

APPALTI - SOCCORSO ISTRUTTORIO PROCESSUALE - INTEGRAZIONE REQUISITO - INAMMISSIBILE

Il soccorso istruttorio processuale, modellato sui medesimi presupposti e requisiti di cui all'art. 83, c.9, del d.lgs. 50/2016, non può essere invocato in relazione ad una carenza dell'offerta tecnica, al fine di ottenere un punteggio ulteriore in una fase successiva all'ammissione e integrare un requisito mancante al momento di presentazione dell'offerta.

TAR Lazio, Roma, Sez. I Bis, sentenza n. 3171/2019

Pubblicato il 11/03/2019

N. 03171/2019 REG.PROV.COLL.

N. 12643/2018 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 12643 del 2018, proposto da Dussmann Service S.r.l., in proprio e come capogruppo mandataria del R.T.I. costituito con La Cascina Global Service S.r.l., Cooperativa di lavoro Solidarietà e Lavoro, C.O.T. società cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC

da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Studio Legale Associato Martinez & Partners in Roma, via Alessandria, 130;

contro

Ministero della Difesa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in via digitale come da pubblici registri e con domicilio fisico in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti

Fabbro S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianfranco Meazza e Federica Gualtieri e dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Antornio Bertoloni 26/B; Elior Ristorazione S.p.A, Gemeaz Elior S.p.A, Innova S.p.A non costituiti in giudizio;

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento, adozione di misura cautelare

- del decreto del Direttore Generale del Ministero della Difesa – Direzione Generale di Commissariato e di Servizi Generali prot. n. 266/2018 del 25 settembre 2018 (doc.1), comunicato con nota prot. n. 16865 il 26 settembre 2018 (doc.2), di aggiudicazione definitiva del “servizio di ristorazione, catering completo, catering veicolato presso enti/distaccamenti e reparti del Ministero della Difesa – Lotto 5” (CIG 726091047B) alla Fabbro s.p.a.;

- del verbale del Rup unitamente alla Commissione giudicatrice del 25 luglio 2018 prot. n. 8/18/1° DIV (doc.3) che ha ritenuto congrua l'offerta di Fabbro S.p.a.;
- del verbale del 14 settembre 2018 prot. n. 16/18/1°DIV (doc.4) con cui la Commissione di gara ha effettuato la comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, economico e finanziario e tecnico professionale, ai sensi degli artt. 80 e 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016, ed ha verificato le dichiarazioni rese per l'acquisizione del punteggio tecnico e di quelle relative ai costi della manodopera;
- dei verbali di gara, compresi specificamente quelli relativi al subprocedimento di verifica di congruità;
- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale.

nonché

per la dichiarazione di inefficacia del contratto, se stipulato nelle more, e per la condanna al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica, cioè mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente o, in subordine, mediante rifacimento della verifica di congruità dell'offerta avversaria.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da FABBRO S.P.A. il 6\12\2018 :

annullamento

- del verbale del 30 maggio 2018, in cui il seggio di gara ha registrato l'apertura delle offerte economiche, ammettendo la ricorrente principale

al prosieguo delle operazioni di gara, attribuendole il punteggio economico;

- del verbale del 8 giugno 2018 e dei relativi allegati, nella parte in cui la commissione ha registrato la regolarità dell'offerta economica e l'attribuzione del punteggio all'offerta della ricorrente principale ;

- del verbale del 14 giugno 2018 nella parte in cui la commissione ha ammesso alla formazione della graduatoria provvisoria l'offerta della ricorrente principale ;

- del comunicato del Presidente della commissione nella parte in cui ha meramente dato atto dell'offerta anomala del RTI Dussmann e non ne ha disposto l'esclusione per incongruità;

- del verbale del 31 luglio 2018, nella parte in cui la commissione ha confermato la ricorrente principale quale seconda graduata nella procedura di gara invece che disporre l'esclusione per incongruità dell'offerta;

- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali a quelli impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fabbro S.p.A. e di Ministero della Difesa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di proposto dal ricorrente incidentale Fabbro S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2019 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Ministero della Difesa, con bando di gara pubblicato nella GUUE del 4.11.2017, ha indetto una gara telematica a procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro, con un unico operatore economico per ogni lotto di gara, di durata pari a 36 mesi, decorrenti dalla stipula dell'accordo quadro, ai sensi dell'art. 54 comma 3 D.L.gs.n.50/2016, per l'appalto del “servizio di ristorazione, catering completo, catering veicolato presso enti/distaccamenti e reparti del Ministero della Difesa – Lotto 5” (CIG 726091047B).

La gara è stata suddivisa in 10 lotti su base geografica, finalizzata per ciascun lotto in gara, alla conclusione di un accordo quadro con un unico operatore economico.

Ogni concorrente poteva partecipare a tutti i lotti senza alcun limite di aggiudicazione.

Relativamente al lotto n. 5, oggetto del presente ricorso, hanno presentato offerta n. 5 operatori economici, che a seguito della verifica della documentazione amministrativa presentata sono stati tutti ammessi alla competizione e il relativo provvedimento d'ammissione è stato pubblicato in data 3.5.2018.

Svolte le fasi di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, si è pervenuti alla definizione della graduatoria che vedeva la Fabbro S.p.a. (di seguito anche “Fabbro”) in prima posizione con il punteggio di 94,11/100 (di cui 70 per il progetto tecnico e 24,11 per l’offerta economica) e il ricorrente R.T.I. composto da Dussmann Service S.r.l. (capogruppo mandataria) e La Cascina Global Service S.r.l., Cooperativa di lavoro Solidarietà e Lavoro, C.O.T. società cooperativa (mandanti) (di seguito anche “Dussmann”) in seconda posizione con punti 94,05/100 (di cui 70 per il progetto tecnico e 24,05) per l’offerta economica), segue il RTI con capogruppo mandataria Elixir Ristorazione S.p.A con punti 93,93/100 in terza posizione.

Successivamente è stato dato avvio al subprocedimento di verifica dell’anomalia a cura del Rup, ai sensi dell’art. 97 del D.Lgs. 50/2016.

Con verbale del 25.7.2018 la Commissione giudicatrice ha ritenuto congrua l’offerta della prima classificata Fabbro.

La Commissione di gara si è, quindi, riunita in data 14 settembre 2018 (verbale del 14 settembre 2018 prot. n. 16/18/1°DIV; doc.4) per procedere alla valutazione della documentazione a comprova del possesso dei requisiti di carattere generale, economico/finanziario e tecnico/professionale della Fabbro, ai sensi degli artt. 80 e 83 del D.Lgs. n. 50 del 2016, nonché “per la verifica delle dichiarazioni rese dalla citata Ditta in sede di presentazione dell’offerta, ai fini dell’acquisizione del punteggio tecnico, nonché di quelle relativi ai propri costi della manodopera”.

In questa sede, RUP e Commissione hanno valutato anche una segnalazione di grave illecito professionale fatta pervenire dalla ricorrente con nota dell'8 giugno 2018 relativa al provvedimento di esclusione da una precedente gara indetta dal Ministero dell'Interno (ristorazione a favore della Polizia di Stato) e alla sua mancata comunicazione alla Stazione Appaltante. A tal proposito è stato ritenuto che non sussistessero “elementi tali che consentano di dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali”. Infine, con decreto del Direttore Generale del Ministero della Difesa – Direzione Generale di Commissariato e di Servizi Generali prot. n. 266/2018 del 25 settembre 2018, la gara è stata aggiudicata in via definitiva alla Fabbro.

La ricorrente Dussmann ha impugnato l'atto di aggiudicazione e ogni altro atto connesso o collegato formulando i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione dell'art. 80 comma 5, lett.c, e comma 6, Dlgs 50/2016, Eccesso di potere per sviamento, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria e carenza di motivazione.

Viene in sostanza rilevata l'illegittimità del provvedimento del 14 settembre 2018 che ha ammesso la Fabbro alla gara, in quanto quest'ultima non avrebbe dichiarato alla Stazione Appaltante l'esclusione da un'altra gara (indetta dal Ministero dell'Interno), intervenuta durante lo svolgimento della procedura oggetto del presente ricorso; la Fabbro avrebbe reso, nell'altra gara bandita dal Ministero dell'Interno, dichiarazioni non corrispondenti al vero in ordine al possesso dei

requisiti di partecipazione da parte del RTI di cui era capogruppo (e in particolare con riguardo ai requisiti della mandante Sarca Catering), influenzando il processo decisionale in ordine alla valutazione dei requisiti di partecipazione.

In particolare, secondo la ricostruzione della ricorrente, l'aggiudicataria, ha partecipato in qualità di mandataria a una gara indetta dal Ministero dell'Interno nel 2014 con la società Sarca Catering Srl, dichiarando di essere in possesso, ciascuna per la propria quota di partecipazione al raggruppamento, dei requisiti di capacità tecnica ed economica relativi al fatturato specifico medio annuo previsto dalla lex specialis.

Sebbene il Ministero dell'Interno abbia richiesto ripetutamente alla Fabbro di fornire la documentazione utile ai fini della prova dei requisiti dichiarati, la stessa avrebbe reso dichiarazioni non veritiere, anche per conto della mandante Sarca e nell'interesse dell'intero raggruppamento.

Ciò ha condotto il Ministero ad escludere dalla suddetta gara il RTI di cui la Fabbro era capogruppo mandataria.

Inoltre, la Fabbro ha omesso di dichiarare, nella procedura oggetto del presente giudizio, l'indicato provvedimento di esclusione, intervenuta a gara in corso, e la stazione appaltante Ministero della Difesa non è stata, quindi, posta in grado di valutarne gli effetti in ordine all'affidabilità professionale ai sensi dell'art. 80 d.lgs. 50/2016.

La Dussmann al riguardo lamenta anche l'illegittimità del verbale del 14 settembre 2018 n. prot. n. 16/18/1° DIV, nel quale la Commissione, venuta a conoscenza della vicenda su segnalazione della stessa ricorrente

ha ritenuto di non escludere l'aggiudicataria, in quanto non sussistono "elementi tali che consentano di dimostrare "con mezzi adeguati che l'operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità ed affidabilità".

2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 5 del Disciplinare di gara e del criterio di valutazione n. 3 nonché degli artt. 5.4 e 5.5 del Disciplinare di gara - erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto – difetto di istruttoria e di motivazione.

Parte ricorrente censura l'illegittimità dell'attribuzione alla Fabbro di 6 punti previsti, dall'art. 5 del Disciplinare di gara e dal criterio di valutazione n. 3, in caso di disponibilità di una struttura logistica per l'approvvigionamento, deposito e movimentazione delle derrate posta all'interno dell'area territoriale del lotto n.5, deducendo come non sia stata fornita una adeguata documentazione in relazione all'indicata disponibilità.

Nella propria offerta tecnica la ditta Fabbro ha dichiarato di essere nella disponibilità di una struttura logistica rientrante nel territorio del lotto 5, sicché la Commissione aveva attribuito 6 punti come da previsione del disciplinare.

Tale requisito è stato oggetto di verifica ma in tale sede la Fabbro ha depositato documentazione che non avrebbe dimostrato in alcun modo che la medesima ditta avesse la disponibilità di una struttura logistica così come richiesto dalla *lex specialis*.

In particolare, la ricorrente lamenta il difetto di istruttoria e motivazione in ordine alla disponibilità della struttura, a dimostrazione della quale sussisterebbe un atto di accordo con la società controllata D&D S.p.a. con cui quest'ultima si impegnerebbe a fornire irrevocabilmente la disponibilità della struttura. Questo contratto, tuttavia, è stato sottoscritto solamente due giorni prima dell'invio della documentazione in oggetto, ovvero oltre il termine di presentazione dell'offerta. Inoltre, la controinteressata ha stipulato un accordo con la società DAC s.p.a., la quale non si è impegnata direttamente a fornire la struttura logistica bensì tramite un'altra società, nello specifico "tramite la società controllata D&D S.p.a.". Viene evidenziato, altresì, che la struttura di cui trattasi non era nella titolarità della D&D Spa quanto di una diversa società, tale B&B s.a.s., società estranea al rapporto contrattuale tra Fabbro e D&D Spa e comunque che non ha assunto nessun impegno nei confronti della medesima Fabbro.

3) Violazione dell'art. 97, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

L'ammissione in gara di Fabbro dovrebbe esser ritenuta illegittima anche per aver presentato un'offerta anormalmente bassa ai sensi dell'art. 97 Dlgs.50/2016. Le anomalie dell'offerta accertate sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta sono senza dubbio sintomo di una negligente esecuzione oltre che di mancato guadagno per le imprese. Nel caso di specie le anomalie si ricavano dal semplice confronto tra la documentazione fornita da Fabbro

in merito alle derrate utilizzate per la preparazione dei menù e i listini dei prezzi dei propri fornitori allegati dalla stessa società. Pertanto, parte ricorrente ha chiesto l'esclusione di Fabbro per aver presentato un'offerta in perdita, in virtù delle giustificazioni incongruenti e insufficienti fornite dall'aggiudicataria e, in via subordinata, il rifacimento del procedimento di verifica dell'anomalia.

Si è costituito in giudizio il Ministero della difesa, a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, resistendo al ricorso.

Con ordinanza n. 7001/2018 del 20.11.2018, l'adito T.A.R. ha accolto l'istanza cautelare "atteso che, prima facie, il ricorso si palesa come fornito di fumus boni iuris, quantomeno in relazione al punteggio aggiuntivo pari a 6 punti attribuiti alla controinteressata Fabbro S.p.A., ai sensi del criterio n. 3 di cui all'art. 5 del disciplinare, non risultando comprovata la disponibilità di una struttura logistica per l'approvvigionamento, deposito e movimentazione delle derrate".

In data 23.11.2019 si è costituita in giudizio la ditta controinteressata Fabbro S.p.A. sostenendo l'infondatezza del ricorso in fatto ed in diritto.

Con atto depositato in giudizio il 23.11.2018, si è costituito in giudizio per Fabbro anche l'Avv. Massimiliano Brugnoletti.

Fabbro ha, altresì, proposto ricorso incidentale, notificato in data 26.11.2018 e depositato il 6.12.2018, deducendo un univo motivo di ricorso incentrato su: Violazione del monte ore minimo del capitolato. Eccesso di potere per carenza di istruttoria. Violazione dei principi di

efficienza dell'azione amministrativa. Travisamento. Eccesso di potere per erroneità.

In sostanza, la ricorrente incidentale rileva l'anomalia dell'offerta formulata dalla Dussmann, articolando la censura sull'asserita violazione del monte ore minimo richiesto come risultante dalla valutazione di una serie di prescrizioni imprescindibili del capitolato, relative ora al personale da impiegare, ora alle fasce orarie in cui garantire il servizio, e sulla circostanza che si sarebbe in presenza di una un'offerta economica incongrua e in perdita.

La Fabbro, con memoria depositata il 21.12.2018, ha eccepito l'incompetenza del T.A.R. Lazio a conoscere la controversia in oggetto, in quanto riguardando esclusivamente il lotto n. 5 riferito a servizi riferiti a enti presenti unicamente nella regione Toscana sarebbe competente il T.A.R.Toscana.

DIRITTO

1) Il ricorso incidentale si rileva infondato, mentre il ricorso introduttivo va accolto.

2) In via preliminare il Collegio deve rigettare l'eccezione di incompetenza territoriale del T.A.R. adito formulata dalla Fabbro che sostiene la competenza per territorio del T.A.R. Toscana.

In particolare, l'eccezione è basata sulla circostanza che il provvedimento di aggiudicazione, e in generale gli atti gravati, riguardano il solo lotto n. 5 (che è un lotto esclusivamente riferito ad strutture presenti nella Regione Toscana).

Le gare suddivise in lotti costituirebbero un atto plurimo, nel senso che consisterebbero non nello svolgimento di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un solo contratto, bensì nell'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare.

Gli atti di gara relativi all'aggiudicazione degli appalti devono essere necessariamente differenziati per ciascun lotto e risultano autonomi.

In sostanza quindi, essendosi in presenza di un bando a effetti plurimi e di un'aggiudicazione riferita a un lotto autonomo e di precipua collocazione regionale quanto ad effetti, il ricorso si sarebbe dovuto proporre innanzi al TAR Toscana e non al TAR Lazio; ciò ai sensi dell'art. 13, comma 1, c.p.a. secondo il quale "Il tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede".

L'eccezione è infondata alla luce della considerazione che, come precisato dal Consiglio di Stato, Sez. V, ord. n.83/2019 dell'11.1.2019, in relazione alla medesimo lotto 5 della stessa gara di appalto, dal bando di gara si evince che "la stazione appaltante ha dato luogo ad un'unica procedura di gara, ancorché divisa in lotti diversi, e non, invece, a diverse procedure di gara per quanti sono i lotti indicati dal bando; ... l'unitarietà della gara è dimostrata tra l'altro dalla nomina di un'unica commissione giudicatrice e di un unico responsabile del procedimento, deputati ad

adottare provvedimenti di gara riguardanti tutti i lotti, nonché dalla circostanza che non tutti i lotti coincidevano con un unico territorio regionale, comprendendo, in diversi casi, più regioni; ... in tali situazioni, tutti gli atti della procedura di gara, fino alla stipulazione del contratto, producono effetti non limitati ad un ambito territoriale circoscritto e coincidente con il territorio regionale come sostenuto dall'odierno appellante, ma riferibili all'intero territorio nel quale si esplica la competenza della stazione appaltante, ovvero, nel caso di specie, il territorio nazionale per essere stazione appaltante il Ministero della difesa; ...) pertanto, in questi casi deve trovare applicazione l'art. 13, comma 1, Cod. proc. amm., che pone, quale criterio ordinario di riparto della competenza, quello della sede dell'autorità amministrativa cui fa capo l'esercizio del potere, e non il diverso criterio degli effetti dell'atto, non potendosi individuare un ambito diverso da quello della sede della autorità amministrativa nel quale sono destinati ad operare gli effetti diretti del potere (sul punto cfr. Cons. Stato, ad. plen., 12 dicembre 2012, n. 38; ad. plen. 29 settembre 2012, n. 33)".

3) Il Collegio ritiene di dover scrutinare con priorità il ricorso incidentale in quanto, per come formulato da parte ricorrente, dovrebbe essere considerato ad effetto cosiddetto paralizzante, mettendo in discussione l'ammissibilità stessa dell'offerta del ricorrente principale.

Il ricorso incidentale si palesa infondato.

L'unico motivo di ricorso si incentra sull'inammissibilità dell'offerta formulata dalla Dussmann, in quanto effettuata in violazione del monte

ore minimo richiesto dal capitolato - così come asseritamente risultante da una serie di prescrizioni previste nella lex specialis, relative al personale da impiegare e alle fasce orarie in cui garantire il servizio - nonché sull'anomalia dell'offerta valutata come incongrua e addirittura in perdita.

L'aggiudicataria, infatti, non avrebbe rispettato il monte ore minimo giornaliero desumibile dal capitolato di 4,5 ore/giorno per cuochi e addetti mensa, presentando un'offerta che copre solo 3,55 ore di lavoro giornaliero e meritando pertanto l'esclusione. L'offerta, inoltre, risulterebbe in perdita.

In particolare, la ricorrente incidentale analizza l'offerta della Dussmann e formula una complessa ricostruzione, indicando che, tolte le figure direttive dal totale del costo del lavoro annuo dichiarato dalla ricorrente principale in offerta (pari € 5.299.135,21) per tutto l'appalto, solo per i cuochi e gli addetti mensa (che, oltre al personale direttivo, sono le altre figure operative destinate all'appalto) la ricorrente principale ha stimato un costo complessivo per le relative retribuzioni di € 5.039.135,21 annui (ossia € 5.299.135,21 - € 280.052,70 = 5.019.082,51), senza ricomprendere tutti i costi del personale amministrativo.

Un'analisi degli adempimenti prestazionali minimi indicati dagli atti di gara (numero complessivo di caserme da servire, servizio da garantire tutto l'anno, per tutti e tre i pasti della giornata, domeniche comprese, con un impegno orario da garantire dalla prima mattina per le colazioni alla sera per il servizio cena, un numero di lavoratori aggiuntivi notevole

posto che, come si è detto, l'appalto deve essere garantito 7 giorni su 7 ma il personale non può lavorare più di 6 giorni a settimana, onde necessariamente esso deve essere sostituito da altro personale per almeno un giorno alla settimana, e senza considerare le assenze che, a vario titolo si determineranno nel corso dell'appalto) condurrebbe a una gestione del servizio non garantibile con meno di 210 lavoratori operativi, tra cuochi e addetti mensa.

Sempre secondo parte ricorrente, dividendo il costo annuo che Dussmann dovrà destinare alle retribuzioni di addetti mensa e cuochi (€ 5.019.082,51 annui come anzidetto) per il numero minimo di addetti mensa e di cuochi necessari per garantire le prestazioni minime del capitolato (210 lavoratori), si otterrebbe un costo annuo medio della retribuzione per singolo lavoratore pari a € 23.900,88 annui ($5.019.082,51 \text{ €/anno} / 210 \text{ addetti} = 23.900,88 \text{ €/anno/singolo lavoratore}$).

Dal costo annuale medio per singolo lavoratore, considerando che le mensilità garantite dal CCNL Turismo e Ristorazione collettiva sono 14, sarebbe possibile ottenere anche il costo mensile medio per singolo lavoratore, pari ad € 1.707,20 (ossia $23.900,88 \text{ €/anno} / 14 \text{ mensilità} = 1.707,20 \text{ €/mese}$).

Dal totale della retribuzione mensile per singolo lavoratore, considerato che il costo medio orario di un dipendente del CCNL Turismo Ristorazione Collettiva è pari ad € 18,50/ora (cfr. medie retribuzione oraria tabelle ministeriali), sarebbe possibile ottenere anche il numero medio di ore lavorate al mese per singolo lavoratore che per l'appalto de

quo, ammonterebbe a 92,28 ore/mese (dato da 1.707,20 €/mese diviso 18,50 €/ora = 92,28 ore/mese). Considerato che il servizio al Ministero, senza interruzioni, deve essere garantito per 26 giorni/mese/lavoratore sarebbe possibile determinare il monte ore/giorno medio/lavoratore che (tra cuochi e addetti mensa), secondo il costo del lavoro indicato dalla ricorrente principale, è da questa destinato all'appalto de quo in 3,55 ore/giorno (dato da 92,28 ore/mese diviso 26 giorni lavorativi/mese/singolo lavoratore).

Ne discenderebbe che non è stato rispettato il monte ore minimo giornaliero fissato dal capitolato pari almeno a un numero di ore giornaliere che, tra cuochi e addetti mensa, non è inferiore a 4,5 ore/giorno.

Inoltre, l'offerta, non rispettando il monte ore minimo giornaliero imposto dal capitolato, sarebbe anche in perdita per almeno € 4.041.371,25. Difatti, la ricorrente principale avrebbe valorizzato un'offerta che "copre" solo 3,55 ore di lavoro giornaliero, onde meno 0,95 ore/giorno di lavoro rispetto alle ore minime di 4,5 ore lavorative giorno.

Rileva il Collegio come tale articolata ricostruzione non risulta convincente ed è sfornita di sufficienti elementi dimostrativi.

Al riguardo, come indicato dalla Dussmann, la lex specialis di gara non ha previsto un monte ore minimo da rispettare, fissando solo dei parametri per lo svolgimento del servizio, e tale monte ore, come la sua violazione, e la stessa anomalia dell'offerta lamentata, sono state dedotte

dal ricorrente incidentale sulla base di argomentazioni logiche basate sul capitolato di gara e sull'analisi dell'offerta del ricorrente principale.

In particolare, la ricorrente incidentale ha costruito la sua censura in base a una serie di assunti che l'hanno portata a individuare un presunto monte ore minimo giornaliero di "4,5 ore al giorno di servizio" per cuochi e addetti mensa, quale quello secondo cui ciascun cuoco (per il quale è richiesto di IV livello in base alla *lex specialis*) debba lavorare "40 ore settimanali", perché sarebbe praticamente incontestabile che un cuoco di IV livello non accetti assunzioni part time; ciò senza considerare, ad esempio, la presenza di possibili aiuto-cuochi, di livello contrattuale inferiore.

Ha, inoltre, presupposto che ciascun cuoco lavori sempre 6 giorni a settimana, senza alcuna specifica previsione nella *lex specialis* di gara, così come ha presupposto che ciascun addetto ai servizi mensa lavori mediamente 2,33 ore al giorno.

Tali presupposizioni sono state ricavate sommando i tempi di distribuzione dei pasti previsti nelle tre diverse fasce orarie relative alla colazione, al pranzo e alla cena, e dividendoli per tre. Non è stato, tuttavia considerato che l'offerente è libero di organizzare i propri addetti sia a livello di numero che di ore, senza alcun vincolo, né per fascia oraria, né complessivamente.

Inoltre, la ricorrente incidentale somma il monte ore giornalieri di cuochi e addetti servizi mensa (dalla stessa dedotti) e divide il risultato per due,

operando una ulteriore media tra due gruppi disomogenei quali i cuochi e gli addetti ai servizi mensa.

In sostanza, quindi, i presupposti sulla base dei quali parte ricorrente incidentale desume la violazione del monte ore previsto dalla *lex specialis* e l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria - arrivandola a considerare un'offerta in perdita - non possono ritenersi comprovati in questa sede, basandosi su assunti indimostrati, che si rivelano delle semplici supposizioni e non su specifiche disposizioni della *lex specialis*.

Quanto alla supposta mancata verifica dell'anomalia dell'offerta Dussmann da parte della stazione appaltante - che non è stata neanche elevata a vero e proprio motivo di censura - non può essere comunque posta alla base di una pronuncia di accoglimento del ricorso incidentale la circostanza che la stazione appaltante nel verbale n.5 dell'8.6.2018 ha dato atto del superamento della soglia *ex lege* prevista dall'art. 97 del codice sia dell'offerta di Fabbro che quella di Dussmann, salvo poi procedere a valutare l'anomalia della sola offerta della prima classificata Fabbro e non anche della seconda in graduatoria.

Se è vero che il T.A.R. può, in teoria, pronunciarsi sull'esistenza di tale anomalia qualora sia palese, la verifica dell'anomalia dell'offerta è in generale compito riservato all'amministrazione, sulla scorta di valutazioni connotate da discrezionalità tecnica. Qualora, quindi, come nel caso di specie, non può pronunciarsi in sede di giudizio l'esclusione del ricorrente in incidentale dalla gara per anomalia dell'offerta - dovendosi nel caso rimettere la valutazione a una successiva fase valutativa

dell'Amministrazione - il ricorso incidentale, volto a paralizzare il ricorso principale, non può essere accolto in quanto non escludente e non sussiste nemmeno l'eventuale interesse del ricorrente incidentale, che in ogni caso non vedrebbe estromesso il ricorrente principale dalla gara.

In sostanza, in questo caso, non potendo il giudice decretare l'esclusione del ricorrente principale dalla gara, il ricorso incidentale non sarebbe comunque paralizzante dell'azione di annullamento formulata nel ricorso introduttivo nei confronti dell'aggiudicazione, con l'unico effetto che la stazione appaltante, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione dovrà effettuare la verifica di anomalia dell'offerta del secondo classificato - che ha in precedenza omissis - prima di procedere all'aggiudicazione nei suoi confronti.

4) Il ricorso introduttivo va accolto per le ragioni che seguono.

Parte ricorrente contesta il provvedimento di aggiudicazione in quanto alla prima classificata sarebbero stati illegittimamente attribuiti 6 punti in sede di valutazione dell'offerta tecnica per la disponibilità di una struttura logistica con determinate caratteristiche prevista nel bando ai fini della concessione di un punteggio aggiuntivo.

Senza i 6 punti, l'aggiudicataria non sarebbe risultata prima e si sarebbe classificata dopo la ricorrente seconda in graduatoria e finanche dopo la terza.

In particolare, il Disciplinare di gara ha previsto ai fini di attribuzione del punteggio la "Disponibilità di una struttura logistica per approvvigionamento, deposito e movimentazione delle derrate, con la

quale sia garantita l'uniformità e la tracciabilità delle derrate approvvigionate da destinare agli EDR fruitori del servizio, nonché la razionalizzazione delle operazioni di deposito e trasporto mediante immagazzinamento comune e spostamento a pieno carico degli automezzi..." (art. 5).

Al riguardo, il medesimo Disciplinare di gara ha contemplato l'attribuzione di 0, 3 o 6 punti, rispettivamente nei casi in cui il concorrente non avesse la disponibilità della struttura logistica, fosse in possesso di una struttura non ubicata nell'area del lotto, fosse in possesso di una struttura ubicata nell'area del lotto.

L'aggiudicataria ha ottenuto il riconoscimento di n. 6 punti avendo dichiarato in sede di partecipazione alla gara la disponibilità di una struttura logistica ubicata nell'area del lotto 5.

Ai fini della dimostrazione della disponibilità era previsto che se, come pacificamente nel caso di specie, la struttura logistica fosse stata di proprietà di terzi sarebbe stata necessaria la "produzione di un atto di accordo tra le parti da cui si evinca la disponibilità della struttura logistica da parte del concorrente..." (art. 5.5).

Parte ricorrente contesta che Fabbro ha dichiarato di avere la disponibilità di una struttura di terzi, senza tuttavia che ciò sia risultato confortato da sufficienti elementi, in sede di verifica delle dichiarazioni rese dalla stessa ai fini dell'acquisizione del punteggio tecnico.

La censura è fondata.

La documentazione prodotta in sede di verifica, infatti, non è idonea a dimostrare la disponibilità del predetto requisito ai fini del punteggio.

La Fabbro ha allegato un contratto sottoscritto con DAC S.p.a., datato 6 agosto 2018, nel quale quest'ultima si sarebbe impegnata a fornire la disponibilità di una struttura logistica ubicata nel Comune di Monsummano Terme. La struttura in questione, innanzitutto, non è di proprietà di DAC S.p.a. e quest'ultima si impegna a fornire la disponibilità tramite un soggetto terzo e, cioè, tramite la D.&D S.p.a., asseritamente sua controllata (art.1).

Inoltre l'art. 4 del medesimo contratto indica che la struttura logistica viene messa disposizione dalla B&B S.a.s., soggetto quindi anch'esso terzo, evidentemente proprietario della struttura in riferimento al quale non viene indicato il rapporto con la DAC S.p.a..

DAC S.p.a, nella depositata dichiarazione di disponibilità del 2 febbraio 2018, dichiara l'autorizzazione all'utilizzo della piattaforma logistica in favore di Fabbro, facendo riferimento alla già nominata Società "B&B S.a.s., Via L. Da Vinci, Monsummano Terme (PT)", soggetto terzo rispetto alla DAC S.p.a. (e solo quest'ultima ha sottoscritto il contratto con Fabbro per la disponibilità della struttura).

Il contratto doveva infatti essere stipulato dalla Fabbro S.p.a. direttamente con la proprietaria della struttura logistica o, comunque, con un soggetto che avesse titolo giuridico per disporre in modo diretto di tale struttura, concedendone la disponibilità alla prima (in questo caso da quanto si evince B&B S.a.s.).

Nell'ipotesi di specie, quindi, ai fini della disponibilità della struttura non è idonea la previsione, contenuto nel contratto, che la disponibilità sarà assicurata dalla D.&D S.p.a., che, infatti, risulta un soggetto terzo rispetto al contratto che garantisce la disponibilità, né in tal senso può avere rilevanza l'affermazione dell'essere la società proprietaria una controllata dalla DAC S.p.a., in quanto l'esistenza di un controllo non esclude la terzietà dell'impegno preso, che diventa una promessa di fatto di un terzo.

Inoltre, tale rapporto di controllo societario non è stato dimostrato in sede di gara, né sono state allegare le modalità di tale controllo. Al riguardo si rileva come lo stesso disciplinare di gara per l'ipotesi in cui ammette la possibilità che la struttura logistica possa essere anche di proprietà di una società controllata dalla ditta partecipante richiede che tale posizione di controllo venga inequivocabilmente comprovata (punto 5.5 criterio 3). A maggior ragione quindi sarebbe servita la prova delle modalità del controllo nell'ipotesi di disponibilità della struttura logistica in forza di accordi negoziali per il tramite di una controllata

In ogni caso appare dirimente il riferimento a un'ulteriore società B&B S.a.s., che avrebbe la sostanziale titolarità e disponibilità del bene, e che, da quanto allegato in atti, risulta soggetto terzo rispetto alla DAC S.p.a. che ha assicurato la disponibilità del bene all'aggiudicatario.

La censura deve pertanto essere accolta.

Non ha pregio in senso contrario la circostanza che la Fabbro ha invocato il mancato ricorso al soccorso istruttorio, per eventualmente

supplire all'indicata carenza, e anzi ritiene di poter far ricorso al cosiddetto soccorso istruttorio processuale (Consiglio di Stato, Sez. III, 2 marzo 2017 n. 975).

La medesima Fabbro ha, a tal fine, ha depositato in giudizio, in data 16.1.2019, il contratto intercorrente tra B&B S.a.s. e DAC S.p.a. del 1° febbraio 2014, che a suo dire dimostrerebbe come DAC S.p.a. abbia la disponibilità della piattaforma logistica di B&B S.a.s..

Al riguardo, il Collegio, pur ritenendo in generale ammissibile il cosiddetto soccorso istruttorio processuale (Consiglio di Stato, Sez. III, 2 marzo 2017 n. 975), rileva come la ricorribilità in sede di giudizio a quest'ultimo istituto sia assoggettata ai medesimi presupposti e requisiti di legge di cui all'art. 83, comma 9, del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, a cui è subordinato il suo esercizio da parte dell'amministrazione in sede procedimentale.

Nel caso di specie, il ricorso al soccorso istruttorio non è possibile in quanto sarebbe inerente all'offerta tecnica in violazione del divieto espressamente posto dal citato comma 9 dell'art. 83 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50.

In proposito, il Collegio richiama, altresì, quell'orientamento giurisprudenziale, ai sensi del quale l'attivazione del soccorso istruttorio persegue la finalità di pubblico interesse di favorire la massima partecipazione alle gare d'appalto, e non è, quindi, richiamabile nel caso in cui la controversia non attiene ai requisiti di partecipazione, ma concerne, invece, la fase cronologicamente successiva, avente ad oggetto

soltanto la quantificazione del punteggio da attribuire ai candidati, che hanno superato la fase iniziale di ammissione alla gara, in base ai titoli posseduti ai fini della formulazione della graduatoria (T.A.R. Sicilia Palermo Sez. III, 13 febbraio 2017, n. 495).

Inoltre, nel caso di specie, il contratto depositato ai fini del preteso soccorso istruttorio sulla disponibilità della struttura logistica non pare idoneo a comprovare tale disponibilità, in quanto è relativo a una diversa sede e, in ogni caso, non è sufficiente a comprovare la dichiarata disponibilità della struttura.

Lo stesso, infatti, è un contratto che non contempla la Fabbro tra le parti non concedendo a quest'ultima alcuna disponibilità della stazione logistica, né viene prevista la sua libera cedibilità a favore un terzo soggetto.

Peraltro, la piattaforma dichiarata in sede di gara è sita a Monsummano Terme, in provincia di Pistoia, mentre quella richiamata nel contratto depositato è sita in Altopascio.

Né può risultare dirimente, in senso contrario, la dichiarazione del 14.11.2018, della DAC S.p.A. a Fabbro S.p.A., secondo la quale la sede della società B & B s.a.s. è a Monsummano Terme mentre l'ubicazione della sede secondaria è in Altopascio e che, in base al contratto in essere tra DAC S.p.A., esteso anche alla controllata D&C S.p.A., la B&B s.a.s. "ha prestato piena disponibilità della propria struttura logistica".

Quest'ultima dichiarazione è stata, infatti, rilasciata unilateralmente dalla DAC S.p.A., che non è proprietaria della stazione logistica, mentre non

risulta che la B&B s.a.s. abbia assunto alcun impegno di disponibilità diretto nei confronti della Fabbro.

Non ultimo elemento, a favore della fondatezza della censura esaminata è, infine, la circostanza che il contratto concluso tra DAC S.p.A. e Fabbro S.p.A., posto a base della dichiarazione di disponibilità della struttura logistica, riporti una data successiva alla presentazione dell'offerta (è datato 6 agosto 2018): neanche a voler ammettere il soccorso istruttorio con quest'ultimo si sarebbe potuta integrare l'assenza stessa del requisito mediante la stipula di un successivo negozio giuridico.

In proposito, l'aggiudicataria ha rilevato che la disponibilità della struttura logistica non era richiesta quale requisito di ammissione, bensì quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica, in quanto la sua disponibilità era funzionale all'esecuzione del contratto, tanto che il disciplinare si limitava a richiedere la produzione dell'accordo tra le parti, da cui si potesse evincere la disponibilità della struttura logistica solo in sede di comprova di quanto indicato in offerta tecnica.

Al riguardo, il Collegio evidenzia, tuttavia, come essendo tale elemento necessario ai fini dell'attribuzione di un punteggio aggiuntivo, lo stesso doveva essere sussistente sin dal momento della presentazione dell'offerta non potendo sopravvenire in seguito.

5) Quanto alla domanda risarcitoria formulata da Dussmann, per il risarcimento in forma specifica, l'Amministrazione provvederà agli atti necessari successivi all'annullamento, in conformità con quanto indicato in motivazione e in tale sede potrà eventualmente trovare soddisfazione,

all'esito di ogni verifica o operazione necessaria, la pretesa della parte ricorrente.

6) Per le suesposte ragioni il ricorso incidentale va rigettato e va accolto il ricorso introduttivo, con conseguente annullamento degli atti impugnati, per quanto di interesse.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e su quello incidentale, come in epigrafe proposti:

- accoglie il ricorso principale nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati, per quanto di interesse;
- rigetta il ricorso incidentale;

- condanna il Ministero della Difesa e il controinteressato Fabbro S.p.A. al pagamento delle spese di lite complessivamente quantificate in euro 3.000,00, oltre accessori se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Concetta Anastasi, Presidente

Rosa Perna, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Concetta Anastasi

IL SEGRETARIO