

SENTENZA

Consiglio di Stato sez. III - 16/08/2024, n. 7143

**Intestazione**

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 3394 del 2024, proposto da -OMISSIS- in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo r.t.i. -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola, Michele Perrone, Giuseppe Lo Pinto e Fabio Cintioli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia.

contro

- OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ida Maria Dentamaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
la Regione Puglia, non costituita in giudizio;

nei confronti

della -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Clarizia, Luigi D'Ambrosio, Aldo Loiodice e Saverio Sticchi Damiani, Michelangelo Pinto, Pasquale Procacci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza) -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società -OMISSIS- e della società -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2024 il Cons.

Antonio Massimo Marra e sentiti i difensori delle parti come da verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante società -OMISSIS- - di qui in poi per brevità soltanto -OMISSIS- - ha partecipato, quale mandataria di un costituendo r.t.i. con la -OMISSIS- alla "Procedura telematica aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione in favore di degenti e pazienti ricoverati presso i PP.OO. e le strutture sanitarie di tutte le Aziende Sanitarie/IRCCS/AUO della Regione Puglia, su piattaforma EmPULIA", indetta dal Direttore della Divisione SARPULIA, con determina -OMISSIS- 2021.

1.1. La procedura è stata suddivisa in sei lotti, per un importo complessivo, anche in relazione ad eventuali proroghe, di € 372.397.936,81, oltre IVA.

Per il lotto -OMISSIS-, si è classificata al primo posto in graduatoria la società controinteressata -OMISSIS- con 99,87 punti (all'esito della riparametrazione) e, al secondo posto, il r.t.i. tra -OMISSIS- e -OMISSIS- con 99,40 punti.

1.2. -OMISSIS- ha impugnato, con ricorso introduttivo, l'aggiudicazione, disposta con la determina prot. -OMISSIS- 2023 a favore di -OMISSIS-, all'esito della verifica della documentazione amministrativa e della valutazione delle offerte tecniche, nella seduta pubblica telematica -OMISSIS- 2023.

1.3. L'odierna società appellante, nel chiedere al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), l'annullamento dell'aggiudicazione e di tutti gli atti di gara e il subentro nella gara, ha dedotto i seguenti motivi.

1.4. Con un primo motivo essa ha fatto valere avanti al Tribunale la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. *c-bis*) e *f-bis*), del d.lgs. 50 del 2016, dal momento che l'aggiudicataria: *i.* ha prodotto falsa dichiarazione circa l'assenza di risoluzioni contrattuali, omettendo di comunicare la cessazione del rapporto contrattuale con il Comune -OMISSIS-, disposta con deliberazione della Giunta comunale -OMISSIS- 2021; *ii.* ha ommesso di informare la Stazione appaltante delle vicende che hanno riguardato l'appalto dei servizi di ristorazione per il personale della -OMISSIS-, con particolare riferimento alla "cancellazione della aggiudicataria dall'albo dei fornitori" e all'azione penale intrapresa nei confronti di un "amministratore di fatto".

1.5. Secondo -OMISSIS-, l'aggiudicataria sarebbe dovuta essere, in ogni caso, esclusa dalla gara in ragione del procedimento penale per il reato di finanziamento illecito ai partiti che

vede, quale imputato, un socio della società -OMISSIS-, rispetto al quale è intervenuta in data -OMISSIS- 2023 la sentenza di condanna; *iii.* ha omesso di informare la Stazione appaltante della risoluzione del contratto di concessione "bar-caffetteria" intercorso con Università "-OMISSIS-"; *iv.* ha omesso di dichiarare che alcuni suoi dipendenti sono imputati per i reati di commercio di sostanze alimentari nocive e lesioni personali colpose.

1.6. Inoltre, la società -OMISSIS- avrebbe dovuta essere esclusa dalla gara in esame in quanto, il suo legale rappresentante, ha violato il divieto di c.d. *pantouflage* di cui all'art. 53, comma 16-*ter*, del d.lgs. 165/2001 per aver partecipato, nella qualità di -OMISSIS-, alla concessione di alcuni finanziamenti in favore della stessa società.

2. Nel primo grado del giudizio si sono costituite -OMISSIS- e -OMISSIS-

2.1. Con il ricorso per motivi aggiunti, conseguenti alla integrale ostensione dell'offerta tecnica della controinteressata, la ricorrente principale ha sollevato in prime cure i seguenti ulteriori motivi di ricorso.

2.2. Con un primo motivo aggiunto ha lamentato, anzitutto, che controinteressata aveva formulato la sua offerta in termini difformi dalle prescrizioni minime del capitolato, tali da farla incorrere nel divieto di *aliud pro alio* e nella conseguente sanzione espulsiva. Inoltre, ha evidenziato che le proposte di organizzazione del servizio sarebbero state rappresentate dalla aggiudicataria in modo fuorviante, così da influenzare, a suo dire, il processo decisionale della stazione appaltante.

2.3. Nello specifico, la ricorrente ha richiamato l'art. 12 del Capitolato tecnico, là dove era previsto che "al gestore compete il *porzionamento/sporzionamento* dei pasti e l'assemblaggio dei vassoi presso i centri messi a disposizione dall'Azienda sanitaria in ogni struttura servita (in caso di cucine interne); ...in caso di cucine esterne i pasti dovranno pervenire già confezionati in vassoi".

2.4. Secondo la prospettazione di -OMISSIS-, la società aggiudicataria - quanto alle modalità di erogazione delle colazioni - avrebbe, invece, previsto che i vassoi non venissero predisposti presso il Centro di cottura, come disposto dal capitolato nella citata previsione per i presidi non muniti di cucina interna, ma nei reparti di consumo, mediante l'utilizzo delle derrate consegnate la sera precedente, attingendo il latte fresco dagli appositi distributori automatici, installati presso ciascun reparto.

2.5. Esponeva ancora la ricorrente che, per il lotto -OMISSIS-, solo il P.O. di -OMISSIS- sarebbe stato dotato di cucina interna; laddove, gli altri (-OMISSIS-), ne sarebbero stati, a dire della ricorrente, sprovvisti.

2.6. Concludeva -OMISSIS- evidenziando che, la proposta di -OMISSIS-, secondo cui "all'assemblamento delle varie componenti del vassoio si sarebbe proceduto presso i reparti ospedalieri", avrebbe integrato una difformità palese rispetto alla surriferita disposizione del capitolato, con conseguente sua esclusione dalla gara.

2.7. Con ulteriore motivo aggiunto deduceva la ricorrente che, la società controinteressata, aveva reso una dichiarazione *falsa/fuorviante*, là dove ha dichiarato la fornitura, in comodato, presso ogni reparto di "innovativi distributori automatici di marchio -OMISSIS- modello -OMISSIS-, omettendo di allegare, difformemente da quanto dichiarato, la scheda tecnica.

2.8. Aggiungeva, infine, -OMISSIS- che, il responsabile qualità della -OMISSIS-, con nota -OMISSIS- 2023, in riscontro ad apposita richiesta, aveva affermato che di non avere in produzione alcun distributore con le caratteristiche descritte da -OMISSIS-.

2.9. Di qui, ad avviso della società ricorrente, la proposta formulata dalla controinteressata sarebbe stata, non solo difforme dal capitolato, ma neppure realizzabile, in quanto il distributore in questione avrebbe rogato solo latte liofilizzato, sebbene tale prodotto (recte: latte in polvere) non potesse essere utilizzato, secondo quanto previsto dalle Linee d'Indirizzo per la Ristorazione Ospedaliera di cui alla d.G.R. n. 2108 del 22 dicembre 2020, richiamate dall'art. 1 del Capitolato.

2.10. La non veridicità della suddetta dichiarazione avrebbe inoltre integrato, sempre ad avviso della ricorrente, le fattispecie di cui all'art. 80, comma 5, lett. c-bis e f-bis d.lvo n. 50/2016. In ogni caso, non avrebbe potuto non considerarsi viziata la valutazione dell'offerta della controinteressata, effettuata dalla Commissione in ordine ai criteri 1.1 ("modalità di organizzazione della preparazione e somministrazione dei pasti, con particolare riferimento alla metodologia di produzione proposta per singola struttura che dovranno essere coerenti e adeguati al servizio e gestione dei rifiuti"), per il quale -OMISSIS- aveva conseguito il giudizio di distinto con 6,16 punti, 1.2 ("procedura di confezionamento vassoi (a titolo esemplificativo il concorrente dovrà indicare le modalità e tempi di confezionamento, tracciabilità del pasto, presentazione dei piatti in ragione di aspetti organolettici e sensoriali "sapore, odore, colore, forma e composizione", modalità di abbinamento dei pasti per la realizzazione del vassoio"), per il quale -OMISSIS- aveva ottenuto il giudizio di distinto con 3,08 punti) e 4.2 ("verifiche di conformità CAM criterio sub e lett. b punto 1"), per il quale -OMISSIS- aveva riportato il giudizio di distinto con 2,40 punti: ciò in quanto le suddette valutazioni erano state influenzate dalle dichiarazioni mendaci e irrealizzabili dell'aggiudicataria, con effetti determinanti sull'aggiudicazione dell'appalto.

2.11. In estrema sintesi, la ricorrente -OMISSIS- ha contestato, nel primo grado del giudizio che:

- la società aggiudicataria, avrebbe proposto una modalità di erogazione dei pasti - quanto alle colazioni - non contemplata nel capitolato, là dove aveva espressamente previsto che "i vassoi fossero predisposti nei reparti di consumo, mediante l'utilizzo delle derrate consegnate la sera precedente e il latte attinto dagli erogatori ivi installati", in allegata violazione di detto art. 12 del capitolato;

--OMISSIS- avrebbe poi dichiarato "di voler utilizzare, per il trasporto degli alimenti, - OMISSIS- ad alimentazione elettrica", non reperibili a dire di -OMISSIS-, sul mercato;

- l'offerta di -OMISSIS-, non sarebbe infine conforme alla prescrizione del ridetto art. 12, nella parte in cui è stabilito che nella "degenza di Psichiatria ... dovranno essere fornite posate e bicchieri monouso biodegradabili e compostabili".

3. Con la sentenza appellata, il Tribunale ha respinto le censure suindicate, con la seguente motivazione e precisamente: *i.* è ragionevole interpretare l'art. 12 del capitolato di gara nel senso che i pasti da preparare presso il centro di cottura sono quelli cotti, e comunque previamente cucinati (pasta, riso, carne, pesce ecc.), e non gli alimenti c.d. "secchi" e già "confezionati", che compongono la colazione, e le relative bevande, anche perché, com'è stato correttamente eccepito dalla aggiudicataria, per il servizio di colazione è prevista la scelta tra alternative (latte/té, succo/yogurt), sicché è inevitabile che il gestore del servizio predisponga dei vassoi suscettibili di essere integrati al momento in base alle specifiche scelte del paziente; *ii.* quanto al fatto che alcuni mezzi ed apparecchiature non avrebbero consentito di fornire le prestazioni dichiarate dall'aggiudicataria, la circostanza non sarebbe stata rilevante ai fini della partecipazione alla gara, dal momento che, trattandosi di un appalto di servizi (e non di fornitura), non poteva ritenersi che l'indicazione della marca fosse vincolante per il concorrente, a cui non poteva certamente ritenersi preclusa la possibilità di erogare comunque la prestazione descritta nell'offerta, corredata da tutte le dotazioni, anche con l'uso di macchine diverse rispetto a quelle indicate.

3. Avverso tale sentenza, che ha respinto tutte le censure, sia del ricorso principale che dei motivi aggiunti da essa avanzate in primo grado, -OMISSIS- ha proposto appello avanti a questo Consiglio di Stato e, nell'affermarne l'erroneità con tre motivi ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti gravati in prime cure e l'aggiudicazione della gara in proprio favore.

3.1. Si è costituita -OMISSIS- e la società -OMISSIS- per chiedere la reiezione dell'appello.

3.2. Nella pubblica udienza dell'11 luglio 2024 il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello principale di -OMISSIS-, in ragione della novità di alcune delle questioni sollevate, come eccepito dalla società controinteressata, deve essere dichiarato in parte in ammissibile e per il resto respinto.

5. Con il primo motivo l'odierna appellante lamenta, anzitutto, che il primo giudice avrebbe erroneamente disatteso la quarta censura del ricorso di prime cure - avente portata allegatamente escludente -, così come introdotto con i visti motivi aggiunti, con cui la stessa - OMISSIS- aveva dedotto che la proposta tecnica della controinteressata, relativamente alla organizzazione del servizio colazioni, presentava un duplice ordine di criticità in quanto, oltre alla prevista preparazione dei vassoi presso i reparti - anche là dove sprovvisti delle "cucinette", a fronte della espressa previsione del Capitolato che richiedeva l'esecuzione di tale fase presso un centro di cottura esterno nella disponibilità della ditta; era, altresì, prevista l'installazione presso i PP.OO. di distributori automatici, idonei alla erogazione di latte fresco (e non liofilizzato) per le colazioni, in realtà non reperibili in commercio perché non ancora prodotti.

5.1. Il primo giudice ha respinto la censura, perché avrebbe affrontato, a dire della appellante, in maniera poco approfondita le censure riguardanti la dedotta inidoneità della proposta tecnica di -OMISSIS-, senza coglierne, a suo dire, l'esatta portata e, dall'altro, avrebbe ritenuto del tutto ininfluenti le dichiarazioni negoziali asseritamente ingannevoli della controinteressata.

5.2. Il motivo è privo di pregio perché, come ha ben messo in rilievo la sentenza impugnata, non risulta, per vero, ravvisabile nella specie, il contestato profilo di difformità dell'offerta tecnica della aggiudicataria, rispetto alle modalità esecutive del servizio di ristorazione prescritte nel capitolato tecnico, con specifico riguardo alla previsione di cui all'art. 12.

Dispone, invero, tale norma che: "al gestore compete il *porzionamento/sporzionamento* dei pasti e l'assemblaggio dei vassoi presso i centri messi a disposizione dall'Azienda sanitaria in ogni struttura servita (in caso di cucine interne); in caso di cucine esterne i pasti dovranno pervenire già confezionati in vassoi".

5.3. Dall'interpretazione letterale della legge di gara si evince, invece, secondo la tesi dell'appellante che la proposta della aggiudicataria, si sarebbe posta in contrasto con la modalità esecutiva del servizio, tenuto conto che, le derrate destinate alla preparazione della colazione presso i reparti, avrebbero dovuto essere recapitate la sera antecedente al giorno somministrazione, malgrado non tutti i centri avessero a disposizione le cd. cucinette di reparto ai fini dell'assemblaggio dei vassoi in condizioni di sicurezza igienica.

5.4. Se così è, come bene ha inteso il primo giudice nella lettura complessiva e ragionevole della *lex specialis* le cui clausole come ha chiarito la costante giurisprudenza devono essere interpretate secondo una visione unitaria e sistematica, tanto più in considerazione del generico riferimento della disposizione suindicata al "confezionamento dei pasti", non può non evidenziarsi che questi, articolandosi in colazione, pranzo e cena, sono suscettibile di

porre esigenze differenziate, per il cui soddisfacimento il fornitore del servizio può ricorrere a soluzioni non uniformi.

5.5. Ebbene, deve osservarsi che la disposizione più volte richiamata, nel paragrafo dedicato al "confezionamento e distribuzione della prima colazione", prevede specificamente quanto segue e precisamente: "La prima colazione dovrà essere distribuita utilizzando il seguente materiale di servizio, ossia *i.* vassoio rettangolare in poliestere antiscivolo cm. 37x26,5 ca.; *ii.* coprivassoio; *iii.* tazza in porcellana con manico da cc. 200; *iv.* posate imbustate con tovagliolo; *thermos* in acciaio muniti di rubinetto, in quantità necessaria a garantire la totale efficienza del servizio; carrelli idonei al trasporto nei reparti dei vassoi, delle stoviglie, dei *thermos* in acciaio contenenti caffè, latte caldo, tè e acqua calda, delle fette biscottate e marmellate confezionate per porzione o di quant'altro previsto nella colazione; ...il numero dei carrelli sarà indicato dall'offerente nel progetto tecnico".

5.6. Tale ultima previsione indica, quindi, quale modalità di erogazione della colazione, il trasporto delle derrate attraverso appositi carrelli, senza richiedere che i vassoi, ugualmente trasportati mediante i carrelli, siano recapitati al letto dei pazienti già completamente assemblati: ciò che si spiega, come evidenziato dalle parti resistenti, con l'esigenza di modularne il contenuto alle specifiche richieste dei destinatari del servizio.

5.7. E tanto, va aggiunto, secondo un basilare, condivisibile, canone di ragionevolezza che, la previsione capitolare invocata, nel far dipendere la modalità di "porzionamento/sporzionamento dei pasti" e l'*assemblaggio dei vassoi* dalla presenza o meno di "cucine interne", sottende evidentemente che la preparazione dei pasti richiede *un minimum* di preparazione e trattamento delle pietanze, il quale non può ragionevolmente ritenersi riscontrabile, là dove, come nel caso della colazione, si tratti di somministrare all'utente cibi "secchi" o, comunque, confezionati (si pensi ad es. ai biscotti, marmellate ecc.) e bevande contenute in appositi *thermos*.

5.8. Né a conclusioni diverse e distinte, potrebbe poi pervenirsi - stante il notorio principio sull'incapacità innovativa delle regole di gara propria dei chiarimenti- sulla scorta del riscontro della stazione appaltante alla invocata richiesta di chiarimento (quesito -OMISSIS-); dovendosi ritenere che, malgrado la risposta sia stata formulata nel senso che: "*il capitolato all'art. 12 prevede che al gestore compete il porzionamento/sporzionamento dei pasti (pranzo, colazione e cena) e l'assemblaggio dei vassoi presso i centri messi a disposizione dall'Azienda sanitaria in ogni struttura servita (in caso di cucine interne); in caso di cucine esterne i pasti dovranno pervenire già confezionati in vassoio*"; essa dà luogo all'estensione di una regola capitolare ad una fattispecie (la preparazione delle colazioni) che, invece, si è visto essere alla stessa estranea, sulla base della vista esegesi unitaria e sistematica della *lex specialis* di gara.

5.9. Quanto, poi, all'allegazione attorea - sviluppata solo con i successivi scritti difensivi e, in secondo grado, con l'atto di appello - secondo cui non sarebbe dimostrata la disponibilità presso i reparti di appositi locali, ove collocare i frigoriferi e stoccare le derrate destinate alla somministrazione della colazione in condizioni di piena sicurezza, essa deve ritenersi tuttavia irrilevante, in quanto certamente estranea all'ambito deduttivo dei motivi aggiunti e, come tale, inammissibile.

In ogni caso deve rilevarsi che dalla documentazione prodotta in atti, in disparte la prova mediante la scia sottoscritta dalla stessa -OMISSIS- e stigmatizzata nel corso della suggestiva difesa orale di -OMISSIS-, risultano effettuati sopralluoghi sulla idoneità dei locali - anche sotto il profilo igienico - da parte della Asl e questo ad avviso del collegio può ritenersi un dato sufficiente ai fini dell'aggiudicazione.

6. Con ulteriori censure, l'odierna appellante ritiene ancora erronea la sentenza impugnata, là dove non ha ancora stigmatizzato la irrealizzabilità dell'offerta tecnica della aggiudicataria, in relazione alla indisponibilità sul mercato del distributore automatico "-OMISSIS-, *mod.* "-OMISSIS-", espressamente menzionato nella predetta offerta.

6.1. Anche questo motivo è infondato

6.2. Osserva anzitutto il Collegio che, la fornitura di un distributore automatico -al di là della gamma e del modello- non può non rivestire un rilievo centrale ed insostituibile ai fini della distribuzione delle colazioni, secondo il modello organizzativo prefigurato dalla controinteressata nella sua offerta tecnica: esso, invero, è certamente funzionale alla erogazione del latte fresco -e, non liofilizzato, ai pazienti, conservato nel frigo integrato nel medesimo distributore, come si evince dal tenore dell'offerta in cui si chiarisce che le bevande calde saranno "erogate mediante distributori".

6.3. Né persuasiva, nella sua absolutezza, risulta la tesi delle resistenti, secondo cui la fornitura del suddetto distributore avrebbe carattere meramente migliorativo, senza sostituire la modalità "ordinaria" di erogazione delle colazioni: deve, infatti, osservarsi che la suddetta apparecchiatura è strumentale a garantire la somministrazione delle bevande calde, nella cornice della modalità organizzativa del servizio prescelta dalla aggiudicataria, ed evidentemente non modificabile in corso di gara o addirittura di esecuzione del servizio, basata sul trasporto delle derrate (e, quindi, ad esempio, del latte fresco, da conservare all'interno di appositi frigoriferi) presso i reparti la sera antecedente al giorno di somministrazione. Così come, deve ritenersi assodato, il dato relativo al modello di distributore offerto dalla -OMISSIS- che è, come documentato dalla difesa appellante con mail -OMISSIS- 2024, confermata peraltro dalla stessa controinteressata.

6.4. Ebbene, tutto ciò premesso, giova evidenziare che, nell'ambito dell'offerta della controinteressata, devono comunque distinguersi i contenuti afferenti alla organizzazione del servizio da essa prefigurata, i quali non possono essere modificati a posteriori in virtù del principio di immodificabilità dell'offerta (tecnica ed economica), a tutela della *par condicio competitorum*; e, quelli di carattere integrativo, la cui eventuale irrealizzabilità è astrattamente suscettibile di incidere -esclusivamente- sul punteggio attribuito.

6.5. Con riferimento al distributore, non vi è dubbio che, come si è detto, esso costituisce parte essenziale ed integrante dell'offerta tecnica: basti considerare che, in sua assenza, la società -OMISSIS- sarebbe impossibilitata a garantire ai pazienti le bevande calde che, attraverso esso vengono preparate (prima di essere versate nei *thermos* e distribuite agli utenti), prevedendo il suo schema organizzativo che le derrate destinate alla preparazione delle colazioni vengano consegnate ai reparti la sera prima del giorno previsto per la consumazione. A diverse conclusioni deve, tuttavia, pervenirsi relativamente a quelle caratteristiche "aggiuntive" del distributore, illustrate nei termini seguenti nell'offerta tecnica: "Una caratteristica importante di -OMISSIS- è quella di poter disporre con un solo *dispenser* di una grande varietà di prodotti: Bevande calde per la colazione, Bevande per l'idratazione disfagici, Latte e biscotti con proteine, Mousse di frutta, Dessert proteici".

6.6. Esse, infatti, non sono essenziali ai fini della realizzazione del servizio, secondo il modello progettato dalla aggiudicataria, rilevando solo ai fini del conseguimento di un eventuale punteggio migliorativo.

6.7. Se così è, come bene come risulta dalla lettura complessiva della disposizione del capitolato va detto che, su un piano generale, non rileva, certamente ai fini della realizzabilità dell'offerta (nei suoi contenuti di "base" o migliorativi) lo specifico marchio del distributore in essa dichiarato, purché il concorrente sia in grado di garantire, anche attraverso altro modello, le prestazioni indicate.

6.8. Né la parte appellante ha, per vero, dimostrato che, con riguardo alla realizzabilità del servizio, secondo lo schema delineato dalla aggiudicataria, la società -OMISSIS- non possa acquisire sul mercato un distributore diverso da quello indicato in offerta e tale da assicurare, in ogni caso, l'esecuzione del servizio secondo le modalità progettate.

6.9. Non convincono, invero, le argomentazioni della parte appellante, là dove ha adombrato che il distributore -OMISSIS-, alternativo a quello indicato in offerta, non sarebbe in grado di garantire l'erogazione delle bevande calde nei tempi e nelle quantità necessarie ai fini dell'efficiente soddisfacimento delle esigenze dei soggetti ricoverati nei reparti serviti.

6.10. Se, infatti, può concordarsi con la parte appellante, là dove afferma che esso non è idoneo a fungere da "*dispenser* di una grande varietà di prodotti" - ma tale aspetto dell'offerta

tecnica della aggiudicataria attiene, come si è detto, ai profili "integrativi" e non essenziali della stessa - a diverse conclusioni deve, invece, pervenirsi in ordine all'assunto secondo cui il prodotto -OMISSIS- sarebbe "ideato per il *self service breakfast* di un piccolo albergo e non certo per la produzione, in pochi minuti, di decine o centinaia di tazze o bicchieri di latte o caffè da servire ai degenti in un lasso temporale di soli 30 minuti".

6.11. A sostegno di tali conclusioni, -OMISSIS- non fornisce, in realtà, alcun elemento probatorio, non meramente assertivo (come suggestivamente evocato in sede di discussione orale), per dimostrare che la macchina suindicata non possa erogare bevande calde nella misura e nei tempi richiesti per la somministrazione delle colazioni nei reparti.

6.12. Nello specifico, la circostanza per la quale il suddetto distributore contiene solo "due bottigliette di latte", oltre ad essere indimostrata, è agevolmente rimediabile mediante l'immediato rifornimento della materia prima, conservata negli appositi frigoriferi messi a disposizione dalla aggiudicataria.

6.13. Quanto, invece, alla rilevanza della impossibilità di disporre del distributore indicato in offerta ai fini della attribuzione del punteggio migliorativo, deve osservarsi che, tenuto conto dell'ampia portata dei criteri di valutazione evocati dalla appellante, questa, allo stesso modo, non ha dimostrato se e quale peso abbiano assunto i suddetti profili migliorativi dell'offerta della società

7. Con un ulteriore profilo di censura inerente ai mezzi di trasporto (pp. 19-21 del ricorso) l'odierna appellante sostiene, con dovizia di argomentazioni, che l'offerta di -OMISSIS- sarebbe irrealizzabile, stante l'assenza della allegata innovativa soluzione correlata al rispetto delle disposizioni igieniche e ambientali dei mezzi di indicati dalla controinteressata per il trasporto degli alimenti (rectius: -OMISSIS- ad alimentazione elettrica).

7.1. Soggiunge in proposito l'appellante che le specifiche tecniche asseritamente richiamate da -OMISSIS- in realtà non sarebbero esistenti con riguardo ai veicoli dalla stessa offerti, come dimostrato dalla dichiarazione resa dal responsabile della società -OMISSIS-, con nota -OMISSIS-2023, in cui si legge che: "oggi da manuale di trasformazione, su -OMISSIS- non è possibile attingere energia dalle batterie di trazione ad alto voltaggio, e in più non abbiamo nemmeno ancora la ePTO per far funzionare le celle refrigerate né dare la 220V".

7.2. Il Tribunale ha ritenuto infondato in fatto questo motivo in quanto -con specifico riferimento alla contestazione sul furgone -OMISSIS- -il rilievo sollevato dalla ricorrente, nel primo grado di giudizio, non esclude che il furgone possa essere appositamente modificato per consentire l'alimentazione dei carrelli "termorefrigerati", durante il trasporto nei termini dichiarati dalla società con la propria offerta. Questa sarebbe ad avviso del primo giudice l'unica lettura della norma conforme alla *ratio* del *lex specialis*.

7.3. Detto ordine di idee deve essere pienamente condiviso, tanto più che il tema degli automezzi, in un appalto di servizi, non può assumere portata dirimente la marca del mezzo, come lo sarebbe, invece, se si fosse in presenza di un appalto di fornitura, sicché ciò che davvero rileva è che l'esecuzione del servizio, per come si è impegnata -OMISSIS-, risulti nella specie garantito, come in effetti lo è stato.

8. Quanto, ancora, alla questione della violazione dell'art. 80, commi 1 e 2, del d.lgs. 50/2016- come precisato dall'ANAC nelle linee-guida n. 6 del codice dei contratti pubblici- e del finanziamento illecito, da parte del socio di maggioranza della -OMISSIS-, alla Regione che, secondo la tesi di -OMISSIS-, avrebbe dovuto rivestire portata escludente, quanto meno per non avere la stazione appaltante adeguatamente valutato la circostanza che, il socio imputato è stato poi condannato per tale reato (art. 7 della L. n. 195/1974), anche tale censura deve essere respinta, dovendosi far richiamo alla recente giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (sez. III, sent. n. 1516 del 15.2.2024), che ha avuto modo di chiarire - in analogo caso - che: "...Si rileva, inoltre, che la figura del socio sopra descritta non rientra in nessuna delle categorie soggettive indicate dall'art. 80, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016,

dovendosi rammentare che in tema di appalti pubblici, in coerenza con il principio di tassatività delle clausole di esclusione e con l'inequivoca portata della disposizione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016, qualora il socio non rientri nell'ambito dei soggetti individuati dal terzo comma dell'art. 80, l'operatore economico non è obbligato a rendere alcuna dichiarazione neppure ai fini di cui al comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, dovendosi ritenere che la presenza di eventuali gravi illeciti professionali possa assumere rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara solamente quando gli stessi

siano riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016 (Cons. Stato n. 4559 del 2023)".

8.1. Da quanto sopra dedotto consegue inevitabilmente che la Stazione Appaltante ha legittimamente esercitato il proprio potere discrezionale, avendo valutato la vicenda non rilevante ai fini dell'esclusione del concorrente ai sensi dell'art. 80 comma 5 lettera c-bis) del Codice per grave illecito professionale e non rientrando la tipologia di reato di finanziamento illecito ai partiti tra le tipiche ipotesi criminose espressamente richiamate dalla normativa citata.

9. Deve, in definitiva, escludersi che alle dichiarazioni contenute nell'offerta tecnica della aggiudicataria possa attribuirsi carattere fuorviante o falso, agli effetti applicativi dell'art. 80, comma 5, lett. c-bis e f-bis d.lvo n. 50/2016, non essendo dimostrato che, all'atto della presentazione dell'offerta, la società aggiudicataria fosse consapevole della attuale inesistenza in commercio del distributore in essa indicato: invero, la mail -OMISSIS- 2024, prodotta in giudizio dalla stessa controinteressata, attraverso la quale essa è stata informata

del non ancora completato processo di progettazione del distributore, è ampiamente successiva alla sua partecipazione alla gara.

10. Infine con ulteriore motivo - il secondo dell'appello principale - -OMISSIS- dopo avere ricordato che l'offerta della aggiudicataria è stata sottoposta a verifica di anomalia, per avere superato le soglie di cui all'art. 97 co. 3 del d.lgs. 50 del 2016, ha riproposto il lamentato difetto d'istruttoria e di irragionevolezza avendo la controinteressata formulato un'offerta economica caratterizzata da un prezzo decisamente inferiore a quello indicato da -OMISSIS- e che, in ogni caso, la valutazione di congruità della stazione appaltante sarebbe stata poco attenta e superficiale.

10.1. La ricorrente, in particolare, ha sostenuto che l'offerta di -OMISSIS- aggiudicataria sarebbe stata anomala, in quanto indicante un costo della manodopera difforme rispetto ai parametri del mercato di riferimento, come risulta -a suo dire- dall'esame delle giustificazioni, in cui tale costo risulta sproporzionato: nella indicazione resa in sede di gara è pari al 64,20% dell'importo del prezzo complessivo; laddove, negli atti di gara avrebbe, invece, indicato una incidenza del 50%, tanto da rendere l'offerta della parte controinteressata non solo in perdita, ma anche tale da modificare l'offerta presentata in gara.

10.2. Soggiunge -OMISSIS- che la valutazione di congruità dell'offerta, effettuata da -OMISSIS-, deve essere, in ogni caso, ritenuta viziata, in quanto avrebbe recepito acriticamente le giustificazioni dell'aggiudicatario, senza avvedersi della evidente la modifica dell'offerta operata dalla -OMISSIS-, là dove avrebbe indicato nella offerta economica un costo della manodopera preventivato in € 11.799.738,50, sebbene nelle successive giustifiche avesse dichiarato ..."di poter conseguire economie di gestione, con riguardo sia agli allegati sgravi contributivi o fiscali", sia alla circostanza di avere conteggiato interamente, tra i costi della manodopera, le ore di lavoro del personale direttivo, già inserito nel proprio organico, senza che tale inserimento potesse costituire un costo aggiuntivo.

In particolare, soggiunge ancora la società appellante, l'aggiudicatario avrebbe giustificato il ribasso dal costo della manodopera, limitandosi ad addurre di avere potuto disporre di un "portafoglio di sicurezza" -e dunque di economie di gestione - di ben € 1.559.791,00, pari all'8,49 per cento del prezzo, nonostante che -a dire di -OMISSIS-- il c.d. portafoglio di sicurezza, non solo sarebbe risultato pressoché inesistente, ma per far ciò, l'aggiudicataria avrebbe addirittura modificato l'offerta, riducendo irrualmente l'entità del monte ore offerto.

Né, prosegue l'appellante, il primo giudice si sarebbe pronunciato sul profilo di doglianza inerente al visto costo della manodopera, là dove -OMISSIS- lo giustifica proprio in relazione alla voce di costo in esame, sostenendo la possibilità di usufruire di determinate economie quali: (i) decontribuzione INPS pari al 2,05%; (ii) aliquota INAIL pari all'1,239%, e non 2,4%; (iii) riduzione del tasso medio per prevenzione; (iv) mancata erogazione dell'elemento

Economico di Garanzia (previsto dalle tabelle ma già regolato nel 2021); (v) possibilità di usufruire del beneficio "Decontribuzione SUD" sino al termine del contratto nell'anno 2028.

Le stesse appellanti criticano, infine, la sentenza di prime cure per non aver rilevato l'incongruità dei costi indicati dalla -OMISSIS- nelle giustificiche relativamente all'ammortamento delle attrezzature o al *leasing* ed al piano della comunicazione.

10.3. Il Tribunale ha ritenuto infondata la censura in quanto - dopo aver richiamato il contenuto della *lex specialis* - ha evidenziato che: ... "le contestazioni mosse dalla ricorrente sono tutte volte ad analizzare partitamente le giustificazioni rese dall'aggiudicataria sulla scorta di ragionamenti presuntivi e di valutazioni ipotetiche, che non valgono a individuare profili di oggettiva irragionevolezza del giudizio reso dalla stazione appaltante sulla complessiva congruità del prezzo offerto dalla società -OMISSIS-, anche alla luce di quanto riferito dall'aggiudicataria, in sede di chiarimenti, in merito al rispetto dei costi medi orari previsti dalle tabelle ministeriali vigenti ed al fatto che il costo della manodopera, pari ad € 11.799.738,25, era stato preventivato in un'ottica del tutto prudentiale essendo, invero, suscettibile di effettive riduzioni (o economie di gestione) che la -OMISSIS- realizzerà nel corso della propria gestione, e che devono intendersi attestate a *portafoglio di sicurezza*, in quanto non se ne è tenuto conto al momento della elaborazione dell'offerta economica di gara". E ancora sempre con riguardo alla erroneità del giudizio di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria il primo giudice ha fatto richiamo alla consolidata giurisprudenza in materia là dove ha chiarito che: "La valutazione di anomalia dell'offerta costituisce tipica espressione della discrezionalità tecnica di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico affidatole dalla legge: tale valutazione è di norma sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da irragionevolezza, irrazionalità, illogicità, arbitrarietà o travisamento dei fatti, prova della cui esistenza che deve essere fornita dal ricorrente; di conseguenza, il sindacato del giudice non può estendersi oltre l'apprezzamento dell'intrinseca logicità e ragionevolezza delle valutazioni compiute dall'amministrazione, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale, al di là dei menzionati confini, la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione" (Consiglio di Stato, Sez. V, 25 gennaio 2024, n. 802).

10.4. Secondo la tesi della ricorrente, invece, il primo giudice avrebbe errato nel non avere stigmatizzato le incongruenze emergenti, tra l'offerta economica di presentata da -OMISSIS- e le voci giustificative -asseritamente modificative- di tale offerta a seguito del *sub procedimento* dell'anomalia dell'offerta, là dove, nell'offerta economica, la controinteressata aveva dichiarato un costo pari ad € 11.799.738,25; laddove, nelle viste giustificazioni l'importo che la stessa aggiudicataria aveva assunto di sostenere sarebbe stato pari ad € 10.239.947,25 con una differenza quindi del 13%: di qui il difetto d'istruttoria e di motivazione.

10.5. Detto ordine di idee non è condiviso dal Collegio, dovendosi piuttosto ritenere che i rilievi formulati dall'odierna appellante, seppure suggestivamente argomentati, risultano fondarsi su ipotesi valutative, alquanto generiche e parcellizzate di singole voci di costo e su dati non sostenuti in realtà da alcuna prova, quali ad esempio che su alcune voci di costo le ricorrenti avevano indicato arbitrariamente valori economici superiori a quelli indicati dalla -OMISSIS-, senza fornire alcuna spiegazione in merito all'origine e fondatezza di tali conteggi

10.6. La giurisprudenza, anche di questo Consiglio di Stato, ha avuto modo di precisare che: "nelle gare pubbliche la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte. La relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato, renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta" (Consiglio di Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4978).

Di norma, infatti, il giudice amministrativo non può procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che rappresenterebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione, ma può solo verificare il giudizio sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza dell'istruttoria (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 15 settembre 2017, n. 4350).

10.7. Solo in tali limiti, il giudice di legittimità, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione, può esercitare il proprio sindacato (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5387).

Alla stregua delle suesposte coordinate ermeneutiche è possibile quindi affermare che nel caso di specie, le giustificazioni - richiamata nelle repliche delle controinteressate - che reca l'analitica indicazione delle voci dei costi sufficientemente idonea a giustificare il giudizio della stazione appaltante, ed a dimostrare l'infondatezza della prospettazione dell'appellante, i cui rilievi non risultano tali da scalfire legittimità degli atti gravati.

10.8. D'altro canto l'appellante non ha successivamente realmente confutato i dettagli che traspaiono dalla prodotta documentazione della Commissione di gara.

11. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello di -OMISSIS- deve essere respinto nei suoi tre motivi, sin qui esaminati, con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

12. La natura della controversia e la complessità delle questioni esaminate legittimano però l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali dell'odierno grado di giudizio.

13. Rimane definitivamente a carico di -OMISSIS- il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da -OMISSIS- lo respinge e per l'effetto conferma, anche ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di -OMISSIS- il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte appellata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Ezio Fedullo, Presidente FF

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

Raffaello Scarpato, Consigliere

Enzo Bernardini, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 16 AGO. 2024.