

APPALTI: Contratti della P.A. - Gara - Aggiudicazione - Ditta che ha omesso di dichiarare alcuni precedenti penali di condanna nei confronti dei legali rappresentanti - Non può considerarsi legittima - Ragioni.

Tar Piemonte- Torino, Sez. I, 19 luglio 2021, n. 746

“[...] in fase di partecipazione alla gara, l’onere informativo a carico degli operatori economici, per gli atti di rilevanza penale, non include in via generica i carichi pendenti ma solo per alcune fattispecie di reato le sentenze di condanna definitiva, in linea con le previsioni di cui all’art. 80, commi 1 e 3, d. lgs 50/2016 sulle cause di esclusione dalla gara”[...].

FATTO

Con determina del 17 febbraio 2020, n. 7, il Provveditorato generale dell’Amministrazione penitenziaria per il Piemonte, Liguria e Valle d’Aosta ha indetto una procedura di gara aperta dematerializzata per l’affidamento del “servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale per le mense obbligatorie di servizio per il personale della Polizia Penitenziaria delle sedi degli Istituti Penitenziari, Scuole e Istituti di Formazione del Provveditorato Regionale dell’Amministrazione Penitenziaria per il Piemonte, Liguria e Valle d’Aosta” erogato mediante produzione di pasti presso le cucine dell’Amministrazione contraente, concesse in uso gratuito all’operatore economico aggiudicatario.

L’appalto, da aggiudicarsi mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, veniva suddiviso in due lotti: lotto n. 1 relativo alle mense del Piemonte e della Valle d’Aosta per un valore di € 8.751.600,00 oltre iva; lotto n. 2 relativo alle mense della Liguria per un importo di € 3.568.500,00 oltre iva.

L’affidamento aveva una durata stimata dall’1 luglio 2020 al 31 dicembre 2022, con possibilità di ripetizione del servizio per un ulteriore anno e di proroga tecnica per un massimo di sei mesi. Tuttavia, a seguito della situazione di emergenza sanitaria nazionale, con comunicato dell’11 marzo 2020, n. 0083284, venivano sospesi i termini per la presentazione delle offerte nella procedura di gara. Successivamente, con decreto del 18 maggio 2020, n. 13, il Provveditorato procedeva alla revoca della suddetta sospensione e alla contestuale rettifica dei termini originariamente stabiliti per le varie fasi fissando un nuovo periodo contrattuale dell’affidamento fino 31 maggio 2023.

A seguito dell’apertura delle buste amministrative, il Seggio di gara, nominato con decreto n. 17 del 9 giugno 2020, dava atto, con il verbale del 26 giugno 2020, n. 1, che per il lotto n. 1, oggetto dell’odierna contestazione, presentavano offerta i seguenti operatori economici: Atlas I.F.M. s.r.l.;

Elior Ristorazione s.p.a.; S.L.E.M. s.r.l. – NOI SCS (mandante in RTI); Sagifi s.p.a. – Ep s.p.a.); nonché Euroristorazione s.r.l. e Dussmann Service s.r.l.

A seguito dell'esame della documentazione amministrativa presentata dalle società concorrenti veniva rilevata la difformità, rispetto alle prescrizioni di gara della documentazione presentata dalle concorrenti Atlas I.F.M. s.r.l, S.L.E.M. s.r.l. – NOI SCS in RTI, nonché dall'odierna controinteressata Euroristorazione s.r.l.

All'esito dei chiarimenti presentati in sede di soccorso istruttorio ex art. 83 del d. lgs 50/2016, tutte le concorrenti venivano ammesse alla successiva fase di gara di "verifica dell'offerta tecnica".

La Commissione giudicatrice, nominata con decreto del Provveditore Regionale del 9 luglio 2020, n. 26, procedeva alla valutazione delle offerte tecniche e all'attribuzione dei relativi punteggi, come indicato nel verbale del 28 luglio 2020. Segnatamente, per il lotto n. 1 la società Dussmann Service s.r.l. otteneva un punteggio di 68 punti su 70, mentre la controinteressata Euroristorazione s.r.l. otteneva il punteggio di 70 su 70.

A seguito dell'apertura delle offerte economiche la concorrente Dussmann Service s.r.l. a fronte di un ribasso sul prezzo di 13,40%, otteneva un punteggio economico di 27,68, mentre Euroristorazione s.r.l. un punteggio di 26,70 mediante un ribasso sul prezzo di 11,97%.

La Commissione giudicatrice procedeva alla verifica della congruità delle offerte presentate da Euroristorazione s.r.l., nonché da Dussmann Service s.r.l. per il lotto n. 1.

Il Seggio di gara, come da verbale del 22 settembre 2020, n. 7, – ritenute dalla Commissione le giustificazioni prodotte dalle concorrenti sufficientemente esaustive e dettagliate ai fini della prova della non anomalia dell'offerta – effettuava proposta di aggiudicazione a favore della concorrente Euroristorazione s.r.l. alla luce del punteggio più alto ottenuto pari di 96,70, seguita da Dussmann Service s.r.l. con 95,68 punti.

Gli atti di gara e la proposta di aggiudicazione venivano approvati con decreto del Provveditore Regionale del 24 settembre 2020, n. 37.

Parallelamente, nella medesima data, l'aggiudicazione definitiva veniva comunicata a Dussmann Service s.r.l. con nota prot. 35664/20. In data 25 settembre 2020, a fronte dell'intervenuta aggiudicazione, la concorrente Dussamann Service s.r.l. trasmetteva a mezzo PEC al Responsabile Unico del Procedimento, richiesta di accesso alla documentazione presenta dall'aggiudicataria Euroristorazione s.r.l.

In data 19 ottobre 2020 veniva trasmessa l'offerta tecnica dell'aggiudicataria Euroristorazione con esclusione delle parti per le quali la società aveva espresso il diniego in quanto "trattasi di elaborati aziendali redatti sulla base delle proprie e specifiche conoscenze ed esperienze gestionali, frutto del

proprio, esclusivo e particolare know-how aziendale maturato ed acquisito in lunghi anni di esperienze e conoscenze professionali”.

Tale parziale evasione dell’istanza di accesso veniva contestata con PEC del 20 ottobre 2020 da Dussmann Service s.r.l. a fronte della motivazione addotta ritenuta insufficiente a giustificare il diniego di accesso alla documentazione.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione a favore di Euroristorazione s.r.l., nonché avverso tutti gli atti della procedura di gara insorge l’odierna ricorrente Dussmann Service s.r.l..

Lamenta parte ricorrente:

1) la violazione degli artt. 30, 80 , 142, d. lgs 50/2016, dell’art. 57 Dir. Ue/2014/24 e dell’art. 1337 c.c.. Violazione e/o falsa applicazione delle Linee Guida n. 6 dell’ANAC. Violazione degli artt. 6 e 15.2 Disciplinare. Violazione dei principi di *par condicio*, leale collaborazione, correttezza e buona fede precontrattuale, imparzialità e giusto procedimento. Ingiustizia grave e manifesta.

Nello specifico, parte ricorrente lamenta l’illegittimità della mancata esclusione di Euroristorazione s.r.l. per difetto dei requisiti di moralità e affidabilità professionale in violazione dell’art. 80 del d.lgs. 50/2016 per omessa dichiarazione di una serie di decreti penali di condanna – afferenti a violazioni in materia di salute, sicurezza sul lavoro, diritto ambientale, sociale e del lavoro;

2) la violazione degli artt. 85 e 94 d. lgs 50/2016, degli artt. 1 e 24 d. lgs n. 82/2005, delle “regole del sistema *e-procurement* della Pubblica Amministrazione” adottato da Consip s.p.a. nonché degli artt. 1.2, 1.4, 16, 18.1.2 e 19 del disciplinare. Violazione del principio di autovincolo all’applicazione della *lex specialis* e dei principi di *par condicio* e non discriminazione. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza motivazionale. La dichiarazione di impegno alla sottoscrizione dell’atto di protocollo previsto al punto 5.4.3 dei CAM presentata da Euroristorazione s.r.l. sarebbe stata sottoscritta dalla Organizzazione no-profit con firma “a mano” e non tramite firma digitale come richiesto dalle prescrizioni del Disciplinare agli artt. 1.2. e 1.4. e dalle Regole del Sistema di *e-procurement* della P.A. fornito dalla Consip. Ne conseguirebbe l’illegittima attribuzione dei quattro punti tecnici a Euroristorazione s.r.l. per tale sub-criterio;

3) violazione e falsa applicazione dei artt. 30, 95, 97, 140, 142 d. lgs 50/2016, dell’art. 69 dir. UE/2014/24, dell’art. 3 e 6 l. 241/1990, nonché dell’art. 19.3 del disciplinare. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà. Contesta parte ricorrente l’illegittimità del giudizio positivo sull’affidabilità e sostenibilità economica dell’offerta dell’aggiudicataria motivato dalla Commissione giudicatrice *per relationem* alle giustificazioni di Euroristorazione a loro volta ritenute inadeguate per a) mancanza di giustificazioni in merito al costo delle derrate alimentari; b) genericità con

riguardo ai costi diretti, ai costi della sicurezza e alle spese generali dichiarati dalla controinteressata; c) mancato computo del costo della manodopera della sede di Alba (CN); e) incompletezza nella parte in cui non è stata allegata la tabella del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali presa a parametro per il calcolo del costo del lavoro.

Il giudizio di congruità sarebbe altresì intrinsecamente contraddittorio attesa l'asserita mancata corrispondenza tra quanto dichiarato dalla Commissione nelle premesse e quanto effettuato in concreto con riguardo alle voci di costo oggetto del giudizio della verifica di anomalia, nonché con riguardo alla verifica in merito alla corrispondenza dell'offerta alla realtà del mercato e a quella aziendale;

4) in via subordinata si lamenta la violazione dell'art. 67 Dir. 2014/24/UE, dell'art. 97 Cost e degli artt. 30, 95, 140, 142, 144 d. lgs 50/2016. Violazione del principio di buon andamento, di qualità dell'affidamento dei contratti pubblici, di efficacia e concorrenza effettiva. Eccesso di potere per violazione delle Linee Guida ANAC n. 2/2016 aggiornate con Delibera del Consiglio 424/2018. Violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza ed adeguatezza. Eccesso di potere per manifesta illogicità ed irragionevolezza. La ricorrente chiede l'annullamento dell'intera procedura, per illegittimità della *lex specialis*, e segnatamente degli artt. 16 e 18 del Disciplinare di gara e dell'art. 17 del Capitolato, laddove l'individuazione del sistema tabellare/on-off, quale criterio di valutazione dell'offerta tecnica per 50 punti su 70, non avrebbe garantito la corretta valutazione della componente qualitativa delle offerte ed avrebbe vanificato l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo determinando un appiattimento dei punteggi;

5) in via ulteriormente subordinata si stigmatizza la violazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 30, 77, 142 d.lgs 50/2016 e, ove occorrer possa, dell'art. 84 d.lgs 163/2006 nonché dell'art. 19.3 del Disciplinare. Violazione del principio di buon andamento, di trasparenza dell'azione amministrativa e di imparzialità. Violazione del giusto procedimento. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria. Si contesta l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice atteso che i membri della stessa sarebbero privi delle competenze tecniche afferenti al settore dei servizi di mensa/catering/ristorazione necessarie per valutare il progetto tecnico presentato dalle concorrenti;

6) violazione degli artt. 30, 53, 76 d. lgs. 50/2016, degli artt. 22, 24, 25 l. 241/1990 e dell'art. 22 Disciplinare. Violazione dei principi di non discriminazione, *par condicio* e trasparenza. Eccesso di potere per travisamento dei fatti, erronea valutazione dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione. Ingiustizia grave e manifesta.

La ricorrente contesta altresì la legittimità del diniego di accesso alla documentazione tecnica dell'aggiudicataria Euroristorazione s.r.l. e formula istanza di accesso ex art. 116 c.p.a.

Con il ricorso viene, inoltre, formulata istanza istruttoria ai fini dell'ammissione della verifica e/o consulenza tecnica volte ad accertare l'inidoneità delle giustificazioni prodotte da Euroristorazione s.r.l. a provare la congruità dell'offerta.

Si sono ritualmente costituiti in giustizio il Ministero della Giustizia e la controinteressata Euroristorazione s.r.l. contestando quanto *ex adverso* prospettato.

La difesa erariale formula poi istanza di riunione con il ricorso - allibrato al n.r.g. 811/2020 - promosso dalla medesima ricorrente avverso il provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 2. Eccepisce, altresì, preliminarmente la tardività dell'impugnazione degli atti di gara, atteso che la stessa sarebbe dovuta essere proposta nel termine di trenta giorni dalla conoscenza, alla luce dell'immediata lesività delle clausole del bando di gara.

Nel resto contesta nel merito le censure dedotte.

Anche la controinteressata ha contestato nel merito le censure dedotte.

Con ordinanza del 27 novembre 2020, n. 557, questo Tar respingeva l'istanza cautelare e accoglieva l'istanza di accesso ai sensi dell'art. 116 c.p.a.

Con ordinanza del 16 dicembre 2020, n. 7213, il Consiglio di stato rigettava l'appello proposto avverso la predetta l'ordinanza cautelare di rigetto.

A seguito dello scambio di memorie difensive ex art. 73 c.p.a. la causa è venuta all'esame del Collegio all'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2021 ed è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Viene all'attenzione del Collegio una controversia avente ad oggetto l'aggiudicazione del lotto n. 1 della gara indetta dal Provveditorato generale dell'Amministrazione penitenziaria per il Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta per l'affidamento del "servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale per le mense obbligatorie di servizio per il personale della Polizia Penitenziaria delle sedi degli Istituti Penitenziari, Scuole e Istituti di Formazione del Provveditorato Regionale dell'Amministrazione Penitenziaria per il Piemonte, Liguria e Valle d'Aosta".

In buona sostanza parte ricorrente, giunta seconda in graduatoria, contesta la legittimità del provvedimento di aggiudicazione a favore della controinteressata Euristorazione s.r.l. eccependo una serie di profili di illegittimità che affliggerebbero la procedura di gara, nonché, in via subordinata, la stessa *lex* di gara.

In via preliminare il Collegio ritiene di dover disattendere l'istanza di riunione del presente gravame con il parallelo ricorso proposto dalla ricorrente avverso l'aggiudicazione del lotto n. 2, allibrato al

n.r.g. 811/2020. L'impossibilità di procedere alla riunione discende dall'inammissibile proposizione di ricorsi cumulativi allorché non vengano dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto, sancita all'art. 120, comma 11 bis, c.p.a. Ed invero, nel caso di specie, le censure dedotte rispettivamente con i due ricorsi, sebbene abbiano ad oggetto la medesima procedura di gara, entrano nel merito delle offerte presentate rispettivamente per i lotti nn. 1 e 2, connotandosi, in tal modo, di specifica individualità tali da non poter essere considerate identiche.

Preclusa, quindi, la possibilità di proporre ricorso cumulativo ne discende per coerenza l'impossibilità della riunione ex art. 70 c.p.a.

Passando alla trattazione del merito, il ricorso è infondato per i motivi di seguito esposti.

Con riguardo al primo motivo di doglianza, parte ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione a fronte della mancata esclusione ex art. 80, comma 5, lett. c bis) e f bis) del d. lgs 50/2016 di Euroristorazione s.r.l. per aver omesso di dichiarare taluni precedenti penali gravanti sui legali rappresentanti della controinteressata costituiti da decreti penali di condanna, in quanto tali fattispecie potrebbero astrattamente integrare gravi illeciti professionali idonei ad incidere sul rapporto fiduciario tra operatore economico e stazione appaltante e quindi a giustificare una esclusione.

La censura sollevata appare priva di fondamento.

L'asserita omissione dichiarativa ha ad oggetto decreti penali di condanna opposti ai sensi dell'art. 464, comma 3, c.p.p. L'opposizione comporta la revoca automatica del decreto penale, rendendolo *tamquam non esset*. e demandando al successivo giudizio di opposizione l'accertamento del fatto di reato. In tal senso "il decreto penale di condanna opposto non è utilizzabile per il giudizio di inaffidabilità di un operatore economico partecipante ad una gara pubblica, ciò in quanto risulta impossibile ricollegare effetti vincolanti ad un accertamento sommario e privo di contraddittorio, quale è quello del decreto penale" (Tar Piemonte, sez. I, 14/05/2019, n. 576).

Ne consegue che in sede di gara non sussistevano condanne a carico dei legali rappresentanti di Euroristorazione s.r.l. ma procedimenti penali pendenti, nei confronti dei quali non sussiste alcun obbligo dichiarativo atteso che "in fase di partecipazione alla gara, l'onere informativo a carico degli operatori economici, per gli atti di rilevanza penale, non include in via generica i carichi pendenti ma solo per alcune fattispecie di reato le sentenze di condanna definitiva, in linea con le previsioni di cui all'art. 80, commi 1 e 3, d. lgs 50/2016 sulle cause di esclusione dalla gara" (Tar Lazio, sez. III, 02/07/2020, n. 7587).

Pertanto, la stazione appaltante in ossequio al principio del *favor participationis* ha correttamente valutato – nell'ambito del proprio potere discrezionale – l'ammissione di Euroristorazione s.r.l. a

partecipare alla gara, vieppiù in considerazione dell'esito negativo delle verifiche effettuate mediante il servizio Avc Pass su tutti i componenti del Consiglio di Amministrazione.

Per quanto attiene il secondo motivo di ricorso, parte ricorrente eccepisce l'illegittimità del verbale di attribuzione dei punteggi tecnici e segnatamente dei quattro punti tecnici attribuiti alla controinteressata alla luce dell'irregolarità della firma nella dichiarazione di impegno alla sottoscrizione, prima della stipula del contratto, dell'atto di Protocollo previsto al punto 5.4.3 dei CAM, in quanto la stessa sarebbe stata sottoscritta dall'Organizzazione no-profit con firma "a mano" e non tramite firma digitale come richiesto dal Disciplinare di gara agli artt. 1.2 e 1.4. e dalle Regole del sistema di *e-procurement* della P.A.

Il motivo di doglianza appare privo di fondamento alla luce del tenore letterale della *lex* di gara.

Ed invero, l'art. 16 lett. a) del disciplinare di gara indica specificatamente la documentazione oggetto dell'offerta tecnica da sottoscrivere con firma digitale ossia "la relazione tecnica, in lingua italiana, firmata digitalmente dal legale rappresentante del concorrente o da altro soggetto avente i poteri necessari ad impegnare l'impresa nella presente procedura [...]". Per contro tale indicazione non si rinviene alla lett. b) dell'art. 16 relativamente alle Dichiarazioni in materia di Criteri Ambientali Minimi, Personale e Qualificazione Aziendale e Servizi aggiuntivi e segnatamente, per quanto qui rileva, al punto 3 dello stesso articolo laddove viene disciplinata la dichiarazione relativa all'"indicazione del numero delle mense presso le quali verrà garantita la destinazione del cibo non somministrato ad organizzazioni non lucrative di utilità sociale che effettuano, ai fini di beneficenza distribuzione gratuita agli indigenti di prodotti alimentari, in linea con la ratio della Legge 155/2003. Detta dichiarazione dovrà essere corredata dall'impegno sia da parte del concorrente che dell'Organizzazione non lucrativa a sottoscrivere, prima della stipula del contratto, l'atto di Protocollo previsto al punto 5.4.3 dei CAM. Nel caso in cui il predetto impegno non presenti la sottoscrizione di entrambe le parti, non si darà luogo all'attribuzione del punteggio (è consentita la presentazione dell'impegno in copia informatica)".

Appare chiaro, quindi, come la dichiarazione di impegno alla sottoscrizione del Protocollo debba essere solo sottoscritta da entrambe le parti, e non necessariamente firmata digitalmente, ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico previsto per tale sub-criterio, atteso che, come specificato nello stesso art. 16 solo nel suo insieme "la documentazione di cui sopra, che compone l'Offerta tecnica, deve essere sottoscritta con firma digitale dal legale rappresentante del concorrente o da altro soggetto aventi i poteri necessari ad impegnare l'impresa nella presente procedura".

In definitiva, l'unica sottoscrizione richiesta con firma digitale dalla *lex* di gara è quella che l'offerente appone sull'offerta tecnica.

La mancata sottoscrizione digitale del documento di impegno in argomento da parte dell'Organizzazione non lucrativa non può invece essere valutata alla stregua di un vizio tale da determinare la non attribuzione del punteggio.

Con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta l'illegittimità del giudizio di congruità dell'offerta di Euroristorazione s.r.l., nonché del procedimento di verifica dell'anomalia stante la motivazione della Commissione giudicatrice disposta *per relationem* alle giustificazioni di Euroristorazione s.r.l., le quali, secondo la ricostruzione prospettata dalla ricorrente, sarebbero inadeguate a dimostrare la sostenibilità dell'offerta.

Sul punto occorre preliminarmente precisare che non sussiste in capo alla stazione appaltante alcun obbligo di motivazione specifica laddove la stessa non esprima un giudizio di incongruità dell'offerta atteso che “è necessario un giudizio particolarmente motivato, solo nell'ipotesi in cui la valutazione di anomalia o meno di un'offerta risulti di segno negativo, ossia esiti, a seguito dell'esame delle giustificazioni prodotte dall'impresa aggiudicataria in sede procedimentale ovvero acquisite in seno al subprocedimento delineato dall'art. 97, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, in un giudizio finale di non congruità; qualora, invece, il giudizio risulti di segno positivo, come nel caso di specie, dichiarandosi la congruità e bontà dell'offerta e la conseguente aggiudicazione, non si richiede l'assolvimento di un onere di rigorosa motivazione, potendo la positiva valutazione dell'Amministrazione (ovvero della Commissione appositamente nominata) essere operata anche *per relationem* alle giustificazioni prodotte, specie ove le stesse si presentino puntualmente motivate” (Tar Lazio, sez. III, 11/01/2021, n.330).

Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, espressione, quindi, dell'ampia discrezionalità riconosciuta in capo alla stazione appaltante, è volto a verificare l'effettiva possibilità per l'operatore economico di eseguire l'appalto nel rispetto delle condizioni preposte dalla *lex* di gara. In tal senso la giurisprudenza è chiara nel ritenere che la valutazione posta in essere dalla Commissione giudicatrice ha natura necessariamente globale e sintetica, non potendosi risolvere in una parcellizzazione delle singole voci di costo ed in una “caccia all'errore” nel corpo dell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22/03/2021, n. 2437).

Nel caso di specie, la Commissione giudicatrice ha valutato le giustificazioni prodotte da Euroristorazione s.r.l. adeguate e sufficienti a dimostrare la non anomalia dell'offerta presentata.

Senonché, occorre rilevare il carattere generico e meramente esplorativo della censura sollevata da parte ricorrente sul punto, vieppiù in considerazione del fatto che la ricorrente ha proposto un ribasso anche superiore a quello offerto dell'aggiudicataria, di importo inferiore, ed è stata parimenti destinataria del medesimo giudizio positivo di congruità espresso *per relationem*.

La ricorrente, seppur onerata quantomeno di un principio di prova di quanto eccepito, non deduce, invero, fondati elementi, anche indiziari, atti a far ritenere inattendibili le giustificazioni prodotte dalla controinteressata. Più nel dettaglio, parte ricorrente lamenta genericamente la mancanza di giustificazioni in merito al costo delle derrate alla luce delle giustifiche in cui Euroristorazione s.r.l. rileva la possibilità, garantita dal radicamento territoriale dell'azienda, di stipulare contratti annuali a prezzi competitivi e di possedere un algoritmo che permette di determinare il costo totale della materia. Tali obiezioni non si traducono, tuttavia, in una specifica contestazione dei dati posti a fondamento delle giustifiche idonea a dimostrare l'inadeguatezza dei costi rispetto ai parametri vigenti nel mercato di riferimento, in quanto Euroristorazione ha dato compiuta evidenza del metodo utilizzato per quantificare il costo annuo delle derrate alimentari. D'altro canto la stessa ricorrente, che pure appartiene allo stesso mercato ed ha offerto cifre allineate se non inferiori, non individua, salvo la petizione di principio, alcun concreto sintomo di insostenibilità, facendosi carico essa stessa di individuare quali sarebbero gli importi minimi sostenibili.

Anche con riguardo all'asserita genericità delle giustificazioni relativamente ai costi diretti, ai costi della sicurezza e alle spese generali, contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente, dalla lettura delle giustifiche emergono indicazioni sufficientemente analitiche delle singole voci di costo idonee a fondare un giudizio di complessiva sostenibilità dell'offerta.

Parimenti la contestazione mossa con riguardo al mancato computo del costo della manodopera per la sede di Alba (CN) appare priva di pregio, atteso che la documentazione di gara non forniva elementi sufficienti per formulare l'offerta sul punto. Ed invero, con riguardo alla suddetta sede, la quale risulta essere l'unica non funzionante come indicato nel Comunicato del 26 maggio 2020, nell'Appendice n. 1 al Capitolato Tecnico non viene indicato nel dettaglio della fornitura del servizio né il numero di utenti medio giornaliero né le tipologie di pasto.

L'infondatezza delle contestazioni si estende altresì all'asserita incompletezza delle giustifiche determinata dalla mancata allegazione della tabella del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali – parametro utilizzato dalla controinteressata per il calcolo del costo del lavoro – atteso che tali tabelle costituiscono documenti pubblici e accessibili a tutti gli operatori economici, pertanto l'allegazione delle stesse non costituiva elemento imprescindibile.

Le obiezioni sollevate da parte ricorrente appaiono quindi inconferenti al fine di rilevare eventuali macroscopici vizi di irragionevolezza ed illogicità nella valutazione discrezionale dell'anomalia dell'offerta operata dalla Commissione a fronte dell'adeguatezza delle giustifiche prodotte dalla controinteressata. La parte, lungi dall'individuare sintomi concreti di anomalia dell'offerta, si limita

ad invocare una generalizzata ed esplorativa analisi di tipo tecnico sostitutiva del ragionevole operato dell'amministrazione.

Il terzo motivo di ricorso deve quindi considerarsi infondato.

In via subordinata parte ricorrente deduce l'illegittimità della *lex specialis*, laddove la scelta del sistema tabellare *on/off* – in base al quale l'attribuzione del punteggio tecnico avviene con modalità binaria in ragione della presenza o meno di un determinato requisito – per l'attribuzione di 50 punti tecnici su 70 non avrebbe garantito una congrua valutazione della componente qualitativa delle offerte.

Sul punto occorre preliminarmente disattendere l'eccezione di tardività sollevata dalla difesa erariale, atteso che l'interesse ad impugnare della ricorrente, ovvero l'attualità della lesione della situazione giuridica soggettiva, sono sorte solo con il provvedimento di aggiudicazione.

L'individuazione nella *lex* di gara del sistema tabellare *on/off* per l'attribuzione del punteggio tecnico non può, peraltro, ricondursi tra le c.d. "clausole immediatamente escludenti" tipizzate dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria (Cons.Stato, Ad. Plen., 4/2018), in quanto l'applicazione di tale criterio può comportare esclusivamente il rischio, valutabile solo all'esito della gara, di uno svilimento del criterio di aggiudicazione prescelto in ragione di un apprezzamento prevalentemente quantitativo dell'offerta a scapito del pregio qualitativo, e non anche l'impossibilità di partecipare alla gara (cfr. TAR Napoli, 26.02.2020 n. 878).

Ne consegue che è stata correttamente impugnata la *lex specialis* di gara congiuntamente all'atto che di essa ne fa applicazione.

Occorre, altresì, precisare che le Linee Guida n. 2 in materia di offerta economicamente più vantaggiosa approvate con la delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, aggiornate con la delibera n. 424 del 2 maggio 2018 dell'A.N.A.C, ammettono l'utilizzo di tale sistema purché consenta "un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo". Tale criterio tabellare prevede l'attribuzione ad elementi dell'offerta tecnica di punteggi predeterminati sulla base di un criterio a struttura binaria *on/off*, non graduabili discrezionalmente dalla Commissione giudicatrice.

La giurisprudenza è chiara nel ritenere compatibile tale sistema con la disciplina dettata in materia di offerta economicamente più vantaggiosa atteso che "in primo luogo, non è riscontrabile un'apposita previsione normativa che imponga alla stazione appaltante di definire criteri caratterizzati dal punteggio graduabile, implicante l'esercizio di un potere discrezionale in fase applicativa, all'atto della valutazione delle singole offerte acquisite in sede procedimentale. Il dato

positivo prevede, infatti, la necessità che l'Amministrazione adotti criteri "oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto" (art. 95, comma 6, d. lgs n. 50/16), stabilendo "la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato" (art. 95 comma 8, d. lgs. n. 50/16) e comunque provvedendo ad una loro definizione in maniera da garantire la prevalenza della componente tecnica su quella economica (essendo previsto un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento) e "un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici" (art. 95, comma 10 bis, D. Lgs. n. 50/16). La *littera legis*, dunque, impone una ponderazione dei criteri di valutazione – da differenziare in ragione dell'importanza da ciascuno assunta per il soddisfacimento delle esigenze sottese all'indizione della gara – ma non richiede, in ogni caso, la previsione, per ogni criterio valutativo, di un punteggio graduabile tra un minimo e un massimo, da determinare in concreto, alla stregua delle peculiarità caratterizzanti la singola offerta presa in esame" (Cons. Stato sez. VI, 13.08.2020 n. 5026).

Nel caso di specie, il disciplinare di gara all'art. 18 e il capitolato tecnico all'art. 17 dispongono l'attribuzione di 50 punti su 70 per l'offerta tecnica sulla base di criteri che, a differenza di quanto asserito da parte ricorrente, non possono neppure definirsi tutti strettamente on/off.

Invero, l'applicazione del sistema binario on/off è ravvisabile esclusivamente con riguardo all'attribuzione del punteggio per i seguenti requisiti individuati rispettivamente agli artt. 17.1.3 lett. a) e 17.1.4 del Capitolato: "qualificazione aziendale: fino a 9 punti" in cui si prevede l'attribuzione di 3 punti per ciascuna certificazione di gestione di sistema emesse da enti accreditati presentata dagli operatori economici; "somministrazione pasto domenicale: 5 punti" in cui si dispone l'attribuzione del punteggio allorché il fornitore si impegni a garantire senza alcun onere aggiuntivo per l'amministrazione contraente, nei giorni di domenica l'integrazione dei pasti con antipasto e dolce.

La scelta di tale impostazione risulta, nello specifico, giustificata dalla tipologia degli elementi soggetti a valutazione tecnica i quali non richiedono alcuna valutazione di natura soggettiva, in quanto la semplice presenza o assenza dell'elemento richiesto determinerà il punteggio assegnabile per ciascun parametro.

Per quanto riguarda, invece, gli altri elementi soggetti a valutazione tecnica, ossia i "criteri ambientali minimi" e relativi sub criteri "fornitura alimenti e bevande, cibo non somministrato, prodotti esotici", nonché il "personale e qualificazione aziendale: fino a 16 punti" e relativo sub criterio "valutazione del profilo del Direttore Tecnico del Servizio", la documentazione di gara prevede l'attribuzione del punteggio mediante criteri che, seppur predeterminati, garantiscono alla

Commissione giudicatrice di operare una graduazione discrezionale del punteggio alla luce di uno scarto tra punteggio minimo e massimo.

Alla luce delle suesposte considerazioni anche il quarto motivo di ricorso deve ritenersi infondato, atteso che la scelta del sistema tabellare garantisce un adeguato confronto concorrenziale sui profili qualitativi dell'offerta, viepiù in considerazione del fatto che la suddetta scelta rientra nell'ambito dell'ampio potere discrezionale della stazione appaltante nell'individuazione dei criteri di valutazione delle offerte.

Da ultimo la ricorrente, in via ulteriormente subordinata, lamenta l'illegittima composizione della Commissione giudicatrice.

La censura è infondata alla luce della dimostrata competenza dei singoli componenti della Commissione nello specifico settore afferente l'oggetto dell'appalto ai sensi dell'art. 77 comma 1, del d.lgs 50/2016.

In proposito, occorre precisare, come le competenze dei singoli membri non devono tradursi in una rigida corrispondenza alle specifiche attività oggetto dell'appalto, bensì appare sufficiente che la Commissione, unitamente considerata, disponga degli strumenti tecnici necessari per porre in essere una corretta valutazione delle offerte. In tal senso è pacifico che “la presenza, pertanto, di componenti portatori di diverse esperienze professionali, sia di natura gestionale ed amministrativa sia di natura tecnica, risponde, in un rapporto di complementarietà, alle esigenze valutative imposte dall'oggetto della gara d'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 giugno 2013, n. 3203) e che la legittima composizione della commissione presuppone la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2018, n. 3721), per cui il requisito della competenza dell'organo collegiale può ritenersi concretamente soddisfatta allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare (cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595)” (Cons. Stato, sez. III, 09/12/2020, n.7832).

Trasponendo siffatte considerazioni al caso di specie, dall'esame della documentazione curriculare dei membri della Commissione e, segnatamente del Presidente Dott. Romolo Pani – dirigente penitenziario il quale vanta una pluriennale esperienza nello specifico ambito direttivo del settore penitenziario prima come direttore delle Case Circondariali di Reggio Calabria, Locri e Palmi e dal 2017 come Direttore dell'Ufficio Affari Generali Personale e Formazione del Provveditorato Regionale Amministrazione Penitenziaria Piemonte, Liguria e Valle D'Aosta – della Rag. Concetta Belmonte –funzionario contabile – e della dott.ssa Alessia Aguglia – funzionario

dell'organizzazione e delle relazioni – emerge la legittima composizione della Commissione in relazione all'oggetto dell'appalto, non dotato di specifica complessità, alla luce dell'ampio ventaglio di competenze trasversali e complementari volte in concreto a garantire la tecnicità delle valutazioni richieste.

Tutto ciò considerato, il ricorso non può trovare conclusivamente accoglimento per le ragioni dianzi illustrate.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

- 1) rigetta il ricorso;
- 2) condanna la ricorrente alla rifusione delle spese di lite che si liquidano in euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre IVA, CPA e rimborso spese generali 15% in favore di ciascuna parte costituita.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2021 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Paola Malanetto, Consigliere, Estensore

Flavia Risso, Primo Referendario