

La mancata indicazione della marca dei prodotti alimentari è causa di esclusione in una gara per l'affidamento del servizio bar

T.A.R. Lombardia - Milano, Sez. IV 20 maggio 2016, n. 999 - Quadri, pres. f.f.; Fornataro, est. - Ge-Bar S.r.l. (avv. Vernaglion) c. Ministero dell'istruzione dell'università e della ricerca - Istituto Superiore V.F. Pareto di Milano (Avv. distr. Stato) ed a.

Produzione, commercio e consumo - Gara per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del "servizio bar" all'interno di un Istituto - Obbligo di indicare, per ciascuno dei prodotti offerti, la marca, il prezzo unitario, nonché, laddove richiesto, la sussistenza delle certificazioni IGP e DOP.

(*Omissis*)

FATTO

La ricorrente impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili e ne chiede l'annullamento.

Si costituiscono in giudizio la parte resistente e quella controinteressata, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso avverso.

Con ordinanza depositata in data 18 settembre 2015, il Tribunale accoglie la domanda cautelare contenuta nel ricorso, sospendendo i provvedimenti impugnati. L'ordinanza cautelare non risulta impugnata.

Con ordinanza depositata in data 16 ottobre 2015, il Tribunale accoglie la domanda di esecuzione della decisione cautelare presentata dalla ricorrente e nomina a tale fine, quale Commissario ad acta, il Prefetto di Milano, con facoltà di delega ad uno o più funzionari appartenenti al suo ufficio.

Con ordinanza depositata in data 8 gennaio 2016, il Tribunale proroga, su richiesta del Commissario delegato, i termini assegnati per l'esecuzione della decisione cautelare.

Con ordinanza depositata in data 12 febbraio 2016, il Tribunale accoglie il reclamo proposto dalla ricorrente e dichiara la nullità del provvedimento emanato, in data 18 gennaio 2016, dal Commissario delegato, rilevando come, mediante tale atto, il Commissario abbia rielaborato la graduatoria, effettuando una rimodulazione delle modalità di valutazione, non coerente con il contenuto della decisione cautelare e non consentita in difetto di una modificazione della *lex specialis*. La medesima ordinanza specifica ulteriormente le attività necessarie ai fini dell'esecuzione della decisione cautelare e dispone affinché il Prefetto di Milano provveda ex novo alle attività esecutive, specificando che, in caso di ulteriore delega delle funzioni, le assegni ad un diverso funzionario delegato.

Con ordinanza depositata in data 21 aprile 2016, il Tribunale respinge il reclamo proposto dall'amministrazione resistente avverso il provvedimento adottato in data 3 marzo 2016 dal Prefetto di Milano, in persona del funzionario delegato, mediante il quale, da un lato, viene disposta l'esclusione dalla gara Phil Bar Snc di Meazza P. & Angelillo V., dall'altro, viene riformulata la graduatoria, tenendo ferme le valutazioni già compiute dalla stazione appaltante, con conseguente assegnazione del primo posto a Ge-Bar con punti 133,39 seguita da Italian Trading con punti 109,35 e, infine, viene aggiudicata definitivamente la gara a Ge-Bar srl.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza pubblica del 24 marzo 2016, la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Con bando di gara pubblicato in data 15 aprile 2015, l'Istituto di Istruzione Superiore V.F. Pareto di Milano indiceva una gara per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del "servizio bar" all'interno dell'Istituto per il periodo compreso tra il 1° settembre 2015 e il 31 agosto 2018.

All'esito delle operazioni di gara, l'appalto veniva aggiudicato a Phil Bar Snc di Meazza P. & Angelillo V. con assegnazione di 150 punti, al secondo posto si collocava Ge-Bar Srl con 133,39 punti, seguita, al terzo posto, da Italian Trading con punti 109,35.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione la ricorrente propone l'impugnazione in esame.

2) Preliminarmente deve essere respinta l'eccezione di inammissibilità formulata dalla parte resistente con memoria depositata in data 13 settembre 2015, ove si sostiene che il ricorso non sia stato tempestivamente notificato alla parte controinteressata.

L'eccezione, che presenta un contenuto del tutto generico, perché non specifica gli elementi dai quali desumere la tardività della notificazione, è comunque smentita dalla documentazione prodotta in giudizio, da cui emerge che il ricorso è stato notificato alla controinteressata nel rispetto dei termini stabiliti dalla legge; vale precisare, del resto, che la parte

controinteressata si è comunque costituita nel presente giudizio, senza contestazioni in ordine alla ritualità della notificazione.

3) Con il primo dei motivi proposti la ricorrente lamenta la violazione della *lex specialis*, in quanto l'offerta aggiudicataria non sarebbe conforme alle specifiche individuate dalla disciplina di gara come elementi essenziali dell'offerta.

La censura è fondata.

Il bando di gara prescrive, in relazione alle modalità di presentazione dell'offerta, che essa sia composta anche da una busta con la dicitura "offerta economica" contenente "l'offerta anonima con specifica indicazione dei prezzi offerti per i singoli prodotti redatta utilizzando l'allegato A del capitolato".

L'allegato A del capitolato prevede l'indicazione del peso, della marca e del prezzo unitario per ciascuna tipologia di prodotto descritto e specifica che "il prosciutto cotto, il salame, la mortadella e la bresaola devono essere IGP in ogni prodotto elencato, il crudo deve essere DOP in ogni prodotto elencato. I formaggi compresa la mozzarella devono essere IGP in ogni prodotto elencato".

L'allegato A individua anche altri prodotti, ulteriori rispetto a quelli appena richiamati, come la pancetta e lo speck che devono presentare la certificazione IGP.

Il successivo art. 29 del capitolato stabilisce, tra l'altro, che le "offerte redatte in modo imperfetto, incomplete, condizionate, e comunque non conformi alle prescrizioni del presente capitolato saranno considerate nulle. La mancata osservanza delle modalità richieste per la compilazione dell'offerta, la mancata trasmissione di quanto richiesto, la presentazione di dichiarazioni non veritiere comporteranno l'automatica esclusione dalla gara".

Il bando dispone, al punto A), che la determinazione dell'offerta più vantaggiosa avvenga considerando il "listino prezzi dei prodotti" e sommando "i prezzi offerti"; inoltre, per la valutazione della qualità dei prodotti, il punto B) del bando dispone che "verrà considerato il numero dei prodotti offerti (compreso frutta e verdura) e le marche dei prodotti offerti dando punti 40 alla ditta con maggior numero di prodotti e marche più rappresentative e 0 punti alla ditta con minor numero di prodotti e marche non conosciute, alle altre offerte verrà attribuito un punteggio da 0 a 40".

I punti C) e D) del bando disciplinano l'assegnazione del punteggio per "disponibilità e servizio offerto", nonché per "offerta di prestazioni aggiuntive compatibili con il possesso della licenza, al miglior rapporto qualità prezzo".

Infine, il punto E) prevede l'attribuzione sino a 15 punti per il criterio "valida esperienza nel campo della ristorazione di almeno anni 5".

La semplice lettura della disciplina di gara evidenzia che l'offerta, per essere conforme alle caratteristiche dei prodotti stabilite dalla *lex specialis* deve indicare, per ciascuno dei prodotti offerti, la marca, il prezzo unitario, nonché, laddove richiesto, la sussistenza delle certificazioni IGP e DOP.

Gli elementi ora richiamati, caratterizzanti i singoli prodotti, integrano profili essenziali dell'offerta, richiesti espressamente dall'art. 29 del capitolato e dall'allegato A del capitolato stesso, in relazione a ciascuno dei prodotti ivi indicati, sicché essi rilevano al fine di stabilire, in primo luogo, la corrispondenza dell'offerta ai contenuti prescritti dalla disciplina di gara e, successivamente, la qualità dei prodotti offerti, siccome riferibili a marche "più rappresentative".

Ne deriva che la mancanza di una delle indicazioni prescritte determina la non corrispondenza dell'offerta ai contenuti stabiliti dalla *lex specialis*, con conseguente sussistenza di una specifica causa di esclusione, ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del d.l.vo 2006 n. 163, che correla espressamente l'esclusione alla carenza di elementi essenziali.

Sul punto va ribadito, in coerenza con la costante giurisprudenza, che la disposizione dettata dall'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti, introdotta dall'art. 4, comma 2, del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, codifica il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare, stabilendo che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, oltre quelle indicate nello stesso comma 1 bis e riguardanti il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

La norma richiamata è chiaramente volta a favorire la massima partecipazione alle gare, attraverso il divieto di un aggravio del procedimento e "mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi ... che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali".

Lo scopo della disposizione è principalmente quello di evitare la possibile esclusione da una gara non a causa della mancanza dei requisiti (soggettivi o oggettivi) di partecipazione, ma a causa del mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 25 febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, sez. III, 29 luglio 2015, n. 3750; Consiglio di Stato, sez. VI, 30 aprile 2015, n. 2203).

Nondimeno, è proprio l'art. 46, comma 1 bis, a sancire l'esclusione delle offerte carenti rispetto ad elementi essenziali; in altre parole, resta fermo che le difformità essenziali del contenuto dell'offerta rispetto al paradigma stabilito dalla *lex specialis* conducono all'esclusione dell'offerta medesima (in argomento, tra le tante, Consiglio di Stato, Sez. III, 1 luglio 2015, n. 3275).

D'altronde, l'art. 68 del d.l.vo 2006 n. 163 consente espressamente alla stazione appaltante di escludere dalla gara gli operatori che offrono prodotti o servizi che non sono conformi alle specifiche tecniche richieste e il successivo art. 74, nel disciplinare "forma e contenuto delle offerte", qualifica come "elementi essenziali", tra gli altri, quelli "prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato", la cui mancanza, di conseguenza, determina l'esclusione dalla gara in applicazione dell'art. 46, comma 1-bis, cit. (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804).

Va, pertanto, ribadito che il mancato rispetto dei requisiti minimi di carattere tecnico, relativi ai prodotti o ai servizi offerti e richiesti dalle legge di gara, determina l'esclusione dalla gara stessa in applicazione della disciplina appena richiamata (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 1 luglio 2015, n. 3275; Consiglio di Stato, sez. III, 17 novembre 2015, n. 5261).

Dalla documentazione prodotta in giudizio emerge, in coerenza con le contestazioni sollevate dalla ricorrente, che l'offerta aggiudicataria: 1) per tre prodotti, quali "panino prosciutto cotto e formaggio", "focaccia con prosciutto cotto e formaggio", "toast (di marca) – prosciutto cotto e formaggio" riporta correttamente la marca del prosciutto, ma omette qualunque indicazione in ordine al formaggio, individuato solo nel tipo "edamer", senza alcuna specificazione rispetto alla marca; 2) negli stessi tre casi l'offerta non contiene l'indicazione della certificazione "IGP" per il formaggio utilizzato; 3) nell'indicazione del "panino wurstel e crauti + senape" non è indicata la marca della senape; 4) nelle bevande contenenti latte, quali cappuccino, cappuccino decaffeinato, latte macchiato e latte bianco, l'offerta aggiudicataria indica solo che si tratta di "latte fresco", senza indicarne la marca; 5) in relazione a tutti i panini, non viene indicato il prezzo unitario del pane.

Sul punto, sono prive di pregio le deduzioni della parte resistente e della parte controinteressata, le quali sostengono che le indicazioni mancanti non sarebbero essenziali ai fini dell'individuazione del contenuto dell'offerta, ma assumerebbero rilevanza solo ai fini dell'assegnazione del punteggio relativamente ai profili qualitativi dell'offerta.

La tesi difensiva è smentita dal contenuto, già richiamato, della lex specialis, la quale richiede espressamente che i prodotti alimentari offerti siano individuati mediante l'indicazione della marca e che, qualora si tratti di prodotti caseari, essi rechino la certificazione IGP, mentre per altri prodotti è richiesta di volta in volta la certificazione IGP o DOP.

Si tratta di indicazioni prescritte espressamente dall'allegato A e dall'art. 29 del capitolato, che considera nulle le offerte "comunque non conformi alle prescrizioni del capitolato medesimo", sicché non sussiste alcun dubbio in ordine alla natura essenziale di simili indicazioni, perché strumentali all'esatta identificazione del prodotto offerto.

La specificazione della marca è richiesta per ogni prodotto, mentre le altre certificazioni sono prescritte per determinati prodotti, sicché si tratta di elementi che connotano il contenuto proprio dell'offerta, in quanto la stazione appaltante ha voluto evitare la somministrazione di alimenti di cui sia ignoto il produttore e di cui, pertanto, restino sconosciute le caratteristiche e la qualità.

Solo le offerte che recano tali indicazioni rispecchiano il contenuto essenziale minimo previsto dalla legge di gara, fermo restando che, una volta rispettati tali parametri, l'appartenenza del prodotto ad una marca più o meno conosciuta o rappresentativa integra un elemento per la valutazione anche della qualità dell'offerta e per l'attribuzione del relativo punteggio.

Ne deriva che, nel caso di specie, l'omessa indicazione della marca di una pluralità dei prodotti determina una carenza essenziale dell'offerta aggiudicataria, la quale pertanto doveva essere esclusa.

Allo stesso modo, a fronte di un capitolato che richiedeva l'individuazione dei prezzi unitari dei prodotti offerti, ciascun prezzo unitario integra un elemento essenziale dell'offerta, la cui mancanza determina una lacuna dell'offerta stessa non superabile in sede di valutazione dei profili qualitativi (cfr. Tar Lombardia Milano, sez. IV, 20 ottobre 2014, n. 2512; Tar Lombardia Milano, sez. IV, 9 gennaio 2015, n. 28).

Nel caso di specie risulta documentalmente che l'offerta aggiudicataria non contiene l'indicazione del prezzo unitario del pane, né è possibile colmare la lacuna considerando il prezzo compreso in quello della farcitura, perché manca qualunque parametro per distinguere i valori dei due prodotti.

Quelle sinora indicate sono lacune relative al contenuto essenziale dell'offerta e, pertanto, non colmabili neppure in sede di soccorso istruttorio, in coerenza con i generali profili di tutela della concorrenza e di parità di trattamento tra gli operatori economici partecipanti alla gara.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame.

Del resto, i profili di illegittimità ora esaminati sono tali da comportare, secondo quanto già precisato, l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria controinteressata, con conseguente collocazione della ricorrente al primo posto della graduatoria, secondo i punteggi già assegnati dalla Commissione giudicatrice.

Ne deriva che la fondatezza delle contestazioni scrutinate presenta carattere pienamente satisfattivo della posizione giuridica azionata da Ge-Bar Srl, sicché sussistono le condizioni per ritenere assorbite le ulteriori doglianze articolate nel ricorso (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1057; Consiglio di Stato, Ad Pl. n. 5/2015).

Vale precisare, in ragione degli sviluppi che la controversia ha avuto in sede di esecuzione del giudicato cautelare formatosi sull'ordinanza cautelare del Tribunale n. 1204/2015 del 18 settembre 2015, che le ulteriori determinazioni adottate dal Commissario ad acta nominato dal Tribunale, che hanno condotto ad aggiudicare l'appalto alla ricorrente, sono del tutto coerenti con l'effetto conformativo derivante dalla presente decisione, sicché si tratta di determinazioni che devono ritenersi stabilizzate per effetto della presente sentenza.

4) In definitiva, il ricorso è fondato e deve essere accolto.
Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

(Omissis)