

Pubblicato il 26/02/2019

N. 01350/2019REG.PROV.COLL.

N. 04863/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4863 del 2018, proposto da
Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dagli avvocati Giuseppe Morbidelli, Alberto Maria Bruni, Orsola Cortesini, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Morbidelli in
Roma, viale Maresciallo Pilsudski, 118;

contro

Azienda Zero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Chiara Cacciavillani, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso lo studio Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello n. 55;
Regione Veneto non costituito in giudizio;

nei confronti

Azienda U.L.S.S. n. 1 Dolomiti, Azienda U.L.S.S. n. 2 Marca Trevigiana, Rti - Ladisa S.r.l. Anche
in Proprio non costituiti in giudizio;

Camst Soc. Coop. A R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dagli avvocati Marco Dugato, Diego Vaiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio n.3;

Serenissima Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dall'avvocato Luigi Garofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Giosue' Borsi 4;

Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Luigi Garofalo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e
domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Ruggero Fauro, 43;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza) n. 00554/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Zero e di Camst Soc. Coop. A R.L. e di Serenissima Ristorazione S.p.A. e di Euroristorazione S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Orsola Cortesini, Giuseppe Morbidelli, Chiara Cacciavillani, Alvise Vergerio Di Cesana su delega di Diego Vaiano e Luigi Garofalo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame l'appellante chiede:

*) l'annullamento della sentenza n. 554/2018 con cui il TAR ha respinto il ricorso proposto da Dussmann Service, terza graduata nella gara:

*) la dichiarazione di inefficacia ai sensi degli articoli 121 e 122 D.lgs. 104/2010 del contratto eventualmente stipulato;

*) la condanna dell'Azienda Zero alla tutela in forma specifica ex art. 124 D.lgs. 104/2010 mediante l'aggiudicazione in favore di Dussmann Service s.r.l. dell'appalto del Servizio di ristorazione per i fabbisogni della Azienda U.l.s.s. n.1 Dolomiti e della Azienda U.l.s.s. n.2 Marca Trevigiana (Lotto n.1);

*) in via subordinata la riedizione della procedura di gara; ovvero la tutela per equivalente, nella misura da determinarsi nel corso del giudizio.

La sentenza impugnata in particolare:

-- ha respinto, in via pregiudiziale, il primo motivo con cui si contestava la legittimità del subprocedimento di verifica di anomalia condotto sull'offerta dell'ATI aggiudicataria della "*Gara di appalto a mezzo procedura aperta per l'affidamento del Servizio di ristorazione per i fabbisogni di Aziende Sanitarie del Veneto per la durata di 5 anni rinnovabile per ulteriori 2 anni. Suddivisa in n.6 lotti territoriali. N° di gara 6616088*" (pubblicata nella GUUE il 28.12.2016), e di conseguenza l'aggiudicazione definitiva del *Lotto n.1* in favore della costituenda associazione temporanea di imprese tra Euroristorazione s.r.l. (capogruppo mandataria) e Serenissima Ristorazione s.p.a. (mandante);

-- ha dichiarato, di conseguenza, improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, le censure contenute nel secondo e nel terzo motivo di ricorso avverso l'anomalia dell'offerta del RTI secondo classificato;

-- ha disatteso gli altri cinque motivi di ricorso proposti in via subordinata (dal quarto all'ottavo motivo) con i quali Dussmann Service ha impugnato l'intera procedura.

L'appello è affidato alla denuncia della erroneità della sentenza sotto nove rubriche di censura.

La stazione appaltante "Azienda Zero", in qualità di Centrale di committenza per le unità sanitarie locali della Regione Veneto, si è costituita in giudizio con controricorso in data 11 luglio 2018, confutando analiticamente nel merito le tesi dell'appellante, sia relativamente ai profili della contestata anomalia dell'offerta e sia con riguardo alla tardività ed infondatezza delle censure dirette avverso le clausole del bando contestate dall'appellante: Con la memoria di replica finale ha infine ulteriormente sottolineato la ragionevolezza della scelta sui lotti.

Con le memorie rispettivamente: di costituzione in data 10 luglio 2018, conclusiva in data 20 novembre 2018 e di replica in data 23 novembre 2018, l'aggiudicataria Euroristorazione S.r.l.:

-- ha rilevato l'infondatezza in diritto dei primi due motivi dell'appello, per apoditticità e mancanza di prove in grado di supportare le affermazioni della controparte;

-- ha eccepito il difetto di interesse e di legittimazione dell'appellante a contestare le regole della *lex specialis* in quanto l'appellante aveva comunque partecipato alla gara;

-- nel merito ha rimarcato analiticamente la correttezza della sentenza sottolineando la linearità del procedimento di aggiudicazione e la correttezza della sua offerta.

La seconda classificata CAMST S.c.a.r.l. a sua volta si è costituita in giudizio eccependo l'infondatezza delle argomentazioni d'appello concernenti l'anomalia e l'inappropriatezza tecnica della sua offerta, insistendo per il rigetto del ricorso.

L'appellante Dussmann, con le memorie conclusive ed in replica, ha ulteriormente sottolineato la valenza argomentativa delle proprie tesi insistendo per l'accoglimento del ricorso.

Uditi all'udienza pubblica di discussione i difensori delle parti l'appello è stato ritenuto in decisione dal Collegio.

DIRITTO

1.§. Si deve preliminarmente osservare che la sentenza di primo grado non può essere condivisa perché non ha operato una considerazione complessiva dei diversi motivi denunciati, i quali seppure vengono partitamente esaminati, consentono di ricostruire un quadro complessivo dal quale emerge con chiarezza che, attraverso la strutturazione di regole di gara non rispettose dei principi di libera concorrenza, imparzialità e par condicio, la Centrale di committenza per la Regione Veneto ha dato luogo alla formazione di un vero e proprio "mercato chiuso" di tutte le Aziende Sanitarie Locali della Regione, per un importo rilevantissimo e per un periodo prolungato (5 anni rinnovabile per ulteriori anni 2, oltre a sei mesi di ulteriore proroga tecnica).

Non appare infatti casuale che i vari lotti della procedura in esame siano stati tutti affidati al RTI Euroristorazione s.r.l - Serenissima Ristorazione s.p.a..

Come sarà meglio evidente in seguito, l'interagire di differenti elementi della gara e la formale applicazione del d.lgs. n.50/2016 si sono risolti in una violazione di carattere sostanziale delle norme fondamentali sulla "tutela della concorrenza" comunitaria e delle regole del Codice dei contratti (cioè del parametro interposto, diretto a riempire di contenuto la disciplina del mercato e delle attività economiche delle norme: cfr. Corte Costituzionale n. 431/2007).

L'artata applicazione delle norme sugli appalti da parte delle Centrali di Committenza non può risolversi in una situazione per effetto della quale la conquista del mercato da parte di un'azienda non dipende esclusivamente dalla propria capacità ed iniziativa, ma è il frutto dei condizionamenti provenienti da intenzionali scelte di programmazione che appaiono finalizzate ad orientare un certo assetto produttivo per un tempo indefinito.

La sottrazione sostanziale al mercato di importi così elevati e per periodi così lunghi finisce per condizionare la permanenza stessa delle altre imprese sul mercato e tradisce gli obiettivi propri della politica comunitaria in tema di appalti pubblici, diretta a favorire condizioni di reale concorrenza senza discriminazioni e a rendere contendibile il mercato agli operatori economici.

2.§. Ciò premesso, nell'ordine logico delle questioni, devono essere esaminati unitariamente – in quanto concernono censure tra loro intimamente connesse -- il quarto motivo ed il sesto motivo di appello, relativi rispettivamente alla strutturazione dei lotti ed all'assenza di limiti all'aggiudicazione di tutti i lotti.

2.§.1. Al riguardo devono preliminarmente essere disattese le eccezioni preliminari sollevate da Azienda Zero e dall'ATI aggiudicataria Eutoristorazione e Serenissima, stando alle quali tutte le censure dirette avverso la *lex specialis* sarebbero inammissibili per carenza di interesse perché:

-- l'appellante avendo impugnato in via principale la verifica dell'anomalia avrebbe implicitamente ritenuto legittima la *lex specialis* della gara con conseguente acquiescenza implicita alle relative regole;

-- la pretesa illegittimità della *lex specialis*, non avrebbe impedito all'appellante la partecipazione a tutti i lotti;

Le dette doglianze poi sarebbero altresì tardive perché l'appellante Dussmann avrebbe dovuto tempestivamente gravare la *lex specialis* di gara nei trenta giorni successivi alla pubblicazione e non in sede di impugnazione dell'aggiudicazione.

Sotto altro profilo l'Azienda Zero contesta che contraddittoriamente Dussmann nonostante stesse mirando al medesimo risultato conseguito dall'ATI aggiudicataria, deduce comunque l'illegittimità delle regole della gara per la loro natura restrittiva della concorrenza e per la loro preordinazione alla creazione di un risultato sostanziale di "monopolio regionale" in capo a un'unica impresa)

Tulle le predette eccezioni vanno respinte.

In linea di principio, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 26 aprile 2018, ha escluso l'acquiescenza implicita alle regole della gara per l'operatore che vi ha partecipato.

Quanto alla pretesa tardività, si ricorda che, quando le regole della *lex specialis* non impediscono la presentazione dell'offerta (come nel caso in esame) non vi sono margini per l'impugnazione immediata del bando di gara, in quanto non si riscontra un'immediata lesione della sfera giuridica dell'interessato. La partecipazione alla gara stessa, inoltre, non impedisce ai concorrenti di dedurre

comunque il carattere lesivo delle disposizioni del bando in sede di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Tantomeno la contestazione circa illegittimità della valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'ATI aggiudicataria, può costituire in alcun modo acquiescenza implicita o accettazione di tutte le regole della *lex specialis*.

In tale direzione, proprio perché aveva partecipato alla gara, la Dussmann poteva contestare l'illegittimità delle valutazioni dell'offerta aggiudicataria e lamentare che avrebbe avuto una maggiore chance di aggiudicazione nel caso in cui la gara fosse stata impostata rispettivamente: su una maggiore articolazione dei lotti, sull'eliminazione della opportunità di conseguire l'aggiudicazione di tutti i lotti da parte di un unico concorrente, sulla possibilità di utilizzare le cucine esistenti e funzionanti all'interno dei presidi ospedalieri, ecc. ecc. .

Parimenti irrilevante è poi la circostanza opposta dall'ATI Euroristorazione che l'odierna appellante non avrebbe avuto legittimazione non essendo una PMI, ma una delle maggiori imprese europee del settore.

Tale argomento, infatti, non è in grado di elidere l'interesse personale, attuale e diretto dell'odierna appellante al rispetto delle regole da parte della Stazione appaltante.

L'azione della Dussmann, oltre ad essere diretta al mero recupero della chance di partecipare al nuovo esperimento di gara, è soprattutto finalizzata a far dichiarare l'illegittimità dell'impostazione complessiva della gara, ed in particolare l'illegittimità della presenza di clausole che, come dimostra la vicenda in esame, le avevano in concreto impedito di conseguire un risultato utile.

Né vi è il rischio paventato dall'Azienda Zero che l'annullamento del presente lotto n.1 farebbe conseguire a Dussmann proprio il monopolio della Regione, perché l'accoglimento della presente impugnativa lascia comunque intatta la legittimità dei lotti che non sono stati gravati da tempestive impugnative.

In conseguenza, il presente gravame non è genericamente diretto alla mera legalità della gara per cui Collegio non ha dubbi sull'interesse processuale dell'appellante e sulla piena ammissibilità del suo appello

2.§.2. Nel merito, con il quarto motivo di appello la Dussmann Service deduce l'erroneità della sentenza per aver dichiarato inammissibile il quarto motivo di ricorso in conseguenza della qualificazione come "interesse di mero fatto" dell'interesse da lei stessa azionato.

L'appellante invece aveva, con tale motivo di ricorso, fatto valere un interesse legittimo contestando la *lex specialis* che – senza alcuna istruttoria e motivazione – ha indetto una gara di elevatissima dimensione economica ed operativa, strutturandola in soli sei lotti (in luogo di un numero maggiore), con il risultato di impedire quindi un effettivo confronto concorrenziale in violazione dei principi di libera concorrenza, par condicio e non discriminazione.

2.§.3. Con il sesto motivo di appello si deduce l'erroneità della sentenza impugnata per aver respinto il motivo di ricorso con cui la Dussmann Service aveva dedotto l'illegittimità della *lex specialis* per l'assenza del vincolo di aggiudicazione previsto dall'art. 51, comma 3, D.lgs. 50/2016 a tutela dei principi generali di concorrenza e massima partecipazione.

Nel ricorso introduttivo la Dussmann aveva dedotto che, nelle gare (analogamente a quelle in esame) suddivise in lotti geografici di elevato importo economico (come ad esempio quelle indette da Consip) viene, di prassi, utilizzato il “vincolo di aggiudicazione” e si impone la previsione di un numero massimo di lotti che possono essere aggiudicati ad un unico concorrente. Inoltre si impone il possesso di requisiti di partecipazione “maggiorati” in capo al concorrente che intenda partecipare a più lotti.

Nella lex specialis impugnata, invece, non era previsto alcun vincolo di aggiudicazione e non sarebbero stati previsti requisiti più stringenti per le imprese che intendevano presentare un’offerta in più lotti. Ciò sarebbe dimostrato proprio dal risultato finale della gara nella quale il RTI Euroristoriazione- Serenissima Ristorazione si è visto aggiudicatario di tutti i sei macrolotti.

Di qui l’illegittimità del bando per difetto di motivazione e per violazione dei principi di tutela della concorrenza, favor participationis e buon andamento della pubblica amministrazione.

2.§.4. L’assunto complessivo merita di essere condiviso.

Le considerazioni sulla legittimità delle scelte qui contestate, affermate dal giudice di primo grado sulla scorta delle deduzioni difensive della stazione appaltante, non appaiono dotate di una pregnanza tale da giustificare una così incidente e prolungata chiusura del mercato di settore che, contrariamente a quanto vorrebbe la Stazione appaltante, è reso evidente proprio dall’esito complessivo della gara.

Come la Sezione ha avuto modo di osservare più volte (cfr. es. Consiglio di Stato, sez. III, 13/11/2017, n. 5224) è illegittima, per sviamento di potere, la suddivisione in lotti di un appalto pubblico laddove integri la duplice violazione del principio della libera concorrenza in senso oggettivo (come astratta possibilità di contendersi il mercato in posizione di parità) e in senso soggettivo (per la creazione di una posizione di ingiustificato favore di un concorrente rispetto agli altri).

L’articolazione ragionevole di un appalto in lotti diversi è infatti finalizzata proprio ad assicurare la tutela della concorrenza e della non discriminazione tra i contendenti, e cioè di finalità di eminente interesse pubblico che, trascendendo le vicende della singola gara, attengono all’ordinato ed equilibrato sviluppo economico della società intera, e rilevano anche sotto il profilo processuale, infatti, *“come qualsiasi scelta della pubblica amministrazione anche la suddivisione in lotti di un contratto pubblico si presta ad essere sindacata in sede giurisdizionale amministrativa: e ciò ancorché l’incontestabile ampiezza del margine di valutazione attribuito all’amministrazione in questo ambito conduca per converso a confinare questo sindacato nei noti limiti rappresentati dai canoni generali dell’agire amministrativo, ovvero della ragionevolezza e della proporzionalità, oltre che dell’adeguatezza dell’istruttoria”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 1038 del 6 marzo 2017).

La scelta della stazione appaltante circa la suddivisione in lotti di un appalto pubblico, deve dunque costituire una decisione che deve essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto, da valutarsi nel quadro complessivo dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza (cfr. n.5224/2017 cit.).

Nel caso in esame questi limiti appaiono oggettivamente superati.

I sei lotti della gara (per complessivi € 303.510.618,83):

-- erano tutti caratterizzati da un notevole valore economico (oscillante tra € 31 milioni di Euro per il Lotto 3 ai € 66 milioni di Euro per il Lotto 6);

-- erano strutturati su una notevole estensione territoriale con l'accorpamento di più Aziende sanitarie e presidi ospedalieri differenti.

In particolare il Lotto 1 del servizio di ristorazione, qui in questione, ammontante ad un importo complessivo presunto di Euro 54.309.374,93, era relativo ad un numero estremamente elevato di strutture (n. 25) facenti capo a due distinte Aziende ULSS: l'Azienda ULSS n. 1 Dolomiti (ex Azienda ULSS n. 1 Belluno) e l'Azienda ULSS n. 2 Marca Trevigiana.

Il complesso degli elementi rende infatti evidente la violazione del principio di cui all'art. 51, primo comma ultimo periodo per cui: *"E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti"*.

In tale direzione, le norme di recepimento del diritto comunitario in materia di suddivisione dei lotti devono essere interpretate alla luce del principio di cui del Considerando 79, della Direttiva 2014/24/UE secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero limitare il numero dei lotti che possono essere aggiudicati a uno stesso offerente *"...allo scopo di salvaguardare la concorrenza"*.

Nel caso in esame si è in presenza di una suddivisione in lotti e di una articolazione complessiva della gara solo apparentemente conforme ai paradigmi normativi di suddivisione ma, sostanzialmente, non rispettosa in concreto dei principi e del complesso delle disposizioni vigenti in materia di tutela della concorrenza e del libero mercato.

Come la Sezione, al riguardo, ha avuto modo di osservare più volte (cfr. di recente Consiglio di Stato Sez. III, 22 febbraio 2018 n. 1138) la tendenziale preferenza dell'ordinamento per una ragionevole divisione in lotti è fondata non solo sulla notoria esigenza di favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese ex art. 51 del d.lgs. n. 50/2016 (ed in precedenza l'art. 2, comma 1 bis, dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006), ma anche, e soprattutto, nella esigenza di assicurare realmente la libera concorrenza e la massima partecipazione non solo al momento dell'effettuazione della gara ma anche in relazione a tutto il periodo successivo di svolgimento del rapporto (cfr.: nello stesso senso: cfr. Consiglio di Stato, Sez. III n. 26 settembre 2018, n. 5534, ed in precedenza con riguardo all'art. 2 co. 1 dell'abrogato d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i. Consiglio di Stato sez. VI 12 settembre 2014 n. 4669; Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007 n. 1331).

Sotto il profilo procedimentale, una maggiore articolazione dei lotti e l'apposizione di limiti all'aggiudicazione di tutti i lotti a un'unica impresa, costituiva nel caso di specie un'opzione tecnicamente possibile e non eccessivamente gravosa per la Pubblica Amministrazione committente.

Per contro, le reali ragioni sottese alla suddivisione dell'appalto in sei macro-lotti non sono state specificamente indicate negli atti di gara. Né le finalità delle scelte complessivamente adottate sono ricavabili dagli atti istruttori della Commissione Tecnica Regionale depositati nel giudizio di primo grado dall'Azienda Zero dai quali emerge solo genericamente un richiamo alla contiguità territoriale delle Aziende Sanitarie.

Non vi sono dubbi dunque che l'intero impianto dei lotti della gara appare diretto a prefigurare un assetto unitario del settore, in violazione sostanziale dei ricordati principi di libera concorrenza, non-discriminazione, trasparenza, proporzionalità di cui all'art. 30 co. 1 d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.

Certamente la possibilità di stabilire un limite alla aggiudicazione di tutti i lotti di cui all'articolo 51 del codice dei contratti è una facoltà discrezionale il cui mancato esercizio non è – da solo e di per sé -- sintomo di illegittimità, tuttavia -- specie relativamente alle procedure indette dalle Centrali di committenza e dai soggetti aggregatori di grandi dimensioni -- la tutela della concorrenza impone una ragionevole e proporzionata determinazione dell'oggetto e della tipologia delle prestazioni, dell'importo dei lotti, della loro allocazione territoriale, della durata, delle imposizioni di clausole o di condizioni particolari che, in ogni caso, non devono finire di fatto per favorire una impresa rispetto ad un'altra.

Come sarà meglio evidente anche in seguito alle esame delle restanti censure, nella presente fattispecie la valutazione negativa della ragionevolezza della scelta amministrativa deriva dalla considerazione unitaria: del basso numero dei lotti in cui l'appalto è stato suddiviso; dal loro rilevante importo; dalla notevole estensione temporale; dalla concreta articolazione sotto il profilo negoziale e produttivi; ed in ultimo, ma non per ultimo, delle valutazioni della Commissione aggiudicatrice perfettamente “coerenti” con il quadro complessivo.

Nella fattispecie in esame, proprio l'aggiudicazione di tutti i lotti a un'unica impresa appare una conseguenza diretta delle regole e dei comportamenti univoci adottati dalla stazione appaltante in violazione dell'art. 30 comma 2 del d.lgs. del d.lgs. n.50/2016 per cui: *“Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi”*.

La scelta della stazione appaltante appare, inoltre, censurabile per eccesso di potere sotto i profili della irragionevolezza, della non proporzionalità e della violazione del principio di concorrenza perché ha dato luogo ad un monopolio regionale di fatto fino ad un settennato nel settore della ristorazione sanitaria dovuto non solo all'individuazione di lotti di importo particolarmente rilevante e di durata notevolmente prolungata ma anche alla possibilità di conseguire tutti i lotti da parte di un solo operatore.

In conclusione i due motivi sono fondati e devono essere accolti.

3.§. Nella ottica di cui alle considerazioni che precedono, deve essere poi esaminato il quinto motivo di appello con cui si deduce l'erroneità della sentenza di primo grado per aver, qualificato come “interesse di mero fatto” la pretesa della ricorrente e dichiarato inammissibile il quinto motivo di primo grado.

3.§.1. Devono, in linea preliminare, essere respinte le eccezioni preliminari sollevate rispettivamente:

a) dalla Azienda Zero, per cui la censura introdurrebbe un inammissibile motivo nuovo perché nel ricorso introduttivo la Dussmann avrebbe lamentato l'assenza di istruttoria e di motivazione mentre in appello, a seguito del deposito degli atti in primo grado, avrebbe invece lamentato l'insufficienza e lo sviamento dell'istruttoria di un procedimento diretto a individuare un prestatore di servizi che sia “veneto” e che abbia il sistema produttivo cook and chill.

Per contro, si osserva che, sia prima di conoscere gli atti istruttori che successivamente, l'appellante ha comunque sempre dedotto la carenza sostanziale dell'istruttoria, come elemento sintomatico dell'eccesso di potere del merito delle scelte della Stazione appaltante;

b) dall'ATI aggiudicataria che, anche a tal proposito, assume l'inammissibilità della doglianza per avere la Dussmann Service prestato "acquiescenza" all'esternalizzazione dei centri di cottura in quanto, nella propria offerta, avrebbe enumerato i vantaggi di tale sistema.

Anche a tale riguardo valgono le medesime considerazioni di cui la punto 2.§.1 che precede.

3.§.2. Nel merito, la Dussmann lamenta l'illegittimità del capitolato speciale nella parte in cui si prevedeva l'obbligo del concorrente di avvalersi di uno o più centri di cottura esterni alle strutture delle Aziende sanitarie (artt. 5, 6 e 15 del capitolato) per la produzione e il confezionamento dei pasti mentre l'utilizzo eventuale dei locali e delle cucine esistenti all'interno dei presidi ospedalieri afferenti alle Aziende sanitarie era solo destinata alla "rigenerazione del cibo" previo adeguamento dei relativi locali.

L'appellante ricorda altresì che, nell'istruttoria, sarebbe emerso che il sistema di produzione *cook and chill* sarebbe stato più costoso (mediamente di 1 Euro in più a persona per giornata alimentare) rispetto al sistema "fresco caldo", come risulterebbe chiaramente dalla tabella dei prezzi ANAC (cfr. doc. 26 parte appellante).

In nessuno dei pareri (26 luglio 2016, 12 ottobre 2016 e 15 dicembre 2016) della C.R.I.T.E. emergerebbero le ragioni della formazione dei lotti e della totale esternalizzazione dell'attività di produzione e confezionamento dei pasti.

In ogni caso non sarebbero state indicati i motivi che avevano condotto ad accorpate irragionevolmente nel Lotto 1, le strutture che afferiscono a due Aziende diverse e che avrebbero dovuto essere tenute distinte in quanto collocate in territorio montano con distanze ampie e di difficile raggiungimento. Dall'esame degli atti istruttori sul Lotto 1 in particolare, non emergerebbe alcun elemento per comprendere le ragioni per le quali in esso sono state accorpate strutture che afferiscono a due Aziende diverse (ULSS n. 1 Dolomiti e n. 2 Marca Trevigiana) determinando la creazione di un lotto così ampio.

Inoltre, per Belluno e Treviso si sarebbero indicati 600.000 pasti annui ciascuno e dunque non si comprenderebbe la ragione dell'accorpamento quando, ad esempio, il lotto 3 avrebbe avuto una produzione complessiva simile a ciascuno di essi.

Dall'esame emergerebbe che il fine della "standardizzazione" dei servizi è stato perseguito strutturando illegittimamente la gara in modo da favorire la "concentrazione" di tutti i lotti nell'unica impresa già presente sul territorio e che opera con il sistema *cook and chill* mediante il più grande centro di produzione pasti della Regione Veneto.

3.§.3. Il motivo è fondato.

L'illegittimità sul punto della *lex specialis* qui impugnata è un ulteriore elemento indiziario che conferma le precedenti considerazioni relative alla abnorme strutturazione dei lotti.

Come esattamente lamentato dalla Dussmann, l'utilizzo di soli centri di cottura esterni prescritto dalla *lex specialis* appare un altro elemento sintomaticamente esponenziale di una non casuale progettualità dell'intero impianto.

Nella stessa presentazione alla Commissione Regionale per l'investimento in Tecnologia ed Edilizia- C.R.I.T.E. del progetto di esternalizzazione del Servizio di Ristorazione tramite gara Regionale predisposta dal Gruppo Tecnico nominato dalla Giunta Regionale, si era infatti specificamente indicato che:

-- moltissime Aziende sanitarie erano dotate di centri di cottura interni ed utilizzavano sia il sistema produttivo dei pasti fresco-caldo, sia il sistema cook and chill, sia quello misto;

-- l'unico centro di cottura esterno non di proprietà delle Aziende Sanitarie che produce in cook and chill è proprio il centro di Boara Pisani di proprietà della Serenissima Ristorazione (appartenente al RTI aggiudicatario) che serviva solo una minoranza di strutture sanitarie.

Alla luce degli artt. 5, 6, 15 e 22 del capitolato era infatti evidente l'obbligo del concorrente di avvalersi di uno o più centri di cottura esterni alle strutture delle Aziende sanitarie, per cui è errata l'affermazione che la lex di gara ammettesse in astratto una pluralità di sistemi produttivi (come oppone l'Amministrazione intimata).

Come denunciato infatti l'art. 22 del capitolato prevedeva che: *“Tutti gli interventi di adeguamento dei locali e di messa a norma saranno a carico dell’Azienda sanitaria. Le Aziende Sanitarie che attualmente hanno la produzione interna necessitano di lavori di adeguamento edile-impianistico dei locali destinati alla produzione dei locali destinati alla rigenerazione (eventuale) dei pasti. Tutti gli interventi di adeguamento dei locali e di messa a norma saranno a carico dell’Azienda sanitaria. Analogamente, i locali mensa dipendenti, già adibiti a produzione dei pasti, non saranno più adibiti a tale attività ma dedicati alla rigenerazione e distribuzione; gli eventuali oneri per lavori di adeguamento edile impiantistico saranno a totale carico dell’Azienda Sanitaria”*.

Contrariamente a quanto afferma la difesa dell’Azienda committente, la lex specialis di gara aveva imposto, in modo indifferenziato e senza alcuna motivazione, l’utilizzo di centri di cottura esterni per tutta l’attività di produzione e di confezionamento dei pasti, prevedendo lo “smantellamento” delle cucine esistenti all’interno dei presidi ospedalieri a cura e a spese delle Aziende sanitarie.

Anche sotto il profilo economico resta da chiedersi come mai, senza una reale analisi sulla loro eventuale disfunzionalità ovvero obsolescenza delle attrezzature e senza, anche qui, alcuna motivazione al riguardo, si sia decisa la rottamazione – con oneri di € 700.000 a carico delle Aziende Sanitarie -- di tutte le strutture di produzione dei pasti in precedenza funzionanti presso le strutture sanitarie della Regione Veneto.

In sostanza l’individuazione, in sede di istruttoria preliminare, di un sistema imperniato sull’abbandono delle cucine esistenti -- in presenza di unico centro di proprietà di una sola delle partecipanti -- si rivela un elemento cardine sotto il profilo sintomatico dell’eccesso di potere di un’operazione artatamente diretta a conseguire un determinato risultato ed un determinato assetto finale del settore.

In questo senso la rilevanza della circostanza che l’unico centro esterno per il cook and chill fosse quello della impresa mandante dell’ATI aggiudicataria porta a dover ritenere casuali le risultanze della gara, che hanno visto soccombenti sia i produttori che non utilizzavano il sistema cook and chill e sia quelli che, operando fuori regione, ricorrevano al sistema cook and chill (come la Dussmann, che peraltro a detta dell’Azienda Zero addirittura primeggerebbe nel campo).

In definitiva sul punto, la struttura della gara appare una scelta discrezionale viziata sotto il profilo funzionale in quanto manifestamente diretta ad attuare un notevole ed ingiustificato favore di uno

dei concorrenti, in violazione delle regole della corretta concorrenza nel mercato delle imprese del settore.

4.§. Deve essere invece disatteso il primo profilo del settimo motivo di appello, con cui la Dussmann Service ha chiesto la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto la dedotta illegittimità della attribuzione dello stesso “peso” per l’offerta tecnica e per quella economica. Tale criterio non sarebbe stato idoneo a garantire l’individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo che presuppone un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici dell’offerta e dunque una loro valorizzazione. Si tratta, del resto, di affidare un servizio che deve essere aggiudicato “esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo” (art. 95, comma 3, D.lgs. 50/2016).

Per l’appellante sarebbe evidente l’illogicità manifesta della attribuzione dello stesso peso all’offerta tecnica e a quella economica per garantire l’individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo.

Al contrario ha ragione il TAR Veneto che ha ritenuto tale profilo infondato affermando:

-- *“la inapplicabilità ratione temporis del comma 10-bis dell’art. 95 d.lgs. n.50/2016”* in quanto il bando era stato pubblicato nella GUUE il 28.12.2016 e quindi in un momento antecedente all’entrata in vigore del c.d. “correttivo” di cui al d.lgs. n.56/2017;

-- in conseguenza *“la legittimità della scelta della stazione appaltante di attribuire lo stesso “peso” per l’offerta tecnica e per quella economica”*.

5.§. Devono poi essere esaminati unitariamente il secondo profilo del settimo motivo, l’ottava e nona doglianza.

5.§.1. Con il citato secondo profilo la Dussmann lamenta l’illegittimità dei criteri di valutazione delle offerte per genericità e per l’omessa previsione di coefficienti, variabili (tra 0 ed 1), che sarebbero stati necessari per poter comprendere il giudizio della Commissione fondato su una motivazione di carattere discorsivo e su un unico punteggio numerico finale sui singoli parametri e sub parametri. Al riguardo la sentenza ha affermato:

-- la piena sufficienza della motivazione espressa mediante l’attribuzione del solo punteggio numerico finale;

-- la non indispensabilità dell’indicazione del punteggio assegnato da ciascun commissario, essendo comunque il punteggio numerico finale risultante dalla valutazione complessiva e sintetica operata dalla Commissione all’interno degli stringenti parametri valutativi indicati nella lex di gara;

-- l’insussistenza della violazione delle Linee Guida Anac n. 2/2016 che mantengono ferma la libertà della stazione appaltante “di determinare il criterio di attribuzione dei punteggi per i criteri di natura qualitativa”, essendo i due gruppi di sistemi alternativi (coefficiente variabile tra 0 ed 1 e confronto a coppie) indicati unicamente a titolo esemplificativo;

-- che la Commissione aveva fornito ampia ed esaustiva motivazione discorsiva come emerge per tabulas dal verbale della seduta riservata del 16 maggio 2017 (All. 22 fascicolo Azienda Zero di primo grado).

Al contrario, per l'appellante erroneamente il Primo Giudice ha ritenuto che sussistesse un'analitica griglia per i parametri ed i sub-parametri di cui all'Allegato 5 del disciplinare di gara, con soglie minime di sbarramento, mentre si tratterebbe di elementi che coincidono esattamente con il contenuto dell'offerta tecnica descritto nel disciplinare. Ciò confermerebbe, da un lato, la genericità dei criteri di valutazione previsti dalla lex specialis, in quanto vi sarebbe una piena e totale sovrapponibilità, anche "letterale", del contenuto dell'offerta e dei criteri di valutazione e, dall'altro, l'assoluta discrezionalità della Commissione la quale, in assenza di criteri analitici, non sarebbe stata tenuta ad "ancorare" il proprio giudizio a parametri di valutazione dettagliati e puntuali.

La mancata previsione nella lex specialis di coefficienti variabili (tra 0 e 1) ed il mancato utilizzo, da parte dei singoli Commissari dei suddetti coefficienti, rende del tutto incomprensibile l'iter logico ed il procedimento seguito per l'assegnazione del punteggio numerico finale.

Di qui la violazione dell'art. 95, comma 8, D.lgs. 50/2016 e delle Linee Guida ANAC n. 2/2016 che stabiliscono, in particolare al paragrafo V, che *"al fine di permettere ai concorrenti di presentare una proposta consapevole e alla commissione di gara di esprimere una valutazione delle offerte coerente con gli obiettivi della stazione appaltante ... è assolutamente necessario che vengano indicati - già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento - i criteri motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione delle offerte"* prevedendo l'utilizzo di sistemi alternativi costituiti dalla *"attribuzione discrezionale di un coefficiente"*.

5.§.2. Con l'ottavo motivo di appello si deduce l'erroneità della sentenza impugnata che ha dichiarato inammissibile, per mancato superamento della "prova di resistenza", le doglianze avverso le offerte tecniche che contestavano l'aver dato rilievo (decisivo), fin dalla valutazione del primo criterio A.1 del disciplinare di gara, all'ubicazione e alle caratteristiche dei centri cottura di San Vendemiano (Treviso) e dell'HUB di Limana (Belluno) dell'ATI aggiudicataria e dei centri cottura di Sona (Verona) e Maron di Brugnera (Pordenone) del RTI Camst – Ladisa.

La Commissione avrebbe introdotto un parametro di giudizio non previsto nella lex specialis ed effettuato una valutazione non imparziale in ordine a tutti gli ulteriori criteri di valutazione delle offerte tecniche. In particolare per la valutazione del criterio A del disciplinare di gara, la Commissione avrebbe finito, come detto, per dare rilievo decisivo, all'ubicazione e alle caratteristiche dei centri cottura indicati dalla ATI aggiudicataria, ed analogamente avrebbe fatto al punto D) che concerneva la *"Disponibilità del/i centro/i di cottura al momento della stipula del contratto con avvio del servizio entro 30 giorni dalla sottoscrizione del contratto(Punti 5)"* e la *"Disponibilità del/i centro/i di cottura e avvio del servizio entro 3 mesi dalla sottoscrizione del contratto (Punto 3)"*.

L'introduzione di predetti parametri di valutazione avrebbe gravemente compromesso l'imparzialità del giudizio della Commissione medesima in modo tale da determinare il travolgimento dell'intera procedura di gara.

Non si sarebbe dunque trattato, come affermato dai Giudici di primo grado, di una questione che si esaurisce nella maggiore o minore attribuzione di punteggio al solo sub parametro A1.

5.§.3. In conseguenza delle censure che precedono l'appellante lamenta in definitiva l'illegittimità in via derivata del decreto del Commissario dell'Azienda Zero di approvazione degli atti di gara e dell'aggiudicazione definitiva alla RTI Euroristorazione Serenissima.

5.§.4. Le doglianze sono fondate.

Nella medesima ottica interpretativa di cui ai punti che precedono, si deve osservare che le modalità con cui la Commissione ha valutato le proposte progettuali appaiono direttamente derivanti dall'impostazione complessiva della gara.

Nella sostanza, la pregressa titolarità del centro di cottura della Serenissima Servizi relativamente al lotto n. 1 ha finito per giocare un ruolo decisivo perché tale parametro di giudizio appare essere stato valorizzato per ben due volte:

a) sotto il criterio A.1 “ Sistema di produzione delle pietanze (motivazione della scelta e vantaggi correlati ai bisogni e agli obiettivi”): *“La Commissione ritiene ottimale la proposta progettuale presentata in relazione al sistema di produzione in legume refrigerato prescelto”* dall'ATI Euroristorazione ed ha valorizzato l'ampliamento del centro cottura definito adeguatamente strutturato ed idoneo: al riguardo non è irrilevante annotare che.

-- nell'agriglia per i parametri ed i sub-parametri, di cui all'Allegato 5 “criteri di valutazione” del disciplinare di gara, non era contemplato alcun criterio motivazionale di riferimento;

-- dal verbale del 16 maggio 2017, dalla genericità delle annotazioni non è dato comprendere su quali elementi concreti si era fondato il giudizio e l'attribuzione di tutti e 7 i punti previsti.

Ha dunque ragione l'appellante quando sottolinea la genericità e l'assoluta assenza di criteri motivazionali del sub-parametro A1, pur nei riguardi dell'elemento qualitativo con il più alto massimale di voti attribuibile e l'illegittimità delle connesse valutazioni della Commissione sul punto;

b) sotto il parametro D relativo all'avvio del servizio: la Commissione ha assegnato all'aggiudicataria -- che disponeva di un centro cottura e che quindi aveva dichiarato la disponibilità ad iniziare entro 30 gg dalla sottoscrizione del contratto -- tutti e 5 i punti: è evidente che tale ulteriore parametro - alla luce delle ricordate valutazioni sulla lett. A) -- si risolveva in una ulteriore retribuzione del medesimo elemento

Altro sintomo evidente dello sviamento di potere dei lavori della Commissione emerge dalla mancata indicazione dei punteggi attribuiti dai singoli Commissari: in maniera del tutto illegittima è stato assegnato un unico punteggio numerico complessivo per ciascun criterio senza nemmeno l'indicazione anonima dei giudizi espressi dai singoli commissari: nel quadro complessivo del presente procedimento, tale carenza appare un elemento che potrebbe addirittura far dubitare della stessa autonomia e dell'effettiva indipendenza dei relativi giudizi.

Sotto il profilo dello sviamento di potere appare dunque rilevante, nel quadro complessivo della vicenda in esame, che la Commissione abbia attribuito un punteggio numerico finale unico per ciascun parametro.

Nella medesima prospettiva rilevano anche l'aggettivazione e l'enfasi contenute nelle singole valutazioni discorsive espresse dalla Commissione sui parametri da A a D dell'Allegato 5 del disciplinare (cfr. verbale del 16 maggio 2017): ad es.: al parametro A1 “Sistema di produzione delle pietanze” la proposta progettuale della Dussmann viene giudicata “discreta” per l'imprecisata l'ubicazione del centro di produzione delle pietanze (con punti 4,5), mentre per l'ATI aggiudicataria è giudicata “ottimale la proposta progettuale”.

In definitiva, la specifica attribuzione delle due voci di attribuzione di punteggi sub A.1) e sub D) concernenti un unico requisito del quale, in base all'istruttoria preliminare, era noto il possesso da

una sola impresa, finiva per alterare pregiudizialmente l'imparzialità dei giudizi sugli altri concorrenti in quanto tale elemento assumeva, nell'economia concreta dei punteggi, un rilievo decisivo.

Anche sotto questi profili, l'esame complessivo dei verbali di gara avvalorava il convincimento che la valutazione qualitativa e l'attribuzione dei punteggi relativi sono stati la diretta ed immediata conseguenza di una impostazione complessiva della intera procedura.

In definitiva, il Collegio non ha dubbi dell'illegittimità delle valutazioni della Commissione sotto il profilo procedimentale e sostanziale e di conseguenza, come denunciato con il nono motivo, l'aggiudicazione al RTI Euroristorazione Serenissima è viziata da illegittimità derivata.

Nei suddetti termini le doglianze devono dunque essere accolte.

6.§. In definitiva dunque, i singoli profili denunciati -- se interpretati gli uni in collegamento con gli altri -- portano alla ricomposizione di un quadro sintomaticamente rivelatore di un eccesso di potere per sviamento e violazione dei ricordati articoli 30 e 51 del Codice dei contratti.

L'intero procedimento relativo al Lotto n.1, risulta dunque illegittimo con riguardo in particolare:

- alla scelta della stazione appaltante di far luogo a tutti maxi lotti, di cui quello qui in questione pari ad oltre € 54 ml);
- alla mancata limitazione della possibilità di aggiudicazione di tutti i lotti a un'unica impresa;
- all'imposizione dell'obbligo degli aggiudicatari di avvalersi di centri di cottura esterni alle strutture delle Aziende sanitarie per la produzione dei pasti;
- all'adozione di criteri di valutazione nella lex specialis del tutto generici e privi di criteri motivazionali di giudizio;
- alle valutazioni delle offerte effettuate attraverso la artata valorizzazione di un parametro di giudizio, quale la pregressa titolarità di centro di cottura, che ancorché non espressamente contemplato espressamente nella lex specialis era risultato nei fatti determinante.

Nei predetti profili l'appello è fondato e deve essere accolto.

In conseguenza devono essere dichiarati improcedibili, per sopravvenuta carenza di interesse, le censure contenute nel primo, secondo e terzo motivo d'appello.

La sentenza impugnata deve dunque essere riformata e, per l'effetto, deve essere pronunciato l'annullamento di tutti gli atti relativi all'aggiudicazione del presente Lotto n.1.

Tuttavia, in base ai limiti oggettivi del giudicato riconducibile al principio della domanda e alla corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, il predetto annullamento del Lotto n.1 non travolge l'intera struttura organizzativa dei lotti che non sono stati espressamente oggetto di impugnazione.

In considerazione della novità e della peculiarità delle questioni trattate, le spese possono tuttavia essere compensate integralmente tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1. Accoglie l'appello, come in epigrafe proposto, e in riforma della sentenza impugnata annulla di tutti gli atti relativi all'aggiudicazione del presente Lotto n.1 all'RTI aggiudicatario.

2. Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO