

Publicato il 07/11/2019

N. 02329/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00098/2019 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 98 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Elior Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Anania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio presso il suo studio in Milano, via Amedei, 8;

contro

ARCA S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala e Stefano Marras, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio presso lo studio dell'avv. Claudia Sala in Milano, via Fabio Filzi 22;

nei confronti

Regione Lombardia e ASST Fatebenefratelli – Sacco, non costituite in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensiva:

A) quanto al ricorso principale,

unitamente a tutti gli atti preordinati consequenziali e connessi, *in parte qua*, di tutti gli atti della gara d'appalto indetta da ARCA S.p.A. con determina del Direttore Generale, Prot. ARCA.2018.0016720 del 6 dicembre 2018 (e successiva Determina di rettifica prot. n. 2018.0017139 del 14 dicembre 2018), avente ad oggetto “ARCA_2018_083 – Procedura aperta, ai sensi dell’art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016, per il servizio di ristorazione e servizi connessi?”- numero di riferimento: ARCA_2018_083, con riferimento al lotto n. 1 denominato “Affidamento del servizio di ristorazione e servizi connessi. Lotto 1 - ASST Fatebenefratelli Sacco”, CIG 7719590730, inclusa la Determina di indizione della gara, il Bando di gara, il Capitolato tecnico, il Disciplinare di gara e tutti i relativi allegati;

e per la conseguente declaratoria

dell’illegittimità della procedura di gara in quanto carente dei requisiti e delle informazioni necessarie per una corretta formulazione dell’offerta - oltreché in contrasto con il principio di *par condicio* tra i concorrenti - ed il conseguente obbligo della stazione appaltante di integrare gli atti della procedura e/o di indire una nuova gara emendata dai vizi qui denunciati, nel rispetto dei termini di pubblicazione del bando previsti dalla legge;

B) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositati in data 1° marzo 2019, per l’annullamento, previa sospensiva,

unitamente a tutti gli atti preordinati consequenziali e connessi, *in parte qua*, della Determina n. 82 del 4 febbraio 2019, di ARCA – Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A., recante ad oggetto “Rettifica e Riapertura dei Termini di gara della procedura denominata “ARCA_2018_083 Procedura Aperta per l’affidamento del servizio di ristorazione e servizi connessi ai sensi dell’art. 60 del D. Lgs. n. 50/2016”, con riferimento al lotto n. 1 denominato “Affidamento del servizio di ristorazione e servizi connessi. Lotto 1 - ASST Fatebenefratelli Sacco”, CIG 7719590730, inclusa la Determina di indizione della gara, il Bando di gara, il Capitolato tecnico, il Disciplinare di gara e tutti i relativi allegati, così come

risultano oggi modificati ed integrati per effetto della succitata Determinazione n. 82/2019;
e per la conseguente declaratoria dell'illegittimità della procedura di gara in quanto carente dei requisiti e delle informazioni necessarie per una corretta formulazione dell'offerta - oltretutto in contrasto con il principio di *par condicio* tra i concorrenti - ed il conseguente obbligo della stazione appaltante di integrare gli atti della procedura e/o di indire una nuova gara emendata dai vizi qui denunciati, nel rispetto dei termini di pubblicazione del bando previsti dalla legge.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Arca S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 giugno 2019 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Regionale Centrale Acquisti S.p.A. (in seguito ARCA) ha indetto una procedura aperta per la fornitura dei servizi di ristorazione e servizi connessi per le amministrazioni sanitarie aventi sede nel territorio della Regione Lombardia di cui all'art. 1, comma 3, della L.R. n. 33 del 27.12.2006, suddivisa in 5 lotti.

Con l'odierno ricorso la società ricorrente, operante nel settore della ristorazione collettiva nel settore pubblico e privato, ha impugnato sotto diversi profili gli atti di gara relativi al lotto 1, lamentando l'indeterminatezza della *lex specialis* che, a suo dire, non consentirebbe, così come formulata, la predisposizione di una congrua e seria offerta da parte dell'operatore economico ricorrente.

Il ricorso è affidato ai seguenti motivi:

- 1) illegittimità della *lex specialis* e, in particolare, dell'art. 6.1 del Capitolato tecnico, per indeterminatezza, mancata indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza (contrasto con l'art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti;
- 2) illegittimità della *lex specialis* e, in particolare, dell'art. 16.1 del Disciplinare di gara e delle "Tabelle dei criteri discrezionali (D), quantitativi (Q) e tabellari (T) di valutazione dell'offerta tecnica" – Paragrafo 1.6 del Disciplinare di gara, per indeterminatezza, mancata indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza (contrasto con l'art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti;
- 3) illegittimità della *lex specialis* per indeterminatezza dell'oggetto della gara; mancata indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza (contrasto con l'art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; perplessità;
- 4) illegittimità della *lex specialis* per contraddittorietà ed indeterminatezza dell'oggetto della gara con riferimento ai servizi accessori; indeterminatezza, mancata indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza (contrasto con l'art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; perplessità;
- 5) illegittimità della *lex specialis* per indeterminatezza, mancata indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza (contrasto con l'art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione

degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio di *par condicio* tra i concorrenti;

6) illegittimità della *lex specialis* per erroneità/falsità dell'oggetto dell'appalto e dell'importo a base d'asta; violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza (contrasto con l'art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli artt. 35 e 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016; difetto assoluto di motivazione;

7) illegittimità della *lex specialis* e, in particolare, dell'art. 16.1 del Disciplinare di gara e delle "Tabelle dei criteri discrezionali (D), quantitativi (Q) e tabellari (T) di valutazione dell'offerta tecnica" – Paragrafo 1.4 del Disciplinare di gara, per indeterminatezza, mancata indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza (contrasto con l'art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/2016.

Con successivi motivi aggiunti la ricorrente ha impugnato gli ulteriori atti indicati in epigrafe, tra cui, in particolare, la determinazione n. 82 del 4 febbraio 2019, di rettifica della *lex specialis* e contestuale riapertura dei termini di gara, deducendone l'illegittimità sulla base dei seguenti motivi:

1) illegittimità della *lex specialis* e, in particolare, degli artt. 1.1, 3.2, 3.10 e 61 del Capitolato tecnico, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 50 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3 della l.r. Lombardia n. 26/2017; violazione degli artt. 41 e 97 Cost.; violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza;

2) illegittimità della *lex specialis* e, in particolare, dell'art. 16.1 del Disciplinare di gara e delle "Tabelle dei criteri discrezionali (D), quantitativi (Q) e tabellari (T) di valutazione dell'offerta tecnica" – Paragrafi 8.1. e 8.2 del Disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 50 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 3 della L.R. Lombardia n. 26/2017; violazione degli artt. 41 e 97

Cost.; violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza;

3) invalidità derivata: illegittimità della *lex specialis* per indeterminatezza dell'oggetto della gara; mancata indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza (contrasto con l'art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; perplessità;

4) invalidità derivata: illegittimità della *lex specialis* per erroneità/falsità dell'oggetto dell'appalto e dell'importo a base d'asta; violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza (contrasto con l'art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli artt. 35 e 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016; difetto assoluto di motivazione;

5) illegittimità della *lex specialis* e, in particolare, dell'art. 16.1 del Disciplinare di gara e delle "Tabelle dei criteri discrezionali (D), quantitativi (Q) e tabellari (T) di valutazione dell'offerta tecnica"- Paragrafo 1.4 del Disciplinare di gara, per indeterminatezza, mancata indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta, violazione dei principi di trasparenza, buona fede e correttezza dell'azione amministrativa e libera concorrenza (contrasto con l'art. 97 Cost.); violazione e/o falsa applicazione degli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50/2016.

Si è costituita Arca S.p.A., la quale ha eccepito il "superamento" di parte dei motivi proposti con il ricorso introduttivo in conseguenza delle rettifiche apportate alla *lex specialis*, oltre a chiedere la reiezione del ricorso.

Alla camera di consiglio del giorno 4 aprile 2019 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare.

In vista dell'udienza pubblica la ricorrente ha ribadito le proprie difese con memorie.

Alla pubblica udienza del giorno 6 giugno 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso introduttivo è in parte infondato e in parte improcedibile, e i motivi aggiunti sono infondati; di seguito le motivazioni della sentenza, rese nella forma redazionale semplificata di cui al combinato disposto degli artt. 120, comma 6, e 74 c.p.a.

2.1. In primo luogo, occorre rilevare che, a seguito delle rettifiche apportate alla *lex specialis* ad opera della determinazione n. 82 del 4 febbraio 2019, è venuto meno l'interesse allo scrutinio – con conseguente improcedibilità, come prospettato, seppure impropriamente, da parte resistente - del primo, secondo, quarto, quinto e, in parte, del settimo motivo del ricorso introduttivo.

2.1.1. Quanto al primo e al secondo motivo, è sufficiente rilevare che con la determinazione n. 82 del 2019 è stata eliminata dalla *lex specialis* la clausola relativa alla possibilità di utilizzo dei *container*, in guisa tale che il servizio messo a gara dovrà svolgersi attraverso il sistema veicolato; si è inoltre aggiunto che “*la clausola si intende eliminata all'interno di tutti i documenti di gara in cui essa è richiamata*”, con la conseguente esclusione dei relativi costi per le utenze e la rideterminazione del valore totale stimato dell'appalto e del lotto 1.

È venuto meno, quindi, l'interesse all'esame dei primi due motivi, con i quali si censura la legge di gara proprio in quanto prevedeva la possibilità dell'utilizzo dei *container* per lo svolgimento del servizio.

2.1.2. L'improcedibilità del quarto e del quinto motivo, con i quali la ricorrente censura la *lex specialis* per incompletezza, genericità e indeterminatezza delle previsioni relative ai servizi accessori, consegue alla rettifica - concernente peraltro tutti i lotti in gara - in virtù della quale, per un verso, all'interno delle schede “Dettaglio Prezzi Unitari” è stato riportato un elenco dei servizi accessori richiesti al paragrafo “1.1 Oggetto del servizio” del Capitolato Tecnico e per i quali l'operatore economico deve indicare l'incidenza percentuale sul costo del singolo pasto, e, per altro verso, sono stati modificati i relativi *file* inserendo l'elenco completo dei servizi accessori

di pertinenza di ciascun lotto, come risulta dalla versione rettificata per tutti i lotti della procedura.

2.1.3. Il settimo motivo, con il quale la ricorrente contesta le modalità di attribuzione dei punteggi tecnici di cui alle “Tabelle dei criteri discrezionali (D), quantitativi (Q) e tabellari (T) di valutazione dell’offerta tecnica” dell’art. 16.1 del Disciplinare di gara, è improcedibile nella parte in cui viene dedotta la contraddittorietà del parametro di valutazione previsto dal paragrafo 1.4 del Disciplinare rispetto ad altre disposizioni della legge di gara che prevedono come assolutamente obbligatorio, inderogabile ed anche a pena di esclusione, il rispetto della clausola sociale e il riassorbimento di tutti i lavoratori.

Al riguardo, è sufficiente rilevare che:

- nella originaria versione del paragrafo 1.4 del Disciplinare era previsto il parametro di valutazione *“Impegno a riassorbire il personale, attualmente presente per lo svolgimento del servizio presso l’Ente, con il medesimo livello occupazionale e con il contratto collettivo di settore più favorevole sotto il profilo del trattamento economico”*, in relazione al quale si individuavano tre diverse ipotesi ai fini dell’attribuzione del punteggio massimo di 14 punti, ossia:

a) riassorbimento del 100% a condizioni migliorative rispetto al contratto più favorevole: 14 punti;

b) riassorbimento del 100%: 7 punti;

c) nessun riassorbimento: 0 punti;

- tale parametro, tuttavia, è stato modificato con la Determinazione n. 82/2019, prevedendo due sole ipotesi, ossia:

a) riassorbimento di tutto il personale a condizioni migliorative rispetto al contratto più favorevole: 14 punti;

b) riassorbimento di tutto il personale senza nessuna applicazione di condizioni migliorative rispetto al contratto più favorevole: 0 punti;

- la modifica in questione, evidentemente, priva d’interesse la censura, non essendo più contemplata la possibilità che non si faccia luogo ad “alcun riassorbimento” del personale.

Con la restante parte della censura, che può essere esaminata congiuntamente al quinto dei motivi aggiunti, trattandosi di doglianze analoghe, la ricorrente lamenta la mancata attinenza del parametro in questione rispetto all'oggetto dell'appalto e la genericità e indeterminatezza del riferimento alle "condizioni migliorative".

La censura non coglie nel segno, atteso che:

- la ricorrente non fornisce elementi precisi da cui desumere che la gravata previsione del Disciplinare le impedisca di formulare un'offerta, né dimostra che in relazione al punteggio previsto per le "condizioni migliorative" eventualmente proposte verrà sicuramente pregiudicata dall'asserita genericità del parametro;
- per ciò solo le doglianze vanno respinte;
- peraltro, come efficacemente dedotto da parte resistente, non può negarsi che il parametro di valutazione oggetto di censura incida sull'aspetto qualitativo dell'offerta in virtù degli aspetti "sociali" espressamente previsti dall'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016.

2.2. Con il terzo motivo del ricorso introduttivo (riproposto con il terzo dei motivi aggiunti) la ricorrente lamenta che il Capitolato tecnico individuerrebbe in termini assolutamente generici e insufficienti l'oggetto del servizio, ossia la prestazione richiesta, ai fini della presentazione dell'offerta tecnica ed economica; secondo la prospettazione dell'interessata l'incompletezza e genericità della *lex specialis* sarebbe comprovata dal fatto che la legge di gara fornisce elementi di dettaglio e dedica specifici articoli solo al lotto n. 2, trascurando del tutto gli altri lotti, tra cui anche il lotto n. 1.

La tesi non persuade.

Al riguardo, è sufficiente osservare, in linea con la convincente difesa di ARCA S.p.A., che le informazioni ulteriori inserite nel Capitolato per il lotto 2 rappresentano vincoli specifici cui l'operatore economico deve uniformarsi nella formulazione dell'offerta, mentre per gli altri lotti (tra cui quello oggetto di causa), in assenza di analoghi vincoli specifici, sarà onere di ciascun

concorrente formulare il proprio progetto tecnico in conformità a quanto previsto dalla *lex specialis*. Inoltre, alla luce delle previsioni della legge di gara, come risultanti a seguito delle rettifiche apportate con la determinazione n. 82/2019, deve concludersi che per il lotto 1: i) tutti i pasti devono essere veicolati al reparto; ii) non è previsto che gli Enti mettano a disposizione le proprie cucine; iii) sono messi a disposizione i locali e le piccole attrezzature delle sale mensa/*self service*.

La censura, pertanto, va respinta.

2.3. Con il sesto motivo del ricorso introduttivo (riproposto con il quarto dei motivi aggiunti) la ricorrente contesta che il valore di ogni lotto e quindi anche il valore dell'intera gara non sarebbe basato su dati reali in quanto i dati effettivi – cioè quelli dedotti dalla quantità dell'anno 2017 – risulterebbero oggetto di una successiva, ingiustificata ed illegittima maggiorazione del 30%.

La censura non ha pregio.

Sul punto è sufficiente rilevare che la censurata maggiorazione del 30 %, non solo non si pone in contrasto con alcuna norma, ma non può nemmeno ritenersi irragionevole, essendo stata prevista al fine di garantire, entro i termini di durata delle convenzioni che verranno stipulate per ciascun lotto (tra cui anche il lotto 1), la possibilità di usufruire di tale servizio anche da parte di eventuali nuovi presidi di ogni singolo Ente allo stato attuale non operativi.

La ricorrente, peraltro, non ha neanche dimostrato che la previsione in parola sia effettivamente impeditiva della partecipazione alla gara, né che dall'applicazione della stessa deriverà un sicuro pregiudizio in suo danno nel corso della procedura evidenziale.

La censura, pertanto, va respinta.

2.4. Con il primo dei motivi aggiunti la ricorrente censura il mantenimento della clausola sociale e della medesima base d'asta pur dopo l'eliminazione della possibilità di utilizzare per la cottura dei pasti i *container* messi a disposizione dall'Ospedale.

La censura non può trovare accoglimento.

Al riguardo, il Collegio osserva che:

- la ricorrente si limita a dedurre che la base d'asta è insufficiente, senza fornire in tal senso concreti elementi di riscontro;
- il mantenimento della clausola sociale, pur a seguito della rettifica di cui alla determinazione n. 82/2019, non può inficiare *ex se* la legge di gara, in quanto ciò che rileva sarà la concreta applicazione che la stazione appaltante darà a tale previsione nello sviluppo della procedura;
- in quest'ottica la *lex specialis* non può ritenersi idonea a impedire la partecipazione alla gara della ricorrente, né quest'ultima ha dimostrato in alcun modo che subirà un sicuro pregiudizio, tenuto conto anche che, come già affermato dalla giurisprudenza di questo Tribunale, la c.d. clausola sociale “*deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente*” e, inoltre, “*l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante*” (T.A.R. Lombardia – Milano, n. 936/2018; v. anche C.d.S., Sez. III, n. 2078/2017; Id., Sez. V, n. 272/2018).

La censura, pertanto, va respinta.

2.5. Resta da esaminare il secondo dei motivi aggiunti, con il quale la ricorrente contesta la previsione di un punteggio premiale per l'impiego nella commessa di soggetti “svantaggiati”, “molto svantaggiati” o “disabili”.

La censura non convince.

Al riguardo è sufficiente rilevare che:

- la *lex specialis*, nel criterio di valutazione n. 8 (Aspetti Sociali - Impegno a coinvolgere soggetti “svantaggiati”, “molto svantaggiati” o “disabili”, secondo le definizioni previste dall'art. 2, punti 18, 19 e 20 del Regolamento CE 800/2008), prevede la possibilità per i concorrenti di aderire, ciascuno

secondo proprie e autonome scelte organizzative, al progetto di inserimento sociale dei soggetti “svantaggiati”;

- il criterio in parola viene in considerazione ai fini dell’attribuzione del punteggio all’offerta tecnica e, come tale, è evidentemente insuscettibile di esplicitare alcuna valenza impeditiva della partecipazione alla gara, né la ricorrente fornisce alcuna dimostrazione del fatto che dalla sua applicazione subirà un sicuro pregiudizio;

- peraltro, il criterio in questione valorizza gli aspetti “sociali” espressamente previsti dall’art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 e non prevede una distribuzione irragionevole del punteggio.

La censura, pertanto, va respinta.

3. In ragione delle suesposte considerazioni, il ricorso introduttivo va in parte dichiarato improcedibile e in parte respinto e i motivi aggiunti vanno respinti.

Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti costituite, tenuto conto del complesso della vicenda, nella quale l’Amministrazione è intervenuta a modificare la *lex specialis* per porre rimedio ad alcuni aspetti critici della stessa fatti oggetto di censura; nulla, peraltro, deve disporsi per le parti non costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, integrato da motivi aggiunti, come in epigrafe proposto:

- in parte dichiara improcedibile e in parte respinge il ricorso introduttivo;
- respinge i motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 giugno 2019 con l’intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Oscar Marongiu, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Oscar Marongiu

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO