

APPALTI: Gara - Aggiudicazione - Ad una ditta che ha omesso di dichiarare una precedente risoluzione contrattuale - Circostanza che si sia trattato di una risoluzione contrattuale di natura consensuale - Nel caso in cui la condotta dell'aggiudicatario sia stata in ogni caso astrattamente idonea a far dubitare delle relative integrità ed affidabilità in vista dell'affidamento dell'appalto – Irrilevanza – Ragioni.

Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, n. 4708

“[...] ritiene il Collegio che nel perimetro degli obblighi dichiarativi rientri anche una precedente risoluzione consensuale intervenuta con altra stazione appaltante in fase di esecuzione di una procedura di gara quante volte la stessa sia dipesa da una condotta astrattamente idonea a far dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico in vista dell'affidamento dell'appalto.

Occorre, infatti, rammentare che con la formula risoluzione consensuale è possibile riferirsi a vicende del contratto anche molto diverse tra loro; oltre al caso del mutuo dissenso (previsto dall'art. 1372 cod. civ. ed al quale meglio si attaglia la formula di risoluzione consensuale, pur essendo stato evidenziato in dottrina la differenza tra i due istituti; per le caratteristiche di tale atto, cfr. Cass. civ., sez. 3, 31 ottobre 2019, n. 27999), lo scioglimento consensuale da un contratto può essere l'effetto di una transazione in cui le parti ricorrano per comporre i loro dissidi, evitando uno strascico giudiziale della vicenda [...]”.

FATTO

1. Con bando pubblica in Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana il 14 maggio 2020, la Guardia di Finanza – Scuola ispettori e sovrintendenti de L'Aquila indiceva una procedura di gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di vettovagliamento mediante “catering completo” da svolgersi presso la Caserma “Mar. Magg. M.O.V.M. Vincenzo Giudice”, per un importo complessivo a base di gara di € 22.735.457,10.

1.1. Di interesse del presente giudizio è l'art. 6.3., lett. b) del disciplinare di gara a mente del quale i concorrenti erano tenuti a dichiarare di “avere la disponibilità (o l'impegno ad avere, in caso di aggiudicazione, la disponibilità) per tutta la durata del contratto di appalto, di un centro cottura esterno ovvero più centri, in grado di garantire – complessivamente – un numero di pasti pari a 2100 colazioni, 2900 pranzi e 2200 cene (...), in modo da assicurare il servizio veicolato nelle fasce orarie previste per i singoli pasti negli atti di gara, in possesso delle necessarie autorizzazioni sanitarie, situato/i ad una distanza non superiore a 50 (cinquanta) km dalla sede della caserma interessata dal servizio oggetto del presente appalto, veicolando i pasti con mezzi aziendali

adeguatamente attrezzati ed idonei al particolare servizio, in possesso delle caratteristiche e requisiti prescritti dalle specifiche norme (art. 43 del d.P.R. n. 327/1980)”.

1.2. All’esito delle operazioni di gara Elixir ristorazione s.p.a. risultava prima graduata con 100 punti, seconda Bioristoro Italia s.r.l.; ad Elixir Ristorazione era definitivamente aggiudicata la gara con determina del 16 dicembre 2020, n. 413.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per l’Abruzzo, integrato da motivi aggiunti, Bioristoro Italia s.r.l. impugnava il provvedimento di aggiudicazione sulla base di sei motivi, gli ultimi due diretti ad ottenere, subordinatamente alla reiezione degli altri, l’annullamento dell’intera procedura di gara.

A dire della ricorrente la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la controinteressata dalla procedura di gara:

a) perché priva della disponibilità di un centro di cottura che rispettasse le prescrizioni richieste dall’art. 6.3. lett. b) del disciplinare di gara (primo motivo);

b) ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. f-*bis*) d.lgs. n. 50 del 2016, per aver dichiarato la distanza tra il centro cottura esterno e la sede della caserma inferiore ai 50 km falsamente attestandone il punto di partenza;

c) per aver subappaltato l’attività di realizzazione dei pasti nel centro cottura esterno ad altra società (la Gemeaz Elixir s.p.a., con la quale, infatti, aveva concluso un contratto di avvalimento per acquisire la disponibilità proprio di quel centro cottura di emergenza del quale era sprovvista), in violazione del divieto di subappalto delle attività principali della commessa stabilito dall’art. 8 del disciplinare;

d) ai sensi dell’art. 80, comma 5 lett. c) e c-*ter*) d.lgs. n. 50 del 2016 per due episodi integranti, l’uno un “*grave illecito professionale*” – la risoluzione disposta dal Comune di Buccinasco di un precedente contratto di appalto consensuale ma conseguente ai gravi inadempimenti contrattuali commessi nella fase dell’esecuzione – e l’altro “*significative o persistenti carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto*”, la revoca del provvedimento di aggiudicazione di contratto di appalto disposta dalla Fondazione Giglio di Cefalù;

la procedura di gara, invece, era da annullare:

e) per illegittimità della griglia di valutazione dell’offerta tecnica contenente criteri esclusivamente tabellari con assegnazione automatica (“*on/off*”);

f) per aver la stazione appaltante previsto tre criteri di valutazione delle offerte – A.4 “*Utilizzo prodotti biologici*”, A.5 “*Aumento grammature*” e B.4 “*Formazione e aggiornamento professionale*

del personale” – non finalizzati a valorizzare i profili migliorativi offerti poiché generici e non predeterminati.

2.1. Si costituiva Elixir Ristorazione s.p.a. che spiegava ricorso incidentale c.d. escludente articolato sulla base di due motivi con i quali assumeva dovuta l’esclusione di Bioristoro Italia s.r.l. dalla procedura di gara:

g) perché priva della disponibilità di un centro di cottura che rispettasse le prescrizioni richieste dall’art. 6.3. lett. b) del disciplinare di gara (primo motivo);

h) per anomalia dell’offerta.

Si costituiva, altresì, il Ministero dell’economia e delle finanze che concludeva per la reiezione di entrambi i ricorsi.

2.2. Il giudice di primo grado, con la sentenza della prima sezione, 8 aprile 2021, n. 176, respingeva il ricorso principale e dichiarava improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale.

Il tribunale riteneva infondati i motivi di ricorso in precedenza riportati sub a) – d) in quanto:

– la chiusura di un tratto del percorso stradale indicato dalla controinteressata a comprova della distanza (inferiore ai 50 km) intercorrente tra la sede del centro cottura e quella della caserma, che la ricorrente sosteneva avrebbe obbligato l’aggiudicataria a percorrere una distanza maggiore di quella prescritta, non era né totale né assoluta poiché era consentito il transito ai mezzi di soccorso e di polizia e ai mezzi autorizzati e tale autorizzazione (al transito) avrebbe potuto ottenere anche l’aggiudicatario, come in qualche modo confermato dalla nota del 22 gennaio 2021 del Sindaco del Comune di Antrodoco (che aveva disposto la chiusura) prodotta dalla controinteressata, il quale diceva possibile il transito se la società avesse rappresentato un caso di emergenza in dettaglio richiesta;

– tali considerazioni portavano a dire che la controinteressata non aveva affatto falsificato il percorso stradale per giungere dalla sede del centro cottura a quella della caserma che restava confermato di lunghezza inferiore ai 50 km e con punto di partenza collocato al civico 75 di via Malfatti, come da relazione di sopralluogo depositata in atti;

– l’aggiudicataria non aveva affatto subappaltato a terzi le attività principali oggetto della commessa: ammessa la possibilità di acquisire la disponibilità del centro cottura mediante avvalimento, per la natura stessa del contratto di avvalimento doveva ammettersi che il centro cottura restasse in uso esclusivo alla ditta ausiliaria, unica titolata ad utilizzarlo in quanto titolare della relativa autorizzazione sanitaria, con il proprio personale e i propri mezzi, sebbene, ai sensi dell’art. 89, comma 8, del codice dei contratti pubblici (per il quale in caso di avvalimento l’appalto

“è in ogni caso eseguito dall’impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione, e l’impresa ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati”) l’unico responsabile dal punto di vista giuridico dell’esecuzione del contratto sia il concorrente aggiudicatario cui sono riconducibili anche le prestazioni in concreto svolte dall’ausiliaria, poiché la possibilità di subappaltare dette prestazioni – pur prevista dall’art. 89, comma 8 del codice – costituisce una mera facoltà che postula l’assenso dell’amministrazione ed è limitata alla fase dell’esecuzione;

– gli episodi riferiti dalla ricorrente non giustificavano l’esclusione ai sensi dell’art. 80, comma 5, del codice dei contratti pubblici per essere il primo relativo ad una risoluzione consensuale dalla quale non era possibile desumere una violazione degli impegni contrattuali, a fronte della chiara indicazione della lett. c-ter) dell’art. 80 citato che non consente di prescindere da un provvedimento di risoluzione contrattuale di precedente contratto di appalto e il secondo in quanto, oltre al fatto che nessuna documentazione idonea era stata prodotta, poiché relativo ad un provvedimento adottato il 12 ottobre 2020 quando le offerte per la procedura di gara in esame erano state da tempo presentate (il termine di scadenza era del 10 luglio 2020).

Anche i motivi diretti ad ottenere l’annullamento dell’intera procedura di gara erano respinti.

3. Propone appello Bioristoro Italia s.r.l; si sono costituiti il Ministero dell’economia e delle finanze e Elio Ristrazione s.p.a..

Le parti hanno depositato memorie ex art. 73, comma 1, cod. proc. amm., cui ha replicato Elio Ristrazione s.p.a..

All’udienza del 21 aprile 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello Bioristoro Italia s.r.l. sostiene che il giudice di primo grado sia incorso in “*Error in iudicando. Violazione del Bando di gara, del Disciplinare e del Capitolato. Violazione degli artt. 30, 59, 80, 83 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016. Omesso possesso di un requisito di partecipazione e di esecuzione. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Violazione del principio di par condicio competitorum. Difetto di istruttoria e di motivazione*”: ribadisce l’appellante che l’aggiudicataria non aveva la disponibilità di un centro cottura esterno a distanza non inferiore a 50 km dalla sede della caserma perché l’ordinanza del Comune di Andrioco, che vietata la percorrenza in un tratto di quel percorso allungandone la lunghezza a 52 km, era tuttora in vigore, per ragioni – salvaguardia dell’incolumità pubblica in considerazione degli eventi franosi – ancora non superate da interventi di ripristino del tratto stradale; anche a voler ammettere che il Comune di Andrioco possa (in futuro) autorizzare l’aggiudicatario al transito sul tratto di strada

interdetto, la controinteressata dovrebbe pur sempre dirsi priva del requisito di capacità tecnico professionale (e dunque di partecipazione e non di esecuzione) richiesto dal disciplinare al momento della presentazione dell'offerta, che potrebbe ottenere solo in caso di avveramento di una condizione (ovvero se e quando l'autorizzazione sarà rilasciata); né varrebbe a favore dell'aggiudicataria che si tratti di un centro di cottura di emergenza, essendo anch'esso richiesto quale requisito di partecipazione dal disciplinare, la cui disponibilità doveva essere dichiarata (e comprovata), in sede di procedura di gara.

1.1. Il primo motivo va esaminato unitamente al secondo motivo, con il quale l'appellante lamenta l'omessa pronuncia sui motivi aggiunti nonché *“Error in iudicando”* per *“Violazione del Bando di gara, del Disciplinare e del Capitolato. Violazione degli artt. 30, 59, 80, 83 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016. Omesso possesso di un requisito di partecipazione e di esecuzione. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Violazione del principio di par condicio competitorum. Difetto di istruttoria e di motivazione.”*: avuta conoscenza della nota sindacale del 22 gennaio 2021, con i motivi aggiunti, l'appellante aveva censurato l'offerta in primo luogo perché condizionata ed aleatoria: il Sindaco, infatti, non concedeva affatto l'autorizzazione al transito, ma acconsentiva a che Elio presentasse una istanza da valutare alla luce della situazione esistente al momento della sua trasmissione; vero questo, ribadisce l'appellante, l'offerta doveva essere necessariamente esclusa perché aleatoria e condizionata: una parte della prestazione – la preparazione dei pasti presso il centro cottura di emergenza – era infatti condizionata all'avverarsi di un evento futuro ed incerto quale il rilascio di un'autorizzazione (che avviene all'esito di un procedimento discrezionale del Comune tenuto a valutare una serie di elementi, tra i quali l'incidenza attuale degli eventi franosi sulla praticabilità della strada).

La sentenza di primo grado sarebbe oltremodo errata poiché il giudice, pur riconoscendo che la nota sindacale non autorizzava in alcun modo il transito, non ne avrebbe tratto le dovute conseguenze in punto di (in)ammissibilità dell'offerta alla procedura di gara.

Nel secondo motivo aggiunto si precisava, poi, che anche ammesso che detta autorizzazione al transito fosse stata effettivamente rilasciata dal Comune di Andrioco, essa sarebbe stata comunque inevitabilmente tardiva rispetto al momento in cui il concorrente avrebbe dovuto dimostrare il possesso del requisito di partecipazione, ossia la data di presentazione della domanda di partecipazione.

1.2. Attiene alla medesima questione – e per questo va esaminato congiuntamente ai primi due – anche il terzo motivo di appello; il Tar avrebbe commesso: *“Error in iudicando. Violazione del Bando di gara, del disciplinare e del Capitolato. Violazione degli artt. 30, 80, comma 5 lett. f – bis)*

del d.lgs. n. 50 del 2016. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Violazione del principio di par condicio competitorum. Difetto di istruttoria e di motivazione”: assume l’appellante che se si riconosce che il tratto di strada interdetto non consente allo stato il passaggio dei mezzi di Elior, si deve anche concludere nel senso della falsità della dichiarazione con la quale l’aggiudicataria si era detta fornita di un centro di cottura a distanza inferiore ai 50 km dalla caserma.

Falsa sarebbe la dichiarazione anche quanto al reale indirizzo del centro cottura offerto, considerato che il punto di inizio del percorso stradale (che dovrebbe coincidere proprio con l’indirizzo del centro cottura) è individuato in via Leonardo da Vinci a Rieti, al solo scopo, aggiunge l’appellante, di misurare una lunghezza inferiore ai 50 km.

2. I motivi sono infondati.

2.1. Se è vero che il disciplinare di gara prevedeva quale requisito di partecipazione la disponibilità, per la durata del contratto di appalto, di un centro di cottura esterno (rispetto a quello presente in caserma, e, dunque, di emergenza per il caso di malfunzionamento di questo) “*situato ad una distanza non superiore a 50 (cinquanta) Km dalla sede della caserma interessata dal servizio oggetto del presente appalto*”, è certo che Elior Ristorazione fosse in possesso del requisito così come descritto, perché è provata l’esistenza di un percorso stradale non superiore a 50 km che collega il centro cottura (di cui ha la disponibilità) in Rieti con la caserma in cui va svolto in servizio.

2.2. La circostanza che, alla data di presentazione della domanda di partecipazione, un tratto del percorso stradale fosse momentaneamente interdetto al traffico per ordinanza sindacale (del Sindaco del Comune di Andrioco adottata ai sensi dell’art. 6 del codice della strada per motivi di “*sicurezza pubblica*”) non fa dire il concorrente privo del requisito: il percorso stradale di lunghezza non superiore a 50 km tra il centro cottura di emergenza e la caserma esisteva anche se ne era sospesa la circolazione per un suo tratto.

Quel che conta, in altri termini, è che l’impedimento non precludesse definitivamente il passaggio – come potrebbe essere, per astratta ipotesi, la demolizione di un viadotto situato lungo il percorso – poiché solo in tal caso il percorso stradale così come indicato dal concorrente sarebbe non (più) esistente (con conseguente necessità di rideterminare il percorso ed accertarne la lunghezza).

2.3. Nel caso di specie, poi, l’impedimento non solo era temporaneo, ma era anche superabile in via amministrativa; la nota del Sindaco di Andrioco del 22 gennaio 2021 vale proprio a questo fine: a dar prova della possibilità di ottenere un’autorizzazione alla circolazione nel tratto interdetto presentando motivata richiesta.

Ciò che, peraltro, è previsto espressamente dall'art. 7, comma 4, d.lgs. n. 285 del 1992 (Codice della strada) a mente del quale: *“Nel caso di sospensione della circolazione per motivi di sicurezza pubblica o di sicurezza della circolazione o per esigenze di carattere militare, ovvero laddove siano stati stabiliti obblighi, divieti o limitazioni di carattere temporaneo o permanente, possono essere accordati, per accertate necessità, permessi subordinati a speciali condizioni e cautele.”*; se anche il Sindaco nulla avesse dichiarato, sarebbe bastato il dato normativo per dire risolvibile l'impedimento.

È proprio in quest'ottica che viene in rilievo la qualificazione del centro cottura come centro di emergenza – che, certamente, non vale a negare che sia un requisito di partecipazione, ma che – porta a dire, ai limitati fini che qui interessano, che Elier Ristorazione a sostegno della sua istanza al Comune potrà far valere non un'esigenza ordinaria ma una necessità straordinaria (all'utilizzo del tratto stradale), al pari tutti coloro che utilizzano il tratto stradale in questione.

2.4. Alla luce delle predette considerazioni l'argomentazione dell'appellante a contrasto della sentenza di primo grado non è affatto condivisibile; in particolare non può dirsi che l'offerta fosse condizionata al verificarsi di un evento incerto quale il rilascio di un provvedimento amministrativo (l'autorizzazione a percorrere il tratto di strada interdetto), e per questo che fosse aleatoria, perché, come si è in precedenza chiarito, il requisito di partecipazione, *così come richiesto dal disciplinare di gara*, era posseduto dall'aggiudicataria sin dalla domanda di partecipazione e la (nota del Sindaco che riconosceva la) possibilità di essere autorizzati a percorrere il tratto interdetto ne dava ulteriore prova (ossia dava prova – se mai ve ne fosse stato bisogno – che il percorso stradale indicato non era in alcun modo definitivamente cancellato).

Ciò che conduce, inoltre, ad escludere che Elier Ristorazione abbia reso una falsa dichiarazione affermando di avere la disponibilità di un centro cottura a distanza non superiore a 50 km dalla caserma in cui si sarebbe svolto il servizio.

2.5. Neppure ricorre l'ulteriore falsa dichiarazione che l'appellante imputa all'aggiudicataria consistita nell'aver individuato quale punto di partenza del percorso stradale tra il centro cottura e la caserma un luogo non corrispondente a quello di ubicazione del centro stesso (ossia la via Leonardo da Vinci); e ciò al solo fine di dar prova che la distanza fosse inferiore a 50 km.

Va detto, infatti, che nel documento denominato *“Struttura organizzativa del centro di produzione utilizzato dal concorrente”*, Elier Ristorazione indica quale l'indirizzo del suo centro di cottura di emergenza in via Franco Maria Malfatti snc – Zona industriale Rieti, allegando un fotogramma satellitare per mostrare l'esatta collocazione della struttura; v'è, poi, nella domanda di

partecipazione la dichiarazione di distanza inferiore a 50 km, ed allegate pagine internet di Google maps in cui il punto di partenza è identificato con le coordinate satellitari.

Le indicazioni fornite dal concorrente hanno consentito ai commissari di effettuare il sopralluogo (in data 11 dicembre 2020) presso la struttura e, come si ricava dalla relazione redatta, di verificare che la stessa era collocata in via Franco Maria Malfatti al numero civico 75 all'interno dell'area industriale, ed accertare, infine, che la distanza dalla caserma inferiore a 50 km.

In conclusione, Elior Ristorazione non ha reso alcuna falsa dichiarazione, né ha indotto in alcun modo in errore l'amministrazione, la quale in base alla documentazione fornita ha potuto individuare il centro cottura e verificare la distanza dalla caserma.

3. Con il quarto motivo dell'appello Bioristoro Italia s.r.l. lamenta "*Error in iudicando. Violazione del bando di gara, del disciplinare e del Capitolato. Violazione degli artt. 30, 59, 89 e 105 d.lgs. n. 50 del 2016. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Violazione del principio di par condicio competitorum. Difetto di istruttoria e di motivazione*": il giudice di primo grado avrebbe escluso la violazione del divieto di subappalto posto dal disciplinare per la possibilità di destinare all'impresa ausiliaria la parte di esecuzione relativa al requisito prestato, e, dunque, sulla base di motivazione inconferente con la questione posta; ribadisce, allora, l'appellante la violazione del divieto di subappalto essendo previsto nel contratto di avvalimento che l'ausiliaria, in quanto intestataria delle autorizzazioni sanitarie per l'utilizzo del centro cottura, si obblighi a porre a disposizione dell'avvalente tutti i mezzi e le attrezzature per l'espletamento dell'attività di preparazione dei pasti, ovvero ad eseguire una parte della prestazione principale.

4. Il motivo è infondato.

4.1. Ammesso che la disponibilità di un centro cottura, richiesta quale requisito di partecipazione ad una procedura di gara, possa essere oggetto di avvalimento – circostanza non contestata dall'appellante (e, comunque, ammessa in giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2018, n. 5047) – affinché il prestito del requisito avvenga alle condizioni previste dall'art. 89, comma 1, ult. periodo, d.lgs. n. 50 del 2016, vale a dire con effettiva messa a disposizione delle risorse e dei mezzi necessari all'esecuzione della prestazione, è indispensabile che la preparazione dei pasti nel centro cottura avvenga a mezzo personale dell'ausiliaria e che l'avvalente svolga attività direzione e controllo.

4.2. In tal senso si è già pronunciata questa Sezione, con la sentenza 16 gennaio 2020, n. 389, in cui richiamando altri precedenti, si è chiarito che l'avvalimento del centro cottura non comporta la consegna della struttura all'avvalente, né alcun utilizzo da parte di quest'ultimo; il centro cottura

resta in uso esclusivo dell'ausiliaria, unica titolare ad utilizzarlo in quanto anche titolare della relativa autorizzazione sanitaria con il proprio personale e i propri mezzi.

4.3. Il Collegio condivide il ragionamento con la precisazione di cui s'è detto circa il ruolo che dovrà svolgere l'avvalente; nessun'altra ricostruzione è possibile senza mettere in discussione l'ammissibilità dell'avvalimento di un centro cottura.

Ammettere, infatti, che sia la società ausiliaria a svolgere in via esclusiva la preparazione dei pasti condurrebbe ad escludere il prestito di mezzi e risorse al concorrente; allo stesso modo, dire che personale dell'avvalente possa intervenire nell'esecuzione dei pasti, significherebbe violare le disposizioni che (per ragioni di carattere sanitario) limitano le attività di preparazione e somministrazione di alimenti e bevande.

4.4. Ad ogni buon conto l'acquisizione della disponibilità di un centro cottura con le modalità esposte non comporta la conclusione di un contratto di subappalto, anziché di un contratto di avvalimento, poiché, come noto, nel subappalto il terzo contraente assume l'incarico di eseguire nei confronti dell'amministrazione una parte della prestazione alla stessa dovuta dall'appaltatore, laddove, invece, nel caso in esame, è solamente l'impresa avvalente che rimane la controparte contrattuale della stazione appaltante, mentre l'ausiliaria si limita a mettere a disposizione le risorse e i mezzi di cui l'ausiliata è carente per l'esecuzione di una certa attività – la preparazione dei pasti in caso, peraltro, si verificano situazioni di emergenza – che compone la prestazione promessa alla stazione appaltante, fermo restando la responsabilità solidale nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2021, n. 8338; V, 21 febbraio 2020, n. 1330 e le sentenze ivi richiamate, in precedenza per ampie riflessioni sul tema cfr. Cons. Stato, sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2675; cfr. per caso analogo, in cui oggetto di avvalimento era proprio un centro cottura, la già citata sentenza della Sezione n. 389 del 2020).

4.5. In conclusione, la sentenza di primo grado che si è uniformata ai precedenti citati merita conferma sul punto.

5. Nel quinto motivo d'appello Bioristoro Italia s.r.l. lamenta “*Error in iudicando. Omessa pronuncia. Violazione del bando, del disciplinare e del Capitolato. Violazione degli artt. 30 e 80, del d.lgs. n. 50 del 2016. Irragionevolezza manifesta. Sproporzione. Violazione del principio di par condicio competitorum. Difetto di istruttoria e di motivazione. Omessa dichiarazione di un fatto rilevante quale grave illecito professionale*”: il giudice avrebbe disatteso l'indicazione delle Linee guida Anac n. 6 per le quali il concorrente è tenuto a dichiarare tutte le vicende che siano idonee ad incidere sulla valutazione di affidabilità, spettando esclusivamente alla stazione appaltante apprezzare la rilevanza dei fatti dichiarati, senza che il concorrente possa autonomamente valutare

l'importanza degli eventi che l'hanno coinvolta tacendo quelli a suo parere irrilevanti; avrebbe poi ingiustamente ritenuto irrilevante la risoluzione disposta dal Comune di Buccinasco per il solo fatto di essere stata consensualmente assunta, senza considerare che lo stesso Comune, in un comunicato stampa, aveva dichiarato di aver riscontrato gravissimi inadempimenti, contestati in più occasioni, e sanzionato l'operatore economico con penali di importo pari a € 160.000,00; avrebbe infine disapplicato l'orientamento giurisprudenziale per il quale l'onere dichiarativo (di episodio suscettibile di essere valutato quale “grave illecito professionale” con conseguente ritenuta inaffidabilità dell'operatore economico) gravante sul concorrente non si esaurisce con la presentazione della domanda di partecipazione, ma si estende a tutta la durata della procedura, per cui Elixor era tenuta a comunicare anche la revoca dell'aggiudicazione disposta a suo favore della Fondazione Giglio di Cefalù, sebbene intervenuta dopo la presentazione dell'offerta.

6. Il motivo è fondato; la sentenza di primo grado va riformata sul punto.

6.1. La questione posta con il motivo di appello attiene al perimetro degli obblighi dichiarativi in capo al concorrente di una procedura di gara; in particolare, occorre definire se tra i pregressi episodi professionali da riferire alla stazione appaltante in quanto suscettibili di integrare una delle cause di esclusione dalla procedura previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) e ss. d.lgs. n. 50 del 2016 rientri anche una c.d. risoluzione consensuale.

Tale era, infatti, quella intervenuta tra Elixor Ristorazione e il Comune di Buccinasco.

6.2. L'art. 80 (*Motivi di esclusione*), comma 5, lett. c) e ss. d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede che:

“Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: (...) c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;

c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa”.

Il provvedimento di risoluzione è, dunque, considerato dalla lett. *c-ter*) del quinto comma dell'art. 80 in quanto conseguente ad un inadempimento nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione.

L'Adunanza plenaria, tuttavia, nella sentenza 28 agosto 2020, n. 16, trattando degli obblighi dichiarativi al momento della partecipazione ad una procedura di gara, ha precisato che si tratta di “(...) *obbligo il cui assolvimento è necessario perché la competizione in gara possa svolgersi correttamente e il cui inadempimento giustifica invece l'esclusione*”, aggiungendo che “(...) *l'obbligo dovrebbe essere previsto a livello normativo o dell'amministrazione, attraverso le norme speciali regolatrici della gara. Nondimeno, come ricordato dalla sezione rimettente, deve darsi atto che è consolidato presso la giurisprudenza il convincimento secondo cui l'art. 80, comma 5, lett. c) ora lett. c bis), è una norma di chiusura in grado di comprendere tutti i fatti anche non predeterminabili ex ante, ma in concreto comunque incidenti in modo negativo sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico, donde il carattere esemplificativo delle ipotesi previste nelle linee guida emanate in materia dall'Anac, ai sensi del 13 comma del medesimo art. 80*”.

In questa ottica ritiene il Collegio che nel perimetro degli obblighi dichiarativi rientri anche una precedente risoluzione consensuale intervenuta con altra stazione appaltante in fase di esecuzione di una procedura di gara quante volte la stessa sia dipesa da una condotta astrattamente idonea a far dubitare dell'integrità ed affidabilità dell'operatore economico in vista dell'affidamento dell'appalto.

6.3. Occorre, infatti, rammentare che con la formula *risoluzione consensuale* è possibile riferirsi a vicende del contratto anche molto diverse tra loro; oltre al caso del mutuo dissenso (previsto dall'art. 1372 cod. civ. ed al quale meglio si attaglia la formula di risoluzione consensuale, pur essendo stato evidenziato in dottrina la differenza tra i due istituti; per le caratteristiche di tale atto, cfr. Cass. civ., sez. 3, 31 ottobre 2019, n. 27999), lo scioglimento consensuale da un contratto può essere l'effetto di una transazione in cui le parti ricorrono per comporre i loro dissidi, evitando uno strascico giudiziale della vicenda (cfr. Cass. civ., sez. 3, 20 aprile 2020, n. 7963; sez. lav., 4 novembre 2019, n. 28295).

In quest'ultimo caso, lo scioglimento dal contratto è certo frutto di un accordo – e non invece di un provvedimento unilaterale dell'amministrazione – ma potrebbe essere pur sempre dovuto ad un precedente inadempimento dell'appaltatore; tale inadempimento costituisce pregressa vicenda professionale della quale la stazione appaltante deve essere edotta poiché suscettibile di far dubitare dell'affidabilità ed integrità del concorrente.

Essa, infatti, se non può comportare esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c – *ter*) d.lgs. n. 50 del 2016 per la mancanza di un provvedimento di risoluzione per inadempimento (ovvero di una pronuncia giudiziaria di risoluzione per inadempimento), potrebbe nondimeno integrare il “*grave illecito professionale*” di cui alla lett. c) del medesimo comma 5.

Anche in tal caso – come già precisato in giurisprudenza in relazione all'obbligo dichiarativo di precedente provvedimento di esclusione da altra procedura di gara (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 settembre 2021, n. 6407) – rileva il fatto storico in sé per il quale si è giunti alla risoluzione consensuale in fase di esecuzione e non la tipologia di atto negoziale o provvedimento amministrativo che ne sia seguito (in tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. III, 22 dicembre 2020, n. 8211, in particolare par. 7.3); e ciò proprio in ragione della necessità che ogni episodio professionale critico del concorrente sia autonomamente apprezzato da ciascuna stazione appaltante.

6.4. Quanto sopra vale in particolare per la vicenda che ha visto coinvolti Elixir Ristorazione e il Comune di Buccinasco.

Questa stessa vicenda è stata oggetto di esame in altra pronuncia della Sezione, la sentenza 11 aprile 2022, n. 2639, in cui si è affermato che le parti erano pervenute consensualmente allo scioglimento del contratto “*facendosi reciproche concessioni*” e si è preso atto che il Comune di Sedriano, stazione appaltante della procedura oggetto di quel giudizio, aveva valutato la pregressa vicenda professionale con “*esito favorevole dall'aggiudicataria, avendo l'amministrazione ritenuto – alla luce dell'istruttoria all'uopo svolta, che le circostanze rappresentate dalla ricorrente non fossero tali da determinare il venir meno della fiducia nel corretto adempimento di Elixir*”.

6.5. Nella memoria depositata il 12 novembre 2011, la Guardia di Finanza ha dichiarato di aver provveduto, in seguito all'ordinanza di questa Sezione del 18 giugno 2021, n. 3302, ad una valutazione in termini di affidabilità ed integrità di Elixir Ristorazione s.p.a. per poi, conclusa la stessa, addivenire alla conclusione del contratto.

Di quanto allegato, tuttavia, non v'è prova in atti; alla predetta memoria, infatti, risulta allegato il verbale di avvio dell'esecuzione del contratto – in cui nulla è detto circa i profili di affidabilità del concorrente – e la copia della memoria difensiva depositata in primo grado da Elixir Ristorazione s.p.a..

In presenza di espressa contestazione opposta da Bioristoro Italia s.r.l. nella sua memoria difensiva la circostanza non può dirsi provata; la documentazione versata in atti non consente di ritenere valutato il pregresso episodio professionale dalla Guardia di Finanza – Scuola ispettori e sovrintendenti de L'Aquila, prima della stipulazione del contratto; essa, pertanto, nell'esercizio della propria autonomia dovrà pronunciarsi e dichiarare se le ragioni che hanno portato il Comune

di Buccinasco e Elios Ristorazione a chiudere anticipatamente il rapporto contrattuale siano tali da far venir meno la sua fiducia nell'aggiudicataria.

6.6. In detta sede, la Guardia di Finanza potrà richiedere chiarimenti ed acquisire ulteriore documentazione relativa anche all'altro episodio citato dall'appellante, il provvedimento di revoca dell'aggiudicazione subito da Elios Ristorazione da parte della Fondazione Giglio di Cefalù.

Anche relativamente a detta censura la sentenza di primo grado è incorsa in errore; come rammentato dall'appellante, infatti, la giurisprudenza amministrativa ha da tempo affermato che, in coerenza con l'obbligo di mantenere il possesso dei requisiti di partecipazione per tutta la durata della gara e successivamente alla sua conclusione anche in fase di esecuzione del contratto, sussiste in capo ai concorrenti di una procedura di gara l'onere di comunicare alla stazione appaltante, in corso di gara, tutte le vicende, anche sopravvenute alla presentazione dell'offerta, attinenti lo svolgimento della propria attività professionale al fine di consentire un (rinnovato, rispetto a quello che si può presumere già svolto in fase di ammissione) giudizio di valutazione dell'eventuale incidenza di tali precedenti sulla reale affidabilità, morale e professionale, del concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 novembre 2021, n. 7887; V, 23 dicembre 2020, n. 8299; sez. V, 16 dicembre 2019, n. 8514, e le pronunce ivi richiamate).

6.7. L'accoglimento del motivo di appello comporta l'assorbimento dei motivi proposti avverso la decisione di primo grado in punto di legittimità della procedura di gara.

7. Accolto l'appello di Bioristoro Italia s.r.l. nei sensi in precedenza esposti, vanno esaminati i motivi del ricorso incidentale di Elios Ristorazione s.p.a., non esaminati in primo grado e riproposti in appello ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm..

8. Con il primo motivo è contestata l'ammissione di Bioristoro Italia s.r.l. alla procedura per *“contrasto con l'art. 6.3. (requisiti di capacità tecniche) del disciplinare di gara – violazione dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016”*; la stazione appaltante avrebbe dovuto escluderla per carenza del requisito di capacità tecnica costituito dalla disponibilità di un centro cottura esterno (previsto dall'art. 6.3. del disciplinare) in quanto l'immobile in cui la concorrente aveva dichiarato essere collocato il centro cottura non era nella sua disponibilità, essendo i locali in uso ad un ristorante.

A comprova di quanto sostenuto è allegata una fotografia dell'esterno del ristorante, con insegna contenente la denominazione, che, posta a confronto con la foto depositata da Bioristoro per dimostrare l'esatta collocazione del centro cottura, consentirebbe di accertare che si tratta dello stesso immobile.

8.1. Il motivo è infondato.

La censura non è sorretta da sufficiente supporto probatorio che valga a dire dimostrato quanto si afferma; vi sono, invece, in atti riscontri probatori che portano a dire validamente acquisita la disponibilità del centro cottura.

Come in precedenza riportato, la ricorrente deposita una fotografia – che essa stessa dichiara risalente al 2018 (mediante riferimento all’articolo di stampa da cui è tratta) – da cui, per confronto con altra foto depositata dalla ricorrente principale, dovrebbe ricavarsi che l’immobile presente sullo sfondo sia adibito a ristorante di cucina sudamericana e non a centro cottura.

Anche a voler ammettere che nelle due foto sia ritratto lo stesso edificio, la stessa è risalente a periodo (il 2018) antecedente all’avvio della procedura di gara, per cui non fornisce in alcun modo dimostrazione che l’immobile, nella sua interezza, sia attualmente in uso al ristorante.

La documentazione versata da Bioristoro, invero, consente di ricostruire la vicenda.

E’ in atti il contratto di locazione, datato 25 gennaio 2016, di porzione dell’immobile sito in L’Aquila, s.s. 17, zona industriale di Sassa, con il quale la ricorrente ha dato prova di aver acquisito la disponibilità del centro cottura dichiarato nella domanda di partecipazione.

Nella mappa allegata è evidenziata la porzione dell’immobile che viene concessa in locazione.

È altresì depositato il contratto di comodato d’uso gratuito, datato 30 giugno 2021, con il quale viene concessa in uso alla Bioristoro l’intero immobile (si precisa, infatti, nelle premesse del contratto che con un precedente contratto di locazione era stata concessa *“una porzione di detta unità immobiliare per esercitarvi l’attività di centro cottura”* e che la Bioristoro Italia aveva ora *“manifestato interesse ad utilizzare anche la restante porzione della citata unità immobiliare”*).

Il rappresentante legale della DG Consulting s.r.l., proprietaria dell’immobile oggetto di comodato, sig. Gianfranco Di Giacomantonio, è la stessa persona presente nella foto che ritrae l’esterno del ristorante con l’insegna.

Le predette circostanze dimostrano che, in un primo momento, con il contratto di locazione, la Bioristoro ha ottenuto la disponibilità di una porzione dell’immobile per allocarvi il centro cottura (come, in effetti, avvenuto essendo la società precedente gestore del servizio che utilizzava proprio quel centro cottura) – l’altra, probabilmente, utilizzata dallo stesso proprietario per l’attività di ristorazione – e successivamente, mediante il contratto di comodato l’intero immobile.

Va aggiunto che è presente in atti anche la comunicazione della s.c.i.a. inviata al Comune de L’Aquila per il centro cottura.

9. Il secondo e il terzo motivo possono essere congiuntamente esaminati poiché è posta la medesima questione: la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere Bioristoro Italia s.r.l. per anomalia dell’offerta; la sua ammissione sarebbe illegittima per *“violazione e/o falsa applicazione degli artt.*

95, comma 10, 97, comma 5, lett. d) e 23, comma 16 del d.lgs. 50/2016 – eccesso di potere per difetto di istruttoria”.

Rammenta la ricorrente che la stazione appaltante, con nota del 1° ottobre 2020, aveva richiesto chiarimenti alla Bioristoro in relazione ai costi della manodopera, precisamente “*il dettaglio degli stessi avuto riguardo – oltre che ai trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge – all’elenco del personale di cui all’allegato 10 del disciplinare di gara, integrato con i relativi scatti di anzianità...*”.

La ricorrente, però, premesso che Bioristoro aveva indicato il costo complessivo del personale (pari ad € 1.300.000,00/annui e corrispondenti ad € 3.250.000,00 per il periodo del contratto) senza specificare il costo orario applicato né le modalità con le quali era giunto a calcolarlo, elabora una diversa quantificazione del costo della manodopera; partendo dal costo orario stabilito dalla tabella ministeriale di riferimento per ciascuna qualifica professionale (dei “*dipendenti da aziende dei settori pubblici esercizi, ristorazione collettiva e commerciale e turismo*”) e tenendo conto delle c.d. ore teoriche (ammontanti, sempre in ragione di quanto previsto in tabella, a 2.088 ore) giunge a definire un costo complessivo per le unità di personale indicate dalla Bioristoro in relazione alle mansioni svolte, al livello contrattuale e alle ore settimanali da contratto.

Al termine di tale operazione il costo della manodopera effettivo di Bioristoro sarebbe superiore di € 877.388,32 rispetto a quello stimato, con conseguente anomalia dell’offerta in quanto evidentemente in perdita.

L’esclusione, inoltre, sarebbe dovuta anche ai sensi dell’art. 97, comma 5, d.lgs. n. 50 del 2016, poiché la differenza così marcata tra costo della manodopera dichiarato nei giustificativi e costo ricalcolato applicando i dati ricavabili dalle tabelle ministeriali, porta a dire che Bioristoro abbia applicato un costo orario inferiore ai minimi tabellari (terzo motivo del ricorso incidentale).

9.1. I motivi sono infondati.

La prospettazione della ricorrente incidentale non è condivisibile per due ragioni.

In primo luogo in quanto assume che il costo orario per dipendente previsto dalle tabelle ministeriali sia il costo al quale l’impresa è tenuta a retribuire il dipendente; la giurisprudenza amministrativa ha, invece, chiarito che “*i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali sono un semplice parametro di valutazione della congruità dell’offerta, perciò l’eventuale scostamento delle voci di costo da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali non legittima un giudizio di anomalia o di incongruità*” (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 2022, n. 2639; V, 21 giugno 2021, n. 4753; V, 7 maggio 2018, n. 4989; IV, 29 febbraio 2016, n. 854).

È, dunque, inappropriata la ricostruzione del costo della manodopera per un dato servizio effettuata solo in base al costo orario per qualifica del dipendente come riportato nelle tabelle ministeriali, senza cioè considerare la situazione specifica della singola impresa; profilo quest'ultimo, peraltro, che spetta alla sola stazione appaltante approfondire proprio in fase di verifica di anomalia e che può essere contestato nei limiti in cui è sindacabile la discrezionalità dell'amministrazione, vale a dire per irragionevolezza, illogicità e travisamento dei fatti.

È da aggiungere, in secondo luogo, che al fine di quantificare il costo orario della manodopera va accertato il dato costituito dalle ore *effettivamente lavorate* per l'esecuzione della stessa, da intendersi come ore necessarie ad eseguire la prestazione offerta (e, dunque, indipendentemente da quelle calcolate dalla stazione appaltante, che, salvo espressa previsione, non sono vincolanti per l'operatore; cfr. Cons. Stato, sez. VII, 3 febbraio 2022, n. 764; V, 9 febbraio 2022, n. 939; V, 27 dicembre 2018, n. 7248); a tal fine rileva in particolare quando dichiarato dall'impresa sulla base, di vari fattori, quali l'organizzazione del lavoro, il numero di risorse impiegate, lo stesso dato costituito dallo "*storico aziendale*".

In definitiva, la diversa quantificazione del costo della manodopera di Bioristoro Italia s.r.l. è da respingere già in prospettazione in quanto non tiene conto del costo orario del dipendente quale applicato dall'impresa e, in secondo luogo, del monte ore effettivo per eseguire la commessa dalla stessa indicato.

9.2. Da quanto sopra ne segue anche la reiezione dell'ultimo motivo: la violazione dei limiti tabellari era assunta in ragione del diverso costo della manodopera quantificato; detta inattendibile per le ragioni esposte la quantificazione, ne consegue anche l'infondatezza di tale censura.

9.3. Ad ogni buon conto, va precisato che, se è vero che le modalità con le quali Elior Ristorazione ha ricalcolato il costo della manodopera di Bioristoro non sono attendibili e che altri sono i parametri da considerare, la Guardia di Finanza – che nella memoria depositata ha dichiarato di aver effettuato la verifica di anomalia solo nei riguardi della prima graduata – se pervenga alla decisione di escludere Elior Ristorazione in rinnovato esercizio del potere conseguente alla presente sentenza, dovrà concludere la verifica di congruità anche dell'offerta della Bioristoro Italia s.r.l..

10. Nel proprio atto di appello Bioristoro Italia s.r.l. ha concluso domandando l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e il subentro nel contratto.

Dalla documentazione versata in atti dalla Guardia di Finanza risulta che il contratto di appalto è stato stipulato il 12 febbraio 2021 (se ne dà atto nel "*verbale di avvio dell'esecuzione del contratto*"); la sua durata è di 30 mesi rinnovabili per altri 12 mesi.

Considerato che la domanda di subentro presuppone la domanda di inefficacia del contratto d'appalto stipulato, sulla quale, pertanto, occorre pronunciarsi alla luce criteri fissati dall'art. 122 cod. proc. amm. (*“Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta”*), il Collegio dichiara l'inefficacia del contratto di appalto concluso dalla Guardia di Finanza con Elixir Ristorazione s.p.a. a far data dalla pubblicazione della sentenza.

Il contratto, infatti, è stato eseguito solo per un limitato periodo; Bioristoro Italia s.r.l. potrebbe conseguire l'aggiudicazione qualora la stazione appaltante nella sua autonomia di valutazione ritenesse Elixir Ristorazione s.p.a. operatore non affidabile per l'esecuzione integrale dell'appalto; nella comparazione degli interessi è meritevole di considerazione l'interesse dell'appellante a conseguire l'affidamento della commessa.

11. In conclusione, l'appello di Bioristoro Italia s.r.l. va in parte accolto e la sentenza di primo grado in parte riformata con l'accoglimento del ricorso di primo grado di Bioristoro Italia s.r.l. nei sensi di cui in motivazione e la reiezione del ricorso incidentale di Elixir Ristorazione s.p.a..

12. La reciproca soccombenza all'esito del doppio grado del giudizio giustifica la compensazione delle spese del doppio grado del giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo n. 176/2021, accoglie il ricorso di primo grado di Bioristoro Italia s.r.l. nei sensi di cui in motivazione e respinge il ricorso incidentale di Elixir Ristorazione s.p.a.;

dichiara inefficace a far data dalla pubblicazione della sentenza il contratto di appalto stipulato tra Elixir Ristorazione s.p.a. e Guardia di Finanza.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2022 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere

IL SEGRETARIO