

Pubblicato il 11/03/2021

N. 02094/2021REG.PROV.COLL.
N. 08079/2020 REG.RIC.
N. 08139/2020 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8079 del 2020, proposto dalla Azienda Sanitaria Locale (A.S.L.) n. 3 di Pescara, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Tommaso Marchese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Vivenda S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini n.30;

sul ricorso numero di registro generale 8139 del 2020, proposto da Vivenda S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Perrone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Barnaba Tortolini n.30;

contro

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Piemonte n. 39;

nei confronti

Azienda Sanitaria Locale di Pescara, non costituito in giudizio;

per la riforma

quanto ad entrambi i ricorsi:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima) n. 252/2020, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dussmann Service S.r.l. e di Vivenda S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2021 il Cons. Giovanni Tulumello e uditi per le parti gli avvocati Tommaso Marchese, Giorgio Fraccastoro e Michele Perrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con sentenza n. 252/2020, pubblicata il 7 settembre 2020, il T.A.R. Abruzzo, sezione staccata di Pescara, ha accolto il ricorso proposto da Dussmann Service s.r.l. contro la determinazione n. 299 del 9.3.2020 dell'Azienda Sanitaria Locale n. 3 di Pescara (d'ora in avanti anche solo "Azienda"), con la quale era stata definitivamente aggiudicata a Vivenda s.p.a. la procedura ad evidenza pubblica sopra soglia comunitaria volta alla conclusione di un Accordo Quadro, ai sensi dell'art. 54, comma 3, del D.Lgs. 50/2016, per la fornitura del "Servizio di ristorazione ospedaliera ed aziendale a ridotto impatto ambientale occorrente alla ASL di Pescara, descritti nel capitolato tecnico prestazionale".

Con ricorso in appello rubricato al n. 8079/2020 la A.S.L. n. 3 di Pescara ha impugnato l'indicata sentenza.

Con autonomo ricorso in appello rubricato al n. 8139/2020 anche Vivenda s.p.a. ha impugnato la medesima sentenza.

Dussmann s.r.l. si è costituita, per resistere, in entrambi i giudizi.

Con ordinanze n. 6538/2020 e 6539/2020, rese nei due distinti giudizi, è stata fissata l'udienza di merito.

I ricorsi sono stati trattenuti in decisione all'udienza del 25 febbraio 2021, svoltasi ai sensi dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020 n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020, n. 70, e dell'art. 25 del decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, attraverso collegamento in videoconferenza secondo le modalità indicate dalla circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa.

2. Preliminarmente i ricorsi in appello devono essere riuniti - ai sensi dell'art. 96, primo comma, cod. proc. amm. - in quanto relativi alla medesima sentenza.

3. Il T.A.R. ha ritenuto preliminare ed assorbente la censura proposta nel giudizio di primo grado dal ricorrente principale (Dussmann s.r.l.) in merito alla composizione della Commissione di gara.

Accolta tale censura, ha quindi ritenuto carente d'interesse sia il ricorso principale, sia quello incidentale, con il quale si deduceva l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta della ricorrente principale (in quanto carente della dichiarazione delle contestazioni professionali intervenute nel triennio antecedente): sia Dussmann che Vivenda hanno riproposto in appello tali censure.

Il primo giudice ha, in particolare, ritenuto illegittima la nomina della Commissione operata con atto del Direttore dell'Unità Operativa Complessa Acquisizioni Beni e Servizi, in quanto l'art. 6 ("Nomina dei componenti") della Delibera del Direttore Generale del 7.11.2016, n. 950, aveva *"stabilito i criteri per la nomina dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure bandite dall'ASL di Pescara per l'aggiudicazione di contratti pubblici di appalto"*, prevedendo che *"I componenti della Commissione giudicatrice sono nominati: - Con atto del Direttore Generale della ASL, nelle procedure di affidamento di contratti di appalto di importo superiore alla soglia di cui all'art. 35"*.

Ad avviso del T.A.R., pertanto, la competenza era del Direttore Generale della ASL, e non del Direttore della U.O.C., per effetto di una disposizione di rango regolamentare: non derogabile – come avvenuto - con un singolo atto di delega, ma necessitante una modifica della stessa norma (*“pertanto la Stazione appaltante, se avesse voluto prevedere un potere di delega, lo avrebbe dovuto fare modificando prima in parte qua il succitato regolamento inserendovi tale facoltà per tutte le gare aventi le stesse caratteristiche, e non esercitando un inesistente potere di delega in deroga o comunque disapplicando liberamente il proprio regolamento solo per una specifica procedura; tanto più che - trattandosi di un vero e proprio regolamento generale e astratto per tutte le procedure, per stessa qualificazione attribuita dalla Asl al proprio atto oltre che per espressa previsione legislativa (“secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”, articolo 216 comma 12 d.lgs. 50 del 2016), e non di un mero autovincolo - è vieppiù necessaria una sua previa modifica, non essendo possibile discostarsene seppure con congrua motivazione”*).

Ad avviso del primo giudice, inoltre, *“oltre al succitato Regolamento della Asl, anche la stessa previsione di cui all’articolo 216 comma 12 non appare consentire alcun potere di delega”* (il riferimento è all’art. 216, comma 12, del d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici).

4. L’unico motivo del ricorso in appello dell’A.S.L. investe il capo di sentenza che ha accolto il motivo del ricorso di primo grado relativo alla composizione della Commissione di gara.

L’Azienda deduce *“Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell’art. 216, comma 12, del decreto legislativo 18.4.2016, n. 50. Violazione e falsa applicazione dei principi di pubblicità e trasparenza. Irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà. Travisamento ed erronea valutazione dei fatti. Manifesta ingiustizia”*.

La parte appellante, muovendo dall’esistenza di un generale potere di delega di funzioni, osserva che nel caso di specie tale potere è stato esercitato con la *“delibera a contrarre del 27.12.2018, n. 1457”*, con la quale *“il Direttore generale dell’ASL autorizzava expressis verbis l’U.O.C. “Approvvigionamento Beni e Servizi” “a nominare la commissione giudicatrice, nel rispetto della normativa in vigore”*. L’Azienda deduce quindi per un verso che fin dal momento dell’indizione della gara era noto il meccanismo di nomina della Commissione (a seguito della pubblicazione nell’albo pretorio on line della citata delibera per quindici giorni

dalla sua adozione) e, per altro verso, che il provvedimento di delega non risulta gravato.

Osserva poi che, a seguire il ragionamento del T.A.R., *“a ben vedere, non si sarebbe posto un problema di “delega”, ma di vera e propria emenda dell’atto regolamentare aziendale (in osservanza del principio del contrarius actus, impropriamente evocato dal T.A.R. Pescara), quando è, invece, noto che il proprium dell’istituto della delega è quello di operare lo spostamento non della titolarità della competenza (che rimane, dunque, ferma in capo all’organo delegante), bensì del solo esercizio della stessa”*.

5. Analogamente Vivenda, nel proprio ricorso:

5.1. svolge un profilo di censura analogo a quello dedotto dall’appello dell’Azienda: *“Ulteriore errore prospettico del TAR è quello di aver sostanzialmente equiparato la delega alla deroga del regolamento”*;

5.2. deduce che il fondamento normativo del potere di delega risiederebbe nell’art. 3, comma 6, del d. lgs. 502/1992, che *“attribuisce al Direttore generale “tutti i poteri di gestione, nonché la rappresentanza dell’unità sanitaria locale. In realtà, il potere di gestione include la possibilità di delegare alcune funzioni attribuitegli dalla legge o dai regolamenti interni, salvo relativamente agli atti che espressamente sono a lui riservati dalla legge. Il regolamento (n. 950 del 7 novembre 2016), in questa ottica, deve essere letto quale atto che pur prevedendo la competenza alla nomina della commissione non riserva espressamente al Direttore la nomina (in altre parole non include termini quali “esclusivamente”)”*;

5.3. deduce, infine, che tutti gli atti endoprocedimentali sono stati ratificati dal Direttore Generale dell’Azienda, il che configurerebbe comunque una convalida – *ex art. 21-nonies*, secondo comma, l. n. 241/1990 – di eventuali provvedimenti illegittimamente adottati.

6. Prima di procedere all’esame, nel merito, di tale censura, va considerato che Vivenda s.p.a., con il primo motivo di appello, ha sollevato due eccezioni concernenti il motivo del ricorso di primo grado accolto dal TAR:

6.1. mancata impugnazione della delega contestata: non essendo stata impugnata la delega, il TAR l’ha comunque ritenuta illegittima, andando oltre il dedotto;

6.2. carenza d’interesse a far valere la censura: posto che la stessa, definita dall’appellante *“squisitamente formalistica”*, non deduce alcuna ridondanza del vizio

sulle competenze dei commissari e sulla loro capacità di valutare correttamente le offerte.

Dussmann sostiene che questa seconda eccezione sarebbe inammissibile perché dedotta solo in appello; ma Vivenda ha replicato che *“trattasi di eccezione rilevabile d’ufficio”*.

Nel merito dell’eccezione, Dussmann allega giurisprudenza secondo la quale l’impugnazione della nomina della commissione non abbisogna di prova di resistenza.

Tale difesa non appare pertinente, perché non è propriamente questo il tema dell’eccezione come riferita al caso di specie.

La giurisprudenza di questa Sezione, infatti, pur richiamando – da ultimo con la sentenza n. 7832/2020 - il *“diffuso orientamento giurisprudenziale secondo cui devono ritenersi ammissibili le censure volte a contestare il procedimento di nomina della Commissione giudicatrice anche quando non sia stato dimostrato che la procedura, ove governata da una Commissione in differente composizione, avrebbe avuto un esito diverso, essendo pacifico che la prova di resistenza non debba essere offerta da colui che deduca vizi diretti ad ottenere l’annullamento e la successiva rinnovazione dell’intera procedura”* (cfr. *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 5 novembre 2019, n. 7557), ha tuttavia avuto modo di precisare - nella sentenza n. 7446/2019 - che *“E’ pur vero che i vizi relativi alla composizione della Commissione debbono farsi valere – giusto quanto sopra chiarito - solo all’esito dell’aggiudicazione a terzi. Tuttavia, quando il vizio specifico è quello dell’incompetenza dei membri della Commissione, ed esso è fatto valere ex post quale vizio che ridonda sull’aggiudicazione, il ricorrente dovrebbe quanto meno individuare un legame tra la denunciata incompetenza e gli esiti valutativi in relazione alla propria offerta”*).

In altre parole, la censura dovrebbe quanto meno argomentare che l’attribuzione dei punteggi sia dipesa dalla non adeguata capacità dei commissari.

Sempre Dussmann in replica afferma che *“Non è revocabile in dubbio - come anche il Giudice di prime cure non ha mancato di rilevare - che gli effetti di un illegittimo esercizio del potere amministrativo sostanziano una chiara violazione del canone della trasparenza, nel caso di specie inevitabilmente pregiudicato dall’illegittimo scostamento della Stazione appaltante dalle norme regolamentari (a cui la stessa si è vincolata) il cui rispetto, soltanto, è garanzia di rigore e nitidezza dell’azione amministrativa”*.

Neppure tale argomento appare condivisibile, dal momento che nella fattispecie dedotta lo scostamento dalla norma regolamentare non riguarda l'esercizio del potere, ma la sua titolarità (fermo restando che sui limiti dell'autovincolo *in subiecta materia*, e sulla sua esatta definizione e portata applicativa, va richiamata ancora una volta la già citata sentenza di questa Sezione n. 7446/2019).

Osserva il Collegio che l'eccezione in esame sembra trovare significativo supporto:

a) nella giurisprudenza di questa Sezione in precedenza segnalata (secondo la quale in materia di nomina della Commissione di gara il mero – asserito – scostamento dal parametro formale si traduce in vizio invalidante solo in presenza di una lesione dell'interesse sostanziale sottostante), cui si aggiunge la sentenza n. 4865/2019: *“sebbene sia preferibile la previa incorporazione delle regole di procedure in un atto fonte della stazione appaltante, l'operato non diventa illegittimo per il sol fatto della mancata previa formalizzazione di dette regole. Occorre dimostrare che, in concreto, sono mancate le condizioni di trasparenza e competenza”*;

b) in un precedente, quasi coevo alla sentenza gravata, dello stesso T.A.R. Abruzzo, sezione staccata di Pescara (sentenza n. 119/2020), nel quale si è affermato che *“Quanto, poi, alla mancata predeterminazione, da parte del Comune, delle regole di competenza e di trasparenza circa la nomina della Commissione giudicatrice, prescritta dall'art. 216, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, si richiama la più recente giurisprudenza, secondo cui la previsione dell'art. 216, comma 12, cit. deve essere interpretata non in maniera meccanica e formalistica, ma sulla base di una valutazione finalistica della ratio ad essa sottesa: pertanto, ove i principi di competenza e trasparenza non siano in concreto vulnerati, l'eventuale omessa predeterminazione delle ridette regole costituisce un'inosservanza meramente formale, inidonea a ridondare in vizio di legittimità della nomina”*.

Nondimeno il Collegio ritiene di poter prescindere dallo scrutinio delle eccezioni in esame in ragione della fondatezza, nel merito, dei motivi di appello della stessa Vivenda e dell'Azienda concernenti il capo di sentenza con cui il T.A.R., assorbendo ogni altra questione, ha accolto il motivo del ricorso di primo grado concernente la nomina della Commissione di gara.

7. Sempre in via preliminare rispetto allo scrutinio del motivo di appello relativo alla nomina della Commissione proposto da Vivenda s.p.a, va osservato che rispetto ad essa Dussmann ha eccepito l'inammissibilità del mezzo perché non

rivolgerebbe specifici profili di censura alla sentenza gravata, ed ha altresì dedotto che tale argomento di censura sarebbe inammissibile perché sollevato per la prima volta in appello.

Osserva in proposito il Collegio che le due affermazioni appaiono in contrasto: il motivo in questione, ove fosse stato realmente sollevato per la prima volta in appello, costituirebbe un argomento di critica alla sentenza appellata (nel giudizio di primo grado, del resto, Vivenda e l'Azienda erano parti resistenti).

In ogni caso la questione perde di rilievo concreto alla luce della sostanziale identità della censura in esame rispetto a quella su cui si basa il ricorso in appello proposto dall'Azienda, sicché comunque, anche in caso di ipotetica fondatezza dell'eccezione dell'appellata, non si produrrebbe alcuna conseguenza pratica sul piano processuale, dovendosi comunque esaminare il motivo di appello proposto dall'Azienda nel ricorso n. 8079/2020.

8. In relazione al merito di tale mezzo va anzitutto osservato che la disposizione invocata a sostegno della censura ritenuta fondata in primo grado stabilisce che *“I componenti della Commissione giudicatrice sono nominati: Con atto del Direttore generale della ASL, nelle procedure di affidamento di contratti di appalto di importo superiore alla soglia di cui al cit. art. 35; Con atto dei direttori delle UOC deputate alle acquisizioni di beni, servizi e lavori, nelle procedure di affidamento di contratti di appalto di importo inferiore alla soglia di cui al cit. art. 35, di rispettiva competenza”*.

Si tratta dell'art. 6 della Deliberazione n. 950 del 7 novembre 2016 del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Pescara, recante *“Criteri per la nomina dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure bandite dalla ASL di Pescara per l'aggiudicazione di contratti pubblici di appalto”*.

Ciò posto, la decisione impugnata mostra di non aver considerato un elemento di fatto, e la conseguente ricaduta in termini di qualificazione giuridica, che appare decisivo nell'inquadramento della peculiare fattispecie dedotta e nella ricognizione della relativa disciplina.

La Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda USL n. 1458 del 27 dicembre 2018, prodotta nel giudizio di primo grado in data 20 maggio 2020, di indizione della gara, ha tra l'altro *“autorizzato la UOC ABS a nominare la commissione giudicatrice, nel rispetto della normativa in vigore”*.

L'Unità operativa "approvvigionamento beni e servizi" risulta essere, sulla base degli atti prodotti nei due gradi di giudizio, un ufficio dell'Azienda.

Il Direttore Generale, titolare del potere di nomina della Commissione di gara, con la deliberazione appena esaminata non si è dunque spogliato della propria competenza, né l'ha trasferita, ma ha semplicemente individuato l'ufficio, interno all'Azienda, che in concreto avrebbe dovuto procedere alla relativa attività materiale: facendo peraltro propri i relativi atti, con le successive deliberazioni con le quali, nel corso della procedura di gara, e dopo verifica della correttezza delle attività compiute, ha accolto le relative "proposte" dell'UOC – ABS (nel giudizio di primo grado l'Azienda aveva infatti prodotto le deliberazioni del Direttore Generale n. 236 del 27 febbraio 2020, e n. 299 del 9 marzo 2020, di approvazione degli atti endoprocedimentali dell'UOC – ABS).

8.1. Orbene, è noto che l'istituto della delega, su cui si fonda la motivazione della sentenza impugnata, concerne relazioni interorganiche ovvero intersoggettive: ma non anche il riparto interno di competenze tra uffici.

Tale istituto, propriamente inteso, si colloca infatti nell'ambito del modello della c.d. amministrazione indiretta (o esercizio indiretto della funzione amministrativa), e si distingue in delegazione interorganica ovvero intersoggettiva proprio a seconda che il trasferimento dell'esercizio della funzione amministrativa coinvolga figure soggettive diverse, ovvero soltanto organi appartenenti alla medesima struttura.

Ne consegue che il richiamo ai principi in materia di delega è, a tacer d'altro, anzitutto improprio allorchè vengano in considerazione, come nel caso di specie, delle mere relazioni fra uffici, che non coinvolgono altri organi o enti (in disparte, come si vedrà al punto successivo, la contrarietà di tale richiamo, nel merito, al pacifico ed univoco panorama giurisprudenziale).

8.2. La lettura della documentazione prodotta nel giudizio di primo grado evidenzia inoltre, come accennato, che il Direttore Generale ha esercitato le proprie competenze mediante il competente ufficio interno, facendo poi proprie le attività di quest'ultimo con atti dotati di rilevanza esterna (la citata deliberazione n. 236, in particolare, nell'approvare la proposta di aggiudicazione del RUP, dà atto della correttezza e regolarità dell'istruttoria condotta nel procedimento in

questione dall'UOC – ABS, ricostruita nella relazione del medesimo ufficio allegata alla delibera in questione, nell'ambito della quale si dà atto anche della nomina della Commissione giudicatrice).

In altre parole, dall'esame degli atti emerge che il Direttore Generale ha esercitato le proprie competenze mediante un ufficio interno (UOC-ABS), verificandone le attività e facendole proprie all'esito di tale verifica: il che esula del tutto dall'ambito applicativo dell'istituto giuridico posto a fondamento del motivo del ricorso di primo grado e del capo di sentenza che lo ha accolto.

Tale condotta, inoltre, proprio in ragione del descritto meccanismo di produzione degli effetti giuridici, appare conforme anche alla regola della identità fra organo titolare del potere di nomina della Commissione e organo competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, portata dal pure invocato art. 216, comma 12, del Codice dei contratti pubblici (*“la commissione giudicatrice continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”*).

Come già chiarito dalla giurisprudenza della Sezione, *“le regole che governano la scelta della stazione appaltante sono quelle direttamente mutuabili dall'articolo 77 per la parte già in vigore e dall'art. 216, comma 12, d.lvo cit.- quanto alla competenza in ordine alla designazione dei commissari ovvero quanto ai criteri generali di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante - per come integrate dalle regole aggiuntive che, in applicazione della suindicata disposizione, l'Amministrazione è tenuta ad adottare”* (sentenza n. 7832/2020).

Nel caso di specie, infatti, il medesimo organo – il Direttore Generale – dell'Azienda era competente per la nomina della Commissione e per l'approvazione dell'aggiudicazione, ed ha esercitato le relative competenze nel modo sopra descritto.

9. In secondo luogo va osservato che, quand'anche si intendesse l'ufficio autorizzato a nominare la Commissione come organo dell'Azienda, e dunque qualora il richiamo all'istituto della delega fosse stato propriamente operato, occorrerebbe considerare che se pure in dottrina si discute se l'attribuzione normativa del potere di delega debba essere esplicita ovvero possa ricavarsi

implicitamente, la giurisprudenza è assolutamente pacifica nel ritenere che nel procedimento di evidenza pubblica le competenze sono delegabili “*secondo un principio generale in materia di funzioni amministrative, non sovvertito in materia di appalti?*” (così, in materia di verifica dell’anomalia, la sentenza di questa Sezione n. 3615/2017, seguita dalla sentenza della V Sezione di questo Consiglio di Stato n. 1371/2020).

Secondo questo pacifico e consolidato indirizzo giurisprudenziale, pertanto, ove la fattispecie dedotta dovesse sussumersi nello schema della delega del tutto legittimamente il Direttore Generale avrebbe delegato l’unità operativa interna competente per materia all’esercizio della relativa competenza.

Appaiono dunque fondati gli argomenti di censura rappresentati dalle parti appellanti sia laddove deducono l’erroneità della motivazione della sentenza impugnata nella parte relativa all’applicazione della disciplina del potere di delega – in relazione ad entrambi i profili esaminati - alla fattispecie in esame; sia nella parte in cui, sovrapponendo istituti diversi (quali la delega di funzioni, e la derogabilità dell’attribuzione di competenze), pretende che la competenza prevista da una fonte regolamentare possa essere esercitata da altro ufficio solo in forza di previsione contenuta in una fonte di pari rango.

In ogni caso la successiva approvazione da parte del Direttore Generale dell’Azienda, con propri atti, dell’operato dell’ufficio, ove non abbia il più radicale significato giuridico indicato al punto precedente, priva comunque di conseguenze invalidanti eventuali profili di incompetenza.

10. Devono essere a questo punto scrutinati i motivi del ricorso di primo grado che il T.A.R. non ha esaminato in quanto ritenuti assorbiti dalla pronuncia di accoglimento della censura inerente la composizione della Commissione di gara.

In particolare, si tratta di tre censure – proposte in via principale - relative all’offerta di Vivenda, e di una ulteriore censura, oltre a quella accolta con la sentenza impugnata, dedotta – in via subordinata - nel ricorso di primo grado con riferimento alla legittimità della procedura, e dunque suscettibile, ove accolta, di determinare la caducazione dell’intera gara.

11. Con il primo di tali motivi Dussmann assume che Vivenda avrebbe proposto due soluzioni alternative con riferimento all’elemento di valutazione costituito dalla

predisposizione di un *“Sistema di rintracciabilità e tracciabilità adottato, dalla fase di ricevimento delle derrate e dei materiali di confezionamento fino alla fase di consegna dei pasti: esaustività e concretezza della proposta per garantire le attività previste dal Capitolato Tecnico”*, in violazione del divieto di presentazione di più offerte.

Deduce, in particolare, l'appellata, che *“al paragrafo 5 (“Misure di rintracciabilità e tracciabilità adottate”) dell’offerta tecnica di Vivenda (doc. 17) si evincono chiaramente le due alternative proposte con riferimento ai “Prelievi a magazzino” ove viene precisato che “Prima di prelevare dal magazzino” è prevista la “possibilità di precaricare i dati su giacenze e date di scadenza (in alternativa, possibilità di prelievo libero con successiva elaborazione del sistema sui lotti utilizzati)”*.

Replica in memoria Vivenda che *“la locuzione “in alternativa” si riferisce alla potenzialità del sistema - e dunque ad una caratteristica migliorativa del software utilizzato – e non ad una differente proposta contrattuale (...), sicchè “la censura di Dussmann è evidentemente suggestiva ma disancorata dalla reale proposta di Vivenda articolata in un’unica soluzione esecutiva, ovvero la gestione del centro cottura mediante il citato software”*.

La stessa nozione di “offerta alternativa” avrebbe riguardo a una facoltà di scelta per l’amministrazione che, nel caso di specie, non sussisterebbe.

La censura è infondata.

Vivenda non ha formulato un’offerta alternativa: ha offerto un software di gestione del magazzino (“E-Trace”) capace di operare con due modalità, e ne ha fatto menzione in sede di offerta.

L’opzione contenuta nell’offerta di Vivenda ha infatti riguardo alle possibilità offerte dal software di gestione del magazzino, unico essendo (come ammette Dussmann a pag. 9 della memoria depositata il 9 febbraio 2021) il software che gestisce il centro cottura.

Il software utilizzato per la gestione del magazzino prevede un criterio di prelievo preimpostabile (collegato a giacenze e date di scadenza), oppure un prelievo libero (*id est*, non rigidamente ancorato a tali parametri), salva la successiva elaborazione dei dati.

Si tratta, dunque, di una precisazione con funzione esplicativa insuscettibile di incidere in modo apprezzabile sulla prestazione contrattuale.

Peraltro, la stessa Dussmann ammette che si tratterebbe di “due *soluzioni esecutive*, fra loro alternative”.

D'altra parte, la possibilità di deroga al rigido criterio preimpostato è evidentemente funzionale ad esigenze di flessibilità del servizio, senza che ciò incida sulla par condicio fra i concorrenti.

12. Con il secondo, il terzo e il quarto motivo riproposto in appello, Dussmann deduce che l'offerta di Vivenda violerebbe la *lex specialis*, e censura dunque consequenzialmente l'attribuzione dei punteggi all'offerta Vivenda in relazione ai tali vizi dell'offerta, in quanto:

12.1. nelle RSA “*la consegna dei pasti ai degenti non sarà a carico del personale di Vivenda bensì di quello sanitario*”: laddove “*per la distribuzione delle colazioni, il capitolato - all'art. 12 - richiede che queste siano “distribuite ai degenti (a letto del paziente) dal personale dipendente della Ditta aggiudicataria del servizio*”;

12.2. contrariamente a quanto previsto dal capitolato, che avrebbe richiesto la distribuzione dei pasti ai pazienti in vassoio e ai dipendenti in cestino monouso, l'offerta in questione avrebbe invece previsto per i secondi la distribuzione in vassoio monouso (con violazione delle specifiche ambientali in materia di riuso delle stoviglie, e dunque con inosservanza dei requisiti minimi previsti dalla *lex specialis*);

12.3. non avrebbe “*incluso nel servizio ben due reparti del P.O. di Pescara: CAD e Hospice*”.

12.4. “*all'interno dell'offerta di Vivenda, non è dato riscontrare la descrizione del processo di preparazione dei “mini-pasto” e dei “cestini” e manca ogni riferimento alla fase conclusiva del servizio attinente al ritiro dei carrelli e dei vassoi*”;

12.5. quanto ai criteri di valutazione n. 1 e 11, Dussmann insiste nel sostenere che Vivenda non abbia previsto, nella sezione dedicata alle attrezzature, l'implementazione di un forno.

13. Il mezzo è infondato.

Va richiamato in premessa, come recentemente ricordato dalla sentenza di questa Sezione n. 5069/2020, “*il costante orientamento della giurisprudenza, secondo cui nel valutare il pregio tecnico dell'offerta l'Amministrazione esercita la cd. discrezionalità tecnica nell'esercizio della quale applica regole elastiche ed opinabili (cd. concetti giuridici indeterminati),*

rilevando che il giudizio tecnico è connotato da un fisiologico margine di opinabilità e che per superarlo è necessario dimostrare la sua palese inattendibilità, non potendo il giudice sostituirsi all'Amministrazione nelle valutazioni (cfr., ex plurimis, Cons. Stato Sez. V, 09/04/2020, n. 2337; Cons. Stato, V, 6 ottobre 2018, n. 5749)”.

In concreto, e nello specifico, già nella prospettazione del motivo in esame le dedotte carenze o i incongruenze dell’offerta tecnica di Vivenda non appaiono tali, in astratto, da superare la soglia di incertezza assoluta sul contenuto dell’offerta medesima, che – per consolidata giurisprudenza- consente un sindacato giurisdizionale finalizzato all’esclusione della stessa.

In argomento va infatti richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale (da ultimo Consiglio di Stato, V Sezione, sentenza n. 2851/2020) “*secondo cui il principio di tassatività delle cause di esclusione esige che le offerte tecniche debbano essere escluse solo quando siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul contenuto dell’offerta, ovvero in presenza di specifiche clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta (Cons. Stato, V, 6 ottobre 2018, n. 5744; 27 marzo 2015, n. 1601; Ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16; 25 febbraio 2014, n. 9; 30 gennaio 2014, n. 7; V, 7 luglio 2014, n. 3449; III, 16 aprile 2014, n. 1928; V, 26 novembre 2013, n. 5604; III, 31 luglio 2013, n. 4038; V, 27 marzo 2013, n. 1813; V, 14 maggio 2018, n. 2853). Tale incompletezza è sindacabile in sede giurisdizionale quando il relativo giudizio prescinda dall’esame di profili tecnico-discrezionali intrinseci al contenuto progettuale e riguardi invece difetti palesi che rendano la scelta tecnica abnorme o gravemente inadeguata, ovvero riguardi elementi specifici componenti l’offerta, autonomamente valutabili (Cons. Stato, V, n. 5744/2018, cit.)”.*

Nessuna delle dedotte, asserite carenze dell’offerta tecnica di Vivenda, in disparte – alla luce di quanto si sta per osservare - la loro reale sussistenza o meno, supera tale soglia di rilevanza: risolvendosi la relativa censura in un tentativo di individuare comunque un profilo di illegittimità nell’operato della Commissione relativo alla valutazione di tale offerta.

Tanto più che il sindacato sulla legittimità del percorso valutativo va operato in relazione all’offerta nel suo complesso, unitariamente considerata, e non in relazione ad una scomposizione atomistica di ogni sua componente, allo scopo di (tentare di) rinvenire nel singolo elemento un possibile vizio.

Inoltre, al di là del già dirimente limite ora segnalato, la censura in esame appare in concreto viziata da un errore prospettico segnalato dall'appellante Vivenda: *“l'art. 19 del disciplinare di gara prevede che la relazione tecnica sia formulata con riferimento ai criteri e sub criteri contenuti nella tabella “criteri di valutazione”. Ne discende che la relazione tecnica avrebbe dovuto rispondere compiutamente alle “richieste” dei criteri di valutazione i quali, pertanto, delimitano i confini entro i quali la proposta progettuale avrebbe dovuto esplicitarsi. Tanto detto, la lettura dei motivi di censura in esame dimostra che la Dussmann, facendo cattivo uso del concetto sul rispetto dei requisiti minimi prestazionali, tenti di addebitare a Vivenda presunte carenze progettuali rispetto alla puntuale illustrazione di parti (davvero minime) del servizio che il disciplinare di gara non chiedeva”*.

Tale vizio prospettico, effettivamente riscontrato, determina l'infondatezza, per erroneità del presupposto interpretativo, della censura in esame, con particolare (ma non esclusivo) riferimento ai profili relativi alla presentazione dei vassoi, all'elencazione di tutti i reparti dei presìdi ed alla produzione di mini pasi e dei cestini.

14. Fermo restando il carattere dirimente del superiore rilievo, sui singoli aspetti dedotti va poi esemplificativamente – secondo il canone motivatorio indicato dall'art. 120, comma 10, cod. proc. amm. - segnalato che:

14.1. Non appare implausibile, né incompatibile con il tenore letterale degli atti di gara, che l'offerta Vivenda abbia inteso indicare che la distribuzione dei pasti fosse affidata al proprio personale addetto alle consegne alle R.S.A. (e non al personale dipendente delle R.S.A. medesime).

Questa Sezione, con sentenza n. 1132/2020, ha chiarito che *“È pacifico nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato il principio secondo cui “nelle gare pubbliche è ammissibile una attività interpretativa della volontà dell'impresa partecipante alla gara da parte della stazione appaltante, al fine di superare eventuali ambiguità nella formulazione dell'offerta, purché si giunga ad esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con essi assunti; evidenziandosi, altresì, che le offerte, intese come atto negoziale, sono suscettibili di essere interpretate in modo tale da ricercare l'effettiva volontà del dichiarante, senza peraltro attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima né a dichiarazioni integrative o rettificative dell'offerente” (VI Sezione, sentenza n. 1827/2016)”*.

Nel caso di specie l'opzione interpretativa riferita appare conforme ai margini tracciati dal richiamato precedente, essendo evincibile dal complesso dell'offerta, inclusa la relativa tempistica, che il personale addetto alle consegne avrebbe provveduto alla distribuzione dei pasti secondo le modalità previste dalla lex specialis (non potendo, peraltro, l'offerente disporre del personale dell'Azienda, se non laddove fosse proprio quest'ultima, a tutela di procedure interne, ad escludere l'accesso di terzi ai reparti).

14.2. Quanto alle stoviglie e alle posate, l'allegato A al Capitolato tecnico prestazionale conteneva il modello di scheda tecnica.

Questo distingueva fra R.S.A. per le quali si prevedeva che per i pazienti fosse utilizzato "materiale riutilizzabile degenti + posate e bicchieri monouso", senza nulla prevedere per i dipendenti, e presidi ospedalieri, per i quali invece si prevedeva "materiale riutilizzabile per i dipendenti e degenti. Per i degenti posate e bicchiere monouso".

14.3. La legge di gara imponeva l'articolazione dell'offerta per presidi ospedalieri e non per reparti: dunque il concorrente non aveva alcun onere di specificare le caratteristiche dell'offerta, inclusi i relativi tempi di distribuzione, in relazione a singoli reparti.

14.4. La previsione del capitolato (art. 12) relativa ai mini-pasto e ai cestini ha la funzione di consentire una flessibilità della domanda da parte del committente (correlata a ricoveri, anche giornalieri, non prevedibili o comunque non computati preventivamente), ed una corrispondente capacità dell'appaltatore di fornire tali prestazioni in presenza di esigenze segnalate dalla ASL.

Ne consegue che l'offerta doveva aver riguardo ad una mera integrazione quantitativa, ma non a processi produttivi qualitativamente diversi (la cui separata definizione, del resto, oltre a non essere prevista dal capitolato non corrisponde comunque ad un apprezzabile interesse della stazione appaltante, che concerne invece l'esigenza di poter disporre di mini-pasti tali da soddisfare esigenze straordinarie o non preventivate, *id est* aggiuntivi rispetto a quelli ordinariamente forniti).

Quanto alla pretesa, mancata indicazione della fase del servizio inerente il "ritiro dei carrelli e dei vassoi", fermo restando che il parametro per scrutinare la

completezza della relazione tecnica è dato dall'art. 19 del disciplinare, che rinvia alla tabella "criteri di valutazione", e che tale tabella non include le modalità di ritiro dei vassoi e dei carrelli, in ogni caso il paragrafo 6.3 dell'offerta tecnica di Vivenda ricomprende tali attività, alla voce RT, nel timing del servizio.

14.5 Per quanto riguarda, ancora, il profilo di censura relativo alla mancata indicazione di un forno, la stessa Vivenda ammette di non aver nuovamente indicato, a pag. 57 della propria offerta, i forni utilizzati.

Nondimeno, tale omissione non ha prodotto conseguenze, se non in senso sfavorevole alla stessa offerente (che si è vista attribuire un punteggio minimo con riferimento al criterio n. 11, laddove comunque non è in discussione il contenuto del vincolo negoziale (alla luce dell'indicazione di due forni a pag. 6 dell'offerta tecnica), anche alla luce del carattere necessariamente omnicomprensivo dell'offerta.

La mancata riproduzione di tale indicazione alla successiva pagina 57 è dunque priva di rilievo sostanziale.

14.6. In relazione al punteggio attribuito all'offerta risultata aggiudicataria per il criterio n. 15, (utilizzo di detergenti a ridotto impatto ambientale), Dussmann lamenta la scadenza del certificato Ecolabel per i prodotti indicati nella scheda tecnica di Vivenda: quest'ultima ha però documentalmente dimostrato il rinnovo (nonché la proroga fino a detto rinnovo) della licenza d'uso del marchio.

Le ulteriori censure relative a pretese irregolarità delle schede tecniche dei prodotti appaiono poi generiche ed irrilevanti, anche alla luce del fatto che l'art. 19 del Disciplinare prevedeva che gli elementi di valutazione dovessero essere desunti dall'offerta tecnica.

15. Con il quinto dei motivi del ricorso di primo grado riproposti in appello, Dussmann contesta il fatto che sono state apportate modifiche alla composizione della Commissione di gara che, *"sebbene non avvenute in fase valutativa, hanno riguardato ben tre membri della Commissione di gara in un arco temporale di poco meno di due mesi"*; ad avviso della parte appellata tali modifiche sarebbero carenti di motivazione.

La censura è infondata.

Ferma restando la già richiamata necessità di una allegazione del preteso vizio di composizione della commissione in termini di conseguenze sulla relativa attività

(pena la formulazione in chiave esclusivamente formalistica della censura), dalla lettura dei provvedimenti concernenti tali sostituzioni emerge l'indicazione delle ragioni che li hanno determinati.

La dott.ssa De Simone è stata sostituita per incompatibilità con altri impegni di ufficio, che avrebbero rallentato il lavoro della Commissione; la dottoressa Sorgentone e la dott.ssa Coccia hanno chiesto di essere sostituite per “sopraggiunti problemi personali”.

I provvedimenti in questione indicano altresì, in conformità al criterio della trasparenza, le ragioni che hanno condotto in concreto all'individuazione dei sostituti, con indicazione delle relative qualifiche (tali da mantenere l'equilibrio delle componenti della Commissione) e del vaglio delle esperienze curriculari.

L'assolvimento dell'onere motivatorio appare dunque più che adeguato in relazione all'oggetto dell'attività considerata.

16. L'infondatezza del ricorso principale proposto in primo grado, determinando il rigetto dello stesso nel merito, rende superfluo l'esame del ricorso incidentale proposto in quel giudizio da Vivenda, non esaminato dal primo giudice e riproposto in appello.

17. Le spese del doppio grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

18. La riforma della sentenza impugnata, che aveva accolto il ricorso di primo grado proposto contro gli atti di gara, determinando l'accertamento della legittimità della stessa, comporta l'esclusione di qualsivoglia effetto invalidante o caducante sugli atti e i contratti a valle, e da essi logicamente e giuridicamente dipendenti.

19. La presente sentenza è redatta ai sensi dell'art. 120, commi 9 (come modificato dall'art. 4, comma 4, lett. a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dall'art. 1, comma 1, della legge 11 settembre 2020, n. 120) e 10, del codice del processo amministrativo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, riuniti i ricorsi in appello, li

accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso di primo grado.

Condanna Dussmann s.p.a. al pagamento, in favore della Azienda Sanitaria Locale n. 3 di Pescara e di Vivenda s.p.a., delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate in complessivi euro diecimila/00, oltre accessori come per legge, in ragione di euro cinquemila/00 oltre accessori per ciascuna parte

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Tulumello

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO