresa, non è dirimente l'argomento opposto dalla difesa erariale stessa che, richiamando quanto riportato nella sezione del predetto certificato dedicata alla descrizione dell'"oggetto" dell'attività, ha evidenziato come la stessa includa *"A) la produzione, la lavorazione e la commercializzazione di prodotti agricoli e della pesca..."*.

Da ultimo, l'orientamento prevalente è stato ribadito dalla quinta Sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n. 657/2023, ove si trova affermato quanto segue: *"La giurisprudenza ha chiarito, con orientamento pressoché costante (sin da Cons. di Stato, V, 19 febbraio 2003, n. 925), che oggetto sociale e attività effettivamente esercitata non possono essere considerati come concetti coincidenti [...] attraverso la certificazione camerale, deve accertarsi il concreto ed effettivo svolgimento, da parte della concorrente, di una determinata attività, adeguata e direttamente riferibile al servizio da svolgere; il che esclude la possibilità di prendere in considerazione...il contenuto dell'oggetto sociale, il quale - ancorché segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere, sul piano della capacità di agire dei suoi legali rappresentanti - non equivale, però, ad attestare il concreto esercizio di una determinata attività [...]."*; con la precisazione che *"...un costante indirizzo giurisprudenziale ritiene che l'attività per la quale l'impresa risulta iscritta al registro, deve essere identificata con quella qualificante dell'impresa nei confronti dei terzi, il che non può che riferirsi all'attività principale effettivamente svolta, ossia a quella che denota l'esperienza specifica dell'impresa nel relativo settore di attività (ex multis, Cons. Stato, V, 18 gennaio 2016 n. 120; IV, 2 dicembre 2013 n. 5729)"* (cfr. in termini, sempre di recente, stessa sez. V, 25/08/2023, n.7947).

In buona sostanza, l'attività effettivamente esercitata e l'oggetto sociale non possono essere considerati come concetti coincidenti.

Alla (...), dunque, sono stati attribuiti n.7 punti premiali nonostante sia sostanzialmente mancata nell'offerta tecnica l'indicazione del produttore primario

(non essendo tale la (...)) e –correlativamente- la localizzazione dei relativi terreni agricoli o sito produttivo, risultando agli atti solo la sede della (...) stessa, priva della suddetta qualità.

La censura è dunque fondata ma, come su anticipato, non supera la prova di resistenza in ragione della fondatezza del primo motivo di ricorso incidentale.

5.- La società aggiudicataria ha invero –cautelativamente- proposto ricorso incidentale, dopo e nonostante il provvedimento cautelare favorevole, nell'eventualità di una diversa valutazione delle censure ricorrenti in fase di approfondimento nel merito.

All'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, infatti, la (...) risultava aggiudicataria con un punteggio complessivo pari a 99 punti e il RTI (...) secondo classificato, con un punteggio complessivo pari a 97,33 punti (uno scarto, quindi, di punti 1,67); sicché l'eventuale sottrazione del punteggio premiale avrebbe portato il punteggio complessivo di (...) a 92, al di sotto di quello assegnato al RTI (...)-(...). In tale prospettiva, quindi e in via espressamente subordinata rispetto al rigetto del gravame principale, la controinteressata deduceva taluni profili di illegittimità nell'attribuzione del punteggio al Raggruppamento ricorrente principale.

5.1.-Con il primo motivo in particolare lamentava la violazione sotto distinti profili del criterio di valutazione sub A.3 di cui all'art. 19.3 del capitolato d'onere.

5.1.1.- Innanzitutto, la Stazione appaltante non si sarebbe avveduta che i prodotti offerti dal RTI ricorrente principale avrebbero potuto essere classificati “...*prodotti biologici da KM 0...*” come richiesto dalla disciplina di gara solo in un numero esiguo, non rispondendo tutti pienamente ai requisiti prescritti dall'art. 2, comma 1, lett. a) della legge n. 61/2022 - recante “Norme per la valorizzazione e la promozione dei prodotti agricoli e alimentari a chilometro zero e di quelli provenienti da filiera corta”. Tale disposizione –per quanto qui rileva- qualifica tali esclusivamente “...*i prodotti dell'agricoltura e dell'allevamento, compresa l'acquacoltura, di cui all'allegato I al*

Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e i prodotti alimentari di cui all'articolo 2 del regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2002, provenienti da luoghi di produzione e di trasformazione della materia prima o delle materie prime agricole primarie utilizzate posti a una distanza non superiore a 70 chilometri di raggio dal luogo di vendita, o comunque provenienti dalla stessa provincia del luogo di vendita, o dal luogo di consumo del servizio di ristorazione di cui al comma 1 dell'articolo 144 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, come sostituito dall'articolo 6 della presente legge...”

Tale disposizione ha espressamente abrogato il comma 2 dell'art. 11 della legge n. 158/20217, norma più risalente applicabile ai piccoli comuni, varata in assenza di una disciplina generale in materia.

La censura è fondata.

Tre dei quattro “...luoghi di produzione...” ove hanno sede i fornitori prescelti dal RTI ricorrente sono ubicati –per espressa dichiarazione dello stesso- ad una distanza superiore ai 70 km previsti dal su riportato art. 2, comma 1, lett. a) della legge n. 61/2022 e, comunque, in una diversa provincia rispetto al luogo di vendita e/o consumo. Più precisamente: 1) il produttore denominato “(...)” è ubicato in (...) ad una distanza di 139 km dal luogo di consumo; b) il produttore denominato “(...)” è ubicato in (...) ad una distanza di 79 km dal luogo di consumo; c) il produttore denominato “(...)” è ubicato in (...), ad una distanza di 82 km dal luogo di consumo.

Né il rilievo può essere superato alla luce delle deduzioni opposte dal Raggruppamento ricorrente principale; ossia: a) che l'art 2 della legge n. 61/2022 si applicherebbe solo ai piccoli comuni, restando soggetta la fattispecie in esame alle previsioni del D.M. n. 65/2020; b) che, in ogni caso, debba aversi riguardo non già al percorso stradale tra il sito di produzione e quello di consumo ma al “raggio” di distanza, ossia al segmento di retta avente un estremo sulla circonferenza e l'altro nel centro della figura, valorizzando il dato testuale della norma.

Partendo da tale ultimo argomento, va rimarcato che –alla stregua dei principi ermeneutici generali- il dato testuale va letto alla luce della *ratio* della disposizione (che non può venire compromessa dal precetto che si trae dal testo); l'interpretazione di “raggio” come sistema per misurare la distanza “in linea d'aria” condurrebbe al risultato paradossale di considerare prodotti a km.0 anche quelli per i quali il tragitto di consegna sia lunghissimo, per la presenza nel “raggio” di distanza di barriere naturali come mare e montagne, tradendo in modo palese lo scopo della norma.

Quanto all'altro argomento, viene smentito proprio dal dato testuale dello stesso art. 2 della legge n. 61/2022 in combinato disposto con il successivo art.8. Non vi si rinviene alcun riferimento alla limitazione ai piccoli comuni; ed anzi l'art. 8 citato, nel prevedere l'abrogazione dell'art. 11, comma 2, della legge n. 158/2017 (quella appunto relativa ai piccoli comuni), ha espressamente disposto che “... *Tutti i richiami ai prodotti di cui all'articolo 11, comma 2, della legge 6 ottobre 2017, n. 158, si intendono riferiti ai prodotti a chilometro zero o provenienti da filiera corta come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettere a) e b), della presente legge*”.

Né sulla legge del 2022 possono prevalere le previsioni contenute nel D.M. n.65/2020; ciò sia in ragione dell'applicazione dei criteri cronologico e gerarchico che disciplinano la successione delle norme nel tempo e che impongono di assegnare prevalenza alla disposizione successiva di rango superiore (appunto l'art. 2 della legge n. 61/2022 rispetto al D.M. n.65/2020); sia in applicazione di un più generale criterio logico sistematico atteso che, al tempo dell'adozione del D.M., non era stata ancora dettata una disciplina legislativa generale.

Ne discende, stando già a queste prime considerazioni, che l'Amministrazione avrebbe potuto attribuire al RTI (...) soltanto 4 punti in relazione ai 10 prodotti forniti da “(...)” (con sito produttivo in (...) posto a 20 km di distanza dal luogo di consumo), rispetto ai 22 prodotti complessivamente riconosciuti BIO.

5.1.2.-Ma, a ben vedere, anche la qualità BIO di 4 di questi 10 prodotti è stata

posta legittimamente in discussione.

Deduce (...) che il produttore in questione risulta abilitato esclusivamente alla produzione dei seguenti prodotti BIO: barbabietola, bietola, broccoli, cavolo, cavolo rapa, cetrioli, cicoria, finocchio, insalata, lattuga, mandorle, olive, rape, sedano, zucca e zucchine; e che, confrontando tale elenco con l'elenco dei 10 prodotti biologici offerti dal Raggruppamento ricorrente principale, non avrebbero potuto essere considerati tali il basilico, la carota, la melanzana e il pomodoro, in quanto privi della relativa certificazione ai sensi della normativa comunitaria vigente.

Tutto questo trova riscontro nella documentazione prodotta in giudizio –in data 13 marzo 2024- unitamente al ricorso incidentale (cfr. allegato 11); sicché, elidendo anche i 4 prodotti elencati dal novero dei prodotti qualificabili “...biologici da Km 0 e filiera corta...” così come previsto dalla disciplina di gara, ne resterebbero solo 6 utilmente valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale; punteggio che risulterebbe pari a 2, stando alle chiare indicazioni sul punto del capitolato d'onere, il quale espressamente prevede l'attribuzione di soli 2 punti nel caso di offerta di un numero di prodotti BIO a Km 0 superiore a 3 e fino a 6.

5.1.3.- In estrema sintesi, per il sub criterio A.3 è stato attribuito al RTI (...) un punteggio pari a complessivi 8 punti invece dei 2 spettanti; sicché, anche sottraendo a (...) tutti e 7 i punti premiali (portando il punteggio complessivo a 92), il RTI ricorrente risulterebbe comunque secondo in graduatoria con un punteggio di 91,33 (ossia: 97,33 meno 6).

Il Raggruppamento ricorrente non può, dunque, vantare alcun interesse a far valere le censure contenute nel primo motivo del ricorso introduttivo del giudizio.

5.2.- Il secondo motivo, in quanto dichiaratamente proposto dalla ricorrente incidentale in via subordinata, può essere assorbito.

6.- In conclusione: il gravame principale va in parte respinto e in parte dichiarato improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, prescindendo dall'eccezione di

tardività in considerazione dell'esito sostanziale del giudizio; il ricorso incidentale va invece accolto nei termini su indicati.

Considerata tuttavia la complessiva vicenda nel merito e la parziale revisione della motivazione del provvedimento cautelare, si dispone la compensazione tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- 1.-in parte respinge il gravame principale e in parte lo dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse;
- 2.-accoglie il ricorso incidentale nei termini di cui in motivazione;
- 3.-compensa tra le parti le spese di causa.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 1 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Giacinta Serlenga, Consigliere, Estensore

Donatella Testini, Consigliere

L'ESTENSORE

Giacinta Serlenga

IL PRESIDENTE

Orazio Ciliberti

IL SEGRETARIO