



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11293 del 2012, proposto da:

Gemeaz Elior Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Anania, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gabriele Pafundi, situato in Roma, via Giulio Cesare n. 14;

contro

Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui è legalmente domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

Dussmann Service Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Martinez, Davide Moscuza ed Ulisse Corea, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, situato in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;

Serist Servizi Ristorazione Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Marianna Fragalà Coppola ed Alfonso Erra, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Roberta Niccoli, situato in Roma, via E. Glori n. 30/40;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Vivenda s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, situato in Roma, via Antonio Bertoloni n. 26/B;

ad opponendum:

Ladisa s.p.a. e Pastore s.r.l., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avv. Michele Perrone, con domicilio eletto presso Studio Legale Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

per l'annullamento,

previa sospensiva,

- di tutti gli atti della gara di appalto indetta dal Ministero dell'Interno con bando pubblicato nella G.U.C.E. n. S 65 10642-2012-IT del 3 aprile 2012 e nella G.U.R.I., V Serie Speciale del 6 aprile 2012, per l'affidamento del servizio di mensa presso Organismi della Polizia di Stato dislocati sull'interno territorio nazionale, nella parte in cui non ha predeterminato adeguatamente i pesi ponderali e motivazionali con riferimento alla valutazione tecnico-qualitativa delle offerte tecniche dei concorrenti;

- in parte qua, delle lettere di invito del Ministero dell'Interno, Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione Centrale per i Servizi di Ragioneria – Servizio Vettovagliamento e Pulizia, relative al lotto 1 (prot. n. 750.C.1.AG.404.1.4/2512 del 16 luglio 2012), al lotto 3 (prot. n. 750.C.1.AG.404.1.4/2514 del 16 luglio 2012) ed al lotto 4 (prot. n. 750.C.1.AG.404.1.4/2515 del 16 luglio 2012);

- di tutti gli atti ed i verbali della Commissione di gara (inclusi i verbali della Commissione in seduta riservata del 3, 8 e 10 ottobre 2012, 12 e 19 novembre 2012 –ed i verbali della Commissione in seduta pubblica del 22 agosto 2012, 21 settembre 2012, 18 ottobre 2012, 12 e 19 novembre 2012);

- dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva del lotto 1, Regioni del Nord Ovest (decreto del Direttore Centrale della Direzione Centrale per i Servizi di Ragioneria – Dipartimento di Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno, n. 750.C.1.CONT.LOTTO1.13-14/3595 del 21 novembre 2012), del lotto n. 3 Regioni del Centro Nord Est (decreto del Direttore Centrale n. 750.C.1.CONT.LOTTO3.13-14/3596 del 21 novembre 2012) e del lotto n. 4 Regioni del Sud ed Isole (decreto del Direttore Centrale n. 750.C.1.CONT.LOTTO4.13-14/3582 del 20 novembre 2012 e successiva rettifica di cui al decreto del Direttore Centrale n. 750.C.1.CONT.LOTTO4.13-14/3605 del 21 novembre 2012);

nonché per il risarcimento dei danni

patiti e patienti dalla ricorrente in conseguenza dell'adozione dei provvedimenti oggetto di impugnazione, con declaratoria dei relativi criteri in base ai quali l'Amministrazione dovrà formulare una proposta di pagamento che tenga conto dei costi sostenuti per la partecipazione alla gara, della perdita di chance subita, del danno professionale/curriculare derivante dall'impossibilità di indicare nel prosieguo dell'attività lo svolgimento del predetto servizio, oltre a rivalutazione monetaria ed interessi fino alla data di effettivo soddisfo;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno, Dussmann Service Srl e Serist Servizi Ristorazione Srl;

Visti i ricorsi incidentali;

Visti gli atti di intervento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 luglio 2013 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Attraverso l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 19 dicembre 2012 e depositato il successivo 21 dicembre 2012, la ricorrente impugna gli atti ed i provvedimenti relativi alla gara d'appalto per l'affidamento del servizio di mensa presso Organismi di Polizia indetta dal Ministero dell'Interno con bando pubblicato nella G.U.C.E. del 3 aprile 2012 e nella G.U.R.I. del 6 aprile 2012, meglio indicati in epigrafe, chiedendone l'annullamento.

Nel contempo, chiede il risarcimento dei danni patiti e patienti.

In particolare, la ricorrente – già gestore del servizio di mensa per le Regioni del Centro Nord - espone quanto segue:

- con il bando di cui sopra, il Ministero dell'Interno indiceva una gara a procedura ristretta accelerata per l'appalto

del servizio di mensa presso Organismi della Polizia di Stato dislocati sull'intero territorio nazionale, erogato mediante acquisto di derrate alimentari, confezione e distribuzione dei pasti, riassetto e pulizia dello stoviglie e dei locali;

- premesso che l'appalto era suddiviso in 4 lotti - attinenti rispettivamente alle Regioni del Nord Ovest (lotto n. 1), alle Regioni del Nord Est (lotto n. 2), alle Regioni del Centro (lotto n. 3) ed alle Regioni del Sud ed Isole (lotto n. 4)
- partecipava alla gara per i lotti nn. 1, 3 e 4;
- la lettera di invito – nel precisare che la “la procedura .. sarà espletata con le modalità di cui all’art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006 – offerta economicamente più vantaggiosa” e, dunque, contemplare le modalità e i criteri di valutazione dell’offerta tecnico-qualitativa – prevedeva un punteggio massimo pari a 60 punti su 100, da attribuire mediante una preventiva valutazione del progetto tecnico (articolato su 7 differenti aspetti ed utile per conseguire l’attribuzione di un punteggio da 0 a 42), l’inserimento delle offerte in fasce di preferenza ed il successivo confronto a coppie tra le offerte presentate;
- stante l’automaticità dei criteri delle fasce e del confronto coppie, risultava determinante il punteggio preliminarmente attribuito in sede di valutazione del progetto (da 0 a 42);
- la Commissione – dopo aver fissato richiami e precisazioni in ordine ai criteri di valutazione – procedeva all’esame dei progetti presentati;
- “incredibilmente”, per tutti i lotti a cui partecipava “tutte le società concorrenti” conseguivano “il medesimo punteggio tecnico e cioè il massimo previsto: 60/100 punti”, sicché la gara si trasformava di fatto “da una procedura in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, in una gara da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso” (cfr. verbale del 18 ottobre 2012);
- l’aggiudicazione definitiva veniva disposta a favore della società Serist per il lotto 1, della stessa Serist per il lotto n. 3 e della Dussmann Service per il lotto n. 4.

Avverso gli atti e provvedimenti della su indicata gara la ricorrente insorge deducendo i seguenti motivi di diritto:

1. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 83 DEL D.LGS. 163/2006 – DEI PRINCIPI SOPRANAZIONALI E NAZIONALI DELLE PROCEDURE D’APPALTO DA AGGIUDICARE CON IL CRITERIO DELL’OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU’ VANTAGGIOSA – ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA’ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMPARZIALITA’ E BUON ANDAMENTO DI CUI ALL’ART. 97 DELLA COSTITUZIONE. La lettera di invito prevedeva in termini estremamente generici le modalità ed i criteri di valutazione dell’offerta tecnico-qualitativa, i quali risultavano così del tutto insufficienti ad indirizzare i concorrenti all’atto della formulazione dell’offerta. Ciò detto, evidente è la circostanza che alla Commissione di gara era riservato un potere ampiamente discrezionale, in contrasto con la disciplina dell’art. 83 ed i principi di cui sopra. Ancorché vero che l’art. 83 in questione prescrive l’indicazione di sub criteri, sub pesi o sub punteggio solo “ove necessario”, risulta evidente che “nella fattispecie tale integrazione fosse imposta dalla complessità dell’organizzazione del servizio oggetto della gara”. In mancanza di più precise indicazioni nella lex specialis, è incontestabile l’impossibilità di attribuire consapevolmente e legittimamente i punteggi previsti. A ciò si aggiunge – come si dirà in seguito – che la “Commissione non si è neppure preoccupata di motivare i punti arbitrariamente attribuiti ai concorrenti, quantomeno con l’indicazione di punteggi parziali”. “Le carenze della lex specialis sono state in parte riconosciute anche dalla Commissione che si è vista costretta ad integrare ed in parte anche innovare gli elementi previsti dalla lettera d’invito” (in particolare, relativamente ai punti nn. 2, 6 e 7). La Commissione ha anche fatto cattivo uso del potere discrezionale previsto dalla lex di gara, “considerato l’evidente appiattimento delle valutazioni espresse che ha anche snaturato la gara; di fatto trasformata in una gara che è stata aggiudicata al prezzo più basso”. “L’allineamento dei giudizi .. ha infatti determinato il più totale

appiattimento della valutazione dei progetti tecnici”, tanto che, incredibilmente, tutti i concorrenti partecipanti ai lotti nn. 1, 3 e 4 hanno conseguito il medesimo punteggio tecnico e cioè il massimo previsto (60/100).

2. DIFETTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA’ ED INGIUSTIZIA MANIFESTA – VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMPARZIALITA’ E BUON ANDAMENTO DI CUI ALL’ART. 97 DELLA COSTITUZIONE. A prescindere dalla carenza di precisi e puntuali pesi ponderali e motivazionali per la valutazione dell’offerta, “non è neppure dato di ricavare quali siano state le ragioni dell’attribuzione dei punteggi”. Risulta inoltre sorprendente la celerità con “la quale la Commissione avrebbe proceduto alla verifica della corposa documentazione presentata dalle varie ditte concorrenti”. Ciò evidenzia ulteriormente la superficialità delle operazioni svolte. L’indicazione a verbale del solo punteggio complessivo evidenzia il grave vizio di motivazione (oltreché di istruttoria), essendo chiaramente inidoneo a ricostruire l’iter logico seguito dalla Commissione.

Con atto depositato in data 29 dicembre 2012 si è costituita la controinteressata Serist – Servizi Ristorazione s.r.l.. Il successivo 10 gennaio 2013 si è, altresì, costituito il Ministero dell’Interno, il quale – nel prosieguo e precisamente in data 14 gennaio 2013 – ha prodotto una memoria – corredata da documenti – con cui ha così sostenuto la legittimità del proprio operato: - la lettera d’invito ha chiaramente enucleato i criteri ed evidenziato i pesi ponderali attribuiti, garantendo par condicio ai partecipanti e massima trasparenza nell’analisi descrittiva; - non sono stati adottati, per ciascun criterio di valutazione prescelto, sub criteri, sub pesi e sub punteggi in quanto non sono stati ritenuti necessari; - la Commissione non ha introdotto innovazioni alla *lex specialis*; - il punteggio massimo non è stato sempre attribuito (cfr. verbale del 18 ottobre 2012); - la ricostruzione dell’iter logico giuridico seguito dalla Commissione è effettuabile attraverso la documentazione di gara; - dai verbali della Commissione è possibile riscontrare il processo valutativo, supportato dalle “schede di valutazione” dei commissari; - la celerità denunciata è stata dovuta alla chiarezza dei progetti.

Da ultimo e, precisamente, in data 11 gennaio 2013 si è costituita la controinteressata Dussmann Service s.r.l., la quale – il successivo 15 gennaio 2013 - ha prodotto documenti ed una memoria con cui ha confutato le censure formulate dalla ricorrente attraverso i seguenti argomenti: - il ricorso è inammissibile per difetto di interesse, atteso che la Gemeaz contesta sì i criteri di valutazione ed i punteggi assegnati all’offerta tecnica ma quest’ultima ha ottenuto il punteggio massimo; - la censura afferente la presunta genericità dei criteri di valutazione è tardiva, atteso che quest’ultimi erano riportati nella legge di gara e quest’ultima non è stata impugnata entro 30 gg.; - in ogni caso, i criteri di valutazione non sono generici, avendo lasciato “ai concorrenti l’onere di specificare in concreto le modalità tecniche più idonee ed adeguate per migliorare” gli aspetti delle prestazioni contrattuali su cui formulare l’offerta; - la Commissione non ha integrato o modificato tali criteri ma si è semplicemente limitata a ribadire quanto già in questi previsto; - nel caso di utilizzo del metodo del confronto a coppie, la motivazione delle valutazioni svolte è contenuta nelle preferenze attribuite alle offerte.

In medesima data anche la Serist ha prodotto una memoria, caratterizzata – in sintesi – dal seguente contenuto: - i criteri di valutazione tecnica sono sufficientemente dettagliati, “ove si consideri che i 60 punti complessivi, *rectius* i 42 oggetto di attribuzione discrezionale sono stati suddivisi in ben sette voci”; - del resto, l’articolazione in sub pesi o sub punteggi ha – ai sensi di legge – carattere meramente eventuale; - “laddove valesse ritenersi il contrario e cioè che la mancata ulteriore suddivisione dei sub criteri avesse impedito ai concorrenti il corretto confezionamento dell’offerta, allora se ne dovrebbe far discendere la tardività del gravame, che infatti avrebbe dovuto essere tempestivamente rivolto contro la *lex specialis* della procedura”; - l’attività della Commissione non è stata innovativa ma meramente esplicativa; - in ogni caso, in applicazione di tali criteri la ricorrente non ha conseguito un punteggio inferiore e, dunque, non si comprende l’interesse di quest’ultima a contestare la procedura, con

conseguente inammissibilità della relativa censura; - in ragione della previsione di ben 7 criteri, la mera attribuzione di punteggi senza ulteriori cenni motivazionali è pienamente legittima.

In data 16 gennaio 2013 la Dussmann Service ha depositato “ricorso incidentale”, notificato in data 15 gennaio 2013, con cui ha sostenuto l’illegittimità dell’“ammissione della ricorrente principale alla procedura di gara” per violazione dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

In data 24 gennaio 2013 anche la Serist ha depositato ricorso incidentale, notificato in data 18 gennaio 2013, deducendo i seguenti motivi di diritto:

1) VIOLAZIONE DI LEGGE – VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL’ART. 38 DEL D.LGS. N. 163 DEL 2006 – VIOLAZIONE DEL PUNTO III 2.1. DEL BANDO DI GARA – VIOLAZIONE DELL’ART. 47 DEL D.PR., N. 445 DEL 2009. Tenuto conto che la ricorrente è spa a socio unico Elier Ristorazione spa, avrebbe dovuto produrre le dichiarazioni ex art 38 anche per quest’ultima. Mancano, inoltre, le dichiarazioni del sig. Fabio Cusin, vice presidente della Gemeaz. Ulteriori dichiarazioni mancanti riguardano il sig. Pennisi Marco, vice presidente cessato nell’anno antecedente la pubblicazione del bando, ed i procuratori Alberto Pirovano e Pietrovittorio Beretta, cessati dalla carica il 4 aprile 2012. Gemeaz ha corredato la dichiarazione del possesso dei requisiti di moralità professionale, riferita ai soli soggetti che ha indicato quali cessati, con la locuzione “per quanto a propria conoscenza”. Ciò detto, tale dichiarazione è da ritenersi tamquam non esset. Stante quanto detto, la Gemeaz doveva essere esclusa dalla gara.

2) VIOLAZIONE DI LEGGE – VIOLAZIONE DELLA LETTERA DI INVITO – VIOLAZIONE DELL’ART. 75 DEL D.LGS. N. 163 DEL 12 APRILE 2006, atteso che la polizza assicurativa, stipulata al fine di prestare la cauzione provvisoria, riporta l’autentica del notaio prima della esplicita attestazione che il sig. De Biase avesse il potere di “impegnare legalmente” il soggetto che ha prestato la garanzia.

3) VIOLAZIONE DI LEGGE – VIOLAZIONE DELLA LETTERA DI INVITO – ULTERIORE VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 74 E 46 COMMA 1 BIS DEL D.LGS. N. 163 DEL 2006, in quanto l’offerta economica non risulta sottoscritta con firma leggibile e chiara del procuratore.

In data 25 gennaio 2013 la ricorrente ha prodotto una memoria con cui ha reiterato le censure già formulate, precisando – in particolare – la carenza di documenti ufficiali contenenti i giudizi espressi dai commissari per ciascuno dei 7 criteri di valutazione e, dunque, definendo “fantomatiche” le schede di valutazione di cui fa menzione l’Amministrazione (da ritenersi comunque prive di ogni ufficialità in quanto non sottoscritte dai componenti della Commissione), e ribattuto ai motivi del ricorso incidentale della Dussmann mediante i seguenti rilievi: - le cause di esclusione dell’art. 38 non si applicano alle società per azioni con socio unico; - in ogni caso, le dichiarazioni rese riguardano soggetti che “possiedono le medesime qualifiche e poteri in entrambe le società” e, dunque, le dichiarazioni ex art. 38 riferite al socio unico Elier Ristorazione s.p.a. sono state rese.

In data 29 gennaio 2013 la Serist ha prodotto documenti.

Con ordinanza n. 1123 del 31 gennaio 2013 la Sezione ha chiesto all’Amministrazione resistente di produrre ulteriori informazioni e documenti.

A tale incombente istruttorio l’Amministrazione ha adempiuto in data 20 marzo 2013.

Con ulteriore memoria prodotta in data 5 aprile 2013 la ricorrente ha sostenuto che gli atti prodotti dall’Amministrazione “confermano la carenza nel bando di sufficienti ed idonei criteri di valutazione dell’offerta tecnico-valutativa, confermano il vizio di difetto di istruttoria e di motivazione nonché la circostanza che le c.d. schede di valutazione prodotte in giudizio ... non sono allegati ufficiali dei verbali di gara” ma costituiscono un mero tentativo di ricostruzione postuma della presunta valutazione della Commissione.

In data 9 aprile 2013 la Ladisa s.p.a. ha depositato “atto di intervento ad opponendum”, in qualità di aggiudicataria

del lotto 4, conseguita a seguito della sentenza n. 2921 del 2013 di questo Tribunale.

Il successivo 10 aprile 2013 ha, invece, presentato “atto di intervento ad adiuvandum” la Vivenda s.p.a., denunciando – a sua volta - la genericità dei criteri di valutazione e la discrezionalità assoluta che ne deriva in capo alla Commissione nonché i vizi di difetto di istruttoria e motivazione, fondati anche sull'impossibilità di attribuire valore giuridico alle schede di valutazione prodotte dall'Amministrazione nel corso del giudizio.

Con atto prodotto in data 24 aprile 2013, la ricorrente ha rappresentato di non avere più interesse all'aggiudicazione del lotto 4 – tenuto conto della sentenza del TAR di cui sopra e della connessa necessità di evitare contrasti tra giudicati – e, pertanto, ha espressamente dichiarato di rinunciare all'impugnazione proposta avverso gli atti del lotto 4.

In data 10 maggio 2013 l'Amministrazione ha prodotto documenti, tra cui una nota di chiarimenti caratterizzata dal seguente contenuto: - in data 10 ottobre 2013 la Commissione ha proceduto al confronto a coppie mediante l'ausilio dell'applicativo Excel; - come si evince dall'impostazione dei file, “è evidente che la compilazione dei campi richiede, come di fatto è avvenuto, la trasposizione dei punteggi attribuiti da Commissari”; - “pertanto, è dimostrato che alla data del 10 ottobre ... i file relativi alle schede di valutazione erano già esistenti”.

Con memoria depositata il 13 maggio 2013 la ricorrente ha ribadito l'impossibilità di attribuire rilevanza alle schede di valutazione, “come anche riconosciuto dalla Commissione che, infatti, fa riferimento ad una compilazione informatica”. Nel contempo, ha affermato che “tali schede confermano comunque l'assoluta superficialità dell'operato della Commissione, tenuto conto del riconoscimento pressoché costante del medesimo punteggio”.

Con memoria prodotta il 14 maggio 2013 la controinteressata Serist ha reiterato l'eccezione di inammissibilità del ricorso per non aver la Gemeaz segnalato l'erroneità dei punteggi e, dunque, per carenza di interesse. In aggiunta, ha opposto l'inammissibilità di contestazioni riguardanti la modalità “informatica” di compilazione delle schede di valutazione, precisando – al riguardo – che quest'ultime “sanano” la pretesa mancanza lamentata da controparte.

Il 15 maggio 2013 la Ladisa s.p.a. ha prodotto “atto di rinuncia all'intervento ad opponendum”.

Con ordinanza n. 1981 del 17 maggio 2013 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare.

In data 3 luglio 2013 l'Amministrazione ha depositato un'ulteriore memoria, con cui ha sostenuto che: - per l'attribuzione del punteggio tecnico erano previste tre fasi, una prima essenzialmente valutativa, una seconda matematica ed una terza valutativa (il c.d. confronto a coppie); - la pretesa di ulteriori sottofasi è, dunque, infondata; - la ricorrente formula, poi, censure nei confronti delle schede di valutazione che debbono essere dichiarate inammissibilità per tardività (in quanto proposte oltre 30 gg. dalla produzione in giudizio delle stesse); - in ogni caso, la documentazione prodotta agli atti non lascia dubbi circa la provenienza delle schede o in merito all'epoca di formazione delle stesse; - Serist e Dusmann hanno proposto ricorsi incidentali, formulando motivi analoghi a quelli già proposti dalla Vivenda in relazione al lotto uno della stessa gara; - in ordine a tale ricorso, il TAR ha respinto l'istanza cautelare per carenza di fumus; - in ogni caso, la censura riguardante la violazione dell'art. 38 per mancate dichiarazioni in ordine al vice presidente del Consiglio di Amministrazione della Gemeaz, sig. Cusin, è da ritenere infondata, atteso che il predetto soggetto non godeva di poteri di rappresentanza; - altri soggetti menzionati nei ricorsi non risultano indicati nelle visure camerali; - l'attestazione che il funzionario è in grado di impegnare l'ente non è comunque richiesta a pena di esclusione; - alcun dubbio sussiste in ordine alla provenienza dell'offerta della Gemeaz.

Con memoria prodotta in data 5 luglio 2013 la ricorrente ha ribadito la carenza nel bando di sufficienti ed idonei criteri di valutazione dell'offerta tecnico-valutativa nonché l'illegittimità del tentativo postumo della stazione appaltante di ricostruzione della presunta valutazione della Commissione mediante le schede di valutazione.

All'udienza pubblica del 19 luglio 2013 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Al fine di definire correttamente la materia del contendere, il Collegio prende preliminarmente atto della rinuncia della ricorrente all'impugnazione di tutti gli atti e provvedimenti relativi al lotto n. 4 della gara, a cui ha, tra l'altro, fatto seguito "atto di rinuncia all'intervento ad opponendum" da parte della Ladisa s.p.a..

Tale rinuncia è da ritenere, infatti, correttamente resa, atteso che – ancorché il relativo atto non risulti notificato alle altre parti – è stata reiterata nel corso della camera di consiglio del 16 maggio 2013, in conformità al disposto dell'art. 84 c.pr.amm..

Stante il venir meno dell'impugnazione degli atti e provvedimenti riguardanti il lotto n. 4, è doveroso dichiarare, ancora, l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso incidentale della società Dussmann Service, da quest'ultima proposto in veste di aggiudicataria del lotto in questione.

Al di là dell'evolversi della vicenda che ha, tra l'altro, comportato l'aggiudicazione del lotto 4 ad una diversa società – precipuamente, la Ladisa s.p.a. - appare, infatti, evidente che la rinuncia parziale da parte della ricorrente all'impugnazione degli atti e provvedimenti per il lotto n. 4 ha determinato il venir meno di ogni vantaggio per la Dussmann Service derivante da un eventuale accoglimento del gravame dalla predetta proposto.

2. Ciò premesso, il ricorso proposto dalla Gemeaz Elior s.p.a. riguarda l'impugnativa degli atti e dei provvedimenti della gara d'appalto indetta per l'affidamento del servizio di mensa presso Organismi di Polizia, meglio indicata in epigrafe, limitatamente ai lotti nn. 1 e 3 (Regioni del Nord Ovest e Regioni del Centro Nord Est).

3. Al riguardo, è necessario considerare che la controinteressata Serist – aggiudicataria dei lotti di cui sopra – ha proposto ricorso incidentale, per chiedere l'annullamento del provvedimento con cui il Ministero dell'Interno ha ammesso la ricorrente alla gara e, dunque, ottenere la dichiarazione di improcedibilità del gravame principale.

In linea con l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 4 del 2011 e, comunque, sussistendo i presupposti – nel caso di specie – per soprassedere su quanto affermato dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza del 4 luglio 2013 – Causa C-100/12 perché riguardante un'ipotesi diversa (afferente la contestazione da parte di due operatori della legittimazione di entrambi, per motivi identici), il Collegio ritiene che la trattazione del ricorso incidentale in questione rivesta carattere pregiudiziale, posto che tale strumento risulta attivato al precipuo fine di accertare l'illegittimità dell'atto su cui si fonda la legittimazione dell'attore principale (rectius: la partecipazione alla gara) e, pertanto, logicamente incide sulla stessa situazione sostanziale che abilita quest'ultimo ad impugnare gli atti della procedura selettiva.

Orbene, il ricorso de quo è infondato.

3.1. In particolare, è da rilevare che la Serist insiste sulla violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

Tralasciando profili di genericità che connotano la censura in esame, il Collegio ritiene che la stessa non sia meritevole di condivisione in quanto:

- l'art. 38 in questione si riferisce – rispettivamente alle lett. b e c – ai soci unici "persona fisica" e, dunque, non prende in considerazione anche le ipotesi in cui – come nel caso in esame – il socio unico sia una persona giuridica;
- in ogni caso, la società ricorrente afferma che le dichiarazioni ex art. 38 riferite alla Elior Ristorazione s.p.a. sono comunque presenti agli atti della stazione appaltante in quanto rese da soggetti che ricoprono le medesime cariche nelle due società e tale circostanza non è posta in discussione né dalla controinteressata né dall'Amministrazione resistente;
- per quanto riguarda il sig. Fabio Cusin, vice presidente della società ricorrente a fare data dal 4 aprile 2012, la ricorrente ha adeguatamente comprovato – mediante la produzione dello Statuto e della deliberazione dell'Assemblea Straordinaria del 4 aprile 2012 – che il predetto non era dotato di poteri di amministrazione e/o di

rappresentanza legale, essendogli riconosciuto l'unico potere vicario di convocare il Consiglio di Amministrazione (cfr. art. 19 dello Statuto). In ragione di tale constatazione, non può, dunque, operare l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 nei termini invocati dalla controinteressata, ossia con riferimento anche alle lett. b e m-ter. Del resto, è noto che la ratio della citata disposizione risiede nell'esigenza di escludere dalla partecipazione alle gare di appalto le società i cui soggetti che abbiano (o abbiano avuto) un significativo ruolo decisionale e gestionale – e non certo soggetti diversi - si trovino in alcune delle situazioni descritte nella richiamata disposizione (cfr., in tal senso, C.d.S., Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 18 novembre 2012, n. 1814; TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 27 dicembre 2010, n. 38724);

- la controinteressata richiama anche il sig. Pennisi Marco, “vice presidente cessato nell'anno antecedente la pubblicazione del bando” ed i sigg. Pirovano e Beretta, in qualità di procuratori. Al riguardo valgono le considerazioni di cui sopra, oltre che il rilievo dell'Amministrazione – non privo di carattere sostanziale – riguardante la mancata menzione dei predetti soggetti “nei certificati camerali visionati dalla Stazione Appaltante”; - l'espressione “per quanto di propria conoscenza” è da ritenere influente, atteso che, ove una dichiarazione risulti resa ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. n. 445 del 2000, la stessa di per sé impegna il dichiarante, con le connesse conseguenze a titolo di responsabilità a carico di quest'ultimo nei casi in cui emergano negligenze o trascuratezze. Ciò si trae, tra l'altro, anche dall'espresso richiamo - nella dichiarazione - alla consapevolezza delle “sanzioni penali previste dall'art. 76 del medesimo D.P.R. per le ipotesi di falsità in atti e dichiarazioni mendaci ivi indicate”. In effetti, è doveroso riconoscere che sussiste giurisprudenza in senso contrario, richiamata anche dalla controinteressata (cfr. C.d.S., Sez. V, n. 375 del 2009). Al riguardo, si ritiene però che rivesta carattere dirimente il valore giuridico delle dichiarazioni in questione, al fine di definire se espressioni del genere di quelle in esame possano o meno incidere su quest'ultimo. In proposito, il Collegio è pervenuto ad una soluzione negativa, in quanto – in caso contrario – le espressioni de quibus assumerebbero carattere prevalente, senza una valida ragione. In ogni caso, è da aggiungere che l'espressione in contestazione può trovare giustificazione nel rilievo che la dichiarazione resa riguarda persone cessate dalla carica, in ordine alle quali non è – comunque - riscontrabile un onere di vigilanza della società in ordine a condotte poste in essere nel periodo in cui si era esaurito il precedente rapporto e, pertanto, la valenza della stessa può essere ragionevolmente limitata al periodo de quo.

In sintesi, alcuna violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 è riscontrabile.

3.2. La controinteressata denuncia, ancora, violazione di legge (in particolare, art. 75 del d.lgs. n. 163/2006) e della lettera di invito in quanto afferma che nella polizza assicurativa prodotta dalla Gemeaz, stipulata al fine di prestare la cauzione provvisoria prevista nella lettera di invito, l'autentica del notaio è apposta “prima della esplicita attestazione che il Sig. De Biase avesse il potere di impegnare legalmente il soggetto che ha prestato la garanzia provvisoria”.

Tale doglianza è priva di giuridico pregio.

Posto che – come già detto - le censure formulate dalla controinteressata valgono e sono, pertanto, meritevoli di considerazione in quanto idonee a privare la società Gemeaz della legittimazione al ricorso, appare evidente, che la censura de qua può assumere rilevanza esclusivamente se ed in quanto si profili atti a determinare l'esclusione della già citata Gemeaz dalla gara.

Orbene, tale condizione non è riscontrabile.

Al riguardo, è sufficiente ricordare che la Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi più volte nel senso che le prescrizioni afferenti la cauzione provvisoria, riportate nell'art. 75 del d.lgs. n. 163/2006, non prevedono alcuna sanzione di inammissibilità dell'offerta nemmeno per l'ipotesi in cui la cauzione in esame non risulti prestata (a differenza di quanto, invece, prevede il successivo comma 8 del medesimo articolo con riferimento alla “garanzia

fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario"), con la conseguenza che le eventuali prescrizioni del bando o della lettera di invito imponenti l'obbligo di presentare cauzione provvisoria "a pena di esclusione" debbono essere oggetto di disapplicazione, nel rispetto dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 (cfr., tra le altre, sent. n. 10008 del 30 novembre 2012).

Preso, dunque, atto dell'ininfluenza – ai fini dell'esclusione – della stessa mancanza della cauzione provvisoria, a maggior ragione si profilano ininfluenti censure che – pur in presenza della produzione di una polizza assicurativa al fine di costituire la cauzione de qua – mirano semplicemente a contestare la conformità a quanto richiesto nella lettera di invito.

In definitiva, la censura in esame non può trovare positivo riscontro.

3.3. Da ultimo, la ricorrente sostiene che l'offerta economica della ricorrente doveva essere considerata "nulla", in quanto priva di una sottoscrizione con firma leggibile e chiara del procuratore.

Anche tale censura è infondata.

Considerato – in linea con i rilievi dell'Amministrazione – che la lettera d'invito non prevedeva la sottoscrizione "in modo chiaro e leggibile" a pena di esclusione, non permane che accertare l'eventuale sussistenza dell'ipotesi di cui all'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, riguardante i casi di "incertezza assoluta..... sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali".

Al riguardo, si perviene ad una soluzione negativa, atteso che – come rilevato anche dall'Amministrazione e non posto in discussione dalla controinteressata – la firma del procuratore speciale è apposta in corrispondenza del nome stampigliato in caratteri dattiloscritti ed all'offerta ed è, poi, allegata procura speciale che conferisce i necessari poteri allo stesso procuratore.

In sintesi, anche tale doglianza è infondata.

3.4. Per le ragioni su indicate, il ricorso incidentale proposto dalla Serist Servizi Ristorazione s.r.l. deve essere respinto.

4. Tutto ciò premesso, deve formare oggetto di valutazione il ricorso principale, proposto dalla Gemeaz Elios s.p.a..

5. In via preliminare, merita attenzione l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla controinteressata Serist, basata essenzialmente sulla circostanza che la ricorrente ha conseguito – in sede di valutazione dell'offerta tecnica - il punteggio massimo e, dunque, non sarebbe dato comprendere in che modo il dettaglio dei punteggi avrebbe "inciso sulla sua posizione", rilevando così anche la genericità delle "avverse censure" (pag. 3 memoria del 14 maggio 2013).

Tale eccezione è infondata, atteso che:

- la società ricorrente non è risultata aggiudicataria dei lotti nn. 1 e 3;
- appare, pertanto, evidente l'interesse di tale società alla proposizione di vizi afferenti la procedura di gara, in quanto idonei a determinare una rinnovazione della stessa;
- le censure all'uopo formulate non sono affatto generiche, riguardando profili specifici dell'attività dell'Amministrazione, afferenti i criteri di valutazione predisposti dalla Commissione di gara e la conseguente fase inerente l'esame dei progetti presentati.

In definitiva, l'interesse della ricorrente a coltivare le censure formulate sussiste, essendo chiaro che – anche volendo limitare la rinnovazione delle operazioni di gara alla valutazione delle offerte tecniche presentate dalle società concorrenti – nulla esclude che quest'ultima potrebbe condurre ad un esito differente (per l'attribuzione, ad esempio, di un punteggio inferiore all'offerta della Serist), a vantaggio della ricorrente.

In conclusione, l'eccezione di inammissibilità del ricorso è infondata.

6. Nel merito il ricorso è fondato.

6.1. Come esposto nella narrativa che precede, la ricorrente lamenta l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, tra l'altro, per i seguenti motivi:

- la violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dei principi da applicare in caso di procedure di appalto da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- difetto di istruttoria e di motivazione.

Tali motivi – di cui appare opportuna, tra l'altro, una trattazione congiunta, in quanto fra di loro collegati – sono meritevoli di condivisione.

6.2. Ai fini del decidere, appare opportuno ricordare – per quanto rileva in questa sede - che:

- con bando di gara pubblicato nella G.U.C.E. del 3 aprile 2012 e nella G.U.R.I. del 6 aprile 2012, il Ministero dell'Interno ha indetto una gara per l'appalto del servizio di mensa presso gli Organismi di Polizia dislocati sull'intero territorio nazionale;

- come risulta anche dalla lettera di invito, era espressamente previsto che la procedura di gara venisse espletata con le modalità di cui all'art. 83 di cui sopra – offerta economicamente più vantaggiosa – e con quelle di cui all'art. 283 del D.P.R. n. 207 del 2010;

- l'appalto era suddiviso in quattro lotti, con possibilità per le imprese di partecipare a più lotti;

- ai fini della valutazione delle offerte tecniche, erano previsti 7 criteri, riguardanti rispettivamente la “preparazione giornaliera di due menù alternativi oltre a quelli previsti in capitolato”, un “menù speciale migliorato qualitativamente e quantitativamente da distribuire in occasione di ricorrenze particolari o festività almeno 8 volte l'anno (dovranno essere necessariamente assicurate la Festa della Polizia e la festività di S. Michele Arcangelo)”, l’“impiego di derrate aventi origine, tracciabilità e peculiarità – Bio, Dop, Igp – nella preparazione dei pasti”, la “preparazione di menù per diete speciali: allergie, intolleranze, celiachia, diabete, ecc.”, la “disponibilità di una centrale di acquisto certificata Iso delle derrate alimentari utilizzate per la preparazione dei pasti oggetto del presente contratto”, i “sistemi utilizzati per la gestione di situazioni di emergenza: sostituzione del pasto completo con sacchetto migliorato, in ogni singola voce, rispetto alla composizione minima prevista nell'Allegato 1° del contratto da attribuire in occasione di consultazioni elettorali, particolari servizi di ordine pubblico (ad es. T.A.V., ecc.)”, nonché i “sistemi utilizzati per la gestione di situazioni di emergenza: sostituzione del pasto completo con un pasto veicolato a richiesta dell'Amministrazione, nel caso di inagibilità totale o parziale dei locali e/o attrezzature cucina”, con attribuzione – per ciascuno dei predetti – di un punteggio da 0 a 6;

- a seguito di tale fase di valutazione era, poi, previsto il collocamento della ditta all'interno di fasce di preferenza, a seconda del punteggio conseguito;

- da ultimo, era contemplato il c.d. confronto a coppie, mediante il quale effettuare la comparazione delle offerte a due a due in relazione alla fascia di collocazione delle stesse, con conseguente attribuzione di un determinato punteggio;

- per quanto riguarda i lotti di rilevanza, ossia i nn. 1 e 3, la valutazione delle offerte tecniche ha condotto all'attribuzione a tutte le imprese concorrenti del punteggio massimo (pari a 60), con evidente appiattimento delle posizioni di quest'ultime, determinante l'inequivoco effetto che – in ultimo – ha assunto carattere determinante l'offerta economica.

Tutto ciò premesso, il Collegio osserva che:

- in linea con i rilievi della ricorrente, la fase connotata da effettivo carattere valutativo è esclusivamente la fase iniziale, inerente l'attribuzione dei 42 punti massimi previsti, mentre le fasi successive – riguardanti l'inserimento nelle fasce di preferenza ed il c.d. confronto a coppie – risultano ancorate a principi matematici e, dunque, scevre da qualsiasi discrezionalità;

- in ragione di tale premessa, i criteri prefissati nella lettera di invito rivestivano un valore determinante, al fine di indirizzare e, dunque, qualificare l'operato della Commissione di gara, tenuto conto che il criterio per l'aggiudicazione era, tra l'altro, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- ciò detto, i criteri prefissati non appaiono idonei ad consentire una valida e concreta valutazione qualitativa delle offerte tecniche presentate;
- ancorché fosse prevista la presentazione di specifici "progetti" da parte delle concorrenti, risulta evidente che i criteri elaborati nella lettera di invito non incidevano sulla qualità del prodotto ma – in verità – sul contenuto stesso della prestazione, nel senso che l'offerta di una determinata prestazione – anziché di un'altra – poteva garantire il conseguimento di un punteggio superiore;
- in definitiva, si trattava di criteri non atti ad ottenere un effettivo miglioramento di una determinata prestazione mediante meri aggiustamenti del progetto base – quale espressione dell'effettiva capacità professionale e di organizzazione dell'impresa concorrente - bensì ad assicurare una prestazione nuova, diversa, e, in termini generali, più completa rispetto a quella di base;
- atteso che le imprese esperte del settore sono ordinariamente in grado di offrire la prestazione di cui sopra (connotata, ad esempio, da menù per diete speciali o, ancora, sostituzione del pasto con "sacchetto migliorato"), chiaramente le imprese concorrenti si sono tutte adeguate alle richieste desumibili dai criteri di cui trattasi e, dunque, hanno conseguito punteggi tecnici pressoché identici, con conseguente appiattimento delle valutazioni finali.

Ciò osservato, è da ritenere che:

- preso atto che sostanzialmente tutte le condizioni tecniche erano già predeterminate dall'Amministrazione, il criterio di aggiudicazione in base all'offerta economicamente più vantaggiosa è risultato snaturato, tanto che – in ultimo - l'esito della gara è dipeso dall'offerta economica delle concorrenti;
- in ragione di tali constatazioni, la scelta operata dall'Amministrazione del criterio di cui sopra – pur costituendo espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante – è stato illogico o, comunque, in contrasto con l'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, il quale – come si evince dalla formulazione dello stesso – implica che non ricorra una previa, compiuta individuazione dell'oggetto della prestazione, in ragione del rilievo rivestito da aspetti qualitativi variabili dell'offerta, rimessi all'iniziativa ed alle capacità delle imprese offerenti, nel rispetto della libertà di concorrenza nonché a garanzia della selezione dell'offerta migliore (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. V, 13 gennaio 2011, n. 171; TAR Piemonte, Torino, Sez. I, 11 luglio 2012, n. 841; TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 24 aprile 2012 n. 3663; TAR Lazio, Sez. I ter, 25 luglio 2011, n. 6639; TAR Piemonte, Torino, Sez. II, 4 gennaio 2011, n. 1).

Più in particolare:

- la previsione dei criteri valutativi in contestazione non ha costituito un valido ed effettivo atto di indirizzo per le concorrenti, nel senso che – incidendo direttamente sulle peculiarità della prestazione richiesta – non ha consentito alle imprese di modulare il proprio progetto secondo indicazioni che – ancorché incidenti sulle condizioni tecniche – costituissero espressione dell'autonomia e dell'effettiva capacità delle stesse;
- i criteri valutativi fissati dall'Amministrazione si sono, pertanto, dimostrati inadeguati per realizzare un'effettiva comparazione dei progetti presentati. Ciò trova ulteriore conferma nella celerità con la quale la Commissione ha proceduto alla verifica della documentazione presentata, non oggetto di contestazione da parte della Amministrazione resistente;
- da quanto detto necessariamente discende l'impossibilità di riscontrare l'espletamento di un'effettiva attività istruttoria. La carenza di validi ed effettivi criteri di valutazione non può, infatti, non riflettersi su questo ulteriore

profilo, nel senso che – accertata l'esclusiva rilevanza della prestazione di un'offerta tecnica predisposta secondo le ulteriori indicazioni riportate nella lettera di invito – chiara si profila l'inutilità di qualsiasi indagine diretta ad individuare eventuali elementi migliorativi, espressione della autonomia delle imprese concorrenti, la quale – in effetti – non risulta espletata, in chiaro contrasto con i principi che governano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- a ciò si aggiunge che – pur volendo attribuire rilevanza alle schede prodotte dall'Amministrazione nel corso del giudizio, prive di sottoscrizione – non è dato comprendere l'iter che ha condotto all'attribuzione dei punteggi da uno a sei per ogni dei sette criteri previsti. In particolare, la disamina della documentazione agli atti e, specificamente, dei verbali della Commissione di gara non consente di ricostruire il compimento di un'effettiva attività valutativa dei profili qualitativi delle offerte, di modo che non è dato comprendere le ragioni per le quali l'Amministrazione è pervenuta ad individuare l'"offerta economicamente più vantaggiosa" nell'offerta presentata dalla Serist .

In definitiva, si perviene alla conclusione che l'Amministrazione:

- pur essendosi previamente vincolata – con la lettera di invito - ad un determinato criterio di scelta del contraente, ha operato in spregio dei principi che presidiano quest'ultimo;

- specificamente, ha deciso sì di optare per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ma – in concreto – ha operato in netto contrasto con le peculiarità che connotano quest'ultimo, introducendo – mediante i criteri di valutazione dell'offerta tecnica all'uopo predisposti - uno schema di prestazione finale che poteva ragionevolmente essere proposto da tutte le concorrenti, a scapito di qualsiasi valutazione qualitativa e con l'inevitabile effetto di determinare l'appiattimento dei punteggi finali conseguiti dalle imprese di cui si fa espressa denuncia nel ricorso.

A ulteriore conferma di quanto già detto depongono, poi, le "precisazioni" introdotte dalla Commissione di gara e precipuamente l'attribuzione del punteggio per il punto n. 2 in relazione esclusivamente al "numero dei menù presentati" (e non anche in ragione della consistenza e della qualità del menù).

Per i su esposti motivi, la domanda di annullamento va accolta.

7. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, la ricorrente formula anche domanda di risarcimento dei danni.

Tale domanda non è meritevole di condivisione, atteso che:

- risulta generica, ossia non supportata da elementi concreti, idonei – in particolare – a comprovare l'effettivo pregiudizio patrimoniale subito dalla Gemeaz;

- in ogni caso, non risulta che all'aggiudicazione abbia fatto seguito la stipula del contratto.

8. Per le ragioni illustrate il ricorso va accolto nei termini e nei limiti sopra indicati.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate a favore della ricorrente in € 3.000,00, oltre IVA e CPA nei termini di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 11293/2012, come in epigrafe proposto:

- dà atto della rinuncia parziale al ricorso depositata in data 24 aprile 2013 e reiterata nel corso della camera di consiglio del 16 maggio 2013;

- dichiara l'improcedibilità del ricorso incidentale della Dussmann Service s.r.l.;

- respinge il ricorso incidentale della Serist Servizi Ristorazione s.r.l.;

- accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti della gara relativamente ai lotti 1 e 3;

- condanna il Ministero dell'Interno al pagamento delle spese di giudizio, così come liquidate in motivazione.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 luglio 2013 con l'intervento dei Magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Roberto Proietti, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)