

Publicato il 02/01/2019

N. 00005/2019REG.PROV.COLL.

N. 04312/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4312 del 2017, proposto da: Ladisa s.r.l., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con B+Cooperativa Sociale, Bioristoro Italia s.r.l., Cimas s.r.l., Cucina & Sapori Cooperativa Sociale, Le Palme Ristorazione & Servizi s.r.l., Nuova Cucina Siciliana Soc. Coop., Pastore s.r.l., Progetto Alfano s.r.l., P.A. S.r.l. Food & Servizi, Ristora Food & Service s.r.l., Slem s.r.l., Serist Servizi Ristorazione s.r.l., e Turrini Ristorazione s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice, Angelo Clarizia, Antonio Palma, Isabella Loiodice, Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

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

nei confronti

Elior Ristorazione s.p.a in proprio e quale mandataria del R.T.I. con Gemeaz Elior s.p.a, Gemos Soc. Coop., Innova s.p.a, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Anania, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza del Popolo, 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I BIS n. 06028/2017, resa tra le parti, concernente l'impugnativa del decreto n. 330/16 con cui è stata approvata la proposta di aggiudicazione del servizio di ristorazione, catering completo, catering veicolato e dei connessi

servizi accessori presso gli enti, distaccamenti e reparti del Ministero della Difesa per l'anno 2017 - lotto 2.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa e del R.T.I. Elior Ristorazione s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Clarizia Angelo, Loiodice Aldo, Palma Antonio, Alessandra Ciocia su delega di Pappalopore Vito Aurelio, l'avvocato dello Stato Greco, Anania Riccardo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il R.T.I. Ladisa s.r.l. ha interposto appello nei confronti della sentenza 22 maggio 2017, n. 6028 del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I bis, che ha dichiarato inammissibile il suo ricorso avverso il decreto n. 330 del 16 novembre 2016, di aggiudicazione in favore del R.T.I. Elior Ristorazione s.p.a. della "gara comunitaria a procedura aperta, ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016, per l'appalto dei servizi di ristorazione, catering completo, catering veicolato e dei connessi servizi accessori presso gli Enti, Distaccamenti e Reparti del Ministero della Difesa per l'anno 2017", lotto n. 2 (Regioni Piemonte, Valle d'Aosta e Liguria).

Con il ricorso in primo grado il raggruppamento Ladisa ha impugnato il provvedimento di ammissione alla gara del R.T.I. Dussmann Service s.r.l. ed al contempo ha chiesto l'esclusione, per vari motivi, del R.T.I. Elior Ristorazione s.p.a.; con motivi aggiunti ha poi impugnato la sopravvenuta aggiudicazione in favore del R.T.I. Elior.

Il Tribunale amministrativo con ordinanza ha separato i ricorsi rispettivamente concernenti l'impugnativa dell'ammissione alla gara e dell'aggiudicazione della medesima.

2. - Sul ricorso avverso l'aggiudicazione è intervenuta la sentenza oggetto del presente gravame, che lo ha dichiarato inammissibile nella considerazione, da un lato, che non contenga censure autonome ed ulteriori rispetto a quelle presentate nel gravame avverso l'ammissione dei concorrenti alla gara relativa al lotto n. 2, e, d'altro lato, che il motivo avverso il punteggio attribuito ad Elior in sede di aggiudicazione (relativo alla centrale logistica ubicata nell'area del lotto) non sia stato notificato ad Elior ed al Ministero della Difesa.

3.- Con il ricorso in appello il R.T.I. Ladisa ha dedotto l'erroneità della sentenza per omessa applicazione dell'art. 73, comma 3, Cod. proc. amm., violazione del diritto di difesa e delle garanzie del contraddittorio, reiterando inoltre le censure esperite in primo grado avverso il provvedimento di aggiudicazione, mediante i motivi aggiunti e con memoria notificata.

4. - Si sono costituiti in resistenza il Ministero della Difesa e il R.T.I. Elior Ristorazione s.p.a., eccependo l'inammissibilità o comunque l'infondatezza nel merito dell'appello in considerazione della sentenza della Sezione 4 luglio 2017, n. 3257, che ha riammesso alla gara il raggruppamento Ladisa, ritenendo peraltro legittima l'offerta del R.T.I. Elior (con esclusione, pertanto, dei profili di illegittimità derivata dall'ammissione alla gara di quest'ultimo raggruppamento) ed in ogni caso la correttezza della declaratoria di inammissibilità appellata, essendo la contestazione relativa al possesso della struttura logistica per l'approvvigionamento, incidente sull'offerta tecnica, stata svolta con atto non notificato, o comunque tardivo, senza dunque l'instaurazione di un rituale contraddittorio.

5. - All'udienza pubblica del 14 giugno 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Il primo motivo di appello deduce, come premesso, la violazione dell'art. 73, comma 3, Cod. proc. amm., nell'assunto che la sentenza di prime cure, nel dichiarare inammissibile il ricorso in quanto non risulterebbe notificato il motivo svolto, alla stregua di vizio proprio, avverso l'aggiudicazione in favore di Elior, contestante il punteggio attribuito a quest'ultima relativo al possesso di una centrale logistica, è incorsa in una grave svista, atteso che il ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 16 dicembre 2016, recava già, alla pagina 17, la proposizione di un'autonoma censura avverso l'aggiudicazione, allegando che la sottrazione dei quattro punti illegittimamente riconosciuti all'offerta tecnica di Elior avrebbe comportato l'aggiudicazione in suo favore, ed inoltre tale motivo è stato sviluppato, all'esito dell'accesso documentale, con una memoria consegnata per la notifica in data 10 gennaio 2017, a valere quale ulteriore ricorso per motivi aggiunti. Assume l'appellante che le controparti non hanno eccepito l'inammissibilità del motivo in questione, con la conseguenza che, ai fini della pronuncia di inammissibilità su di una questione rilevata d'ufficio, il giudice avrebbe dovuto fare applicazione del disposto dell'art. 73, comma 3, Cod. proc. amm., provocando il contraddittorio.

Il motivo è fondato.

Si evince dalla documentazione versata in atti che con il ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 16 dicembre 2016, è stata censurata l'illegittima attribuzione di quattro punti al R.T.I. Elior in relazione al possesso di una centrale logistica per l'espletamento del servizio nel lotto n. 2; e tale censura è stata ulteriormente sviluppata, a contestazione dell'aggiudicazione, con la memoria notificata il 10 gennaio 2017, che ha posto in evidenza come Elior avesse esibito agli atti di gara solamente una dichiarazione di impegno della MARR s.p.a., e dunque non dimostrato la disponibilità della centrale logistica per l'approvvigionamento, deposito e movimentazione delle derrate.

Appare dunque chiaro che, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza appellata, vi era la prova dell'esistenza degli atti notificati alla controparte recanti il motivo suesposto avverso l'aggiudicazione in favore di Elior.

In ogni caso, anche a prescindere da tale circostanza, la sentenza appellata ha deciso sulla base di un profilo di inammissibilità del ricorso rilevato d'ufficio, e sul quale avrebbe dovuto dunque essere provocato il contraddittorio, se del caso anche al fine di evincere se il mancato rinvenimento di tali motivi aggiunti fosse conseguenza della separazione dell'unitario giudizio, secondo quanto previsto dall'art. 73, comma 3, Cod. proc. amm., alla stregua del quale *«se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie»*.

Secondo il costante indirizzo giurisprudenziale, costituisce violazione del diritto del contraddittorio processuale e del diritto di difesa, in relazione a quanto dispone l'art. 73, comma 3, Cod. proc. amm., l'essere stata posta a fondamento di una sentenza di primo grado una questione rilevata d'ufficio, senza la previa indicazione in udienza o l'assegnazione di un termine alle parti per controdedurre al riguardo, dal che consegue l'obbligo per il giudice di appello di annullare la sentenza stessa e di rimettere la causa al giudice di primo grado ai sensi dell'art. 105, comma 1, Cod. proc. amm. (in termini, tra le tante, Cons. Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2974; V, 4 maggio 2016, n. 1755).

2. - Alla stregua di quanto esposto l'appello deve essere accolto, e, per l'effetto, va annullata con rinvio al giudice di primo grado la sentenza impugnata.

La peculiarità della controversia integra il presupposto di legge per compensare tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza e rimette la causa al primo giudice.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefano Fantini

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO