

TAR Puglia, Sezione Prima, Sentenza n. 910 del 31 luglio 2024

Appalti di servizi – Conflitto di interesse – Art. 42, comma 2 del D.lgs. 50/2016 – Rilevante mero conflitto potenziale

Publicato il 31/07/2024

N. 00910/2024 REG.PROV.COLL.

N. 00748/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 748 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da -OMISSIS-, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del r.t.i. con -OMISSIS-, -OMISSIS-, in proprio e in qualità di mandante del r.t.i. con la -OMISSIS-, in persona dei legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura C.I.G. (...), rappresentate e difese dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da P.E.C. Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio (...);

contro

Comune di (...), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in (...);

Comune di (...), non costituita in giudizio;

nei confronti

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati (...), con domicilio digitale come da P.E.C. da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del verbale del 23 maggio 2023 recante l'esclusione del R.T.I. dalla procedura telematica aperta S22010 per la conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M. 10 marzo 2020. N. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG (...) e Lotto 2 CIG (...)) relativamente al lotto 2, della comunicazione inviata via p.e.c. in data 25 maggio 2023 prot. 25/05/2023.0178234.U, della comunicazione Prot. 21/06/2023.0214657.U, del 21 giugno 2023, recante conferma dell'esclusione predetta di tutti gli atti del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, ove occorra, del bando, del disciplinare e del capitolato d'appalto nei limiti di interesse, di ogni altro atto o documento connesso quantunque non conosciuto;

- ove occorra, nell'ipotesi in cui sia stato medio tempore stipulato, dichiarare inefficace lo stesso, nel quale, l'odierno ricorrente dichiara sin d'ora di voler subentrare ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.;

- per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da -OMISSIS- in data 11 luglio 2023, per l'annullamento:

- oltre che degli atti impugnati in via principale (“verbale del 23 maggio 2023 recante l'esclusione del r.t.i. composto dalle imprese ricorrenti dalla procedura telematica aperta S22010 per la conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M. 10 marzo 2020. N. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG (...) e Lotto 2 CIG (...)) relativamente al LOTTO 2, della comunicazione inviata a

mezzo p.e.c. in data 25 maggio 2023 prot.25/05/2023.0178234.U, della nota prot. 21/06/2023.0214657.U, del 21 giugno 2023 recante conferma dell'esclusione predetta, di tutti gli atti del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, nonché, ove occorra, del bando, del disciplinare e del capitolato d'appalto nei limiti di interesse, di ogni altro atto o documento connesso quantunque non conosciuto”) dei verbali della Commissione giudicatrice, nessuno escluso, da quello in data 19.10.2022 a quello in data 22.5.2023, delle operazioni in cui sono stati attribuiti i punteggi relativi all'offerta del RTI -OMISSIS- - -OMISSIS- e delle operazioni relative al sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dal predetto RTI; della procedura telematica aperta S22010 per la conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M. 10 marzo 2020. N. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG (...) e Lotto 2 CIG (...)) relativamente al LOTTO 2; nonché di ogni altro atto ai predetti comunque connesso, ancorché non conosciuto;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dalla -OMISSIS- il 21 settembre 2023:

- per l'annullamento della Determinazione Registro Generale DD 13715 /2023 Registro per Direzione DD-10 01849 / 2023 adottata in data 11.9.2023 e comunicata con nota Prot. 12/09/2023.0305579.U, con cui si è approvato l'iter della procedura telematica finalizzato alla conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M.10 marzo 2020. n. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG (...) e Lotto 2 CIG (...)), relativamente al LOTTO 2, nonché, ove occorra, degli atti afferenti al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della concorrente -OMISSIS-, dei verbali del 15 giugno, 19 luglio e 28 luglio 2023, nonché della comunicazione del 28.7.2023 di trasmissione dei predetti verbali; nonché dei

verbali della procedura predetta del 5 settembre 2022 e del 15 settembre 2022 tutti nella parte in cui il Seggio di gara non ha escluso la società -OMISSIS- per carenza dei requisiti di moralità di cui all'art. 80 del D.lgs.vo 50/2016, nonché per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dal Comune in ordine alla istanza di annullamento in autotutela inviata dal RTI composto dalla -OMISSIS- e da -OMISSIS- del 9 maggio 2023; nonché del verbale del 22 maggio 2023 recante esclusione del r.t.i. composto dalle imprese ricorrenti dalla procedura telematica suindicata relativamente al LOTTO 2, della comunicazione inviata a mezzo p.e.c. in data 25 maggio 2023 prot.25/05/2023.0178216.U, della nota prot. 21/06/2023.0214657.U, del 21 giugno 2023 recante conferma dell'esclusione predetta, di tutti gli atti del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, nonché, ove occorra, del bando, del disciplinare e del capitolato d'appalto nei limiti di interesse, di ogni altro atto o documento connesso quantunque non conosciuto; - ove occorra, nell'ipotesi in cui sia stato medio tempore stipulato, dichiarare inefficace lo stesso, nel quale, l'odierno ricorrente dichiara sin d'ora di voler subentrare ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.;

- per quanto riguarda il controricorso incidentale presentato da -OMISSIS- il 22 settembre 2023:

- per l'annullamento, ove occorra, dei verbali della procedura telematica aperta S22010 per la conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M. 10 marzo 2020. n. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG (...) e Lotto 2 CIG (...)), relativamente al LOTTO 2, del 5 settembre 2022 e del 15 settembre 2022 tutti nella parte in cui il Seggio di gara non ha escluso la società -OMISSIS- per carenza dei requisiti di moralità di cui all'art. 80 del D.lgs.vo 50/2016, nonché per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dal Comune in ordine alla istanza di annullamento in autotutela inviata dal RTI composto dalla -OMISSIS- e da -OMISSIS- del 9 maggio 2023; di ogni altro atto o documento connesso

quantunque non conosciuto;

- ove occorra, nell'ipotesi in cui sia stato medio tempore stipulato il contratto d'appalto, dichiarare inefficace lo stesso, contratto nel quale l'odierno deducente dichiara sin d'ora di voler subentrare ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.;

- *per quanto riguarda i motivi aggiunti al ricorso incidentale presentati da -OMISSIS- il 26 settembre 2023, per l'annullamento:*

- oltre che degli atti impugnati in via principale (“verbale del 22 maggio 2023 recante l'esclusione del R.T.I. composto dalle imprese ricorrenti dalla procedura telematica aperta S22010 per la conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M. 10 marzo 2020. N. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG 9247621244 e Lotto 2 CIG 9247637F74) relativamente al LOTTO 2, della comunicazione inviata via p.e.c. in data 25 maggio 2023 prot.25/05/2023.0178234.U, della comunicazione 21/06/2023.0214657.U, del 21 giugno 2023 recante conferma dell'esclusione predetta, di tutti gli atti del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, nonché, ove occorra, del bando, del disciplinare e del capitolato d'appalto nei limiti di interesse, di ogni altro atto o documento connesso quantunque non conosciuto”) e con motivi aggiunti notificati in data 15.9.2023 (“Determinazione Registro Generale DD 13715 / 2023 Registro per Direzione DD-10 01849 / 2023 adottata in data 11.9.2023 e comunicata con nota Prot.12/09/2023.0305579.U, con cui si è approvato l'iter della procedura telematica finalizzato alla conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M. 10 marzo 2020. n. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG (...) e Lotto 2 CIG (...)), relativamente al LOTTO 1”), dei verbali della Commissione giudicatrice, nessuno escluso, da quello in data 19.10.2022 a quello in data

22.5.2023, delle operazioni in cui sono stati attribuiti i punteggi relativi all'offerta del RTI -OMISSIS- -OMISSIS- e delle operazioni relative al sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dal predetto RTI; della procedura telematica aperta S22010 per la conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M. 10 marzo 2020. N. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG (...) e Lotto 2 CIG (...)) relativamente al LOTTO 2; nonché di ogni altro atto ai predetti comunque connesso, ancorchè non conosciuto;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS- il 14 ottobre 2023, per l'annullamento:

- della Determinazione Registro Generale DD 13715 / 2023 Registro per Direzione DD-10 01849 / 2023 adottata in data 11.9.2023 e comunicata con nota Prot. 12/09/2023.0305579.U, con cui si è approvato l'iter della procedura telematica finalizzato alla conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M. 10 marzo 2020. n. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG (...) e Lotto 2 CIG (...)), relativamente al LOTTO 2, nonché, ove occorra, degli atti afferenti al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della concorrente -OMISSIS-, dei verbali del 15 giugno, 4 luglio e 28 luglio 2023, nonché della comunicazione del 28.7.2023 di trasmissione dei predetti verbali; nonché dei verbali della procedura predetta del 5 settembre 2022 e del 15 settembre 2022 tutti nella parte in cui il Seggio di gara non ha escluso la società -OMISSIS- per carenza dei requisiti di moralità di cui all'art. 80 del D.lgs.vo 50/2016, nonché per l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dal Comune in ordine alla istanza di annullamento in autotutela inviata dal RTI composto dalla -OMISSIS- e da -OMISSIS- del 9 maggio 2023; nonché del verbale del 22 maggio 2023 recante

esclusione del r.t.i. composto dalle imprese ricorrenti dalla procedura telematica suindicata relativamente al LOTTO 2, della comunicazione inviata a mezzo p.e.c. in data 25 maggio 2023 prot. 25/05/2023.0178216.U, della nota prot. 21/06/2023.0214657.U, del 21 giugno 2023 recante conferma dell'esclusione predetta, di tutti gli atti del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, nonché, ove occorra, del bando, del disciplinare e del capitolato d'appalto nei limiti di interesse, di ogni altro atto o documento connesso quantunque non conosciuto;

- ove occorra, nell'ipotesi in cui il contratto venga medio tempore stipulato, dichiarare inefficace lo stesso, manifestando l'odierno ricorrente sin d'ora la disponibilità a subentrarvi ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS- il 27 novembre 2023, per l'annullamento:

- della determinazione R.G. DD 15689/2023, Registro per Direzione DD-1002139/2023, del 16.10.2023, pubblicata sul portale dell'Amministrazione in data 18.10.2023, e comunicata alla ricorrente con nota prot. 18/10/2023.0350820.U, del 18.10.2023, recante aggiudicazione della procedura telematica finalizzata alla conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M. 10 marzo 2020. n. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG (...) e Lotto 2 CIG (...)), relativamente al LOTTO 2, nonché del provvedimento di nomina della commissione di gara di cui alla determinazione dirigenziale Registro Generale 2022/13868, Registro per Direzione 2022/24/00109, del 10.10.2022, di ogni altro atto o documento connesso quantunque non conosciuto;

- ove occorra, nell'ipotesi in cui il contratto venga medio tempore stipulato, dichiarare inefficace lo stesso, manifestando l'odierno ricorrente sin d'ora la disponibilità a subentrarvi ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 124 c.p.a.;

- per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da -OMISSIS- il 31 gennaio 2024, per

l'annullamento:

- della determinazione R.G. DD 15689/2023, Registro per Direzione DD-1002139/2023, del 16.10.2023, pubblicata sul portale dell'Amministrazione in data 18.10.2023, e comunicata alla ricorrente con nota prot.18/10/2023.0350820.U, del 18.10.2023, recante aggiudicazione della procedura telematica finalizzata alla conclusione di un accordo quadro della durata di 4 anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, in conformità ai parametri di sostenibilità ambientale di cui al D.M. 10 marzo 2020. n. 2 lotti prestazionali e territoriali. Periodo gennaio 2023 – giugno 2023 (Lotto 1 CIG (...) e Lotto 2 CIG (...)), relativamente al LOTTO 2, nonché, del provvedimento di nomina della commissione di gara di cui alla determinazione dirigenziale Registro Generale 2022/13868, Registro per Direzione 2022/24/00109, del 10.10.2022, della relazione istruttoria del Direttore Staff Controlli Interni – Il RPCT avente ad oggetto “situazione di conflitto d’interessi nell’ambito della procedura aperta S22010” prot. 356979 del 24.10.2023; delle note del Dirigente Ripartizione Politiche Educative Giovanili prot. 305158 del 12.9.2023; prot. 334831 del 5.10.2023, prot. 338758 del 10.10.2023; della nota istruttoria della Ripartizione Politiche Educative Giovanili prot. 395273 del 22.11.2023, nonché di ogni altro atto o documento connesso quantunque non conosciuto;
- ove occorra, nell’ipotesi in cui il contratto sia medio tempore stipulato, dichiarare inefficace lo stesso, manifestando l’odierno ricorrente sin d’ora la disponibilità a subentrarvi ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 124 c.p.a..

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del comune di (...) e della società -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2024 la dott.ssa Maria Luisa

Rotondano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con determinazione dirigenziale della Ripartizione Servizi alla persona n. 687 del 17 giugno 2022, il comune di (...) ha indetto una procedura aperta telematica finalizzata alla conclusione di un accordo quadro della durata di quattro anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica, articolata in due lotti prestazionali e territoriali, per il periodo gennaio 2023 - giugno 2026 (Lotto 1 C.I.G. (...) e Lotto 2 C.I.G. (...)), dell'importo massimo stimato pari a euro 13.358.072,00, con aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base al miglior rapporto qualità prezzo.

Entro il termine assegnato per la presentazione delle domande di partecipazione (29 agosto 2022), hanno inviato richiesta di partecipazione i seguenti tre operatori economici: la società -OMISSIS-, il raggruppamento temporaneo di imprese composto dalla -OMISSIS- e da -OMISSIS- (di seguito, anche solo r.t.i.) e, infine, la società -OMISSIS-.

In relazione al lotto n. 1, si è classificato al primo posto il r.t.i. -OMISSIS-- -OMISSIS- (di seguito, anche solo r.t.i. o raggruppamento) con un punteggio complessivo di 98,64 (di cui 78,64 per l'offerta tecnica e 20 per quella economica, valutazione quest'ultima scaturente dal ribasso offerto del 4,03%) e al secondo posto -OMISSIS- con punti 95,55 (di cui 76,15 per l'offerta tecnica e 19,40 per quella economica, valutazione quest'ultima scaturente dal ribasso offerto dell'1,45%).

Quanto al lotto n. 2, si è classificato al primo posto il r.t.i. -OMISSIS-- -OMISSIS- con punti 98,64 (di cui 78,64 per l'offerta tecnica e 20 per quella economica, valutazione scaturente dal ribasso proposto del 10%) e al secondo posto -OMISSIS- con punti 94,55 (di cui 76,15 per l'offerta tecnica e 18,40 per quella economica, valutazione scaturente dal ribasso proposto dell'1,77%).

La Stazione appaltante ha avviato il subprocedimento di verifica di congruità nei confronti del r.t.i. primo graduato, chiedendo giustificazioni con nota prot.0028058/2023 del 24 gennaio 2023.

Il raggruppamento ricorrente ha riscontrato la suddetta nota comunale il 7 febbraio 2023.

Con nota del 23 marzo 2023, la Stazione appaltante ha chiesto ulteriori giustificazioni in ordine al costo della manodopera, delle materie prime, delle spese generali, riscontrate dal r.t.i. con successiva nota del 5 aprile 2023.

Nella seduta del 27 aprile 2023, la Commissione ha ritenuto di chiedere ulteriori delucidazioni in relazione al costo delle materie prime, poi effettivamente richieste con la nota comunale del 28 aprile 2023; l'aggiudicatario ha fornito riscontro con nota del 5 maggio 2023.

Nella seduta del 23 maggio 2023, la Commissione ha esaminato le giustificazioni prodotte e, avendole ritenute inidonee a dimostrare la congruità dell'offerta, ha escluso il raggruppamento deducente.

Con nota prot. n. 0214657.U del 21.6.2023 il Comune ha confermato l'esclusione, dopo la richiesta di annullamento in autotutela in data 8.6.2023 del r.t.i. -OMISSIS-- -OMISSIS-.

1.1 - Con il ricorso introduttivo del giudizio, il suddetto r.t.i. ha impugnato gli atti, di cui in epigrafe, deducendo le seguenti censure:

1) Violazione dell'art. 97, comma 5, del d.lgs. 50/2016; violazione dell'art. 30, comma 4, dell'art. 23 comma 16, del d.lgs. 50/2016; violazione dell'art. 69, par. 3, direttiva 2014/24/ue; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, erronea motivazione, sviamento, illogicità, errore di valutazione dei presupposti di fatto. Ingiustizia manifesta.

Il r.t.i. ricorrente non avrebbe offerto un prezzo "basso", essendo questo superiore alla media dei prezzi del settore, per cui avrebbe fornito piena prova della congruità dei costi preventivati e del conseguimento di un utile.

La Stazione appaltante si sarebbe limitata a verificare la completezza formale dei dati prodotti, mentre avrebbe dovuto accertare la complessiva sostenibilità dell'offerta.

La comparazione tra le singole richieste di chiarimenti (la prima del 24 gennaio 2023, la seconda del 23 marzo 2023 e la terza del 28 aprile 2023), le giustificazioni rese e il provvedimento contenente le ragioni dell'esclusione (verbale del 23 maggio 2023) dimostrerebbero il difetto di istruttoria della impugnata esclusione.

Sebbene dopo le prime giustificazioni il Comune abbia riconosciuto che "il costo orario della manodopera è coerente con la tabella ministeriale", il provvedimento di esclusione si fonderebbe sul costo della manodopera, introducendo rilievi (quali la spettanza o meno della decontribuzione Sud o la riduzione del tasso I.N.A.I.L.) che non sarebbero stati oggetto di contraddittorio.

Anche per le altre voci di costo il Comune (pagine 8, 18 e 19 del verbale del 23 maggio 2023), nell'esaminare i preventivi per la fornitura delle materie prime e quindi i listini dei fornitori, osserva che i contratti e le comunicazioni depositati dal ricorrente sarebbero intestati a un "operatore estraneo alla procedura di gara", ossia alla coop. (...), per cui gli sconti vantati dal r.t.i. sarebbero "inattendibili".

Quanto affermato dal Comune sarebbe stato determinato da un errore di fatto, posto che -OMISSIS- (concorrente) è controllata dalla -OMISSIS- che, insieme alle controllate, contratta con i fornitori anche in nome e per conto di queste ultime.

Il r.t.i. aggiudicatario avrebbe offerto un prezzo di per sé congruo (5,95 euro a pasto per il lotto 1 e di 5,58 euro per il lotto 2), per il quale potrebbe conseguire un utile di euro 55.860,00 per il lotto 1 ed euro 445.368,00 per il lotto 2.

Il prezzo offerto sarebbe superiore a quello medio emerso nelle procedure selettive del medesimo settore aggiudicate nel corso degli ultimi 12 mesi ((...) euro 5,595 oltre I.V.A.; comune di (...) euro 5,50 oltre I.V.A.; comune di (...) euro 4,722; comune di (...) euro 5,50; comune di (...) prezzo/pasto a base d'asta euro 4,00;

comune di (...), prezzo/pasto a base d'asta euro 4,40 ove l'attuale gestore -OMISSIS-, unico partecipante, ha offerto un ribasso dello 0,01% sull'importo a base d'asta; comune di (...) prezzo pasto a base d'asta stabilito in euro 5,10 e aggiudicato proprio alla società -OMISSIS- S.p.a.).

Per tale ragione l'esclusione per anomalia della offerta avrebbe dovuto essere particolarmente motivata.

Nel verbale conclusivo della verifica di anomalia, con riferimento al costo della manodopera, il r.t.i. avrebbe indicato un costo della manodopera pari a euro 4.298.035,28, quindi più elevato rispetto a quello stimato, *ex art.* 23, comma 16, del decreto legislativo n. 50/2016, dalla Stazione appaltante pari a euro 4.267.435,00 (di euro 30.600,28); ciò avrebbe dovuto indurre a escludere che il costo della manodopera potesse essere ritenuto incongruo.

I rilievi critici della Stazione appaltante in ordine al costo della manodopera indicato nell'offerta del r.t.i. ricorrente sarebbero contraddittori rispetto alle stesse stime effettuate dall'Amministrazione.

Inoltre, le tabelle ministeriali del 27 giugno 2019 (alle quali il r.t.i. si sarebbe attenuto) evidenzerebbero che nella provincia di Bari e nella regione Puglia non sarebbe presente una contrattazione di secondo livello.

Ancora, le tabelle ministeriali, al rigo 2 della voce "elementi della retribuzione", stabiliscono un numero medio di tre scatti di anzianità, già sufficienti a coprire la durata quadriennale dell'appalto in questione.

Il r.t.i. non avrebbe tenuto conto in sede di formulazione dell'offerta della c.d. "decontribuzione Sud" (stimabile in circa euro 280.320,66, pari a oltre il 6% del costo del personale), come affermato nelle seconde giustificazioni.

Il costo del personale sarebbe stato calcolato applicando i dati di assenteismo previsti dalla tabella ministeriale e una aliquota I.N.A.I.L. superiore a quella effettiva, come indicato nelle giustificazioni del 5.4.2023.

Il r.t.i., inoltre, avrebbe fatto presente che, nel corso dell'espletamento del servizio,

il tasso di assenteismo e l'aliquota potrebbero essere inferiori, ma tali risparmi non sono stati considerati ai fini della quantificazione del costo della manodopera indicato in offerta.

In merito al "wellness aziendale", che rientrerebbe al più nelle spese generali insieme a tutti i costi delle assicurazioni aziendali, la Stazione appaltante non avrebbe chiesto chiarimenti specifici.

In relazione ai costi delle materie prime (listino prezzi), che secondo il Comune non dimostrerebbe l'effettivo vantaggio economico che il r.t.i. ha dichiarato di poter vantare, gli allegati alle giustificazioni dimostrerebbero che i listini farebbero riferimento ai contratti di fornitura sottoscritti sia dalla -OMISSIS- che dalle controllate -OMISSIS-e -OMISSIS- (ora fusa con -OMISSIS-).

I contratti sarebbero tutti di data anteriore rispetto a quella della pubblicazione del bando; i listini collegati ai predetti contratti di fornitura si riferirebbero alle società firmatarie dei contratti stessi e i vincoli negoziali sarebbero assunti dalla coop. holding e dalle società controllate, oltre che da Solidarietà e Lavoro.

La documentazione versata nel procedimento dimostrerebbe che il costo delle materie prime sarebbe conforme alle dichiarazioni rese e che i listini dei fornitori sono riferibili al r.t.i. ricorrente, i listini deriverebbero dall'applicazione dei contratti di fornitura stipulati con il fornitore -OMISSIS-, (...), -OMISSIS-.

In relazione alle incongruenze rispetto ai menù che saranno serviti agli utenti, esse sarebbero inidonee a motivare il giudizio di insostenibilità dell'offerta, trattandosi di scostamenti minimi determinati da meri refusi, essi non inciderebbero in modo significativo sulla complessiva sostenibilità dell'offerta.

Gli scostamenti sarebbero stati causati dalla stessa Amministrazione, la quale ha inserito dati erronei all'interno di talune prescrizioni del C.S.A..

Pur volendo aderire al costo delle derrate formulato dalla stazione appaltante (euro 1,60 a pasto come indicato nella relazione di accompagnamento ai C.A.M.), il r.t.i. avrebbe stimato un costo complessivo in euro 1.862.448,00 (calcolato in relazione

a 1.349.600 pasti, con una incidenza a pasto di euro 1,38), per cui se si computasse il costo di 1,60, il complessivo costo delle derrate ascenderebbe a euro 2.159.360,00, con un incremento che non sarebbe idoneo a condurre in perdita l'offerta come da allegato prospetto riepilogativo (pag. 20 del ricorso introduttivo). La differenza tra il costo determinato utilizzando i dati presi a riferimento dal R.U.P. e dalla commissione e quello giustificato dal raggruppamento primo graduato è pari a soli euro 296.912,00, maggior costo che troverebbe capienza nell'utile dichiarato e nel portafoglio sicurezza (pari complessivi euro 450.749,88). In relazione agli scarti derivanti dalla lavorazione delle materie prime, a fronte delle puntuali spiegazioni fornite, la Stazione appaltante si sarebbe limitata ad osservare che "non si è data evidenza di come sarebbero stati considerati gli eventuali scarti". Non senza considerare che l'incidenza dei predetti scarti sarebbe insignificante e inidonea a determinare l'insostenibilità dell'offerta.

Sul costo per trasporto pasti, il preventivo esibito non potrebbe essere contestato sulla base della sola mancata indicazione della data, tenuto conto del fatto che la Stazione appaltante non avrebbe indicato il costo di mercato assunto a termine di paragone, e, in secondo luogo, come la differenza (non indicata) inciderebbe sulla sostenibilità dell'offerta.

Sul costo del software, l'importo di soli euro 2.400,00 non inciderebbe sulla sostenibilità complessiva dell'offerta.

Quanto al costo della formazione, esso verrebbe finanziato attingendo ai Fondi Paritetici Interprofessionali, ai quali viene trasferito lo 0,30% dei contributi obbligatori versati all'I.N.P.S..

In merito ai costi della comunicazione, questi rientrerebbero nelle spese generali e/o nel portafoglio di sicurezza e, comunque, non sarebbero idonei a rendere incongrua l'offerta, considerato che il compenso per tale consulenza è di euro 2.000,00 (come emerge dal contratto stipulato) e comprende tutte le attività professionali aventi ad oggetto l'asseverazione, dal punto di vista

medico-scientifico, del progetto di comunicazione presentato.

Riguardo agli ulteriori costi, il c.d. “portafoglio di sicurezza” costituirebbe un accantonamento precauzionale volto a neutralizzare variazioni in aumento dei costi non prevedibili.

Tuttavia, il R.U.P. ha ritenuto che la previsione del “portafoglio di sicurezza” renderebbe l’offerta inaffidabile, senza indicarne le ragioni e la sussistenza di un nesso di causalità tra la previsione del portafoglio sicurezza e la presunta incongruità dell’intera offerta.

In relazione all’utile, l’ammontare di euro 55.860,00 previsto per il lotto 1 e di euro 445.368,00 per il lotto 2 dovrebbe tener conto di fattori e complessità esecutive differenti che caratterizzerebbero ciascun lotto, per cui la previsione di un utile per ciascuno dei lotti sarebbe sufficiente a superare la contestazione della Stazione appaltante.

2) *illegittimità derivata.*

I vizi dedotti si rifletterebbero sulla nota 21.6.2023, con cui, a fronte dell’istanza di riesame prodotta dalle ricorrenti in data 8.6.2023, la S.A. si è limitata a confermare la determinazione assunta.

1.2 - Con comunicazione del 12.9.2023, Prot. 12/09/2023.0305579.U, il comune di (...) ha trasmesso la Determinazione Registro Generale DD 13715/2023 Registro per Direzione DD-10 01849/2023 in data 11.9.2023, con cui si è approvato l’*iter* della procedura telematica finalizzato alla conclusione di un accordo quadro.

Con primi motivi aggiunti depositati il 21.9.2023, il r.t.i. ricorrente ha impugnato la succitata Determinazione Registro Generale DD 13715 / 2023 Registro per Direzione DD-10 01849 / 2023 adottata in data 11.9.2023 e comunicata con nota Prot. 12/09/2023.0305579.U nonché gli altri atti indicati in epigrafe, deducendo:

3) *Violazione dell’art. 97, comma 5, del d.lgs. 50/2016; violazione dell’art. 30, comma 4, dell’art. 23 comma 16, del d.lgs. 50/2016; violazione dell’art. 69, par. 3, direttiva*

2014/24/ue; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, erronea motivazione, sviamento, illogicità, errore di valutazione dei presupposti di fatto; disparità di trattamento; ingiustizia manifesta; illegittimità derivata.

Ribadisce e specifica le censure articolate nel ricorso introduttivo.

1.3 - Con secondi motivi aggiunti, depositati il 14.10.2023, il r.t.i. ricorrente ha contestato il subprocedimento di verifica delle offerte dei concorrenti collocati al primo ed al secondo posto della graduatoria, deducendo:

4) Violazione dell'art. 97, comma 5, del d.lgs. 50/2016; violazione dell'art. 30, comma 4, dell'art. 23 comma 16, del d.lgs. 50/2016; violazione dell'art. 69, par. 3, direttiva 2014/24/ue; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, erronea motivazione, sviamento, illogicità, errore di valutazione dei presupposti di fatto; disparità di trattamento; ingiustizia manifesta; illegittimità derivata.

Dall'esame della documentazione ricevuta in data 31.7.2023, relativa al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della -OMISSIS- (all'esito del quale la stessa è stata ritenuta congrua), il r.t.i. ricorrente avrebbe avuto modo di rilevare la sussistenza di una evidente disparità di trattamento nell'espletamento del subprocedimento di verifica delle offerte dei concorrenti collocati al primo ed al secondo posto della graduatoria.

La Stazione appaltante avrebbe usato un diverso criterio per verificare l'offerta della controinteressata -OMISSIS-. L'esclusione del raggruppamento ricorrente sarebbe viziato per disparità di trattamento in quanto:

- a) -OMISSIS- non avrebbe quantificato gli "aumenti stipendiali né gli scatti di anzianità";
- b) -OMISSIS- non fornirebbe elementi per verificare l'incidenza della contrattazione di secondo livello;
- c) -OMISSIS- avrebbe affermato di poter beneficiare di sgravi contributivi non contabilizzati (Decontribuzione sud);
- d) -OMISSIS- avrebbe accantonato i minori costi in quello che definisce

“portafoglio sicurezza”;

e) -OMISSIS- descrive a pag. 232 della propria offerta il sistema di “benessere aziendale”, cioè il proprio sistema di welfare, ma poi non ne giustifica il costo nelle proprie giustificazioni.

La S.A. ha giudicato anormalmente basso il costo del lavoro del r.t.i. ricorrente che ha indicato l'importo più elevato e, al contrario, ha stimato congruo quello del concorrente che ha indicato un ammontare inferiore (-OMISSIS-), sebbene le condizioni di gestione siano identiche.

La Commissione, infine, non avrebbe considerato (diversamente da quanto ritenuto nei confronti del r.t.i. ricorrente) che la -OMISSIS- non avrebbe presentato listini, né accordi commerciali, limitandosi a produrre solo alcune fatture emesse nel 2023;

5) *Violazione ed erronea applicazione dell'art. 8 del D.L. n. 76 del 2020 conv. dalla legge n. 120 del 2020 in relazione all'art. 32, d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per sviamento.*

La determinazione in data 11.9.2023 di approvazione degli atti di gara sarebbe illegittima nella parte in cui è ritenuta presupposto idoneo a sorreggere la consegna in via d'urgenza del servizio a -OMISSIS-.

L'art. 8, lett. a) del decreto legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020, consentirebbe l'avvio del servizio in via d'urgenza prima della verifica dei requisiti di cui all'articolo 80 del medesimo decreto legislativo, nonché dei requisiti di qualificazione previsti per la partecipazione alla procedura, ma non prima dell'aggiudicazione, che sarebbe comunque necessaria salva la sospensione della relativa efficacia nelle more dell'anzidetta verifica.

1.4 - Con terzi motivi aggiunti, depositati il 27.11.2023, è stata impugnata la determinazione Registro Generale DD 15689/2023, Registro per Direzione DD-10 02139/2023, del 16.10.2023, di aggiudicazione della gara in favore della società -OMISSIS- controinteressata.

A seguito dell'istanza di accesso, il r.t.i. ricorrente afferma di aver ricevuto in data

25.10.2023 copia della nota del 4.10.2023, con la quale il Direttore della Ripartizione Politiche educative e giovanili del Comune (il Dirigente che aveva sottoscritto gli atti di gara e nominato la commissione giudicatrice) ha dichiarato la propria “astensione da ogni atto e/o provvedimento” relativo alla procedura di gara oggetto del giudizio per “potenziale interferenza di interessi”.

Pertanto, con i motivi aggiunti in esame, il r.t.i. ricorrente, dopo aver ribadito i motivi di ricorso già articolati avverso il provvedimento di esclusione dalla gara nonché avverso quello di approvazione degli atti della procedura, lamenta che la commissione giudicatrice sarebbe stata nominata da un soggetto dichiaratosi in conflitto di interessi. Gli atti adottati dalla commissione giudicatrice e, in particolare, quelli afferenti alla valutazione di congruità dell’offerta della ricorrente sarebbero viziati in via derivata.

Deduce quindi, in via subordinata, la:

6) Violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 80, co. 5 lett. d) del d.lgs 50 del 2016. Violazione dell’art. 6-bis, l. n. 241/1990 in relazione all’art. 6 e 7 d.P.R. n. 62/2013 e all’art. 51, co. 1, n. 2), c.p.c.. nonché, del co. II art. 35, direttiva 2014/23, co. II art. direttiva 2014/24 e co. II art. 42, direttiva 2014/25; nonché delle Linee guida ANAC n. 15, par. 2.4. Violazione del principio di imparzialità ex art. 97 Cost. Eccesso di potere per sviamento dalla funzione tipica dell’azione amministrativa, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta.

Con nota prot. n. 332596 del 4.10.2023, la Direttrice del settore Politiche educative e giovanili del comune di (...), dott.ssa-OMISSIS--, ha comunicato al Segretario Generale, al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e al Direttore Generale del comune di (...), la propria “astensione da ogni atto e/o provvedimento” relativo alla procedura di gara oggetto del presente giudizio per “potenziale interferenza di interessi”.

Il predetto Dirigente, con disposizione di servizio prot. n. 0318498 dell’1.12.2021, è stata nominata Direttore della Ripartizione Politiche Educative Giovanili e del Lavoro. Nell’esercizio della predetta funzione ha nominato il R.U.P. della gara con

nota prot. n. 7248 del 12.1.2021.

L'avv. -OMISSIS-, su richiesta della Ripartizione Stazione Unica Appaltante, Contratti e Gestione Lavori Pubblica (dopo aver acquisito le offerte pervenute), con determinazione dirigenziale, n. Reg. Gen. 2022/13868 e n. Reg. Dir. 2022/24/00109 del 10.10.2022, ha nominato la commissione giudicatrice.

Con nota prot. n. 0028058/2023 del 24 gennaio 2023, il medesimo Direttore della Ripartizione delle Politiche Educative e Giovanili del comune di (...) e il R.U.P. hanno avviato il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della ricorrente, chiedendo le giustificazioni ritenute necessarie.

L'offerta della deducente è stata esclusa per anomalia.

Con determinazione dirigenziale in data 11.9.2023 sono stati approvati gli atti di gara, individuando, a seguito dell'esclusione del r.t.i. primo classificato e dello scorrimento della graduatoria, come offerta più vantaggiosa quella presentata dalla -OMISSIS- (la cui offerta è stata ritenuta congrua).

In seguito, l'avv. -OMISSIS--, con nota del 4.10.2023, ha comunicato la propria astensione da qualsivoglia atto afferente alla procedura di gara in questione in ragione della "potenziale interferenza di interessi" (come risulterebbe dall'accesso agli atti richiesto dal r.t.i. ricorrente).

Il Comune, con comunicazione del 6.10.2023, preso atto della dichiarazione resa dal predetto Dirigente comunale in relazione al manifestato conflitto di interessi, l'ha sostituita con altro funzionario.

Le ricorrenti, quindi, deducono, in via subordinata, nel solo caso di rigetto della domanda di annullamento del provvedimento di esclusione a danno delle deducenti, che la posizione tenuta dal Dirigente nella procedura concorsuale in questione, come dichiarata dalla stessa e ritenuto dai vertici dell'Amministrazione, violerebbe l'art. 42 del decreto legislativo n. 50/2016.

Ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse, sarebbe sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui

abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la Stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*.

La situazione di conflitto di interessi dichiarata imporrebbe l'esclusione del concorrente anche ai sensi della lett. d) del comma 5 dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016, che impone l'esclusione dell'operatore economico la cui partecipazione determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile;

7) Violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c.bis) e d) d.lgs. n. 50 del 2016, valersi quale motivo integrativo al controricorso incidentale.

La -OMISSIS- nel proprio D.G.U.E. avrebbe dichiarato l'assenza di posizioni di conflitto di interesse. Tale dichiarazione sarebbe fuorviante alla luce della successiva dichiarazione della esistenza di posizioni di conflitto di interesse di un componente della commissione di gara.

1.5 - Con quarti motivi aggiunti, depositati il 31.1.2024, è stata impugnata la medesima determinazione di aggiudicazione R.G. DD 15689/2023, Registro per Direzione DD-10 02139/2023, del 16.10.2023, deducendo le seguenti censure:

8) In via subordinata, violazione dell'art. 1, comma 9, lett. E) della legge 6 novembre 2012, n. 190 e dell'art. 8.c del PLAO 2023-2025 del comune di Bari. Violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 80, co. 5 lett. d) del d.lgs. 50 del 2016. Violazione dell'art.6-bis, l. n. 241/1990 in relazione all'art. 6 e 7 d.P.R. n. 62/2013 e all'art. 51, co. 1, n. 2), c.p.c.. nonché, del co. II, art. 35, direttiva 2014/23, co. II art. 24, direttiva 2014/24 e co. II art. 42, direttiva 2014/25; nonché delle Linee guida ANAC n. 15, par. 2.4. Violazione del principio di imparzialità ex art. 97 Cost. Eccesso di potere per sviamento dalla funzione tipica dell'azione amministrativa, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta.

Il rapporto di dipendenza della sorella della Dirigente, -OMISSIS--, con

-OMISSIS- avrebbe dovuto essere dichiarato, mentre, nel modello M3 scheda B del 19.6.2023, il Dirigente avrebbe dichiarato l'insussistenza di tale circostanza.

Il r.t.i. espone che, in vista della trattazione del merito del ricorso (già fissato per il 10.1.2024), il comune di (...) ha depositato in giudizio, in data 19/20 dicembre 2023, ulteriore documentazione afferente il dedotto conflitto di interessi.

Con nota prot. n. 305158 del 12.9.2023, il Dirigente avrebbe chiarito che la sorella è dipendente della -OMISSIS-(*holding* della -OMISSIS-) e che sino al 31.12.2020 è stata dipendente della -OMISSIS-.

Pertanto, ha negato la sussistenza di una interferenza potenziale di interessi alla luce del mero rapporto di lavoro dipendente tra la sorella e la concorrente -OMISSIS-; ha poi chiarito di aver dichiarato l'insussistenza del conflitto in relazione a tutti gli atti afferenti alla procedura sino a quel momento adottati (indizione della gara e nomina della commissione) e di aver dichiarato nel modello M3 scheda B (art. 8 PIAO 2023-2025 comune di (...)) l'assenza del conflitto.

Tuttavia, con nota prot. n. 322596 del 4.10.2023, la stessa dirigente ha comunicato la decisione di astenersi da ogni atto e/o provvedimento inerente alla gara, salvo poi, con successiva nota prot. n. 334831 del 5.10.2023, precisare che "si è ritenuto di comunicare l'astensione da ogni atto inerente il procedimento in oggetto esclusivamente per ragioni di mera opportunità".

Il Comune, con nota del Responsabile P.C.T. e del Segretario Generale, ha chiesto chiarimenti urgenti al Dirigente (prot. n. 338324 del 9.10.2023), che questa ha riscontrato con nota prot. n. 338758 del 10.10.2023 rilevando quanto segue: "la sottoscritta non era e non è in conflitto di interesse neanche potenziale, ma che, per ragioni di mera opportunità, si è ritenuto di astenersi dal prosieguo del procedimento essendo in corso da parte di codesto ufficio una verifica sulla segnalazione fatta dal RTI Solidarietà e Lavoro/-OMISSIS-".

Infine, con provvedimento del Responsabile PCT del 24.10.2023, il Comune ha concluso per la insussistenza della situazione di conflitto, in ragione del mero

rapporto di dipendenza tra la sorella del Dirigente e la concorrente -OMISSIS- pur evidenziando la contraddittorietà della condotta posta in essere dalla Dott.ssa -OMISSIS-.

La sorella del Dirigente, pur essendo formalmente dipendente di -OMISSIS-, ricoprirebbe ruoli direttivi di rilievo nella società -OMISSIS-.

L'intensità che caratterizza il rapporto di cointeressenza tra il dipendente e la società -OMISSIS-, avrebbe dovuto indurre all'astensione del Dirigente.

Dal bilancio di -OMISSIS- al 31.12.2022 si ricaverebbe che "Il Gruppo -OMISSIS- è nato con l'intento di attuare una profonda modifica dell'assetto societario ed organizzativo della -OMISSIS- srl, per migliorare... l'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale dell'azienda e... per incrementare la quota di mercato in aree e settori ritenuti strategici per il raggiungimento degli obiettivi definiti nel piano".

La costituzione di diverse imprese integrate avrebbe consentito alla -OMISSIS- di divenire uno dei protagonisti italiani del business della ristorazione commerciale e collettiva, nonché della fornitura di derrate alimentari, oltre che della progettazione e realizzazione di cucine industriali.

Sussisterebbe, quindi, un conflitto di interesse in capo alla sorella Dirigente della Ripartizione che ha indetto la gara e nominato la Commissione, di cui il Comune non avrebbe tenuto conto soffermandosi sulla dichiarazione resa dalla Dirigente (si veda modello M3 Scheda B in cui non si dichiarerebbe la sussistenza di un rapporto di parentela salvo poi, su sollecitazione del RPCT, dichiararne l'esistenza con dati generici).

Il provvedimento conclusivo dell'istruttoria sarebbe viziato per violazione del P.I.A.O. (Piano Integrato di Attività e Organizzazione della Pubblica Amministrazione) e dell'autovincolo che esso rappresenta.

La nomina della Commissione di gara da parte del Dirigente farebbe presupporre l'esistenza di un concreto pericolo di "influenzarne" il risultato, per le informazioni

privilegiate che avrebbero potuto essere trasferite all'impresa concorrente, ponendola in condizione di vantaggio sugli altri concorrenti (cfr. A.N.A.C. nel parere di funzione consultiva n. 52 del 25 ottobre 2023);

9) *Violazione dell'art. 80, comma 5, lett. c.bis) e d) d.l.gs 50 del 2016, a valere quale motivo integrativo al controricorso incidentale.*

L'operatore -OMISSIS- avrebbe meritato l'esclusione dalla gara per aver reso una dichiarazione quanto meno fuorviante ai sensi della lett. c. *bis*) dell'art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 2016. La situazione di conflitto di interessi dichiarata dalla dott.ssa -OMISSIS- imporrebbe l'esclusione del concorrente anche ai sensi della lett. d) del medesimo comma 5 dell'art. 80 cit..

1.6 - L'aggiudicataria -OMISSIS- in data 11.7.2023 ha depositato ricorso incidentale, con il quale chiede l'esclusione del r.t.i. ricorrente principale, deducendo i seguenti motivi:

1) *Violazione degli artt. 93, 95 e 97, d. l.vo n. 50/2016 anche in relazione all'art. 9 del capitolato speciale di appalto. Violazione del principio di immodificabilità dell'offerta. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, travisamento.*

Il capitolato speciale, all'art. 9, detta i criteri di valutazione dell'offerta dei concorrenti.

In particolare, sono previsti criteri di valutazione qualitativi (nn. 1, 2, 3, 4.3. e 6) e quantitativi (nn. 4.1.a, 4.1.b, 4.2.a, 4.2.b, 4.4.a, 4.4.b, 5.1. e 5.2).

Il r.t.i. ricorrente principale ha ottenuto il massimo punteggio (30) per i criteri quantitativi e 48,64 (su 50) per quelli qualitativi; tra l'offerta del r.t.i. primo classificato e quella della -OMISSIS- vi è una differenza di soli 3,09 punti.

La Stazione appaltante avrebbe attribuito all'offerta del predetto r.t.i. punteggi non congrui.

Con riferimento al criterio 3.2 (*Piano di formazione ed aggiornamento del personale addetto al centro cottura e alla distribuzione*), per il quale è stato attribuito al r.t.i. ricorrente il massimo punteggio (4, mentre la deducente ha ottenuto 3 punti), a pag. 33 e ss.

dell'offerta tecnica, il predetto r.t.i. descrive in apposita tabella il “Piano formativo proposto recante ore e moduli di formazione e aggiornamento per tutte le figure professionali di previsto utilizzo e calendarizzazione degli interventi previsti”.

La tabella riporta un “monte ore formazione intero appalto per figura professionale” pari a: 285 ore per il gruppo A “Direttivo e Dietetico”; 230 ore per il gruppo B “Produzione”; 182 ore per il gruppo C “Distribuzione”.

Tuttavia, manca una tabella o altro elaborato esplicativo che riporti l'effettiva e complessiva misura del piano formativo offerto, inteso come totale di ore di formazione da erogarsi.

Né all'interno del relativo paragrafo dell'offerta emerge quante (e quali) siano le unità lavorative destinatarie delle 285 ore *pro-capite* “offerte” ai lavoratori di cui al gruppo “A Direttivo e Dietetico”, quante siano le unità lavorative destinatarie delle 230 ore *pro-capite* “offerte” ai lavoratori di cui al gruppo “B Produzione”, e quante siano le unità lavorative destinatarie delle 182 ore *pro-capite* “offerte” ai lavoratori di cui al gruppo “C Distribuzione”.

In sede di sub procedimento di verifica dell'anomalia l'offerta tecnica sarebbe stata modificata: per cui con una tabella successiva all'offerta sarebbe stato possibile quantificare in 18.953 ore (sommatoria della colonna “ore formazione complessive”) la complessiva misura dell'offerta formativa del r.t.i. e operare una comparazione con l'offerta della -OMISSIS-, che ha invece formulato sul punto una offerta dettagliata per ciascuna figura professionale.

Il massimo punteggio attribuito al r.t.i. non sarebbe giustificato, posto che il piano in concreto offerto sarebbe stato dettagliato solo nel procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e, quindi, dopo la fase valutativa.

Il r.t.i., nella propria offerta, avrebbe dichiarato di offrire (tra formazione ed aggiornamento) n. 285 ore *pro-capite* per il personale “Direttivo e Dietetico”, n. 230 ore *pro-capite* per il personale di “Produzione” e n. 182 ore *pro-capite* per il personale di “Distribuzione”; il r.t.i. ha precisato (pag. 33 offerta tecnica) che “Le ore di

formazione e aggiornamento proposte per la durata dell'Appalto sono migliorative rispetto a quelle previste dalla vigente normativa nazionale e regionale in materia", e pertanto si tratterebbe di formazione aggiuntiva a quella già obbligatoriamente prevista (analogo concetto è ribadito nelle seconde giustificazioni a pag. 21).

Nelle seconde giustificazioni, il r.t.i. avrebbe invece ridotto le ore di formazione *pro-capite* (contravvenendo al principio di immodificabilità dell'offerta) rispettivamente a n. 249 ore per il personale "Direttivo e Dietetico", a n. 202 ore per il personale di "Produzione" e a n. 154 ore per il personale di "Distribuzione".

Nelle seconde giustificazioni, il r.t.i. avrebbe dichiarato - per la prima volta, in sede di procedimento di verifica dell'offerta - di aver elaborato il progetto formativo da erogarsi al personale adibito all'appalto ispirandosi ai principi del Modello 70:20:10, secondo cui:

- a.- il 70% della formazione è esperienziale (deriva dalle esperienze che i dipendenti vivono sul posto di lavoro);
- b.- il 20% della formazione è sociale, tra pari (ad esempio, tramite i feedback e i rapporti e confronti con i colleghi);
- c.- il 10% è dato dall'apprendimento da un modello formale (condotto attraverso sessioni di formazione formale, attuata in aula o mediante formazione a distanza o mediante workshop).

La formazione offerta dal r.t.i. sarebbe pari, quindi, ad appena il 10% delle ore indicate all'interno della propria offerta, in quanto la formazione "esperienziale" (il 70%) e "sociale" (il 20%) non potrebbero ritenersi rilevanti in termini di "formazione" così come qualificata dall'art 24 del Capitolato Speciale di Appalto.

Il comune di (...) si riferirebbe, nel "Piano di formazione ed aggiornamento del personale", esclusivamente a corsi ovvero alla c.d. formazione "formale", rispetto alla quale il r.t.i. ricorrente avrebbe destinato solo il 10% del proprio Piano formativo, pari ad appena 1.895,3 ore (sommatoria della colonna "ore complessive in aula 10%" delle seconde giustificazioni datate 5.4.2023).

La società -OMISSIS- - invece - avrebbe offerto 9.728 ore di formazione formale (ottenendo 3 punti, in luogo dei 4 assegnati alla ricorrente principale); il punteggio assegnato in relazione al sub-criterio 3.2 al r.t.i. sarebbe illogico e fondato su un travisamento del contenuto dell'offerta presentata.

Il Capitolato speciale, in relazione al subcriterio quantitativo 4.1.a), prevede l'attribuzione di massimo 8 punti (0.4 punti per ogni prodotto e per massimo 20 prodotti) per l'offerta di prodotti biologici a Km. 0 e filiera corta tra alcune categorie specificamente indicate, con la precisazione che "la quantità di prodotti deve coprire l'intero fabbisogno della tipologia di derrata indicata, deve essere coerente con le indicazioni dei menu stagionali e con il numero dei pasti da offrire".

In coerenza con la prescrizione della *lex specialis*, il r.t.i. ha dichiarato (pag. 3 offerta tecnica) di offrire 27 prodotti, precisando che "La quantità dei prodotti copre l'intero fabbisogno della tipologia di derrata indicata, ed è coerente con le indicazioni dei menù stagionali e con il numero dei pasti da offrire".

Tuttavia, il prezzemolo non è previsto nell'elenco derrate da cui attingere per la proposta offerta, così come il porro, il basilico, il limone e il pomodoro; inoltre il prezzemolo, così come le clementine, sarebbe ripetuto due volte nell'elenco e tali voci duplicate vanno riportate necessariamente ad unità.

Il r.t.i. avrebbe ottenuto comunque il massimo punteggio previsto (8 punti), con conseguenze assai rilevanti sui punteggi attribuiti in riferimento ai criteri quantitativi successivi.

Infatti, come già precisato, in base alla *lex specialis* e alle dichiarazioni del r.t.i., la tipologia di prodotto (in questo caso biologico) deve essere fornito per l'intero fabbisogno previsto da menù e non può essere fornito in altre categorie.

Il sub criterio 4.4.a (*Ulteriori caratteristiche ambientali e sociali dei prodotti alimentari sub criterio a*) prevede l'attribuzione di massimo 3 punti (1 punto per ogni prodotto offerto); per conseguire un utile punteggio deve ovviamente trattarsi di prodotti

diversi da quelli già offerti in relazione al criterio 4.1.a. Dall'elenco dei prodotti dovrebbero essere esclusi i prodotti già premiati per il criterio 4.1.a), quali clementine e arance, già offerti del tipo biologico.

In relazione al criterio 4.4.b) (*Ulteriori caratteristiche ambientali e sociali dei prodotti sub criterio b*), per il quale è prevista l'attribuzione di 3 punti (1 punto per ogni prodotto offerto), il r.t.i. ha dichiarato che “effettuerà la somministrazione dell'intero fabbisogno delle seguenti tipologie di prodotti alimentari con i prodotti biologici provenienti da aziende che praticano agricoltura sociale di cui alla citata legge 18 agosto 2015, n.141 e/o da aziende iscritte nella Rete del lavoro agricolo di qualità di cui all'art. 6 del citato decreto-legge 24 giugno 2014 n. 91: 1) Bio/Conv melanzana 2) Bio/Conv peperoni 3) Bio Olio Evo”.

Dovrebbero escludersi i prodotti già presenti tra i prodotti offerti dal r.t.i. in relazione al criterio 4.1.a), per cui al r.t.i. avrebbe dovuto essere attribuito al solo olio Evo solo 1 punto.

Al successivo criterio 5.1 (*Ulteriori prodotti biologici - Fornitura di ulteriore quota di Olio Extravergine di olio di Oliva Biologico rispetto a quanto previsto dall'art. 19*), il r.t.i. ha dichiarato che “effettuerà la somministrazione dell'intero fabbisogno delle seguenti tipologie di prodotti alimentari con i prodotti biologici per il 100%” (pag. 18).

Il r.t.i. ha dichiarato che avrebbe utilizzato l'olio Evo per il 100% della fornitura, che però sarebbe stato già presente nel primo elenco in relazione al criterio premiante 4.1.a), per cui non avrebbero potuto essere attribuiti i 5 punti conseguiti per il criterio 5.1.

La Commissione avrebbe erroneamente attribuito al r.t.i. -OMISSIS-- -OMISSIS- 7 punti non conseguibili.

Il sub criterio 4.1.b prevede l'attribuzione di massimo 2 punti per l'utilizzo di veicoli a trazione elettrica o ibrida e comunque a basso impatto ambientale per il trasporto primario dei prodotti a filiera corta e Km 0.

Il r.t.i. avrebbe dichiarato nell'offerta tecnica che “il trasporto primario dei prodotti

da filiera corta e Km 0, come sopra definiti, sarà effettuato con veicoli a trazione elettrica o ibrida, a idrogeno, o alimentati con biocarburanti, combustibili sintetici e paraffinici, gas naturale, compreso il biometano, in forma gassosa (gas naturale compresso - GNC) e liquefatta (gas naturale liquefatto - GNL) o con gas di petrolio liquefatto (GPL) e con delle misure di gestione ambientale della logistica...”.

Sono state indicate quali affidatari del trasporto primario le imprese -OMISSIS-, -OMISSIS-, -OMISSIS- e -OMISSIS-, mentre ai fini del punteggio la gestione del trasporto a imprese terze avrebbe dovuto essere affidata in subappalto. Né le predette imprese parteciperebbero al raggruppamento o risulterebbero ausiliarie in un contratto di avvalimento.

Pertanto, il punteggio attribuito (2 punti) per tale criterio sarebbe illegittimo, in quanto ottenuto senza ricorrere al subappalto ovvero all'avvalimento.

2) Violazione dell'art. 97, d.lgs. n. 50/2016 anche in relazione all'art. 9 del capitolato speciale di appalto; violazione del principio di immutabilità dell'offerta; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, travisamento.

In sede di giustificazioni, il r.t.i. avrebbe previsto un costo per campionamenti e analisi (HACCP) pari ad euro 16.200,00, sottostimato. Inoltre, l'attività in questione è affidata al -OMISSIS-, che non sarebbe accreditato, perché sarebbe stato raggiunto da un provvedimento sanzionatorio e di sospensione dell'accreditamento, poi revocato il 19.10.2017.

Dal 27.9.2019 il -OMISSIS- avrebbe ricevuto provvedimento di sospensione totale dell'accreditamento e pertanto non potrebbe operare.

La Commissione non avrebbe eseguito ponderate valutazioni in ordine a tale attività e al riflesso sul regime di giustificazione dei costi previsti.

Ciò dimostrerebbe l'inaffidabilità dell'offerta del ricorrente principale che, pertanto, avrebbe dovuto essere esclusa.

1.7 - In data 27.7.2023 la -OMISSIS- ha depositato motivi aggiunti al ricorso

incidentale, in cui deduce:

3) Violazione degli artt. 94 e 95, d.lgs. n. 50/2016 anche in relazione all'art. 9.1 del capitolato speciale di appalto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, travisamento, abnormità procedimentale.

Dal verbale delle operazioni di gara del 26.10.2022, in relazione al sub-criterio 1.5 (Piano di pulizia di attrezzature e di stoviglie), la commissione avrebbe stralciato il paragrafo “Piano di allestimento delle aree lavaggio” (pagine da 194 a 213) dall’offerta tecnica della ricorrente incidentale, perché non sarebbe stata in grado di verificare la fondatezza e attendibilità dell’analisi dei luoghi ove si svolgeranno le attività di pulizia.

Ciò avrebbe inciso sulla corretta attribuzione del punteggio previsto (massimo 10 punti) per il criterio in questione, considerando che la -OMISSIS- ha conseguito un punteggio più basso di quello (massimo) attribuito al r.t.i. -OMISSIS-- -OMISSIS-.

L’esame delle pagine oggetto di stralcio non avrebbe nemmeno potuto ledere la *par condicio* dei concorrenti, perché il Capitolato speciale (art. 9.1) avrebbe richiesto ai concorrenti di “elaborare un piano di distribuzione dei pasti e un piano di sanificazione del centro cottura e dei luoghi di somministrazione ed un piano di pulizia di attrezzature e stoviglie”;

4) Violazione degli artt. 94, 95 e 97, d.lgs. n. 50/2016 anche in relazione all'art. 9.1 del capitolato speciale di appalto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, travisamento.

L’offerta del r.t.i. -OMISSIS-- -OMISSIS- sarebbe viziata anche in relazione al punteggio assegnato per la prevista installazione di un “impianto fotovoltaico presso il centro di cottura aziendale”.

In particolare, in base all’offerta tecnica del r.t.i. ricorrente principale (pag. 51), “Il centro sarà potenziato con un Impianto Fotovoltaico da 100 kW per alimentare il maggior consumo energetico dovuto all’impiego delle attrezzature previste per il

lotto in esame nonché per alimentare anche la flotta di automezzi elettrici previsti per il trasporto dei pasti (argomento trattato nel capitolo 6 dedicato ai trasporti)” e “considerando la produzione specifica di un kW pari a 1.250,81 kWh (calcolato in funzione dell’area climatica e dell’orientamento delle superfici) è stato quindi possibile determinare la potenza dell’impianto pari a 100 kW in grado di produrre 125.081 kWh/anno”.

Il costo del predetto impianto, giusta preventivo della “-OMISSIS-” prodotto dal r.t.i. riferito a entrambi i lotti, è pari ad euro 104.216,57, cui vanno aggiunti euro 3.844,00 per componenti dedicate al lotto 1 ed euro 5.766,00 per componenti dedicate al lotto 2.

Nelle giustificazioni, il predetto costo complessivo dell’impianto sarebbe stato imputato per euro 38.724,54 al lotto 1 e per euro 65.492,03 al lotto 2.

L’offerta sarebbe stata condizionata all’aggiudicazione di entrambi i lotti. Poiché l’impianto fotovoltaico offerto è unico e non è divisibile avrebbe dovuto essere imputato per ciascun lotto l’intero costo previsto a prescindere dalla aggiudicazione contestuale (imprevedibile) di entrambi i lotti.

Trattandosi di offerta condizionata al conseguimento di entrambi i lotti, sarebbe inammissibile e da escludere.

L’impianto - inoltre - non sarebbe sufficiente per ricaricare anche i 21 automezzi elettrici che il r.t.i. prevede di impiegare per l’esecuzione del servizio nei due lotti.

Ciò confermerebbe l’inaffidabilità dell’offerta del ricorrente principale.

1.8 - Parte ricorrente principale in data 22.9.2023 ha depositato controricorso incidentale, con il quale deduce che l’esame della documentazione amministrativa depositata dalla -OMISSIS- (in particolar modo il D.G.U.E. e la dichiarazione sostitutiva in ordine alla assenza delle cause di esclusione *ex art. 80* del decreto legislativo n. 50/2016 e ss.mm.ii.) dimostrerebbe che l’aggiudicataria avrebbe reso all’Amministrazione resistente dichiarazioni non veritiere (o comunque fuorvianti) e comunque incomplete.

Ha dedotto i seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lettere c-bis e f-bis d.lgs. 50 del 2016 in relazione alle dichiarazioni di cui alla domanda di partecipazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Nella dichiarazione sostitutiva in ordine all'assenza di cause di esclusione *ex art. 80* del decreto legislativo n. 50/2016 e s.m.i., la -OMISSIS- ha attestato: “nella esecuzione dei predetti appalti ha ricevuto occasionali contestazioni da parte dei Committenti Pubblici o ad essi equiparati da considerarsi del tutto fisiologiche”, mentre nella successiva pag. 4 dichiara: “per mero tuziorismo, inoltre, in quanto circostanza neppure astrattamente idonea ad integrare causa di esclusione ai fini dell'ammissione del concorrente (art. 80, comma 5, c ter del d.lgs. 50/2016), si comunica che, con deliberazione Reg. Del. n. 6 del 12/01/2021, il Comune di (...) ha esercitato la facoltà di recedere dal contratto d'appalto del servizio di refezione con la ditta fornitrice -OMISSIS-, con riconoscimento di indennizzo alla scrivente società, come disciplinato dall'articolo 109 del decreto legislativo 50/2016”.

Dal provvedimento adottato dal comune di (...) (cfr. deliberazione della Giunta comunale n. 6 del 12.1.2021), si ricaverebbe - invece - che il comune di (...) avrebbe rappresentato le notevoli criticità che hanno caratterizzato il rapporto negoziale con la -OMISSIS-, sia sul versante organizzativo sia per quanto riguarda la qualità dei pasti forniti, che ha in un primo momento condotto all'applicazione di penali e, poi, al recesso dal contratto, ai sensi dell'art. 109 del decreto legislativo n. 50/2016 (e 18 del c.s.a.) fondato su reiterati inadempimenti posti in essere dalla controparte.

Sarebbe irrilevante la circostanza del pagamento della somma di euro 3.000,00 in favore della -OMISSIS- da parte del predetto Comune.

Il recesso sarebbe stato causato esclusivamente dall'inadempimento e dal comportamento della -OMISSIS-, fondato su precisi addebiti di una condotta violativa degli obblighi contrattuali.

Pertanto, la dichiarazione resa dalla -OMISSIS- violerebbe l'art. 80 comma 5, del decreto legislativo n. 50/2016.

Ciò varrebbe anche in relazione alla esecuzione dei servizi di ristorazione per il personale della (...) in cui sarebbero stati contestati i reati di corruzione e turbativa d'asta, che avrebbero condotto all'emissione di misure di custodia cautelare nei confronti dell'ex R.U.P. della procedura.

La (...), nella seduta del 6.7.2022, con delibera del Consiglio di Amministrazione prot. 8SCA/LC/2022/4220/A/C ha annullato in autotutela la procedura, con conseguente cessazione del rapporto contrattuale con la società -OMISSIS-.

In altro giudizio pendente dinanzi al T.A.R. Piemonte (N.R.G. 150 del 2023), la ricorrente ha appreso che in data 1.12.2021 la società -OMISSIS- si è aggiudicata i lotti nn. 1, 3, 4 e 5 del servizio di ristorazione per il personale della (...), per un valore complessivo di circa euro 30.000.000,00. Il Consiglio d'Amministrazione della (...), a seguito del decreto di perquisizione e sequestro emesso dalla Procura della Repubblica di Roma nell'ambito dell'inchiesta per i reati di corruzione e turbativa d'asta che ha portato alla custodia cautelare del R.U.P., avrebbe escluso l'aggiudicataria -OMISSIS-, cancellandola dall'albo fornitori.

Sarebbe stato avviato anche il procedimento ex decreto legislativo n. 231 del 2001 a carico della predetta Società.

Dai documenti di cui al succitato contenzioso, si evincerebbe che la -OMISSIS- avrebbe avuto conoscenza dell'indagine a proprio carico sin dal 21.7.2022.

Ciò inciderebbe negativamente sul giudizio di affidabilità nei confronti di -OMISSIS-, che avrebbe omesso di riferire tale sviluppo in violazione dei principi di trasparenza e leale partecipazione al contraddittorio.

La -OMISSIS- avrebbe omesso di dichiarare al comune di (...):

1) l'apertura del procedimento di esclusione dalla gara per illecito infraprocedimentale ai sensi dell'art. 80, 5° comma, lett. c) e/o c-bis) e/o d) del d.lgs. n. 50/2016;

- 2) la cancellazione dall'albo dei fornitori della (...);
- 3) l'avvio di un procedimento penale a carico del proprio "Amministratore di fatto" per i reati di corruzione e turbativa d'asta;
- 4) l'attivazione di un procedimento per illecito amministrativo ex d.lgs. 231 del 2001 a carico della società stessa;
- 5) l'annullamento della gara relativa ai quattro lotti per notevole importo di cui aveva conseguito l'aggiudicazione.

Ciò rivelerebbe l'assenza di trasparenza e l'inaffidabilità del concorrente, posto che la dichiarazione che -OMISSIS- ha allegato al proprio D.G.U.E. sarebbe stata sottoscritta nel mese di agosto 2022, dopo le vicende sopra indicate.

La società -OMISSIS-, quindi, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per aver rilasciato, in sede di partecipazione alla gara, dichiarazioni non veritiere, riconducibili alla sfera di applicabilità della lett. f-bis) dell'art. 80, 5° comma, decreto legislativo n. 50/2016, per aver negato la sussistenza di fatti ulteriori e diversi da quelli riferiti e, in ogni caso, per essere incorsa in illecito infraprocedurale.

La condotta omissiva dell'aggiudicataria rientrerebbe nella fattispecie disciplinata dalla lett. c-bis) dell'art. 80 comma 5 del d.lgs. n. 50 del 2016, per cui essa avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Nella "Dichiarazione sostitutiva Assenza cause di esclusione ex art. 80 del D.lgs. 50/2016 e s.m.i." – -OMISSIS- avrebbe attestato che "il Sig. -OMISSIS--, socio al 1% della -OMISSIS-, è imputato dei reati previsti e puniti dagli artt.81 e 110 c.p., 7 della Legge n. 195/1974 e 4, primo comma, della Legge n.659/1981, nell'ambito del procedimento penale n. 11364/2021 R.G.N.R attualmente pendente dinanzi al Tribunale Penale di Torino in composizione monocratica".

Il procedimento penale in oggetto si sarebbe concluso il 4.5.2023 con la condanna del predetto per il reato di finanziamento illecito ai partiti, che sarebbe rilevante ai fini della verifica di cui all'art. 80 cit..

La -OMISSIS- non avrebbe aggiornato la precedente dichiarazione (resa il 24.08.2022), rendendo così edotto il Comune della condanna intervenuta.

L'obbligo di dichiarare episodi siffatti sussiste sia all'atto della presentazione della domanda di partecipazione, ma anche successivamente alla stregua del principio di continuità del possesso dei requisiti, secondo cui nelle procedure per l'aggiudicazione di contratti pubblici i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai concorrenti anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (cfr per tutte Ad. Plen. n. 8/2015).

La -OMISSIS-, nella propria dichiarazione, avrebbe affermato che il procedimento si riferirebbe a --OMISSIS- nella qualità di "socio al 1% della -OMISSIS-", mentre egli non sarebbe solo "socio al 1% della -OMISSIS-" essendo:

- a) socio al 50% della società -OMISSIS- S.r.l., che detiene il 98% del capitale dell'impresa -OMISSIS- e, quindi, eserciterebbe il controllo di quest'ultima (come da visura storica della -OMISSIS-);
- b) stato amministratore delegato della società -OMISSIS- sino al 29.7.2021;
- c) stato preposto alla gestione tecnica ai sensi del D.M. 274/1997 sino al 4.5.2022 (visura storica -OMISSIS- - pag. 101).

All'epoca della contestazione dei fatti oggetto del suddetto procedimento penale, il predetto socio avrebbe quindi rivestito un ruolo di primaria importanza all'interno della Società.

Ciò integrerebbe il c.d. "grave illecito professionale" di cui all'art. 80, comma 5 cit., considerato che la condotta contestata al predetto soggetto è connessa con quella professionale dell'impresa -OMISSIS-.

L'omissione dichiarativa in questione costituirebbe un illecito professionale che avrebbe dovuto essere oggetto di valutazione ai fini del giudizio di affidabilità del concorrente.

La condotta omissiva di -OMISSIS- riguarderebbe anche l'aggiornamento della dichiarazione ex art. 80 sull'aver subito, da parte dell'Università (...), una risoluzione contrattuale, con provvedimento del 28.10.2022 per grave inadempimento, del contratto sottoscritto in data 14.03.2017 e del relativo atto aggiuntivo del 27.07.2021, aventi ad oggetto la concessione del servizio di gestione bar/caffetteria presso la (...).

Tale risoluzione per grave inadempimento della -OMISSIS- sarebbe intervenuta durante le operazioni di gara per la refezione scolastica del comune di (...), per cui la -OMISSIS- avrebbe dovuto dichiarare la sussistenza del predetto provvedimento, aggiornando la dichiarazione ex art. 80 del decreto legislativo n. 50/2016.

La predetta circostanza rientrerebbe tra quelle soggette agli obblighi dichiarativi, essendo idonea a fare dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico in vista dell'affidamento dell'appalto.

Infine, la -OMISSIS- non avrebbe dichiarato che alcuni suoi dipendenti sarebbero imputati per i reati di commercio di sostanze alimentari nocive e lesioni personali colpose.

In conclusione, i procedimenti penali in corso, la sentenza di condanna, la dichiarazione inveritiera e fuorviante resa sull'appalto del comune di (...), il mancato aggiornamento delle dichiarazioni sulla persistenza dei requisiti di moralità dimostrerebbero metterebbero in serio dubbio l'affidabilità e l'integrità del suddetto operatore economico.

La -OMISSIS- avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per evidente carenza del requisito ex art. 80, comma 5 del decreto legislativo n. 50 del 2016. In subordine, si chiede di ordinare alla la S.A. di valutare le predette circostanze ad adeguata valutazione in punto di affidabilità della stessa.

1.9 - In data 26.9.2023, la -OMISSIS- ha depositato ulteriori motivi aggiunti al ricorso incidentale, sostanzialmente riproducendo le censure già dedotte nel

ricorso incidentale e nei motivi aggiunti del 27.7.2023.

1.10 - Il comune di (...) si è costituito in giudizio, replicando alle censure della ricorrente principale.

Argomenta che la valutazione della Stazione appaltante e, in particolare, della Commissione incaricata della verifica di anomalia dell'offerta economica, sarebbe sostenuta da ampia e idonea motivazione che troverebbe riscontro nella documentazione dalla stessa esaminata. Osserva che, secondo la giurisprudenza amministrativa, la valutazione dell'anomalia dell'offerta non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma mirerebbe ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e affidabile e, dunque, se sia in grado di offrire serio affidamento circa la corretta esecuzione della prestazione richiesta. Inoltre, l'impresa deve fornire adeguate giustificazioni in relazione alle voci di costo che nell'offerta tecnica ha dichiarato di voler sostenere, avendo il procedimento in parola la finalità di verificarne la sostenibilità economica.

1.11 - Le parti hanno prodotto consistenti memorie di replica in aggiunta a quanto già ampiamente dedotto e controdedotto.

1.12 - All'udienza pubblica del 22 maggio 2024, dopo ampia discussione tra le parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. - Con il ricorso introduttivo e con i primi due motivi aggiunti, il r.t.i. di cui è parte la -OMISSIS- contesta, in linea generale, il metodo di verifica utilizzato dalla Stazione appaltante, che sarebbe stato indirizzato alla ricerca di singoli errori relativi ad aspetti formali più che all'effettiva verifica della congruità complessiva dell'offerta.

La Stazione appaltante non avrebbe condiviso le giustificazioni offerte, senza tuttavia dimostrare l'insostenibilità economica dell'offerta nel suo complesso, alla luce dei margini di utile comunque derivanti dalle proposte per entrambi i lotti in gara e della dotazione di un "portafoglio di sicurezza", al quale si sarebbe potuto attingere per superare le discrepanze rilevate in sede di verifica delle giustificazioni.

Con i secondi motivi aggiunti, inoltre, il r.t.i. ricorrente deduce l'esistenza di una evidente disparità di trattamento nell'espletamento del subprocedimento di verifica delle offerte dei concorrenti collocati al primo ed al secondo posto della graduatoria.

Secondo il r.t.i., la propria stima del costo della manodopera sarebbe in linea ed anche superiore a quello previsto in altri appalti analoghi. Mentre nei secondi motivi aggiunti si sofferma su alcuni profili che evidenzierebbero il diverso metro di giudizio impiegato dalla commissione di gara nelle verifiche delle giustificazioni prodotte dalla -OMISSIS-, rispetto a quello ben più analitico utilizzato nei confronti di parte ricorrente principale.

2.1 - Ciò premesso si osserva, in linea generale, che il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto.

Pertanto, la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 29 gennaio 2019, n. 726; Sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430; 30 ottobre 2017, n. 4978); il giudizio sull'offerta sospettata di anomalia è, quindi, incentrato sull'accertamento della serietà dell'offerta, desumibile dalle giustificazioni fornite dalla concorrente, con la conseguenza che l'esclusione dalla gara può essere disposta solo se vi sia la prova dell'inattendibilità complessiva dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 29 novembre 2012, n. 36; Sez. III, 18 dicembre 2018, n.7129; Sez. V, 29 gennaio 2018, n. 589), non rilevando eventuali inesattezze su singole voci.

In sede di verifica dell'anomalia, è consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo, per sopravvenienze di fatto o

normative ovvero al fine di porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità dell'offerta economica in ossequio alla regola dell'immodificabilità dell'offerta (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 26 giugno 2019, n. 4400; 8 gennaio 2019, n. 171).

Al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, l'acquisizione di esperienza da far valere in sede di partecipazione a successive procedure di evidenza pubblica (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 269; idem, 13 febbraio 2017, n. 607).

3. - Ciò premesso, riconducendo gli orientamenti in questione alle peculiarità del caso in esame, si osserva che, dall'esame del giudizio finale di congruità formulato dall'Amministrazione aggiudicatrice, emerge che la Stazione appaltante ha effettuato comunque una valutazione globale dell'offerta, dopo aver svolto, però, una approfondita istruttoria dell'offerta presentata dalla controinteressata sulla base dei parametri indicati della legge di gara.

In particolare, secondo il comune di (...), le ricorrenti non avrebbero fornito prove oggettive circa l'attendibilità e la sostenibilità del costo per le materie prime necessarie per la preparazione dei pasti che, nell'ambito di una gara per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica, rappresenta una voce di costo di primaria rilevanza, soprattutto in ragione dell'alto livello qualitativo richiesto dall'Amministrazione e offerto dal r.t.i. ricorrente; di analogo tenore sono le difese della controinteressata -OMISSIS-.

Con ulteriore motivo, infine, l'istante censura nel "merito" le valutazioni svolte dalla Commissione di gara, per l'offerta tecnica della ricorrente e della controinteressata, in relazione ad una serie di voci, proponendo all'attenzione di

questo giudice le proprie valutazioni o meglio una sistematica rilettura delle valutazioni svolte in relazione ai singoli profili dell'offerta che il Comune non ha ritenuto congruenti o giustificati. Si tratta, quindi, di censure che investono il *proprium* della discrezionalità tecnica della Stazione appaltante.

4. - Ciò premesso si osserva che, secondo un ormai consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, il sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica non può sfociare nella sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo amministrativo ove tale opinione, pur se non condivisa sul piano soggettivo in dipendenza della fisiologica opinabilità che connota l'interpretazione e l'applicazione di scienze non esatte, non venga considerata erronea sul piano della tecnica (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 19.6.2024, n. 2631).

Il giudizio della Commissione sfugge, quindi, al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità, laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere, *sub specie* di difetto di motivazione, di illogicità manifesta, di erroneità nei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti.

Cosicché *la valutazione delle offerte tecniche come pure delle ragioni che giustificano la soluzione migliorativa proposta quanto alla sua efficienza e alla rispondenza alle esigenze della stazione appaltante costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica*, (Cons. Stato, V, 14 maggio 2018, n. 2853); *con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla commissione, ove non inficiati da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta: cfr., tra le altre, già Cons. Stato, III, 7 marzo 2014, n. 1072; 14 novembre 2017, n. 5258; id., V, 17 gennaio 2018, n. 269) (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 282).*

5. - Il giudizio della Commissione sfugge, quindi, al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere, *sub specie* di difetto di

motivazione, di illogicità manifesta, di erroneità nei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti.

A ciò va aggiunto che il principio di insindacabilità delle valutazioni tecnico-amministrative condotte dagli organi competenti rende inammissibile, per violazione dell'art. 134 Cod. proc. amm., il motivo di ricorso finalizzato a sollecitare, anche mediante la nomina di un verificatore o un c.t.u., un sindacato sostitutivo del giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 23.11.2021, n. 1707).

In conclusione, nel controllo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo il giudice amministrativo non può sovrapporre la propria valutazione a quella della pubblica amministrazione (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, n. 282 del 2021 cit.; sez. IV, 9 luglio 2018, n. 4153; sez. V, 17 gennaio 2018, n. 269; sez. V, 14 novembre 2017, n. 5258; sez. III, 7 marzo 2014, n. 1072; sez. VI, 6 maggio 2014, n. 2302; Cass., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1013).

6. - Le censure della ricorrente principale (come quelle del ricorso incidentale e del controricorso incidentale di analogo tenore) devono essere ritenute inammissibili: esse infatti travalicano i limiti del sindacato di legittimità e comunque non sono idonee a mettere in luce ragioni di manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrio o travisamento dei fatti.

Occorre precisare che tale conclusione non può ovviamente essere intesa (sia pur implicitamente) come avallo dell'operato dell'Amministrazione, ma sottolinea che, a fronte delle penetranti censure svolte dal r.t.i. ricorrente in via principale, alle quali corrispondono altrettanto puntuali argomentazioni difensive delle resistenti, non è possibile giungere alla conclusione che esistano evidenti e sicuri profili di illogicità, contraddittorietà e erronea valutazione dei presupposti che avrebbero consentito di accogliere i rilievi della ricorrente.

Ciò soprattutto in considerazione dei limiti del sindacato concesso a questo giudice, nonché della circostanza che viene anche richiesta una verifica in ordine

alla disparità di trattamento che avrebbe contraddistinto i procedimenti di verifica della congruità dell'offerta delle due concorrenti collocatesi al primo e secondo posto della graduatoria; diversità più volte reclamata e argomentata anche in sede di memorie e per la quale questo giudice sarebbe chiamato a svolgere un confronto tra le due offerte nonché i due subprocedimenti di verifica della anomalia condotti dalla commissione di gara, finendo per svolgere un ruolo ad esso non consentito in base ai limiti del sindacato più volte innanzi richiamati.

7. - Per tali ragioni il ricorso introduttivo nonché i primi e i secondi motivi aggiunti non possono essere accolti.

8. - È possibile procedere, quindi, all'esame della terza e quarta serie di motivi aggiunti, proposto dal r.t.i. ricorrente, in via subordinata, nell'ipotesi di mancato accoglimento delle precedenti censure.

Con essi, la -OMISSIS- deduce (dopo aver ricevuto -in sede di accesso agli atti- in data 25.10.2023 copia della nota del 4.10.2023, con la quale il Direttore della Ripartizione Politiche educative e giovanili del Comune aveva dichiarato la propria "astensione da ogni atto e/o provvedimento" relativo alla procedura di gara oggetto del giudizio per "potenziale interferenza di interessi") che la commissione giudicatrice sarebbe stata nominata da un soggetto dichiaratosi in conflitto di interessi, per cui gli atti adottati dalla commissione giudicatrice e, in particolare, quelli afferenti alla valutazione di congruità dell'offerta della ricorrente, sarebbero viziati in via derivata.

8.1 - In proposito, occorre soffermarsi in via preliminare sull'eccezione di tardività dei motivi aggiunti, formulata dalla controinteressata con la memoria del 6.5.2024. Questa eccepisce che sarebbe stato lo stesso r.t.i. ricorrente a segnalare che "la predetta situazione è foriera di serie preoccupazioni legate ad un potenziale conflitto di interessi, poiché l'avv.-OMISSIS-- potrebbe essere influenzata nella sua posizione decisionale dalla relazione familiare con un collaboratore/dipendente della società -OMISSIS-".

Pertanto, il “potenziale conflitto di interessi”, sarebbe stato noto già alla data dell’esposto del 6.7.2023 e avrebbe imposto una tempestiva impugnativa avverso il provvedimento di esclusione del r.t.i. ricorrente dalla gara e gli atti presupposti; di conseguenza, il r.t.i. ricorrente avrebbe dovuto dedurre vizi a carico del provvedimento di esclusione e degli atti di gara nel termine di decadenza decorrente dal 6.7.2023 (con atto da notificarsi entro il 5.9.2023, e non con i terzi motivi aggiunti, notificati il 17.11.2023).

Identica eccezione di tardività è proposta in relazione ai quarti motivi aggiunti, notificati il 18.1.2024.

Inoltre, si eccepisce che la censura mira a soddisfare l’interesse strumentale alla rinnovazione della procedura concorsuale in cui, allo stato, è collocata al secondo posto altra concorrente (la (...) S.p.a.), per cui il ricorso sarebbe comunque improcedibile per omessa notifica ad altri controinteressati.

8.2 - L’eccezione di tardività non può essere condivisa, atteso che il termine per proporre i motivi aggiunti nel caso di specie non poteva che decorrere dalla data (25.10.2023) in cui il Comune ha dato corso alla richiesta di accesso agli atti proposta dal r.t.i. ricorrente principale, trasmettendo la nota con la quale il Direttore della Ripartizione Politiche educative e giovanili del Comune ha dichiarato la propria “astensione da ogni atto e/o provvedimento” relativo alla procedura di gara oggetto del presente giudizio per “potenziale interferenza di interessi”.

A nulla vale il riferimento all’esposto presentato il 6.7.2023, in quanto non risulta comprovato che a quella data il r.t.i. ricorrente in via principale fosse a conoscenza della situazione di conflitto di interessi, che ha poi potuto verificare e contestare a seguito dell’accesso agli atti consentito dal comune di (...).

Tale conclusione è in linea anche con i più recenti arresti della giurisprudenza amministrativa (cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 2 luglio 2020, n.12) che ha affermato i seguenti principi di diritto:

- a) il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione decorre dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, tra cui devono comprendersi anche i verbali, ivi comprese le operazioni tutte e le valutazioni operate dalle commissioni di gara delle offerte presentate, in coerenza con la previsione contenuta nell'art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016;
- b) le informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del decreto legislativo n. 50 del 2016, nella parte in cui consentono di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati ovvero per accertarne altri, consentono la proposizione non solo dei motivi aggiunti, ma anche di un ricorso principale;
- c) la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la "dilazione temporale" quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario o delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;
- d) la pubblicazione degli atti di gara, con i relativi eventuali allegati, *ex* art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016, è idonea a far decorrere il termine di impugnazione;
- e) sono altresì idonee a far decorrere il termine per l'impugnazione dell'atto di aggiudicazione le forme di comunicazione e di pubblicità individuate nel bando di gara e accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati.

8.3 - Ne segue, perciò, per quanto di interesse nella presente fattispecie, che nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti, ai fini della decorrenza del termine impugnatorio, rilevano le regole sulla messa a disposizione degli atti necessari allo sviluppo delle censure formulate con i motivi aggiunti.

La giurisprudenza amministrativa, a partire dalla menzionata decisione dell'Adunanza Plenaria (cfr. Consiglio di Stato, V Sezione, 2 marzo 2021 n. 1783; Sez. V, 15 marzo 2023, n. 2736; sez. V, 29 novembre 2022, n. 10470; 10696/2022), ha enucleato il principio in forza del quale la pubblicazione degli atti di gara

eseguita ai sensi dell'art. 29 del decreto legislativo n. 50 del 2016 è idonea a far decorrere il termine, al pari della conoscenza delle informazioni previste, d'ufficio o a richiesta, dall'art. 76 del medesimo d.lgs. n. 50/2016, salva per queste ultime la possibilità di computare la dilazione corrispondente al tempo occorrente per assolvere all'istanza di accesso presentata dal concorrente interessato, laddove i motivi di ricorso, come nella vicenda in esame, conseguano alla conoscenza dei documenti (in questo caso la dichiarazioni rese dal Dirigente del Comune e i successivi atti adottati dalla Stazione appaltante), che rispondono alla regola generale della piena conoscenza e conoscibilità del contenuto concreto degli atti lesivi ed è conforme al diritto eurounitario, che non ammette l'obbligo di proporre impugnazioni "al buio" (o "in abstracto").

Il predetto orientamento è ispirato alla duplice esigenza di evitare ricorsi c.d. "al buio" - ossia proposti senza attendere di conoscere tutti gli atti della procedura e, quindi, senza poter articolare compiute censure riferite al contenuto di atti non ancora noti - e, al contempo, di contenere rigorosamente i termini per la proposizione del gravame entro i limiti di legge. È evidente che, nel caso di specie, l'aver solo ipotizzato l'esistenza di un potenziale conflitto di interessi non potesse far decorrere il termine per contestare la procedura nei termini indicati nei motivi aggiunti, che avevano necessità di più compiuti elementi di conoscenza acquisiti solo a seguito dell'ulteriore produzione documentale e della risposta negativa dell'Amministrazione.

8.4 - Analoghe considerazioni valgono per i quarti motivi aggiunti che sono stati notificati (il 18.1.2024) dopo il deposito in data 19/20 dicembre 2023, da parte del comune di (...), dei documenti concernenti l'astensione dalle funzioni di dirigente della Ripartizione P.E.G., con riferimento alla gara in esame, e con i quali la cooperativa di (...) integra le censure proposte con i terzi motivi aggiunti.

8.5 - Per quanto concerne l'ulteriore eccezione di inammissibilità fondata sull'omessa notifica del ricorso e dei motivi aggiunti anche alla seconda classificata

(-OMISSIS-), la tesi della -OMISSIS- non convince.

In primo luogo, la -OMISSIS- non specifica le ragioni per cui la seconda classificata assumerebbe anch'essa la veste di controinteressata nella controversia in esame: la prima si limita ad affermare che la censura mira a soddisfare l'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura concorsuale, senza tuttavia specificare quali vantaggi la seconda classificata trarrebbe dalla situazione che vede, allo stato, come unica aggiudicataria dei lotti proprio la -OMISSIS-.

In altri termini, manca del tutto quella posizione di interesse diretto, concreto e attuale della (...) alla conservazione della posizione nella graduatoria in contestazione, che allo stato non le consente in alcun modo di ascendere alla aggiudicazione del servizio.

In secondo luogo, l'accoglimento dei motivi in esame, i quali determinano la riedizione di parte del procedimento svolto dall'Amministrazione comunale potrebbe, viceversa, giovare alla seconda classificata, posto che (come si avrà modo di verificare nel prosieguo), il riesame delle due offerte (della ricorrente principale e della -OMISSIS-) potrebbe condurre addirittura a collocare la (...) (o altro concorrente già ammesso alla gara) in prima posizione nella graduatoria finale.

9. - È possibile, quindi, procedere all'esame del merito delle censure.

Con i terzi motivi aggiunti, il r.t.i. ricorrente principale deduce la violazione delle disposizioni che disciplinano le situazioni di conflitto di interesse e il correlato obbligo di astensione dei pubblici dipendenti.

Esso denuncia la circostanza che la Dirigente comunale preposta al settore delle Politiche giovanili avv.-OMISSIS-- (che in ragione del suo incarico si è occupata dell'appalto procedendo alla nomina della commissione giudicatrice e del R.U.P. nonchè alla sottoscrizione insieme al R.U.P. della nota del 24.1.2023 di richiesta delle giustificazioni dell'anomalia) avrebbe dichiarato al Comune con nota del 4.10.2023 di volersi astenere da ogni altro atto inerente la procedura in ragione di

un potenziale conflitto di interessi.

Tali circostanze, ad avviso della -OMISSIS-, comporterebbero l'esclusione della società -OMISSIS- per violazione dell'art. 42, d.lgs. n. 50/2016, ovvero l'annullamento della gara.

9.1 - Con i quarti motivi aggiunti, si contesta - invece - l'attività di verifica e controllo svolta dal responsabile PCT del comune di (...) prot. n. 356979 del 24.10.2023 (cfr. documento pagg. 2-5, del comune di (...) 19.12.2023).

Il r.t.i. ricorrente osserva che con nota prot. n. 332596 del 4.10.2023, il Direttore del settore Politiche educative e giovanili del comune di (...), dott.ssa-OMISSIS--, ha comunicato al Segretario Generale, al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e al Direttore Generale del comune di (...), la propria "astensione da ogni atto e/o provvedimento" relativo alla procedura di gara oggetto del presente giudizio per "potenziale interferenza di interessi".

Il predetto Dirigente, con disposizione di servizio prot. n. 0318498 in data 1.12.2021, è stata nominata Direttore della Ripartizione Politiche Educative Giovanili e del Lavoro (anche ripartizione P.E.G.). Nell'esercizio della predetta funzione ha nominato il R.U.P. della gara con nota prot. n. 7248 del 12.1.2021.

L'avv. -OMISSIS-, su richiesta della Ripartizione Stazione Unica Appaltante, Contratti e Gestione Lavori Pubblica (dopo aver acquisito le offerte pervenute), con determinazione dirigenziale, n. Reg. Gen. 2022/13868 e n. Reg. Dir. 2022/24/00109 del 10.10.2022, ha nominato la commissione giudicatrice.

Con nota prot. 0028058/2023 del 24 gennaio 2023, il medesimo Direttore della Ripartizione delle Politiche Educative e Giovanili del Comune di (...) e il R.U.P. hanno avviato il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della ricorrente, chiedendo le giustificazioni ritenute necessarie.

L'offerta della deducente è stata esclusa per anomalia.

Con determinazione dirigenziale in data 11.9.2023 sono stati approvati gli atti di gara, individuando, a seguito dell'esclusione del r.t.i. primo classificato e dello

scorrimento della graduatoria, come offerta più vantaggiosa quella presentata dalla -OMISSIS- (la cui offerta è stata ritenuta congrua).

In seguito l'avv.-OMISSIS--, con nota del 4.10.2023, ha comunicato la propria astensione da qualsivoglia atto afferente alla procedura di gara in questione, in ragione della “potenziale interferenza di interessi” (come risulterebbe dall’accesso agli atti richiesto dal r.t.i. ricorrente).

Il Comune, solo con comunicazione del 6.10.2023 (all’esito di una procedura ormai giunta a conclusione), preso atto della dichiarazione resa dal predetto Dirigente comunale in relazione al manifestato conflitto di interessi, l’ha sostituita con altro funzionario.

Le ricorrenti, quindi, deducono, in via subordinata, che la posizione tenuta dal Dirigente nella procedura concorsuale in questione, come dichiarata dalla stessa e ritenuto dai vertici dell’Amministrazione, violerebbe l’art. 42 del decreto legislativo n. 50/2016.

9.2 - Le censure sono fondate.

In adesione ad un condivisibile orientamento della giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, 3 settembre 2018, n. 5158), ai fini dell’individuazione di una situazione di conflitto di interesse è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell’asimmetria informativa di cui abbia potuto fruire un concorrente grazie all’acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*.

Nel caso di specie, la posizione rivestita da -OMISSIS- nell’ambito della -OMISSIS- prima e della holding (-OMISSIS-), che detiene la maggioranza delle quote di partecipazione della medesima aggiudicataria, avrebbe dovuto comportare l’astensione del Dirigente comunale (sorella della predetta dirigente di azienda),

tenuto conto della rilevanza degli atti posti in essere nella gara in esame.

È possibile, quindi, ripercorrere gli atti posti in essere in qualità di responsabile della Ripartizione P.E.G. per comprendere le ragioni per cui sarebbe stato necessario che la predetta Dirigente si astenesse dallo svolgimento delle funzioni svolte.

Essa, infatti, nell'esercizio della predetta funzione:

- ha nominato il R.U.P. della gara con nota del 12.1.2021;
- con determinazione del 10.10.2022, ha nominato la commissione giudicatrice composta da dirigenti e funzionari del Comune di (...);
- con nota del 24 gennaio 2023, insieme al R.U.P., ha avviato il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della ricorrente, chiedendo le giustificazioni alle imprese partecipanti.

Solo dopo il compimento di tali atti (di non poco rilievo ai fini dello svolgimento della gara), la Dirigente del Comune, con nota del 4.10.2023, ha comunicato la propria astensione da qualsivoglia atto afferente alla procedura di gara in questione in ragione della "potenziale interferenza di interessi".

9.3 - Ciò posto, coglie nel segno la censura del r.t.i. ricorrente principale, secondo cui la Dirigente del Comune, dopo aver conosciuto della partecipazione alla gara del concorrente nei confronti del quale sussisteva il potenziale conflitto (conoscenza acquisita con la nota prot. n. 288008 del 15.9.2022 con cui la Ripartizione Stazione Unica Appaltante, Contratti e Gestione Lavori Pubblici ha comunicato le offerte pervenute, richiedendo la nomina della Commissione giudicatrice), avrebbe dovuto astenersi dall'adottare gli atti successivi, e primo tra questi, quello relativo alla nomina della commissione giudicatrice, o quanto meno, segnalare sin da quel momento la situazione suddetta (cfr. Delibera A.N.A.C. 8.2.2023, n. 63) onde consentire all'Amministrazione ogni valutazione a riguardo.

Il peculiare ruolo del Dirigente comunale responsabile, tra l'altro, della raccolta, elaborazione ed archiviazione dati relativi alla situazione scuole di competenza del

comune di (...) (come si evince dal Piano Integrato di Attività e Organizzazione della Pubblica Amministrazione - PIAO 2023-2025 del comune di (...)) avrebbe dovuto indurla ad astenersi dallo svolgere le funzioni nell'ambito della procedura di gara in esame.

Tale conclusione appare avvalorata dalla relazione finale dello stesso Responsabile P.C.T. (che in detta relazione ha annotato l'articolarsi contraddittorio della documentazione in atti), laddove è stato evidenziato che la Dirigente comunale:

- ha dichiarato l'insussistenza di un rapporto di parentela con dipendenti di soggetti che hanno con l'ufficio rapporti contrattuali;
- poi, su sollecitazione del Responsabile PCT, con nota del 12.9.2023, ha dichiarato che la sorella -OMISSIS- è stata dipendente di -OMISSIS- e poi di -OMISSIS-;
- con nota del 4.10.2023 ha dichiarato di doversi astenere per potenziale conflitto di interessi, non specificandone la natura;
- con nota del 5.10.2023 ha precisato che l'astensione è dipesa esclusivamente da "ragioni di mera opportunità";
- a seguito della richiesta di ulteriori chiarimenti, ha dichiarato che non vi era alcun conflitto di interessi, ma che "per ragioni di mera opportunità, si è ritenuto di astenersi dal prosieguo del procedimento essendo in corso da parte di codesto ufficio una verifica sulla segnalazione fatta dal RTI Solidarietà e Lavoro/-OMISSIS-".

A fronte di tali elementi, il Comune ha ritenuto insussistente il conflitto di interessi esclusivamente sulla scorta della dichiarazione della Dirigente circa il rapporto di mera dipendenza della sorella in -OMISSIS- (e quindi della -OMISSIS-) senza approfondire i profili circa una eventuale posizione di vantaggio che la aggiudicataria avrebbe potuto conseguire in ragione di tale circostanza.

Ciò premesso, l'art. 42 del decreto legislativo n. 50/2016 (applicabile *ratione temporis*) dispone che: *1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di*

conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

2. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico.

4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici.

5. La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati.

La disposizione prevede tre distinti obblighi per il personale della stazione appaltante:

- il primo, consistente nell'adozione di “misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione, nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni”;
- il secondo, che si sostanzia nel dovere di segnalazione e di (eventuale) astensione nei casi previsti in particolare dall'art. 7, d.P.R. n. 62/2013;
- il terzo, che si concretizza in un generico dovere di vigilanza circa il rispetto del

primo e del secondo obbligo appena indicati.

9.4 - Ciò posto e, in adesione ad un costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse, è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*.

La situazione di conflitto di interessi dichiarata imporrebbe l'esclusione del concorrente anche ai sensi della lett. d) del medesimo art. 80, comma 5, cit., che impone l'esclusione dell'operatore economico la cui partecipazione determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile.

Nel caso di specie, il rapporto di lavoro della sorella del Dirigente responsabile del P.E.G. del comune di (...) con -OMISSIS- e con la holding -OMISSIS-- alla stregua della norma testé riportata - avrebbe dovuto essere dichiarato tempestivamente, quanto meno dopo la richiesta di nomina della commissione di gara del 15.9.2022, mentre nella scheda B del 19.6.2023, il Dirigente ha dichiarato l'insussistenza di tale circostanza (cfr. doc. pagg. 27-29, deposito del comune di (...) del 19.12.2023).

Solo con successiva nota del 12.9.2023 (dopo la richiesta di chiarimenti del 21.7.2023 inviata dal Responsabile dei controlli interni, successiva a sua volta alla nota dell'11.7.2023 con cui il r.t.i. ricorrente ha segnalato la situazione di potenziale conflitto di interessi in argomento), il Dirigente ha chiarito che la sorella è dipendente della -OMISSIS-(holding della -OMISSIS-) e che sino al 31.12.2020 è stata dipendente della -OMISSIS-.

Quindi, con nota prot. n. 322596 del 4.10.2023, la stessa Dirigente ha comunicato

di volersi astenere da ogni atti e/o provvedimento inerente alla gara, salvo poi, con successiva nota prot. n. 334831 del 5.10.2023, precisare che “si è ritenuto di comunicare l’astensione da ogni atto inerente il procedimento in oggetto esclusivamente per ragioni di mera opportunità”.

9.5 - L’atto conclusivo dell’istruttoria avviata a seguito di segnalazione ha concluso per la insussistenza del conflitto, richiamando una decisione del Consiglio di Stato, Sez. V (sentenza n. 3048/2020) in merito alla “inidoneità del rapporto di parentela con un semplice dipendente, in mancanza di ulteriori e qualificati elementi, a generare, in via automatica e incondizionata, il predicato dovere di astensione”.

In sintesi, il R.P.C.T., ammettendo che le disposizioni sul conflitto di interessi sono “norme di pericolo, in quanto le misure che esse contemplano operano per solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare”, ha concluso che nel caso di specie non sussistessero elementi idonei a far supporre un pericolo in concreto di inquinamento dell’attività amministrativa.

9.6 - Tale considerazioni non possono essere condivise.

Il conflitto di interessi, come sostenuto dalla giurisprudenza, si ricava in via presuntiva quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi - che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato - ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale, che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione; in particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l’obbligo di astensione previste dal d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25.08.2023, n. 7942).

In particolare, è stato condivisibilmente affermato (Cons. Stato, Sez. V, 14.05.2020, n. 3048) che, in materia di gare pubbliche, il conflitto di interessi di cui all’art. 42, comma 2, del decreto legislativo n. 50/2016 non è solo quello realmente accertato,

ma anche quello potenzialmente esistente, come reso evidente dal riferimento normativo all'interesse personale del funzionario che possa essere "percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione"; la disposizione, insomma, è *latu sensu* una "norma di pericolo", nel senso che essa e le misure che contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare.

La disciplina in materia tende ad anticipare la frontiera del contrasto a fenomeni corruttivi e comunque del rischio possibili vizi e condizionamenti della procedura e devono essere interpretate nel senso di considerare rilevanti situazioni che possano suscitare il dubbio che la sequenza selettiva possa essere stata influenzata da comportamenti inappropriati, tenuto conto che il vantaggio competitivo dell'aggiudicatario, potrebbe essere determinata anche solo dalla "anticipata conoscenza degli atti di gara o di possibile acquisizione di informazioni qualificate (afferenti al progetto e al capitolato), riservate e di specifico orientamento sulle aspettative e sui gradimenti della stazione appaltante" (Consiglio di Stato, Sez. III, 20.08.2020, n. 5151).

9.7 - Nel caso di specie, sussistono elementi sufficienti perché l'Amministrazione comunale, una volta conosciuta la situazione di potenziale conflitto di interessi, assumesse le necessarie determinazioni svolte a sterilizzare il potenziale pericolo, quanto meno dalla nomina della commissione di gara.

9.8 - In senso contrario non vale quanto eccepito dalla controinteressata in ordine alla posizione della sorella del Dirigente nell'organigramma della società -OMISSIS-, tenuto conto del ruolo da questa rivestito nella società -OMISSIS-S.r.l. dal 1.1.2021 (che è holding della -OMISSIS-), mentre nel precedente periodo (dal 18.7.2011 al 31.12.2020) la stessa dirigente d'impresa figurava come dipendente della -OMISSIS-: circostanza per la quale il r.t.i. ha introdotto un idoneo principio di prova anche per quanto concerne le cointeressenze tra -OMISSIS-e -OMISSIS-,

al quale si rinvia (cfr. pagina social del sito “Facebook” di -OMISSIS-, in data 1.2.2021 nonchè gli ulteriori profili richiamati nei quarti motivi aggiunti).

9.9 - In tal senso non convincono nemmeno i richiami giurisprudenziali della controparte nella memoria del 6.5.2024, posto che la sentenza del Consiglio di Stato citata n. 5692 del 2022 fa riferimento ad una situazione di fatto ben diversa, in cui “il rapporto di parentela che ha indotto la -omissis- alla (successiva) astensione intercorre con un “amministrativo”... e non con uno degli amministratori o institori della concorrente”, riguardava una multinazionale con numerose filiali anche in Italia e con un rilevante numero di dipendenti, per cui la posizione di un dipendente, non incaricato di funzioni direttive, è stata ritenuta non potesse dare luogo a rischi di interferenze con eventuali soggetti pubblici che venissero in rapporto con la stessa.

Nel caso di specie - invece - -OMISSIS- (holding che risulta detenere la -OMISSIS- di cui controllerebbe il 98%, come da verifica presso la Camera di commercio richiamata negli scritti difensivi) è una mera S.r.l. che risulta composta da appena 10 dipendenti, con immediati e stretti rapporti con la -OMISSIS-, che risulta costituire rispetto alla -OMISSIS- la principale realtà economica ed operativa.

Deve ritenersi, dunque, che il provvedimento conclusivo dell'istruttoria sia anche non conforme al Piano Integrato di Attività e Organizzazione della Pubblica Amministrazione 2023-2025 del comune di (...) (anche P.I.A.O.), il quale, all'art. 8.c, prevede che “la gestione delle situazioni di conflitto d'interessi è considerata parte fondamentale della strategia della prevenzione della corruzione. Tali situazioni sono, a mente dei più importanti documenti internazionali e degli atti di indirizzo dell'A.N.A.C., il terreno di coltura dello sviamento della funzione di cura dell'interesse pubblico in atti di cattiva amministrazione.

Ai sensi dell'art. 6 bis della legge n. 241/1990, ogni responsabile del procedimento, titolare di POS, Dirigente e titolare degli uffici competenti ad adottare i pareri, le

valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, deve astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale.

Anche ai fini del monitoraggio di cui al comma 9, lett. e) dell'art. 1 della legge n. 190/2012, i suddetti soggetti sono tenuti a dichiarare il verificarsi di una delle seguenti situazioni di conflitto:

1. l'esistenza di situazioni di interferenza, proprie o del coniuge, di parenti o affini entro il secondo grado con i titolari, gli amministratori, i soci o dipendenti di soggetti che abbiano con l'ufficio rapporti contrattuali, siano soggetti di provvedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere;
2. l'esistenza di rapporti di collaborazione, attuali e nell'ultimo triennio, sia retribuiti che a titolo gratuito, con soggetti beneficiari di provvidenze, contratti o provvedimenti amministrativi da parte dell'amministrazione. La dichiarazione deve essere resa anche quando tali rapporti riguardino i conviventi, parenti e affini entro il secondo grado dei dipendenti;
3. l'esistenza di altre ipotesi di conflitto d'interessi di cui all'art. 7 del codice di comportamento nazionale ex DPR n. 62/2013".

Il P.I.A.O., che ripete l'art. 1, comma 9 lettera e) della legge 190/2012, costituisce autolimita per l'Amministrazione, per cui gli atti adottati dall'Amministrazione per le ragioni esposte devono ritenersi viziati per lesione del principio di autovincolo, in quanto non sono state segnalate per tempo le situazioni di interferenza proprie anche con dipendenti di soggetti che abbiano con l'ufficio rapporti contrattuali.

10. - Di ciò, peraltro, il Comune appare essersi reso conto allorché con successiva comunicazione del 6.10.2023, preso atto della dichiarazione resa dalla suddetta Dirigente in relazione al conflitto di interessi, ha sostituito la predetta con il dott. -OMISSIS- nell'adozione dei provvedimenti relativi alla procedura in oggetto.

Tale determinazione, che conferma le conclusioni a cui è giunto questo collegio, si

rivela però del tutto tardiva rispetto ad una procedura che si era ormai conclusa con la nota del 21.6.2023 di conferma della esclusione del r.t.i. ricorrente.

11. - Per le ragioni esposte, i terzi e i quarti motivi aggiunti al ricorso introduttivo devono essere accolti, nei sensi innanzi illustrati, con conseguente annullamento degli atti di gara dalla nomina della commissione di gara, disposta con determinazione del 10.10.2022 fino al provvedimento di aggiudicazione a favore della controinteressata.

12. - Ciò premesso il collegio ritiene, altresì, che ricorrano i presupposti di cui all'art. 122 Cod. proc. amm. per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto, chiesta dal r.t.i. ricorrente.

Quanto sopra comporta, altresì, l'obbligo della Stazione appaltante di procedere alla nomina - da affidare a soggetto diverso da quello risultato in conflitto di interessi - di una nuova commissione, in composizione del tutto diversa da quella precedente, che procederà ad un nuovo esame delle offerte di tutti gli operatori economici ammessi alla gara, con le conseguenti nuove determinazioni in termini di affidamento dell'accordo quadro.

13. - Il carattere assorbente delle censure esaminate (unitamente a quanto già considerato in ordine ai motivi del ricorso introduttivo e dei primi due motivi aggiunti) determina quale logica conseguenza l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale, dei motivi aggiunti al ricorso incidentale e del controricorso incidentale.

14. - Le spese del giudizio possono essere compensate attesa la particolarità delle questioni trattate nonché la reciproca soccombenza di tutte le parti coinvolte.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (sezione prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo, integrato dai motivi aggiunti proposti in corso di causa, sul ricorso incidentale, sui motivi aggiunti al ricorso incidentale e sul controricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- respinge il ricorso introduttivo e i motivi aggiunti al ricorso introduttivo depositati il 21.9.2023 e 14.10.2023;
- accoglie i motivi aggiunti al ricorso introduttivo depositati il 27.11.2023 e 31.1.2024 (terzi e quarti motivi aggiunti), nei sensi di cui in motivazione, con conseguente annullamento degli atti di gara dalla nomina della commissione di gara, disposta con determinazione del 10.10.2022 fino al provvedimento di aggiudicazione a favore della controinteressata e conseguente nomina di una nuova commissione nei termini di cui in motivazione;
- dichiara l'inefficacia del contratto relativo all'accordo quadro nel frattempo stipulato;
- dichiara la improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale, dei motivi aggiunti al ricorso incidentale e del controricorso incidentale.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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 le persone fisiche e giuridiche indicate.

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Scafuri, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere

Maria Luisa Rotondano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Maria Luisa Rotondano

IL PRESIDENTE

Angelo Scafuri

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.