

Pubblicato il 23/11/2021

N. 01702/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00713/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 713 del 2021, proposto da

Pastore s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Ciocia, con domicilio digitale come da P.E.C. iscritta al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

contro

Ministero dell'economia e delle finanze, Comando generale della Guardia di finanza, Comando della legione allievi della Guardia di finanza di Bari, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria in Bari, via Melo, 97;

nei confronti

Ladisa s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Ermelinda Pastore e Enrica Della Bruna, con domicilio digitale come da P.E.C. iscritte al registro generale degli indirizzi elettronici (ReGIndE);

Innova s.p.a., Dussmann Service s.r.l., non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- del decreto del Comandante della legione allievi di Bari n. 24 del 21 maggio 2021 di approvazione della proposta di aggiudicazione, comunicato e pubblicato in data 3.6.2021;
 - della determinazione di aggiudicazione n. 549 del 3 giugno 2021, in favore della società Ladisa s.r.l. «del servizio di ristorazione collettiva in forma di "catering completo" a mezzo self-service presso la Legione Allievi della Guardia di Finanza, Caserma "De Falco - Sottile", sita in Bari - Cig. 8512076354», comunicata e pubblicata in data 3.6.2021;
 - di tutti gli atti costituenti la *lex specialis* di gara, nessuno escluso, ivi compreso il bando di gara, il disciplinare, il capitolato, le condizioni tecniche e le specifiche tecniche, annesso 2 alle condizioni tecniche;
 - della presupposta determinazione a contrarre n. 228688/650 del 14.9.2020 del Comandante in seconda della Guardia di finanza;
 - di tutti i verbali delle operazioni di gara, nessuno escluso;
 - di tutti gli atti presupposti, connessi, e consequenziali, ancorché non conosciuti;
- nonché
- per la declaratoria *ex art.* 121 e seguenti del codice del processo amministrativo di inefficacia/caducazione del contratto eventualmente stipulato con la Ladisa s.r.l.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'economia e delle finanze, del Comando generale della Guardia di finanza, del Comando della legione allievi della Guardia di finanza di Bari e della Ladisa s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2021 il dott. Alfredo Giuseppe Allegretta e uditi per le parti i difensori avv. Francesca Pizzutilo - su delega dell'avv. Alessandra Ciocia -, avv. Ermelinda Pastore e avv. Enrica Della Bruna;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 2.7.2021 e depositato in data 9.7.2021, la società Pastore s.r.l. adiva il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia al fine di ottenere la pronuncia meglio indicata in oggetto.

Esponendo in fatto che, con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 20.1.2021, la Legione allievi della Guardia di finanza di Bari aveva indetto una procedura aperta con criterio di aggiudicazione individuato in quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento del servizio di ristorazione collettiva della durata di trenta mesi (oltre eventuale proroga tecnica nella misura massima di sei mesi) in forma di "catering completo" a mezzo self-service presso la caserma "De Falco-Sottile", sita in Bari, del valore complessivo stimato di € 6.810.599,95.

Ai sensi dell'art. 3 del disciplinare di gara, il servizio comprendeva:

- reperimento, stoccaggio e conservazione delle derrate;
- preparazione e cottura degli alimenti oggetto dei pasti presso le cucine delle mense;
- collocazione delle vivande nelle apposite catene self-service;
- distribuzione dei pasti agli utenti;
- lavaggio delle stoviglie e di tutte le attrezzature utilizzate;
- pulizia locali mensa, cucina, pertinenze locali funzionalmente annessi;
- raccolta differenziata dei rifiuti;
- riordino dei locali e delle attrezzature all'uopo adibiti;
- predisposizione del menù giornaliero da affiggere nei locali destinati alla mensa.

La società Pastore s.r.l. partecipava alla procedura in questione e, all'esito delle procedure di gara, si collocava al quarto posto in graduatoria, dopo la Innova s.p.a. (classificatasi al terzo posto), la Dussmann Service s.r.l. (giunta al secondo posto) e la Ladisa s.r.l., risultata prima graduata e indicata come aggiudicataria della commessa.

Avverso tali esiti provvedimenti insorgeva la ricorrente, sollevando un unico articolato motivo di gravame, in particolare dolendosi della "violazione ed erronea applicazione degli artt. 34, 71, 95 c. 6 e 144 D.Lgs. 50/2016; violazione e mancata applicazione del D.M. 10 marzo 2020 "Criteri ambientali minimi per il servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari"; eccesso di potere per erronea presupposizione, illogicità manifesta, travisamento, carente ed erronea istruttoria; illegittimità diretta e derivata".

Nello specifico, parte ricorrente rimarcava l'illegittimità degli atti di gara, in quanto - in tesi - redatti senza tener conto delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei "Criteri ambientali minimi per il servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari" di cui al decreto ministeriale 10 marzo 2020 del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (d'ora innanzi anche CAM), in assenza, peraltro, di alcun rinvio funzionale esterno per la ricezione/applicazione dei medesimi.

Con memoria di costituzione pervenuta in data 15.7.2021, si costituivano in giudizio il Ministero dell'economia e delle finanze, il Comando generale della Guardia di finanza e il Comando della legione allievi della Guardia di finanza di Bari per il tramite dell'Avvocatura erariale.

In data 22.7.2021 si costituiva, altresì, la società Ladisa s.r.l., instando per la reiezione del ricorso in quanto inammissibile e infondato.

In particolare, la controinteressata eccepeva l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione tempestiva del bando di gara, peraltro contestato dalla ricorrente soltanto all'esito non favorevole della procedura, oltre che per carenza di interesse ad agire, essendosi la Pastore s.r.l. classificata comunque come quarta graduata.

Con ordinanza n. 284 del 30.7.2021, la sezione seconda del Tribunale amministrativo regionale in intestazione respingeva la domanda di sospensione dell'efficacia dei provvedimenti impugnati, evidenziando, in particolare, "quanto al *fumus boni iuris*, che le articolate contestazioni di illegittimità della gara in oggetto avrebbero dovuto tempestivamente indirizzarsi nei confronti degli atti indittivi e non nei confronti del provvedimento di aggiudicazione (in cui peraltro la ricorrente risulta classificata quarta), nel complesso dovendosi formulare una prognosi non favorevole in punto di ipotizzato accoglimento del gravame".

La ricorrente proponeva appello cautelare rubricato al n. 7746/2021, la cui trattazione veniva fissata per la camera di consiglio del 21.10.2021.

Previo scambio di memorie conclusive, all'udienza pubblica del 19.10.2021, la causa era definitivamente trattenuta in decisione.

Tutto ciò premesso, il ricorso è inammissibile.

Plurime ragioni di inammissibilità concorrono nel determinare la decisione in tal senso assunta dal Collegio. In primo luogo ed in estrema quanto doverosa sintesi, il comportamento della ricorrente integra una violazione del divieto del "*venire contra factum proprium*", da considerarsi proiezione dei più generali principi di buona fede, di correttezza e di tutela dell'affidamento, e di per sé espressivo della contrarietà

dell'ordinamento giuridico rispetto a comportamenti che evidenzino una contraddizione fra azione sostanziale e/o processuale attuale ed azione sostanziale e/o processuale pregressa.

Come ripetutamente sostenuto dalla giurisprudenza, "gli obblighi di buona fede e correttezza che devono sempre comunque informare la condotta dei soggetti avvinti da un rapporto giuridico si dispiegano con continuità anche nella (eventuale) successiva fase giurisdizionale, costituente il segmento finale del rapporto e del contatto *inter partes*. 2.1.11. Di talché, le iniziative processuali, la meritevolezza e l'ammissibilità dell'interesse che le sostiene, vanno disvelate e poste in rilievo anche in forza dell'apprezzamento degli antecedenti comportamenti e/o manifestazioni di volontà posti in essere dalle parti, in sede negoziale, procedimentale ovvero in altre e diverse sedi giurisdizionali" (cfr. T.A.R. Campania, sentenza n. 2992/2021). Anche il Tribunale amministrativo regionale in epigrafe ha recentemente ribadito il medesimo principio, affermando che "con tale noto brocardo ci si riferisce alla esigenza secondo la quale anche nei rapporti regolati dal diritto pubblico si deve adottare necessariamente un comportamento che sia di per sé coerente e non contraddittorio, in stretta correlazione con i valori di solidarietà sociale espressi dall'art. 2 Cost. Più in particolare, la parte che intenda far valere un proprio legittimo interesse non deve porsi in contraddizione con una dichiarazione formalmente resa o con un comportamento da essa stessa assunto in precedenza" (cfr. T.A.R. Puglia, sentenza n. 617/2021).

Invero, nel caso in esame, la ricorrente si duole dell'illegittimità degli atti di gara e insiste per la riedizione dell'intera procedura di evidenza pubblica, sul presupposto che quest'ultima si sia svolta in contrasto con le prescrizioni di cui all'art. 34 del decreto legislativo n. 50/2016, il quale richiede l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei CAM di cui al citato decreto ministeriale del 10.3.2020.

Deve, tuttavia, necessariamente sottolinearsi come solo all'esito della procedura di gara in questione la ricorrente lamenti l'inosservanza di tale assetto normativo.

A tal riguardo è la stessa ricorrente a precisare nei propri scritti difensivi che "l'omesso rispetto dei CAM per il servizio posto in affidamento non ha integrato una condizione direttamente impeditiva per la partecipazione alla gara, non ne ha precluso l'utile partecipazione, né l'omesso rispetto dei CAM ha reso impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla procedura", dando prova testuale del tenore evidentemente contraddittorio delle proprie contestazioni.

In altri termini, o il rispetto dei Criteri ambientali minimi costituiva fatto dirimente ed impeditivo per la partecipazione alla procedura in questione, dovendo conseguentemente determinare un vincolo alla immediata impugnativa del bando di gara, o, intervenuto il consolidamento del bando di gara così come redatto, la correlata censura non poteva essere successivamente sollevata, a gara espletata e ad aggiudicazione intervenuta.

Ne consegue che la Pastore s.r.l. avrebbe dovuto far valere il presunto mancato rispetto dei Criteri minimi ambientali, una volta avvedutase ne, già in sede di pubblicazione del bando, o comunque nel momento in cui prendeva piena contezza degli atti di gara, e non al termine dell'intera procedura di gara alla quale, come essa stessa asserisce, ha potuto consapevolmente partecipare.

In conclusione, dolersi solo in seguito all'aggiudicazione di carenze del bando facilmente rilevabili per un operatore professionale del settore - peraltro rilevate solo successivamente al momento in cui erano state espressamente accettate tutte le condizioni di partecipazione alla selezione in esame - costituisce all'evidenza una chiara ipotesi di "*venire contra factum proprium*", di per sé pienamente giustificativa di una decisione di inammissibilità.

Peraltro, sulla medesima linea argomentativa, la società ricorrente, in contrasto con le sue stesse deduzioni, non ha neanche chiaramente allegato, né tanto meno provato, di essersi effettivamente attenuta ai Criteri ambientali minimi nell'offerta dalla medesima presentata.

In secondo luogo, ad ulteriore supporto della decisione di inammissibilità in concreto assunta il ricorso è all'evidenza caratterizzato da difetto di interesse all'impugnazione.

Occorre in proposito rimarcare come la società Pastore s.r.l. - nelle vesti di concorrente quarta graduata - non abbia svolto censura alcuna avverso il posizionamento in graduatoria di ciascuno degli operatori economici che la precedono con rango potiore nella graduatoria finale, conseguentemente determinandosi l'inammissibilità del ricorso anche sotto tale profilo.

Come è noto, per consolidata giurisprudenza nelle controversie relative alla contestazione dei risultati di una procedura di evidenza pubblica non può prescindersi - ai fini della verifica della sussistenza di un concreto ed attuale interesse al ricorso - dalla c.d. prova di resistenza, dovendo, infatti, il ricorrente principale dimostrare (o comunque quantomeno fornire un principio di prova in ordine al) la possibilità di ottenere un

collocamento in graduatoria in posizione utile in caso di eventuale accoglimento dei motivi di ricorso proposti, essendo altrimenti inammissibile la domanda formulata.

Infatti, il concorrente, che impugna i risultati di una gara, ha l'onere di dimostrare il suo interesse, attuale e concreto a contestare la graduatoria, non potendo egli far valere, quale mero *defensor legitimitatis*, un astratto interesse dell'ordinamento ad una corretta formulazione della graduatoria, se tale corretta formulazione non comporti per lui alcun apprezzabile risultato concreto (*ex multis*, T.A.R. Lazio, sezione III, 8 gennaio 2021, n. 249; C.G.A., 4 marzo 2019, n. 201; Cons. Stato, sezione V, 23 agosto 2019 n. 5837; Cons. Stato, sezione IV, 2 settembre 2011, n. 4963 e 20 maggio 2009, n. 3099; Cons. Stato, sezione III, 5 febbraio 2014 n. 571).

Fornire la c.d. prova di resistenza deve essere considerato non già un mero adempimento formale quanto piuttosto un vero e proprio *onus probandi* che, ai sensi dell'art. 2697 c.c., nel caso di specie grava sulla parte ricorrente ed incide sulla sussistenza, o meno, dell'interesse ad agire in giudizio.

In assenza del soddisfacimento di detto onere probatorio, deve conseguentemente accordarsi rilievo all'esigenza di conservazione della procedura, rispetto alla quale soccombe l'interesse azionato dalla ricorrente alla sua riedizione, non avendo essa dimostrato, tra l'altro, di essersi collocata in una posizione utile tale da consentirle di conseguire il bene della vita cui aspirerebbe.

In conclusione, da quanto sin qui esposto discende che il ricorso in epigrafe deve essere respinto in quanto inammissibile per le plurime linee motivazionali sopra indicate.

Da ultimo, le spese di lite possono integralmente compensarsi in considerazione della novità e peculiarità del caso di specie, volto - da un certo angolo visuale ed in astratto - a far constare la mancata applicazione di una recente disciplina oggettivamente migliorativa della qualità intrinseca delle pubbliche forniture.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sezione II, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppina Adamo, Presidente

Alfredo Giuseppe Allegretta, Primo Referendario, Estensore

Lorenzo Ieva, Referendario

L'ESTENSORE

Alfredo Giuseppe Allegretta

IL PRESIDENTE

Giuseppina Adamo

IL SEGRETARIO