

Publicato il 25/05/2017

N. 06260/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 15337/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**

**(Sezione Prima Bis)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 15337 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Dussmann Service s.r.l., in qualità di mandataria capogruppo del RTI costituito con La Cascina Global Service s.r.l., Vivenda s.p.a., Cocktail Service s.r.l., Consorzio Nazionale Servizi s.c., Compass Group s.p.a., Vegezio s.r.l. (Mandanti), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez, C.F. MRTFPP69R10G273B, e Davide Moscuza, C.F. MSCDVD74E26L682N, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Associato Martinez & Partners in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 21;

*contro*

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

*nei confronti di*

Ladisa s.p.a. in proprio e quale mandataria del RTI costituito con B+ Cooperativa Sociale, Bioristoro Italia s.r.l., Cimas s.r.l., Cucina & Sapori Cooperativa Sociale, Le Palme Ristorazione & Servizi s.r.l., Nuova Cucina Siciliana Soc. Coop., P.A. s.r.l. Food e Servizi, Pastore s.r.l., Ristora Food & Service s.r.l., Serist Servizi Ristorazione s.r.l., S.l.e.m. s.r.l., Turrini Ristorazione s.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice, C.F. LDCLDA41E20L328N, Isabella Loiodice, C.F. LDCSL67B47L328X, Vito Aurelio Pappalepore, C.F. PPPVTI62S04A662Y, Michelangelo Pinto, C.F. PNTMHL73S27A662R, e Pasquale Procacci, C.F. PRCPQL83P11L109L, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Associato Loiodice in Roma, via Ombrone, 12, Pal. B;

Elior Ristorazione Spa, in proprio e quale mandataria capogruppo del RTI costituito con Gemeaz Elior s.p.a., Innova s.p.a. e Gemos Società Cooperativa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Anania, C.F. NNARCR65D16G273L, con domicilio eletto presso l'avv. Gabriele Pafundi in Roma, via Giulio Cesare, 14, Sc A, Int. 4;

*per l'annullamento*

-della *lex specialis* di gara (bando, disciplinare e capitolato), *in parte qua* (in particolare gli art. 4.4.2 e 5 del disciplinare), ove prevede un metodo di attribuzione del punteggio all'offerta tecnica, secondo un sistema tabellare e quantitativo, che trasforma il criterio di

aggiudicazione dell'appalto e la gara da una procedura da affidarsi sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo ad una procedura da affidarsi sulla base del solo elemento prezzo e, quindi, consequenzialmente, per l'annullamento dell'intera procedura di gara;

- di tutti i verbali di gara e atti e provvedimenti della procedura;
- del provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 1 di gara (CIG 676043469E) in favore del RTI Ladisa S.p.a., adottato con Decreto n. 329 del 16 novembre 2016 e comunicato con comunicazione pec di pari data, e di ogni altro atto allo stesso preordinato, conseguente e/o comunque connesso, compresa - espressamente - la Determina a contrarre n° 1/1ADIV/02 del 19 luglio 2016;

nonché per l'eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto, ove stipulato nelle more del giudizio,

e per la condanna al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, con riserva di agire, con un separato giudizio, per il risarcimento per equivalente monetario ai sensi e nei termini di cui all'art. 30, comma 5, D. Lgs. n. 104/2010;

Con atto per motivi aggiunti depositato il 27 dicembre 2016:

- del provvedimento del 19 dicembre 2016 prot. M D GCOM REG2016 0023310, a mezzo del quale la stazione appaltante ha espresso la volontà di avviare a far data dal 1° aprile 2017 "il servizio di che trattasi mediante procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett.c) del D. Lgs. n. 50 del 2016".

Con atto per motivi aggiunti, depositato il 24 aprile 2017:

- dei provvedimenti del Ministero della Difesa del 4 aprile 2017 prot. M\_D GCOM REG2017 005418 e prot. M\_D GCOM REG2017 005419;

- dei provvedimenti del Ministero della Difesa datati 11 aprile 2017 prot. M\_D GCOM REG2017 005801 e prot. M\_D GCOM REG2017 005802, a mezzo dei quali la stazione appaltante ha espresso la volontà di provvedere all'affidamento dei lotti 1-3-10 in favore del raggruppamento Ladisa s.p.a. e dei lotti 2-4-5-6-7-8-9 in favore del raggruppamento Elior Ristorazione s.p.a. a far data dal 1° maggio 2017 mediante l'esperimento di una procedura negoziata/affidamento diretto ad un solo soggetto e contestuale esecuzione anticipata delle prestazioni contrattuali "ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016".

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa, di Ladisa Spa e di Elior Ristorazione Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2017 la dott.ssa Paola Patatini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

L'odierna ricorrente partecipava, nel costituito RTI con La Cascina Global Service s.r.l., Vivenda s.p.a., Cocktail Service s.r.l., Consorzio Nazionale Servizi s.c., Compass Group s.p.a. e Vegezio s.r.l. (mandanti), alla procedura aperta indetta dal Ministero della Difesa, per l'affidamento dell'appalto di servizi di ristorazione, catering completo, catering veicolato e connessi servizi accessori presso gli

enti, distaccamenti e reparti del Ministero stesso, suddiviso in dieci lotti, distinti per aree geografiche, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Detto criterio prevedeva, in particolare, l'assegnazione di 30 punti massimi per la qualità e 70 per il prezzo; l'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica sarebbe avvenuto esclusivamente attraverso l'applicazione di criteri e punteggi cd. *“tabellari, vale a dire i punteggi fissi e predefiniti”* dalla medesima stazione appaltante, sulla base *“di quanto specificamente richiesto a tal fine nella documentazione di gara”*.

Nello specifico, l'art. 5 del disciplinare individuava 12 criteri di attribuzione del punteggio tecnico e, per ognuno di essi, stabiliva sia il punteggio massimo attribuibile e i punteggi inferiori graduati, sia l'elemento che ogni concorrente avrebbe dovuto indicare in offerta, al fine di ottenere il relativo punteggio.

Al lotto per cui è causa (lotto n. 1), partecipavano, oltre alla ricorrente, altri cinque raggruppamenti, le cui ammissioni sono state oggetto, da parte della deducente, di apposito gravame (RG. n. 13588/2016) proposto ai sensi dell'art. 120, comma 2bis, c.p.a., innanzi a questa Sezione (nella medesima composizione collegiale), analogamente ai ricorsi avanzati dagli altri concorrenti in gara avverso le ammissioni altrui – tra cui quella del RTI Dussmann (tutti definiti all'esito dell'udienza del 1° febbraio 2017).

Col presente ricorso, la società - che nella graduatoria finale si è collocata al terzo posto, dopo il RTI Elixir Ristorazione s.p.a. - impugna ora il provvedimento di aggiudicazione definitiva, emesso in favore del RTI Ladisa s.p.a., formulando, in particolare, due motivi di illegittimità:

*I) Violazione dell'art. 67 della Direttiva 2014/24/UE; violazione dell'art. 95, commi 3 e 4, d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. II.2.5. del bando; Eccesso di potere per contraddittorietà della lex specialis di gara:* lamenta, in sostanza, la parte che le caratteristiche tecniche dell'offerta richieste, predeterminate dalla stazione appaltante, alle quali corrispondevano punteggi fissi e predefiniti, non permettevano l'introduzione di elementi discrezionali da parte dei concorrenti, ai quali era così precluso lo sviluppo della propria capacità organizzativa.

In altri termini, il progetto tecnico era identico e predeterminato dall'Amministrazione per tutti i concorrenti, che hanno, invero, indicato le medesime caratteristiche col maggior punteggio tabellare, con la conseguenza che, avendo tutti presentato il medesimo progetto e ottenuto il punteggio massimo di 30 punti, la gara si sarebbe svolta unicamente sull'elemento economico del prezzo, svuotando l'elemento qualità e l'aspetto progettuale dell'offerta.

*II) Illegittimità in via derivata,* dall'illegittima ammissione sia della concorrente prima graduata, che di quella che la segue in graduatoria, per i motivi già articolati col ricorso RG n. 13588/2016 e integralmente riprodotti nel presente gravame.

Con successivo atto di motivi aggiunti, notificato via fax, pec e posta ordinaria, da ultimo depositato in data 5 gennaio 2017, il raggruppamento ha impugnato il provvedimento con cui l'Amministrazione si era determinata ad avviare il servizio in questione a far data dal 1° gennaio 2017, mediante procedura negoziata, chiedendone l'immediata sospensione, anche con misure cautelari urgenti (istanza accolta con Decreto cautelare n. 8310/2016).

Per resistere al gravame si sono costituiti in giudizio il Ministero della Difesa ed i raggruppamenti capeggiati da Ladisa ed Elior.

Con memoria del 16 gennaio 2017, il RTI Ladisa ha argomentato a favore dell'infondatezza del gravame, eccependo preliminarmente l'irricevibilità per tardività del primo motivo, relativo all'illegittimità della *lex specialis*, nonché l'inammissibilità per carenza di interesse, avendo la ricorrente, comunque, ottenuto il punteggio massimo sotto il profilo qualitativo.

Anche il controinteressato RTI Elior ha prodotto memoria, insistendo per l'irricevibilità e inammissibilità del primo motivo di ricorso.

All'esito della camera di consiglio del 18 gennaio 2017, veniva accolta l'istanza cautelare incidentalmente avanzata, con Ordinanza n. 286/2017.

In vista della trattazione del merito, Ladisa s.p.a. ha prodotto memoria, con cui ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, atteso che, con sentenza n. 2117/2017, la Sezione, pur avendo accolto il ricorso sulle ammissioni proposto da Dussmann limitatamente ad un motivo di esclusione relativo alla stessa Ladisa, aggiudicataria del lotto n. 1, ha contestualmente respinto i motivi proposti per l'esclusione della seconda concorrente in graduatoria, ovvero il RTI Elior, cui seguirebbe la carenza di interesse per il presente ricorso in quanto, dall'accoglimento dello stesso, non potrebbe derivare per la ricorrente - terza classificata - alcuna utilità o bene della vita, consistente nell'aggiudicazione.

Nella medesima memoria, la controinteressata ha sollevato, in subordine, questione di illegittimità costituzionale per violazione

degli artt. 24, 111 e 113 Cost., da parte dei commi 2bis e 6bis dell'art. 120 c.p.a.

La ricorrente ha controdedotto alle argomentazioni di controparti, replicando da ultimo alla memoria di Ladisa, insistendo per l'ammissibilità e fondatezza del gravame.

All'udienza del 1° marzo 2017, in considerazione dell'avvenuta impugnazione di alcune delle sentenze con cui questa Sezione si era pronunciata sulle ammissioni – tra cui la n. 2117/2017, che ha definito il precedente giudizio instaurato dalla ricorrente – e la fissazione della relativa camera di consiglio per il 9 marzo 2017, anche a seguito dei decreti presidenziali di accoglimento emessi su taluni di essi (v. nn. 637, 744, 745, 746, 747 del 2017, della Quinta Sezione del Consiglio di Stato), la trattazione della controversia veniva differita, su concorde istanza di tutte le parti, alla pubblica udienza del 3 maggio 2017, in attesa della pronuncia del Consiglio di Stato.

Con successivo atto di motivi aggiunti, depositato il 24 aprile 2017, da valere anche quale ricorso autonomo, la ricorrente ha altresì impugnato la nuova determinazione dell'Amministrazione di provvedere all'affidamento dei lotti nn. 1, 3, 10 in favore del raggruppamento Ladisa, e nn. 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 in favore del raggruppamento Elior a far data dal 1 maggio 2017, mediante l'esperimento di una procedura negoziata/affidamento diretto ad un solo soggetto, formulando apposita istanza cautelare, anche ai sensi dell'art. 56 c.p.a. (respinta con Decreto n. 2005/2017).

All'udienza del 3 maggio 2017 - in vista della quale la difesa di Ladisa s.p.a. ha presentato apposita istanza di sospensione del giudizio ex artt. 79 c.p.a. e 295 c.p.c. - ravvisata la singolarità della vicenda



giudiziaria creatasi e concordata l'opportunità di definire, allo stato, i giudizi avverso l'aggiudicazione, pur dando atto dei decreti cautelari della Quinta Sezione e della conseguente sospensione dell'efficacia di alcune sentenze appellate, previa rinuncia da parte del RTI Ladisa all'istanza di sospensione, la causa è infine passata in decisione.

## DIRITTO

Come visto in fatto, la peculiarità della vicenda contenziosa in esame discende dall'eccezionalità – e novità – del rito “super accelerato” previsto ai commi 2bis e 6bis dell'art. 120, c.p.a., il quale segue uno schema speciale, nel contesto del già speciale “rito appalti”, per i ricorsi avverso gli atti di ammissione (ed esclusione) alla procedura di gara, al fine della rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della stessa (Cons. Stato, Sezione Quinta, Ord. n. 1059/2017), che comporta, come di fatto avvenuto nella specie, la proposizione di due distinti gravami, l'uno verso l'ammissione, l'altro avverso l'aggiudicazione, secondo discipline processuali diverse.

Nel caso in esame, i giudizi di primo grado sulle ammissioni dei concorrenti sono stati tutti definiti nell'udienza camerale del 1° febbraio 2017 e, avverso alcune di quelle pronunce, pende allo stato appello innanzi alla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la camera di consiglio fissata per la trattazione al 15 giugno 2017.

Con riferimento al raggruppamento ricorrente, lo stesso ha proposto distinti ricorsi a norma dell'art. 120, comma 2bis, c.p.a., per i diversi lotti in gara: in particolare, per il lotto in esame, aveva già contestato, con ricorso rubricato al n. RG. 13588/2016, l'ammissione alla gara del RTI Ladisa, aggiudicatario, e RTI Elixir Ristorazione, secondo classificato.

Tale giudizio, come sopra visto, è stato definito con sentenza n. 2117/2017, che ha respinto le censure formulate avverso il raggruppamento secondo classificato, e accolto un motivo formulato avverso il raggruppamento Ladisa.

Detta sentenza è stata appellata sia dalla società Ladisa, con ricorso rubricato al n. RG. 1038/2017, per il quale è stato emesso il decreto cautelare n. 747/2017 che ha sospeso gli effetti della pronuncia, sia dall'odierna ricorrente, con ricorso rubricato al n. RG. 1892/2017, entrambi fissati per la trattazione alla camera di consiglio del 15 giugno 2017.

Delineato così sommariamente il quadro fattuale e processuale formatosi, il Collegio ritiene si possa esaminare il merito del ricorso, con particolare riferimento al vizio di illegittimità della legge di gara, dando atto della peculiarità della vicenda creatasi e della sospensione degli effetti della sentenza n. 2117/2017, accordata, in via monocratica, in sede di appello, in favore della controinteressata Ladisa, che, pertanto, deve ritenersi ancora in gara.

Ciò premesso, il primo ricorso per motivi aggiunti va dichiarato improcedibile in quanto la contestata determinazione di avviare una procedura negoziata è stata superata dall'affidamento in proroga del servizio al precedente gestore (in parte coincidente, nella compagine del gruppo, col RTI ricorrente).

Il secondo ricorso per motivi aggiunti, che la parte aveva proposto anche quale ricorso autonomo, è stato stralciato dal presente gravame, giusta ordinanza collegiale n. 5302/2017, e fissato a ruolo con separato numero di ricorso (RG. 4025/2017).

Quanto al ricorso principale, come visto, lo stesso si articola su vizi di illegittimità sia autonomi, che in via derivata.

Questi ultimi sono stati già esaminati dalla Sezione con la citata sentenza n. 2117, alle cui considerazioni di merito si rinvia, seppure passibili di essere riviste dal giudice di secondo grado.

Invero, pur mancando ancora la “cristallizzazione della platea dei concorrenti”, sottesa al nuovo rito appalti, non essendosi ad oggi formata l’auspicata “incontestabile certezza sui protagonisti della gara”, si ritiene comunque che, alla luce delle censure già vagliate, non sussista la denunciata illegittimità in via derivata, essendo state respinte le doglianze avverso il raggruppamento secondo graduato, pertanto, la ricorrente non potrebbe vantare alcun interesse alle censure nei confronti dell’aggiudicataria, essendole preclusa, allo stato, l’utilità finale desiderata, ossia l’aggiudicazione.

Con riferimento, infine, ai vizi rubricati al primo motivo di ricorso, relativi all’illegittima fissazione dei criteri di formulazione e determinazione dell’offerta tecnica, il Collegio ritiene si possa soprassedere all’esame delle eccezioni preliminari, in ragione dell’infondatezza del motivo.

Anche a prescindere dalla tardività della censura e dalla carenza di interesse in ragione dell’ottenimento del punteggio massimo conseguibile, non si ravvisa, nella specie, alcuna violazione dell’art. 95, d.lgs. n. 50/2016, né dello stesso bando, essendo stata garantita la valutazione dell’aspetto qualitativo dell’offerta tecnica, seppur attraverso la predeterminazione a monte dei criteri, senza alcuna alterazione del sistema di aggiudicazione scelto (qualità/prezzo).

Fermo restando, infatti, che la determinazione dei punteggi da attribuire a ciascun componente dell’offerta è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante in relazione alla specificità dell’appalto e all’importanza del fattore qualitativo ed economico

rispetto ai bisogni da soddisfare, i criteri fissati dal disciplinare riproducono le indicazioni contenute negli artt. 34, comma 1, e 144, comma 1, d.lgs. n. 50 cit., che richiamano, a loro volta, i criteri minimi ambientali di cui al D.M. 25 luglio 2011 del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

In particolare, l'art. 144 prescrive che i servizi di ristorazione siano aggiudicati secondo quanto disposto dall'art. 95, comma 3, stabilendo altresì che la valutazione dell'offerta tecnica tenga conto *“degli aspetti relativi a fattori quali la qualità dei generi alimentari con particolare riferimento a quella di prodotti biologici, tipici e tradizionali, di quelli a denominazione protetta, nonché di quelli provenienti da sistemi di filiera corta e da operatori dell'agricoltura sociale, il rispetto delle disposizioni ambientali in materia di green economy, dei criteri ambientali minimi pertinenti di cui all'articolo 34 del presente codice e della qualità della formazione degli operatori?”*; dette indicazioni sono state puntualmente recepite nei criteri nn. 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 11.

La predeterminazione dei criteri, oltre a rispondere a chiare esigenze di trasparenza e a delineare il servizio di ristorazione dal punto di vista qualitativo conformemente alla normativa vigente, ha comunque consentito a ciascun concorrente di formulare la propria offerta sulla base delle proprie effettive risorse, essendo previsto un punteggio diverso e graduato in corrispondenza di ogni opzione.

La circostanza che la quasi totalità dei partecipanti abbia ottenuto il punteggio massimo in tutti i lotti in gara (avendo, invero, la ditta Sodexo ottenuto per i lotti n. 2, 3, 4, 5, 7 e 8, il diverso punteggio di 28, per il criterio sub. 2), non può ritenersi indice di un *“appiattimento”* delle caratteristiche migliorative dell'offerta tecnica sui medesimi valori, che vanificherebbe l'applicazione del criterio del

miglior rapporto qualità/prezzo, quanto piuttosto dell'elevata qualità della proposta tecnica dei partecipanti alla gara, in grado di offrire le condizioni superiori e ottimali rispetto a quelle minime indicate nel disciplinare, cui corrispondeva il punteggio inferiore.

Come evidenziato anche dalle stesse Linee Guida ANAC (n. 2, del 21 settembre 2016), detto "appiattimento" si verificherebbe allorquando oggetto di valutazione fossero "i requisiti di partecipazione che, per definizione, sono posseduti da tutti i concorrenti, o le condizioni minime - incluso il prezzo - con cui i lavori, servizi o forniture devono essere realizzati", e non, come avvenuto nella specie, il possesso di specifiche tecniche differenti e graduate (la riprova della possibilità, lasciata dal disciplinare di gara, di differenziare il progetto in base alle effettive risorse di ogni operatore economico si ravvisa, tra l'altro, nell'avvenuta attribuzione di un punteggio diverso per un concorrente).

Il sistema quantitativo/tabellare, criticato dalla ricorrente, risponde inoltre alla modalità telematica di gestione della procedura, affidata, ai sensi dell'art. 58 d.lgs. n. 50, alla piattaforma telematica di negoziazione di Consip, che, secondo le Linee Guida n. 5 del 16 novembre 2016, prevede l'attribuzione di un punteggio tabellare alla luce di criteri basati sul principio on/off (in presenza di un determinato elemento, è attribuito un punteggio predeterminato, senza alcuna valutazione discrezionale; in assenza, è attribuito un punteggio pari a zero) sulla base di formule indicate nella documentazione di gara, che non richiede, dunque, alla Commissione di esprimere alcun apprezzamento discrezionale.

Da qui, dunque, l'infondatezza delle censure formulate, non essendo ravvisabile alcuna violazione di legge, né il denunciato eccesso di potere dell'azione amministrativa.

Da ultimo, il Collegio ritiene che non ricorrano le condizioni per sollevare la questione di legittimità costituzionale, atteso che, anche a prescindere dal carattere subordinato della questione, proposta solo per il caso di accoglimento del ricorso, la stessa è, prima di tutto, priva del carattere della rilevanza ai fini del presente giudizio, proposto ai sensi dell'art. 120, c.p.a. e non già dei censurati commi 2bis e 6bis.

In conclusione, alla luce di tutte le considerazioni sopra fatte, il ricorso, come integrato da motivi aggiunti, è improcedibile e infondato.

In ragione della novità e complessità della vicenda, le spese di lite sono integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibili i motivi aggiunti del 27 dicembre 2016.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Ugo De Carlo, Consigliere

Paola Patatini, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Paola Patatini**

**IL PRESIDENTE**  
**Concetta Anastasi**

**IL SEGRETARIO**