

Publicato il 16/12/2022

N. 11029/2022REG.PROV.COLL.  
N. 07240/2022 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 7240 del 2022, proposto da Serenissima Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Claudio De Portu, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberto Colagrande e Marco Pisoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Roberto Colagrande in Roma, viale Liegi 35b;

*nei confronti*

Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuzza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Filippo Martinez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

*per la riforma*

della sentenza del T.R.G.A. - DELLA PROVINCIA DI TRENTO n. 00151/2022, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia Autonoma di Trento e di Dussmann Service S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale proposto dalla Societa' Cooperativa Italiana di Ristorazione – Cirfood S.C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 novembre 2022 il Cons. Francesco Mele e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con sentenza n. 151/2022 dell'8-8-2022 il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento in parte rigettava ed in parte dichiarava improcedibile il ricorso proposto dalla società Serenissima Ristorazione s.p.a. contro l'Azienda provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia autonoma di Trento e nei confronti di Cirfood s.c. e di Dussmann Service s.r.l., inteso ad ottenere l'annullamento della determinazione dirigenziale della predetta Azienda provinciale n. 6679 in data 11 gennaio 2022 con la quale è stata approvata la graduatoria relativa al lotto n. 1 della *“procedura aperta per l'appalto del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale presso l'ospedale di Trento, il Centro sanitario di Mezzolombardo e servizi ausiliari per la ristorazione presso le diversi sedi dell'azienda provinciale per i servizi sanitari di Trento - suddiviso in n. 4 lotti”*, nella parte in cui sono state collocate al primo posto della graduatoria stessa la Cirfood S.c. e al secondo posto la Dussmann Service S.r.l., con conseguente aggiudicazione dell'appalto alla Cirfood S.c., nonché del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato di gara, dei verbali di gara e di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente; nonché per la declaratoria di inefficacia, ai sensi degli articoli 121 e 122 cod. proc. amm., del contratto

d'appalto nel frattempo eventualmente stipulato, per l'accertamento del diritto della ricorrente ad aggiudicarsi la gara e a subentrare nel contratto eventualmente medio tempore stipulato, e per il risarcimento di tutti i danni subiti dalla ricorrente in forma specifica, mediante l'aggiudicazione dell'appalto, o per equivalente.

Dichiarava, altresì, improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale proposto da Cirfood s.c., volto all'annullamento del verbale prot. n. 001/2022 in data 11 gennaio 2022 e della suddetta determinazione dirigenziale n. 6679/2022, nella parte in cui la società Serenissima Ristorazione non è stata esclusa dalla gara, nonché della delibera dell'APSS n. 422 del 17 settembre 2020, con cui è stata indetta la gara, e di ogni atto connesso, presupposto, conseguente del bando di gara, ivi compresi: il disciplinare di gara; il capitolato speciale; tutti i verbali di gara riferiti alla fase dell'ammissione alla procedura, rispettivamente rep. n. 2/2021 15 gennaio 2021 e n. 7/2021 del 5 febbraio 2021, delle due sedute pubbliche di apertura delle buste telematiche contenenti la documentazione di ammissione alla gara e la documentazione costituente l'offerta tecnica nella parte in cui il Presidente di gara ha dato atto che, nel termine stabilito e con i modi prescritti, tutte le concorrenti abbiano prodotto regolare domanda di partecipazione, offerta tecnica ed economica, ammettendole alla successiva fase di gara, senza escludere Serenissima Ristorazione; la determinazione dirigenziale n. 379/ 2021 in data 18 marzo 2021, con cui è stata nominata la Commissione Tecnica; il verbale rep. 5992 del 24.03.2021 attestante la consegna delle offerte tecniche alla Commissione Tecnica; i verbali di seduta della Commissione Tecnica: n. 1 rep. 6782/2021 del 31 marzo 2021; n. 2 rep. 6787/2021 del 7 aprile 2021; n. 3 rep. 7311/2021 del 14 aprile 2021; n. 4 rep. 7788/2021 del 21 aprile 2021; n. 5 rep. 8320/2021 del 28 aprile 2021; n. 6 rep. 8771/2021 del 5 maggio 2021; n. 7 rep. 9284/2021 del 12 maggio 2021; n. 8 rep. 10155/2021 del 19 maggio 2021; n. 9 rep. 10156/2021 del 26 maggio 2021; n. 10 rep. 11132/2021 del 9 giugno 2021; n. 11 rep. 11694/2021 del 16

giugno 2021; n. 12 rep. 12572/2021 del 30 giugno 2021; n. 13 rep. 13781/2021 del 21 luglio 2021; n. 14 rep. 14551/2021 del 4 agosto 2021; n. 15 rep. 14967/2021 dell'11 agosto 2021; n. 16 rep. 16684/2021 dell'8 settembre 2021; n. 17 rep. 17073/2021 del 15 settembre 2021; n. 18 rep. 17484/2021 del 22 settembre 2021 e n. 19 rep. 17934 del 29 settembre.2021; il verbale rep. 95/2021 di seduta pubblica del 14 ottobre 21 con cui si è dato atto delle risultanze della valutazione tecnica con assegnazione, lotto per lotto, dei punteggi assegnati ai sub-criteri e ai criteri nonché del totale complessivo e del totale riparametrato per ciascuna impresa concorrente, nella parte in cui ha ammesso la ricorrente principale alla successiva fase di apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

La prefata sentenza esponeva in fatto quanto segue.

*“1. L'Azienda provinciale per i Servizi Sanitari (di seguito APSS) della Provincia autonoma di Trento con bando pubblicato il 30 novembre 2020 ha indetto una “procedura aperta per l'appalto del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale presso l'ospedale di Trento, il centro Sanitario di Mezzolombardo e servizi ausiliari”, per la durata di 6 anni, con facoltà di rinnovo per un ulteriore triennio, suddivisa in quattro lotti. All'esito della valutazione delle offerte relative al lotto n. 1 e dell'attribuzione dei relativi punteggi la società Cirfood (di seguito Cirfood) è risultata prima in graduatoria, con un punteggio complessivo di 97,934 punti, la società Dussmann Service (di seguito Dussmann) si è classificata al secondo posto, con un punteggio complessivo di 94,550 punti, e la società Serenissima Ristorazione (di seguito Serenissima) si è classificata al terzo posto, con un punteggio complessivo di 94,371 punti.*

*In data 11 gennaio 2022 la stazione appaltante ha comunicato l'avvenuta aggiudicazione del lotto n. 1 a Cirfood e, quindi, il giorno successivo Serenissima ha chiesto di poter accedere ai seguenti atti: «1. Tutto il contenuto della busta A “Documentazione Amministrativa” presentata da Cirfood s.c. e da Dussmann Service s.r.l. 2. Tutto il contenuto della busta B “Offerta Tecnica” presentata da Cirfood s.c. e Dussmann Service S.r.l. 3. Tutto il contenuto della busta C “Offerta Economica” presentata da Cirfood s.c. e Dussmann Service S.r.l. 4. Tutta la documentazione relativa alla procedura di verifica*

*dell'anomalia dell'offerta, compresa la relazione giustificativa (con eventuali allegati), presentata da Cirfood s.c. e da Dussmann Service S.r.l.».*

*L'APSS con note del 17 gennaio 2022 ha trasmesso solo parte della documentazione oggetto dell'istanza di accesso: in particolare non sono state esibite le offerte tecniche di Cirfood e di Dussman, né la documentazione relativa al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di Cirfood. Pertanto Serenissima per ottenere tutta la documentazione richiesta ha adito questo Tribunale, che con la sentenza n. 87/2022 ha accolto il ricorso, e quindi l'APSS in data 3 maggio 2022 ha trasmesso tutta la documentazione oggetto dell'istanza di accesso.*

*2. Serenissima con il ricorso principale - premesso che dalla documentazione acquisita in sede di accesso agli atti emerge l'illegittimità sia dell'aggiudicazione del lotto n. 1 disposta in favore di Cirfood, sia del posizionamento di Dussmann al secondo posto della graduatoria - chiede l'annullamento degli atti impugnati deducendo le seguenti censure.*

*I) Violazione degli articoli 56, 59, 80, 83, 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, nonché degli articoli 8 e 30 del capitolato speciale d'appalto, in ragione della predisposizione, da parte della controinteressata Cirfood, di un'offerta non coerente con quanto richiesto dalla lex specialis con riferimento al sistema di produzione pasti, previsto nell'offerta all'interno dell'ospedale Santa Chiara, anziché in un apposito centro di cottura esterno.[...].*

*II) Violazione degli articoli 56, 59, 80, 83, 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, nonché degli articoli 8 e 30 del capitolato speciale d'appalto, in ragione della predisposizione, da parte della controinteressata Cirfood, di un'offerta non coerente con quanto richiesto dalla lex specialis, con riferimento al sistema di gestione delle emergenze previsto nell'offerta all'interno dell'ospedale S. Chiara, anziché in un apposito centro di cottura esterno.[...].*

*III) Violazione degli articoli 56, 59, 80, 83, 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, nonché degli articoli 23 e 33 del capitolato speciale d'appalto, in ragione della predisposizione, da parte della controinteressata Cirfood, di un servizio che non garantisce la separazione dei percorsi sporchi da quelli puliti, nonché della contraddittorietà dell'offerta della controinteressata e contrarietà della stessa alle logiche di igiene previste dalla disciplina di gara. Palese impossibilità di eseguire il servizio come offerto. [...].*

IV) *Violazione degli articoli 56, 59, 80, 83, 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 14 del capitolato speciale d'appalto, in ragione della predisposizione, da parte della controinteressata Cirfood, di un'offerta che non prevede l'utilizzo di latte fresco. [...].*

V) *Violazione degli articoli 56, 59, 80, 83, 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 97 Cost. e dell'art. 24 del capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta, insufficienza del personale offerto per eseguire il servizio, in ragione della mancanza di addetti nell'offerta della controinteressata Cirfood, nonché della conseguente sottostima del costo della manodopera. [...].*

VI) *Violazione degli articoli 94 e 95 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta, motivazione insufficiente, illogica e contraddittoria, disparità di trattamento, violazione dei principi di libera concorrenza e par condicio, palese incongruità nella valutazione delle offerte relativamente al punteggio attribuito alla controinteressata Cirfood. [...].*

VII) *Violazione degli articoli 56, 59, 80, 83, 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, nonché degli articoli 8 e 30 del capitolato speciale d'appalto, in ragione della predisposizione, da parte della controinteressata Dussmann, di un'offerta non coerente con quanto richiesto dalla lex specialis con riferimento al sistema di produzione pasti, previsto nell'offerta all'interno dell'ospedale S. Chiara, anziché in un apposito centro cottura esterno. [...].*

VIII) *Violazione degli articoli 56, 59, 80, 83, 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, nonché degli articoli 8 e 30 del capitolato speciale d'appalto, in ragione in ragione della predisposizione, da parte della controinteressata Dussmann, di un'offerta non coerente con quanto richiesto dalla lex specialis, con riferimento al sistema di gestione delle emergenze previsto nell'offerta presso il centro di cottura esterno che dovrebbe essere il centro di cottura principale. [...].*

IX) *Violazione degli articoli 56, 59, 80, 83, 94, 95 e 97 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 97 Cost. e dell'art. 24 del capitolato speciale d'appalto; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta, in ragione dell'insufficienza del personale offerto, da parte della controinteressata Dussmann Service, per eseguire il servizio, nonché della mancanza di addetti e della conseguente sottostima del costo della manodopera. [...].*

X) *Violazione degli articoli 94 e 95 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta, motivazione insufficiente, illogica e contraddittoria, disparità di trattamento, violazione dei principi di libera concorrenza e par condicio, palese incongruità nella valutazione delle offerte relativamente al punteggio attribuito alla controinteressata Dussmann Service. [...].*

4. *La controinteressata Cirfood, costituitasi in giudizio per resistere al ricorso principale, in data 14 giugno 2022 ha depositato un ricorso incidentale con cui ha contestato la mancata esclusione di Serenissima dalla gara, affidandosi ai seguenti motivi.*

I) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11 del capitolato speciale d'appalto, concernente la procedura di confezionamento, veicolazione e distribuzione dei pasti ai degenti; inammissibilità delle offerte parziali e irregolari di cui all'art. 59, comma 3, lett. a) del decreto legislativo n. 50/2016, per non aver rispettato i documenti di gara; illegittimità della mancata esclusione dalla gara di Serenissima in quanto l'allegato progettuale A.1.i non è conforme all'art. 11 del capitolato sotto il profilo dei tempi di consegna dei pasti; indeterminatezza e contraddittorietà dell'offerta di Serenissima; carenza essenziale dell'offerta di Serenissima per quanto concerne la consegna della cena ai degenti ricoverati presso la struttura Mezzolombardo. [...].*

II) *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 24, comma 6, del capitolato speciale d'appalto concernente il personale impiegato nel servizio; inammissibilità delle offerte parziali e irregolari di cui all'art. 59, comma 3, lett. a) del decreto legislativo n. 50/2016, per non aver rispettato i documenti di gara; illegittimità della mancata esclusione dalla gara di Serenissima in quanto l'allegato progettuale B.1 sui timing operativi del personale non è conforme all'art. 24, comma 6, del capitolato tecnico sotto il profilo della carenza di personale; indeterminatezza e contraddittorietà dell'offerta di Serenissima.[...].”.*

Avverso la sentenza del Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento Serenissima Ristorazione s.p.a. ha proposto appello, deducendone l'erroneità e chiedendone l'integrale riforma, con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento degli atti impugnati; in uno alla declaratoria di inefficacia, ex artt. 121 e 122 del D.Lgs. 104/2010, del contratto eventualmente nelle more stipulato ed all'accertamento del diritto ad

essere aggiudicataria della procedura e a subentrare nel contratto eventualmente medio tempore stipulato.

Essa ha articolato i seguenti motivi.

A. In ordine alla posizione del primo graduato Cirfood:

I. In via generale: sull'errato declassamento delle censure proposte a meri requisiti di esecuzione.

1) Sul primo motivo di ricorso. Violazione dell'art. 8 del Capitolato Speciale d'Appalto- predisposizione di un'offerta non coerente con quanto richiesto dalla lex specialis- sistema di produzione pasti previsto all'interno dell'Ospedale Santa Chiara anziché in apposito centro cottura esterno.

2) Sul secondo motivo di ricorso. Violazione dell'art. 8 del capitolato Speciale d'Appalto – predisposizione di un'offerta non coerente con quanto richiesto dalla lex specialis- sistema di gestione delle emergenze previsto all'interno dell'Ospedale Santa Chiara anziché in apposito centro di cottura esterno.

3) Sul terzo motivo di ricorso. Violazione dell'articolo 23 del capitolato di gara- predisposizione di un servizio che non garantisce la separazione dei *“percorsi sporchi da quelli puliti”* indicata come necessaria dalla stessa Cirfood s.c. nella propria offerta- contraddittorietà dell'offerta e contrarietà alle logiche di igiene previste dalla disciplina di gara- palese impossibilità di eseguire il servizio come offerto.

4) Sul quarto motivo di ricorso. Violazione e/o falsa applicazione del capitolato di gara- mancata offerta di latte fresco.

5) Sul quinto motivo di ricorso. Violazione dell'articolo 24 del capitolato di gara- eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta- insufficienza del personale offerto per eseguire il servizio- mancanza di addetti e conseguente sottostima del costo della manodopera.

6) Sul sesto motivo di ricorso. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta, motivazione insufficiente, illogica e contraddittoria, disparità di trattamento, violazione dei principi di libera

concorrenza e par condicio- palese incongruità nella valutazione delle offerte relativamente al punteggio attribuito a Cirfood.

Si sono costituiti in giudizio l'Azienda provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia autonoma di Trento, Cirfood s.c. e Dussmann Service s.r.l., deducendo, con articolate memorie difensive, l'inammissibilità e l'infondatezza dell'appello proposto e chiedendone il rigetto.

Cirfood s.c. ha, altresì, proposto appello incidentale, affidato ai seguenti motivi: 1) Error in fatto ed in diritto del Capo n. 2 della decisione di primo grado, nella parte in cui ha statuito l'improcedibilità del ricorso incidentale in ragione della (pretesa) sussistenza di un interesse strumentale della società Serenissima Ristorazione alla riedizione della gara, tale da giustificare l'esame prioritario del ricorso principale- carenza ed illogicità della motivazione – violazione e/o falsa applicazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato- violazione del divieto di ultrapetizione; 2) Error in fatto e in diritto del Capo n. 13 della sentenza di primo grado, nella parte in cui ha affermato che le funzioni di capo servizio presso le strutture di Mezzolombardo, Villa Igea e Protonterapia non possono essere affidate alle figure contraddistinte dai nn. 3, 6 e 58 dell'organico risultante dalle seconde giustificazioni di Cirfood in quanto esse sono impiegate presso l'Ospedale Santa Chiara di Trento- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 83, 9° comma, del d.lgs. n. 50/2016; 3) Error in fatto e in diritto del Capo n. 29 della sentenza, con il quale il TRGA di Trento ha ritenuto fondata la censura formulata in ordine al sub-criterio di valutazione A.2).

Essa ha, inoltre, riproposto i motivi del ricorso incidentale di primo grado dichiarati assorbiti dalla sentenza e comunque assorbiti nel giudizio di primo grado.

Serenissima Ristorazione ha rinunciato alla domanda cautelare proposta.

In vista della trattazione del merito, le parti hanno depositato memorie difensive e di replica.

La causa è stata discussa e trattenuta per la decisione all'udienza pubblica del 24-11-2022.

## DIRITTO

La Sezione ritiene di dover preliminarmente richiamare i principi affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato in tema di distinzione tra requisiti di partecipazione alla gara e requisiti di esecuzione dell'appalto.

Tale distinzione è, infatti, rilevante ai fini della definizione del contenzioso in esame ed, inoltre, sul punto l'appellante Serenissima Ristorazione muove apposita censura alla sentenza di primo grado, deducendo, in via generale, l'“*errato declassamento delle censure proposte a meri requisiti di esecuzione*”, in quanto il Tribunale avrebbe ritenuto le indubbie carenze dell'offerta Cirfood quali meri requisiti di esecuzione, tali da non poter determinare l'esclusione del concorrente né ulteriori conseguenze ascrivibili alla fase partecipativa.

E' stato in proposito affermato (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, 7-3-2022, n. 1617) che i requisiti di esecuzione costituiscono “*elementi caratterizzanti la fase esecutiva del servizio*” (Cons. Stato, V, 18-12-2017, n. 5929; V, 17-7-2018, n. 4390; V, 24-5-2017, n. 2433; V, 8-3-2017, n. 1094), ossia i “*mezzi (strumenti, beni e attrezzature) necessari all'esecuzione della prestazione promessa alla stazione appaltante*” (Cons. Stato, V, 18-12-2020, n. 8159), in tal modo distinguendoli dai requisiti di partecipazione, che sono invece necessari per accedere alla procedura di gara, in quanto requisiti generali di moralità (ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016) e requisiti speciali attinenti ai criteri di selezione (ex art. 83 del d.lgs. n. 50/2016).

Mentre il possesso dei requisiti di partecipazione è richiesto al concorrente fin dal momento di presentazione dell'offerta, i requisiti di esecuzione sono, di regola, condizioni per la stipulazione del contratto di appalto (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, 30-9-2020, n. 5740; 12-2-2020, n. 1071), ma ben possono essere essi considerati nella *lex specialis* come elementi dell'offerta, a volte essenziali (cfr. Cons. Stato, V, 3-4-2019, n. 2190), più spesso idonei all'attribuzione di un punteggio premiale (Cons. Stato, V, 25-3-2020, n. 2090).

La giurisprudenza ha, poi, chiarito che la concreta regolamentazione dei requisiti di esecuzione deve essere rinvenuta nella *lex specialis*.

Pertanto, ove richiesti quali elementi essenziali dell'offerta o per l'attribuzione di un punteggio premiale, la loro mancanza al momento di partecipazione alla gara comporta, rispettivamente, l'esclusione dalla stessa o la mancata assegnazione del punteggio premiale; se, invece, richiesti come condizione per la stipulazione del contratto, il loro difetto rileva al momento dell'aggiudicazione o al momento fissato dalla legge di gara per la relativa verifica e comporta la decadenza dall'aggiudicazione, per l'impossibilità di stipulare il contratto addebitabile all'aggiudicatario.

Quanto ai contenuti della *lex specialis* di gara, è stata, poi, ritenuta (cfr. Cons. Stato, V, 7-3-2022, n. 1617) l'applicabilità del principio giurisprudenziale – posto a salvaguardia dell'attendibilità delle offerte e della serietà della competizione, nonché dell'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa – secondo il quale, in caso di incertezza interpretativa, va preferita un'interpretazione delle clausole del bando nel senso che i mezzi e le dotazioni funzionali all'esecuzione del contratto devono essere individuati già al momento della presentazione dell'offerta, con un impegno del concorrente ad acquisirne la disponibilità a carattere vincolante (cfr. Cons. Stato, V, 25-3-2020, n. 2090; V, 23-8-2019, n. 5806) ovvero compiutamente modulato dalla stazione appaltante quanto alla serietà e modalità della sua assunzione o alle condizioni e ai termini di adempimento dell'obbligazione futura (cfr. Cons. Stato, V, n. 8159/2020 e n. 2090/2020).

La Sezione ritiene, peraltro, che la suddetta regola ermeneutica debba essere temperata con l'altra, pure rilevante ai fini della tutela dei partecipanti, del loro affidamento e della *par condicio*, secondo cui le clausole della *lex specialis* devono essere chiare e di univoco significato, dovendosi, in presenza di una obiettiva incertezza nella loro interpretazione, preferirsi una lettura che consenta la più ampia partecipazione dei concorrenti, in ossequio ai principi del *favor participationis* e del perseguimento dell'interesse pubblico al più ampio

confronto concorrenziale (cfr. Cons. Stato, III, 9-12-2020, n. 7747; III, 4-9-2020, n. 5358).

Le disposizioni degli atti regolatori della procedura in esame devono, pertanto, essere correttamente interpretate, con precipuo riferimento alla distinzione tra requisiti di partecipazione (la cui mancanza al momento dell'offerta determina l'espulsione dalla gara) ed i requisiti di mera esecuzione (che tale portata escludente non hanno), alla luce dei suddetti principi.

Ciò posto, vanno in generale in primo luogo richiamate le previsioni contenute nel paragrafo 16 del disciplinare di gara e nell'articolo 1, comma 5, del Capitolato speciale di gara- Parte tecnica.

Il suddetto paragrafo 16 dispone che *“L'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nel Progetto di contratto così come identificato nel paragrafo 2.1 del presente disciplinare, pena l'esclusione dalla procedura di gara, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art.68 del Codice”*, richiamando in tal modo il Capitolato speciale- parte tecnica, il quale costituisce parte integrante del Progetto di contratto.

L'articolo 1, comma 5, di detto Capitolato speciale prevede, poi, che *“le disposizioni contenute nel presente capitolato sono considerate requisiti minimi inderogabili, pena esclusione. Si precisa inoltre che in fase di esecuzione, qualora l'offerta tecnica abbia un contenuto migliorativo, l'obbligazione contrattuale farà riferimento a quest'ultimo”*.

Orbene, il Collegio ritiene che tale previsione, di contenuto generale e riferita ad ogni prescrizione del capitolato, debba essere interpretata *secundum legem* e, in particolare, alla luce della norma contenuta nel comma 8 dell'articolo 83 del Codice, secondo cui *“ Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite”*; disponendosi, altresì, che *“I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste nel*

*presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.*

In presenza, dunque, di una clausola generale di esclusione, come quella di cui al richiamato articolo 1, comma 5, del Capitolato, non ogni violazione di qualsiasi prescrizione dello stesso conduce alla esclusione dalla procedura, ma solo il mancato rispetto di quelle che, nella lettura complessiva della *lex specialis*, vengano, in ragione della loro essenzialità per il servizio richiesto dalla stazione appaltante, a configurare veri e propri elementi essenziali dell’offerta e, di conseguenza, requisiti minimi di partecipazione, la cui mancanza determina esclusione dalla gara.

Deve in buona sostanza essere evidenziato che la genericità della clausola di esclusione in esso contenuta, non riferita espressamente a specifici requisiti dell’offerta tecnica ma, in modo omnicomprensivo, ricondotta alle “*disposizioni del presente capitolato*”, non consente di qualificare quale “*requisito minimo inderogabile*” (con conseguente sanzione espulsiva per il caso di violazione) ogni sua disposizione per evidente violazione del principio di proporzionalità, risultando invece necessariamente richiesta, ai fini della sua applicazione, una concreta indagine sulla effettiva natura della singola prescrizione del capitolato medesimo, onde verificare se questa contempra un requisito minimo essenziale ovvero una mera prescrizione esecutiva dell’instaurando rapporto di appalto.

Fatte queste necessarie premesse, può procedersi all’esame dei motivi di appello riguardanti la posizione dell’aggiudicataria Cirfood.

Con il primo motivo Serenissima Ristorazione lamenta: “*Sul primo motivo di ricorso. Violazione dell’articolo 8 del Capitolato Speciale d’Appalto- predisposizione di un’offerta non coerente con quanto richiesto dalla lex specialis- sistema di produzione dei pasti previsto all’interno dell’Ospedale santa Chiara anziché in apposito centro di cottura esterno*”.

Essa rileva che, diversamente da quanto disposto dall’articolo 8 del capitolato speciale, Cirfood ha previsto di utilizzare un sistema totalmente in legume fresco-caldo, contemplando però la produzione, all’interno dell’Ospedale

Santa Chiara, dei primi piatti a base di pasta per i degenti, oltre che di tutti i cibi per la mensa dei dipendenti.

Orbene, la stessa stazione appaltante, con la prefata disposizione, ha esplicitato l'impossibilità di eseguire le preparazioni indicate dall'aggiudicataria presso i plessi ospedalieri, anche perché era escluso che potessero essere effettuate modifiche allo stato dei luoghi in assenza di preventiva autorizzazione di APSS (art. 22 del CSA).

Le statuizioni della sentenza di primo grado sarebbero, quindi, erranee, in quanto l'articolo 8 del capitolato è chiaro nell'escludere che presso i locali interni del plesso possano essere preparati i primi piatti a base di pasta per i degenti e i cibi per la mensa dei dipendenti, non essendovi spazi idonei e non essendo consentite modifiche degli stessi senza il previo assenso dell'amministrazione.

Era, pertanto, preclusa la possibilità di prevedere, in sede di formulazione dell'offerta, la realizzazione di nuovi locali per la produzione di pasti ulteriori rispetto ai pasti dietetici ed alle colazioni.

Sarebbe, dunque, irrilevante il richiamo all'articolo 8.2 del CSA, così come operato dal Tribunale, in quanto la finalità di tale articolo è in via esclusiva quella di descrivere in maniera generale i sistemi di preparazione degli alimenti.

Sarebbe, poi, inconferente il richiamo alla necessità di avere a disposizione il centro cottura al momento dell'esecuzione, in quanto con il ricorso non era stata censurata la mancata disponibilità effettiva di alcun centro di cottura esterno ma il fatto che non sia stato previsto l'utilizzo di un tale centro per la preparazione di tutti i pasti per i degenti, i quali devono essere prodotti al di fuori dei plessi ospedalieri.

Risulterebbe, infine, tautologica ed erronea l'argomentazione secondo cui la presenza di alcuni spogliatoi doppi dimostrerebbe la possibilità di adeguare gli spazi secondo le esigenze richieste, in quanto le *“dimensioni degli spogliatoi non risultano precisamente dalla documentazione di gara e non sono di certo risolutivi rispetto*

*alla dimostrata ed ammessa attuale non idoneità degli spazi presenti né possono essere utilizzati per superare i divieti previsti dalla lex specialis”.*

Il motivo non è meritevole di favorevole considerazione, risultando condivisibile la statuizione reiettiva in proposito adottata dal giudice di primo grado.

Dalla lettura del Capitolato speciale, invero, non si rinvencono disposizioni che escludano in modo certo ed inequivocabile la possibilità di produrre, all'interno dell'Ospedale Santa Chiara una parte dei cibi, ossia i primi piatti a base di pasta per i degenti, nonché i cibi per la mensa dei dipendenti.

Se è vero, infatti, che l'articolo 8 del Capitolato, al comma 1, prevede che *“l'appaltatore deve disporre, in fase di esecuzione del contratto, di un centro di cottura esterno per la preparazione dei cibi, non essendo presenti in nessuna delle strutture locali adeguati per la preparazione dei pasti richiesti”*, è altresì indubitabile che la norma non esclude espressamente che gli stessi possano essere ivi preparati, ove l'operatore economico offra di adeguare gli spazi esistenti al fine di renderli idonei a tale utilizzo.

Ed, invero, la disposizione si limita a fotografare l'attuale situazione dei locali presenti nelle strutture in termini di inidoneità e, pertanto, di necessità di disporre di un centro di cottura esterno, ma non esclude affatto che l'impresa possa effettuare lavori di adeguamento ed, all'esito, destinare i locali esistenti alla cottura dei pasti.

La possibilità di utilizzo di un centro cottura interno (evidentemente all'esito di interventi di realizzazione e di adeguamento) trova conferma nelle ulteriori disposizioni dell'articolo 8, laddove, al comma 1, viene precisato che *“All'interno del Presidio ospedaliero Santa Chiara è disponibile una cucina dietetica per la preparazione dei pasti ad personam e delle colazioni ed un locale dove oggi sono realizzate le fasi finali del ciclo produttivo (es. impiattamento)”*, ed al successivo comma 2, ove è detto che, laddove si utilizzi il *“Sistema legame fresco-caldo”*, *“gli alimenti vengono cotti nella cucina/ centro cottura ed il pasto trasportato di lì ai reparti”*.

Contrariamente a quanto affermato dall'appellante, quindi, le richiamate disposizioni non si limitano a descrivere i sistemi di preparazione degli alimenti (nella specie, il Sistema legame “*fresco-caldo*”), ma nella predetta descrizione, operandosi riferimento alla disponibilità di locali interni per la preparazione di alcuni pasti e per le fasi finali del ciclo produttivo, nonché alla cottura nella “*cucina/centro cottura*”, evidenziano pure che non è precluso al partecipante offrire il servizio di preparazione e cottura di alcuni pasti all'interno dei plessi ospedalieri.

D'altra parte, non giova all'appellante neppure richiamare la disposizione dell'articolo 22 del Capitolato speciale (rubricato “*Concessione in uso dei locali*”), laddove prevede, al comma 2, che “*Durante il periodo di gestione del servizio, l'appaltatore si impegna a mantenere in buono stato i locali, a non apportare modifiche, innovazioni o trasformazioni agli stessi senza previa autorizzazione dell'APSS*”.

Vi è, invero, che, risultando la disponibilità del centro cottura richiesta dall'articolo 8 “*in fase di esecuzione del contratto*” ( e dovendosi la stessa necessariamente riferire non solo a quello esterno, ma più in generale ad ogni diverso centro cottura, ove, come nella specie, per quanto sopra detto, non espressamente vietato dalle disposizioni regolatorie della gara), tale autorizzazione deve sicuramente intervenire prima della realizzazione dei relativi lavori e dell'avvio del servizio, ma non necessariamente prima della presentazione dell'offerta o della aggiudicazione della gara, potendo la stessa essere richiesta in tale successivo momento e la sua eventuale mancanza incidere solo sulla possibilità di dare effettivo corso al rapporto contrattuale di appalto.

Vi è, dunque, sulla base delle considerazioni sopra svolte, che il processo di preparazione dei pasti ben può essere svolto con l'utilizzo congiunto di un centro di cottura esterno e di appositi locali a ciò destinati all'interno dei plessi ospedalieri, così come proposto da Cirfood, onde la sua offerta non poteva essere esclusa per le ragioni palesate da Serenissima Ristorazione nel primo motivo del ricorso principale e nel primo motivo di appello.

Allo stesso modo vanno respinte le doglianze articolate avverso l'argomentazione del Tribunale secondo cui la presenza di alcuni spogliatoi doppi dimostrerebbe la possibilità di adeguare gli spazi secondo le esigenze richieste, considerandosi che tale adeguamento non è certamente precluso, come innanzi visto, dalla *lex specialis* di gara e, dunque, l'attuale inidoneità dei locali è sul punto irrilevante; specificandosi ulteriormente, e con valenza assorbente, che trattasi in tutta evidenza di un requisito relativo al centro cottura, che deve essere posseduto, stante la previsione dell'articolo 8 del CSA, "*in fase di esecuzione del contratto*", con la evidente conseguenza che la sua mancanza non incide sull'ammissibilità dell'offerta e non può determinarne l'esclusione.

Il primo motivo di appello è, pertanto, infondato.

Con il secondo mezzo di gravame Serenissima Ristorazione lamenta: "*Sul secondo motivo di ricorso. Violazione dell'art. 8 del capitolato Speciale d'Appalto – predisposizione di un'offerta non coerente con quanto richiesto dalla lex specialis- sistema di gestione delle emergenze previsto all'interno dell'Ospedale Santa Chiara anziché in apposito centro di cottura esterno*".

Anche la prevista prima opzione, nell'offerta di Cirfood, di utilizzare i locali interni al P.O. Santa Chiara per la preparazione dei pasti nella gestione delle emergenze sarebbe in contrasto con l'articolo 8 del Capitolato, il quale prevede che i suddetti locali non sono adeguati alla produzione degli stessi e non possono essere modificati senza preventiva autorizzazione.

La sentenza di primo grado sarebbe erronea, oltre che per il fallace richiamo alla distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, anche per avere dato rilievo alla proposta Cirfood di ulteriori centri di emergenza, asseritamente alternativi.

Tale ultima motivazione è sganciata dalla realtà, in quanto Cirfood ha offerto come primario centro di emergenza i locali interni al presidio ospedaliero e l'utilizzo di altri centri secondari solo ed esclusivamente in caso di "*prolungamento della situazione*" (pag. 94 dell'offerta). Essi, dunque, non sono

alternativi al centro di cottura di emergenza previsto all'interno del plesso, ma subordinati ad una sua non idoneità accertata dopo una tempistica prolungata. Il motivo di appello è infondato.

Vi è in primo luogo da considerare, con valenza assorbente, che, come evidenziato nella disamina del primo motivo di appello, la *lex specialis* di gara non pone alcun divieto alla realizzazione del centro cottura all'interno dei plessi ospedalieri e la necessità dell'autorizzazione preventiva alla modificazione dei locali esistenti, come prevista dall'art. 22 del CSA, non esclude che la stessa possa essere richiesta successivamente all'aggiudicazione, non incidendo pertanto sull'ammissibilità dell'offerta.

Come è, dunque, possibile la presenza di un centro cottura ordinario interno, allo stesso modo non è precluso prevedere l'utilizzo dei locali interni al P.O. Santa Chiara per la preparazione dei pasti nella gestione delle emergenze.

Ciò posto, deve, altresì, essere considerato che il mezzo di gravame all'esame non vince la fondamentale argomentazione posta dal Tribunale alla base della reiezione del secondo motivo del ricorso di primo grado.

Ed, invero, la sentenza del TRGA Trento n. 151/2022 evidenzia condivisibilmente quanto segue.

*“...l'art. 8 del capitolato non si occupa affatto della 'Gestione delle emergenze', che invece costituisce l'oggetto del criterio di valutazione F), denominato 'Procedure e modalità organizzative per garantire la continuità del servizio ad esempio nei casi di guasti ad impianti ed attrezzature, interruzione delle fonti energetiche, impossibilità di produzione dei pasti presso il centro di cottura, black out informatico e conseguente gestione del sistema informativo e delle consegne, cause di forza maggiore, scioperi'. Dunque, in ossequio al principio del favor participationis e al principio della tassatività delle clausole di esclusione, la lex specialis deve essere interpretata nel senso che la 'Gestione delle emergenze' è stata considerata dalla stazione appaltante solamente come un elemento dell'offerta idoneo all'attribuzione di un punteggio premiale.”.*

La Sezione rileva che le considerazioni in proposito rese dal Tribunale sono corrette e pienamente rispondenti ai principi giurisprudenziali che

regolamentano la distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione, atteso che la mancata disciplina della gestione delle emergenze da parte della richiamata disposizione del capitolato e la sua inclusione nei soli criteri di valutazione dell'offerta ne esclude la considerabilità in termini di requisito minimo essenziale della stessa, la cui mancanza, al momento della presentazione di essa, determina l'esclusione dalla procedura di gara.

Il motivo di ricorso proposto in primo grado è infondato per la richiamata assorbente considerazione che non è vietata dalla *lex specialis* l'offerta di un sistema di gestione delle emergenze all'interno del plesso ospedaliero, così come proposta da Cirfood e, dunque, anche le considerazioni svolte dall'appellante in ordine alla erroneità della sentenza di primo grado laddove dà rilievo alla proposta di Cirfood di ulteriori centri di emergenza, che non sarebbero idonei allo scopo in quanto relativi solo ed esclusivamente all'ipotesi di "*prolungamento della situazione*", non risultano utili a scalfire la correttezza della statuizione reiettiva adottata dal Tribunale.

D'altra parte, il giudice di primo grado non ha assolutamente affermato che la cucina di emergenza interna potesse essere in assoluto sostituita dagli altri centri alternativi, ma piuttosto ha voluto solo evidenziare che in fase di esecuzione del rapporto la gestione delle emergenze avrebbe comunque potuto essere assicurata da Cirfood anche attraverso l'utilizzo di altri centri comunque nella sua disponibilità.

Con il terzo motivo di appello Serenissima Ristorazione s.p.a. lamenta: "*Sul terzo motivo di ricorso. Violazione dell'articolo 23 del capitolato di gara- predisposizione di un servizio che non garantisce la separazione dei "percorsi sporchi da quelli puliti" indicata come necessaria dalla stessa Cirfood s.c. nella propria offerta- contraddittorietà dell'offerta e contrarietà alle logiche di igiene previste dalla disciplina di gara- palese impossibilità di eseguire il servizio come offerto*".

Rileva che l'offerta Cirfood non può garantire detta separazione, in quanto le materie prime, per essere avviate alla zona di lavorazione, devono transitare nel centro di cottura offerto da Cirfood per la zona cottura, creando un

incrocio di flussi sporco/pulito che pregiudica inevitabilmente ogni garanzia di igiene, con evidente violazione delle prescrizioni dell'articolo 23 del Capitolato.

Il Tribunale, nel rigettare il motivo di ricorso proposto in primo grado, avrebbe in primo luogo errato considerando la questione come attinente esclusivamente alla fase esecutiva.

Avrebbe, inoltre, errato in quanto la separazione dei percorsi non si evince affatto dalla documentazione depositata in gara da Cirfood; evidenziando in proposito che la planimetria ostesa in sede di accesso agli atti non coincide con quella utilizzata da Cirfood nella propria memoria difensiva e comunque quest'ultima, diversamente da quanto affermato dal Tribunale, non rappresenta affatto la separazione dei percorsi sporchi da quelli puliti in quanto le frecce che indicano gli stessi si intersecano completamente e l'area evidenziata in azzurro non rappresenta un'area separata fisicamente, ma l'area coperta del soffitto aspirante.

Il mezzo di gravame non è meritevole di favorevole considerazione.

Applicando, invero, i principi generali in premessa esposti in ordine alla distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di esecuzione ed alla interpretazione delle disposizioni della *lex specialis* di gara e del Capitolato speciale, risulta pienamente condivisibile l'affermazione del Tribunale secondo cui *"...Serenissima, attraverso un'errata lettura dell'articolo 23 del capitolato, mira in realtà a desumere da una previsione che attiene esclusivamente alla fase di esecuzione del contratto un requisito minimo di partecipazione alla gara non previsto come tale dalla lex specialis, in palese violazione dei principi del favor participationis e della tassatività delle cause di esclusione"*.

Tale disposizione prevede, al comma 1, che *"L'appaltatore deve assicurare in ogni momento il perfetto stato dei locali, delle attrezzature e degli arredi adibiti al servizio, provvedendo alla pulizia, sanificazione e disinfestazione, garantendo condizioni ottimali di igiene ambientale e del personale"*.

Osserva in primo luogo la Sezione che l'espresso riferimento letterale alla figura dell'"*appaltatore*" e, dunque, al soggetto non mero partecipante alla procedura di gara ma a quello che questa si sia aggiudicata ed abbia stipulato il contratto, evidenzia che gli obblighi in essa contenuti non riguardano i contenuti dell'offerta, ma la concreta prestazione del servizio, riferendosi in tal modo alla fase esecutiva del rapporto e configurando, pertanto, in maniera inequivocabile requisiti di esecuzione.

L'adempimento di tali obblighi, per l'effetto, non costituiscono requisiti minimi essenziali dell'offerta e la sua mancanza al momento della sua presentazione non può determinare, diversamente da quanto ritenuto dall'appellante, l'esclusione dell'impresa concorrente.

Le vicende relative alla garanzia di "*condizioni ottimali di igiene ambientale*" e di mancanza di possibili contaminazioni tra materie prime e cibi lavorati e di interferenze tra "*sporco*" e "*pulito*" incidono, dunque, non sulla ammissibilità dell'offerta ma piuttosto sulla esecuzione della prestazione una volta stipulato il contratto, restando in capo all'amministrazione ogni valutazione sulle concrete modalità del servizio reso e sulla loro idoneità al rispetto degli obblighi di legge in materia sanitaria e di igiene e potendo la stessa, nel caso in cui la separazione proposta da Cirfood non risulti in concreto idonea ad assicurarne l'osservanza, pretendere i necessari adeguamenti ovvero adottare misure sanzionatorie.

Inoltre, tale verifica, in presenza comunque di documentazione esplicitiva prodotta da Cirfood nella procedura ed in sede giudiziale, non può essere effettuata dal giudice amministrativo, in ragione dei limiti propri del sindacato di questi sulle valutazioni tecnico-discrezionali dell'amministrazione.

Sotto tale profilo, pertanto, risulta pienamente condivisibile l'affermazione del giudice di primo grado laddove rileva, oltre che l'infondatezza della censura, la sua inammissibilità "*...perché volta a stimolare un inammissibile sindacato di merito sulle valutazioni tecniche dell'Amministrazione*".

Va, infine, considerato che l'ampia e generica formulazione dell'invocato articolo 23 del Capitolato speciale e dei suoi contenuti nonché l'assenza nella norma di uno specifico riferimento alla separazione dei percorsi sporchi da quelli puliti e di una espressa comminatoria di esclusione per il caso di inadempimento escludono in radice, in ossequio ai principi interpretativi in premessa esposti, che la violazione contestata da Serenissima, ove sussistente, possa condurre all'esclusione dell'offerta di Cirfood.

Con il quarto mezzo di gravame l'appellante lamenta: *“Sul quarto motivo di ricorso. Violazione e/o falsa applicazione del capitolato di gara- mancata offerta di latte fresco”*.

Serenissima ristorazione premette di aver contestato, con il ricorso di primo grado, l'illegittimità dell'offerta Cirfood laddove la stessa ha proposto, per la sede di Mezzolombardo e la Protonterapia, che le bevande calde per la colazione siano erogate con una macchina erogatrice che utilizza prodotti solubili (pag. 24 dell'offerta), ivi compreso il latte, risultando la stessa in contrasto con le previsioni dell'articolo 14 del CSA.

La sentenza di primo grado, che ha rigettato tale motivo, sarebbe errata.

A dire dell'appellante, *“l'errore di fondo risiede nel non avere considerato che per il lotto 1 in esame non è prevista la possibilità di erogare le colazioni ai degenti con la modalità prevista da Cirfood per Mezzolombardo (così come per la Protonterapia), e la previsione di installazione dei distributori richiamato non ha nulla a che vedere con il servizio di colazione ai degenti. L'unica disposizione sul punto per i degenti è prevista dall'art. 31 del CSA, che però non è applicabile al lotto 1 in questione, in applicazione dell'art. 1, comma 3, del CSA”*.

In particolare, l'articolo 16 non riguarda le colazioni per i degenti del lotto 1 e l'eccezione posta con asterisco presente per le colazioni all'art. 14 del CSA riguarda esclusivamente le colazioni per i non degenti.

L'impossibilità di utilizzo di erogatori, con riferimento alle strutture del lotto 1, risulterebbe escluso dalla stessa APSS nella risposta fornita, in sede di gara,

al quesito 2 della nota di chiarimento 5, la quale sarebbe stata del tutto ignorata dal Tribunale.

Il motivo di appello non è fondato.

La sentenza appellata, nel respingere il quarto motivo del ricorso principale di Serenissima, così motiva.

*“La palese infondatezza del quarto motivo del ricorso principale...emerge dalle puntuali difese svolte dall’Amministrazione resistente.*

*Difatti l’APSS ha correttamente osservato che l’art. 14 del capitolato – rubricato ‘articolazione e composizione dei menu dei degenti’- nella parte in cui prevede l’uso di ‘latte fresco intero o parzialmente scremato’, si riferisce evidentemente solo alle colazioni destinate ai degenti. Invece presso la Protonterapia non è prevista la somministrazione di colazioni ai degenti, mentre l’art. 16 del capitolato – evidentemente applicabile anche all’esecuzione del servizio relativa al lotto n.1, in ragione di quanto previsto dall’art. 1 del capitolato – richiede espressamente l’installazione presso la sede di Mezzolombardo di appositi erogatori di bevande calde e, quindi, essendo ammessa la preparazione della colazione (in alternativa) mediante tali erogatori, deve ritenersi ammessa anche la possibilità di utilizzare prodotti liofilizzati.*

*Del resto di ciò si trae conferma dallo stesso art. 14 del capitolato, come correttamente osservato dall’APSS: ciò in quanto tale disposizione consente – mediante una specifica previsione contrassegnata da apposito asterisco, da ritenersi applicabile anche alle colazioni destinate ai degenti perché configura una espressa deroga a quanto previsto in termini generali dal quarto comma dell’art. 14 – che presso le unità operative (come quella di Mezzolombardo) ove è previsto l’utilizzo degli erogatori di bevande calde per le colazioni la composizione delle bevande calde ‘viene modificata con l’utilizzo di prodotti liofilizzati per gli erogatori’”.*

La Sezione condivide la determinazione reiettiva del giudice di primo grado, non risultando la stessa utilmente incisa dalle argomentazioni svolte in appello da Serenissima Ristorazione.

L’articolo 14 del CSA è rubricato “*articolazione e composizione dei menù per degenti?*”.

A tanto consegue che le disposizioni in esso contenute si riferiscono tutte, nessuna esclusa, alle colazioni dei degenti.

La norma descrive, nella tabella riportata nel comma 4, gli alimenti che devono essere serviti ai degenti per la “colazione”, prevedendo in proposito una “*bevanda calda (latte fresco intero o parzialmente scremato, latte di soia o caffè d’orzo o caffelatte o the deinato non dolcificato, così come previsto nel Dietetico ospedaliero)*”.

La previsione, peraltro, contiene un asterisco (“COLAZIONE\*”), così rimandando alla esplicitazione dello stesso riportata in calce alla tabella medesima, nella quale si legge che “*Nelle unità operative in cui, per le colazioni, è previsto in alternativa l’utilizzo degli erogatori di bevande calde per le colazioni, tale composizione viene modificata con l’utilizzo di prodotti liofilizzati per gli erogatori?*”.

Risultando tale eccezione contenuta nell’articolo 14, che, come visto, disciplina l’articolazione e la composizione dei menù per degenti, essa è destinata ad operare anche per tali soggetti, con la conseguenza che risulta infondato il rilievo dell’appellante secondo cui la stessa riguarderebbe esclusivamente le colazioni per i non degenti.

Occorre, inoltre, considerare che la suddetta eccezione è destinata ad operare “*nelle unità operative in cui, per le colazioni, ...è previsto l’utilizzo degli erogatori di bevande calde per le colazioni?*”.

Orbene, l’articolo 1, comma 3, del CSA, con riferimento al lotto 1, prevede espressamente che l’appaltatore debba garantire “*la fornitura, gestione e manutenzione di erogatori di bevande calde per colazione*” e il successivo articolo 16 contempla espressamente il Centro sanitario di Mezzolombardo come struttura nella quale questi debbano essere installati.

Al di là, pertanto, della non applicabilità al lotto 1 della specifica disposizione di cui all’articolo 31 del CSA, è evidente che la possibilità di fornire la colazione con il prodotto liofilizzato valga anche per il Centro di Mezzolombardo ed i suoi degenti (come condivisibilmente affermato dal giudice di primo grado, invece, per la Protonterapia non è prevista la somministrazione di colazioni ai degenti), considerandosi che l’eccezione

all'uso del latte fresco opera per tutte le strutture in cui sia previsto l'utilizzo di erogatori per le colazioni e che la suddetta installazione, come emerge dalla lettura dei richiamati articolo 1, comma 3, e 16 del CSA, è contemplata anche per tale struttura.

Non valgono, pertanto, a scalfire la correttezza della pronuncia reiettiva del Tribunale i rilievi formulati da Serenissima nel motivo di appello in esame.

Quanto, poi, alla invocata violazione del chiarimento n. 5 della Stazione appaltante, si osserva che la stessa risulta insussistente, riferendosi la affermata non utilizzabilità degli erogatori con l'utilizzo di prodotti liofilizzati alla sola preparazione delle colazioni per *“i pazienti degenti in regime ordinario”*.

Nella risposta in proposito resa dall'amministrazione, infatti, si legge che *“Con riferimento alle strutture del lotto n. 1, gli erogatori di bevande calde indicate dall'articolo 16 del Capitolato speciale parte tecnica non vengono utilizzati per la preparazione delle colazioni ai degenti in regime ordinario, ma sono impiegati presso le Unità operative che prevedono l'accesso in day hospital degli utenti nel numero indicato dall'articolo 16 del capitolato speciale- parte tecnica”*.

Orbene, ASPP ha chiarito nei propri scritti difensivi che nella struttura di Protonterapia non esistono degenti in regime ordinario (per come emerge dall'allegato 19 al Disciplinare di gara, dove i pasti per degenti non sono previsti); evidenziando pure che *“per degenti in regime ordinario si intendono i degenti a seguito di ricovero ospedaliero che richiede, all'atto delle dimissioni, il rilascio del documento denominato SDO, ossia ‘Scheda di dimissione ospedaliera’”, e che “Al Centro sanitario di Mezzolombardo non sono presenti letti di degenza in regime ordinario”*.

In tale struttura, infatti, i letti di degenza sono destinati a diverse categorie non ordinarie e, precisamente a *“hospice”* (pazienti affetti da patologie gravi in fase terminale con un regime di alimentazione non ordinario) e *“cure intermedie”* (che rappresentano un periodo transitorio che si interpone tra le dimissioni ospedaliere e il rientro a domicilio del paziente).

Con il quinto motivo di appello Serenissima Ristorazione s.p.a. lamenta: *“Sul quinto motivo di ricorso. Violazione dell'articolo 24 del capitolato di gara- eccesso di potere*

*per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta- insufficienza del personale offerto per eseguire il servizio-mancanza di addetti e conseguente sottostima del costo della manodopera”.*

Essa deduce l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto il quinto motivo di ricorso, evidenziando che il Tribunale aveva trattato tale mezzo di gravame richiamando il contenuto degli articoli 24 e 25 del capitolato, rappresentando che le disposizioni invocate fisserebbero meri requisiti di esecuzione del contratto e dichiarando, poi, infondate tutte le doglianze in proposito articolate.

La motivazione della sentenza sarebbe in primo luogo errata in quanto non può certamente ammettersi l'irrilevanza dell'offerta di un personale insufficiente e contraddittorio rispetto a quanto viene espresso nella propria offerta tecnica, tale da non poter garantire il servizio se non operando una inammissibile modifica postuma della stessa, in violazione delle regole della immutabilità dell'offerta e della par condicio.

Serenissima Ristorazione s.p.a. procede, poi, a censurare la pronuncia di primo grado, con riferimento alle singole figure lavorative in contestazione.

Quanto al Direttore Tecnico del Servizio, evidenzia che il Tribunale, pur dando atto che la presenza di tale soggetto costituisce un requisito di partecipazione, afferma che non ne sia necessario un impiego per tutto l'orario lavorativo.

La conclusione del giudice di primo grado è erronea in quanto si scontra con il dato letterale dell'articolo 24, comma 2, del Capitolato.

Inoltre, era stato contestato in ricorso il fatto che Cirfood avesse previsto (e giustificato) per tale figura, e le altre tre indicate, un impiego di 1661 ore complessive a fronte di un'offerta che riporta un impiego effettivo dichiarato di 8 ore giornaliere per 5 giorni alla settimana.

Orbene, per mantenere costante il monte ore giornaliero indicato in offerta (art. 25.4 del CSA), essa avrebbe dovuto indicare in offerta 2088 ore annue, al fine di coprire l'intera annualità lavorativa composta da 52, 2 settimane.

In mancanza, per coprire il servizio, Cirfood dovrebbe assumere nuovo personale o spostarne altro in servizio, così modificando illegittimamente la sua offerta.

Analoghe considerazioni essa svolge per la figura del dietista, per il quale pure sono previste 8 ore giornaliere per 5 giorni alla settimana con un monte ore complessivo di 1691 ore annue, potendosi così coprire solo 42, 2 settimane annue e lasciando scoperte 10 settimane.

Con riferimento alla figura del Capo servizio l'appellante richiama la previsione dell'articolo 24.6 del CSA, per il quale *“Il Capo servizio deve, durante le ore di servizio, previste dal lunedì al sabato dalle ore 8 alle ore 14, essere presente in ogni struttura dell'APSS”*.

Lamenta che il Tribunale, nonostante avesse accertato che Cirfood alcun Capo servizio aveva previsto per le strutture di Mezzolombardo, Villa Igea e Protonterapia contemplando solo addetti di livello 6° S o 7° e che i soggetti ai quali essa in sede giudiziale aveva affermato di voler assegnare i relativi compiti non ne potevano essere affidatari in quanto impiegati presso il plesso Santa Chiara, aveva erroneamente rigettato il motivo di ricorso, evidenziando in proposito che l'aggiudicataria avrebbe potuto utilizzare anche figure ulteriori con inquadramento inferiore.

Tale interpretazione, però, si pone in contrasto con quanto dichiarato dalla stessa aggiudicataria in ordine ai soggetti cui affidare l'incarico; inoltre, essa presuppone la possibilità di attribuzione in maniera stabile di funzioni superiori rispetto all'inquadramento contrattuale, in contrasto con ogni principio giuslavoristico.

Di poi, vi è violazione della previsione dell'articolo 24.6 del Capitolato, in quanto il fatto di dover *“intervenire e rispondere direttamente”* esclude, contrariamente a quanto ritenuto dal Tribunale, che tale figura possa essere considerata un *“mero referente del soggetto ad esso sovraordinato, da identificare nel Direttore Tecnico del servizio”*.

La qualificazione di “*referente*”, di cui al richiamato art. 24.6, andrebbe, infatti, riferita non al Direttore Tecnico ma all’Amministrazione, con la quale il Capo servizio deve rapportarsi ove sorgano situazioni problematiche.

Serenissima Ristorazione deduce, poi, l’erroneità della gravata sentenza anche in merito alle sostituzioni del personale non apicale, non essendo stato compiutamente valorizzato l’articolo 25.4 del Capitolato, che prevede l’obbligo per l’appaltatore di “*mantenere costante il monte ore giornaliero indicato in offerta*”; evidenziando in proposito che, al fine di rispettare tale previsione senza dover modificare *ex post* l’offerta, l’organizzazione presentata in sede di gara deve prevedere un numero di addetti sufficiente ed un monte ore adeguato.

Il mezzo di gravame non è meritevole di accoglimento, dovendosi confermare la gravata sentenza anche nella parte in cui, con copiose argomentazioni che il Collegio condivide, è stato rigettato il quinto motivo del ricorso principale proposto da Serenissima Ristorazione.

In primo luogo, la Sezione ritiene che la corretta lettura degli articoli 24 e 25 del CSA, alla luce dei principi ermeneutici più sopra esposti, induca a ritenere che non tutte le disposizioni in essi contenute configurino requisiti minimi essenziali dell’offerta, che devono essere presenti già all’atto della presentazione della stessa.

Occorre, pertanto, distinguere, all’interno degli stessi, prescrizioni essenziali costituenti requisiti minimi di partecipazione rispetto ad altre imposte all’appaltatore solo in sede di esecuzione del rapporto contrattuale, la cui mancata osservanza, al momento di presentazione dell’offerta, non rileva ai fini dell’esclusione del concorrente.

Ed, invero, come innanzi diffusamente esposto, la generica previsione - contenuta nell’articolo 1, comma 5, del CSA- delle disposizioni del capitolato in termini di requisiti minimi inderogabili e di una sanzione espulsiva per il caso di mancata osservanza non può valere, in ossequio ai principi di proporzionalità, concorrenzialità e *favor participationis*, a ritenere possibile che

ogni violazione delle stesse determini l'esclusione dalla procedura, potendo questa essere irrogata solo nel caso in cui la disposizione rimasta inosservata rivesta natura essenziale.

Per tale ragione, dunque, il Collegio ritiene che correttamente il Tribunale abbia affermato: a) che *“con riferimento alle figure apicali previste nell'offerta Cirfood, occorre distinguere, nell'ambito delle previsioni dell'art. 24, commi 2, 3, 5 e 6, del capitolato, quelle che possono essere interpretate nel senso che fissano veri e propri requisiti minimi di partecipazione alla gara da quelle che, invece, devono essere interpretate nel senso che fissano meri requisiti di esecuzione del contratto”*; b) che, con riferimento alle figure non apicali, le disposizioni contenute nell'articolo 25, comma 1 (*“l'organico impiegato per l'espletamento dei servizi richiesti per tutta la durata del contratto, deve essere quello dichiarato in fase di offerta dall'appaltatore, fatta salva l'eventuale integrazione o riduzione nel corso del servizio, dovuti all'aumento o alla diminuzione del numero di pasti o utenti del servizio”*) e nel comma 4 in materia di reintegro del personale assente (*“l'appaltatore deve provvedere immediatamente in modo da mantenere costante il monte ore giornaliero indicato in offerta”*) costituiscono meri requisiti di esecuzione del contratto, come tali ininfluenti a determinare l'esclusione dalla gara.

Quanto a queste ultime due previsioni, invero, la natura di meri requisiti di esecuzione deriva, a giudizio della Sezione, inequivocabilmente dal dato letterale in esse utilizzato, il quale indica, quale soggetto obbligato, l'appaltatore e, cioè, il soggetto che ha in tale veste già stipulato il contratto all'esito della procedura di gara e non il mero concorrente o operatore economico.

Priva di pregio è, pertanto, la doglianza con la quale la pronuncia di primo grado viene criticata in quanto ammetterebbe l'irrilevanza dell'offerta di un personale insufficiente e contraddittorio, tale da non poter garantire il servizio se non operando una inammissibile modifica *ex post* dell'offerta.

Ed, invero, in tal caso non può correttamente parlarsi di una modifica dell'offerta in violazione della *par condicio*, giacchè la stessa è completa nei

requisiti minimi ed essenziali richiesti al momento della presentazione della gara ed eventuali aggiustamenti o modifiche dell'organico operate successivamente rispondono solo alla necessità di rendere il servizio adeguato alle esigenze della stazione appaltante, integrando le modalità di prestazione dello stesso in adempimento a requisiti ed obblighi il cui possesso e la cui osservanza sono richiesti solo in fase di esecuzione dell'appalto.

Variazioni che abbiano a verificarsi in fase esecutiva, in presenza di un'offerta originariamente rispondente ai requisiti minimi essenziali di partecipazione richiesti ed all'esclusivo fine dell'acquisizione concreta di meri requisiti di esecuzione dell'appalto, non costituiscono inammissibile modificazione dell'offerta, giacchè la regola della immodificabilità di questa esaurisce la sua portata precettiva con la conclusione della gara e l'aggiudicazione, rilevando i successivi eventi e modificazioni che abbiano a verificarsi in fase di esecuzione del contratto di appalto solo come vicende relative alla prestazione del servizio e non più all'offerta.

D'altra parte, in tema di *“organico e reintegro del personale”*, lo stesso articolo 24 ne ammette variazioni in caso di necessità della stazione appaltante e previa autorizzazione della stessa, atteso che l'unico limite minimo invalicabile è quello di mantenere costante il monte ore originario giornaliero indicato in offerta, in relazione al quale ben può esservi, in fase esecutiva, il ricorso ad ulteriori unità di personale con incremento delle ore originariamente indicate.

Operata questa necessaria premessa, può procedersi all'esame delle specifiche doglianze mosse alla sentenza con riferimento alle singole figure oggetto di contestazione.

Quanto alla figura del Direttore Tecnico del Servizio, l'articolo 24 del Capitolato così dispone.

*“L'appaltatore deve nominare un Direttore Tecnico del Servizio cui affidare l'organizzazione complessiva del servizio erogato. Il Direttore Tecnico del Servizio ha il compito di programmare l'attività del personale impiegato presso le varie strutture, di far osservare le funzioni ed i compiti contrattualmente stabiliti, di rispondere direttamente*

*riguardo ad eventuali problemi che dovessero sorgere in merito alla regolare esecuzione del contratto ed all'accertamento di eventuali danni. Il Direttore Tecnico del Servizio viene impegnato in modo stabile e continuativo nel presente appalto e deve essere reperibile telefonicamente senza soluzioni di continuità. Ha, inoltre, il compito di interagire con il Direttore dell'Esecuzione nominato da APSS al fine di garantire il massimo standard qualitativo del servizio....(comma 2).*

*In caso di assenza o impedimento del Direttore Tecnico del servizio (ferie, malattie, etc.) la figura sarà immediatamente ricoperta dal referente sostituto, che avrà pari professionalità e requisiti richiesti. In tal caso, l'appaltatore ha l'obbligo di comunicare immediatamente all'APSS il nominativo del sostituto ed il suo recapito telefonico. (comma 3)".*

In base all'importanza della figura in relazione ai compiti organizzativi ed alle responsabilità ad esso affidate, risulta certamente condivisibile la sentenza del Tribunale, laddove evidenzia che la presenza di tale figura nell'organico dell'impresa costituisca un requisito minimo di partecipazione.

Altrettanto, però, non può dirsi in ordine alla interpretazione fornita dall'appellante della previsione, contenuta nel comma 2 dell'articolo 24, che questi *"viene impegnato in modo stabile e continuativo nel presente appalto e deve essere reperibile telefonicamente senza soluzioni di continuità"*.

Invero, la mancata specifica indicazione, in seno alla norma, di un numero di ore di lavoro giornaliero e settimanale (a differenza di quanto avviene per altre figure, come la dietista e il Capo Servizio, sempre nello stesso articolo 24) rende certamente corretta e condivisibile l'interpretazione fornita dal giudice di primo grado, secondo il quale *" il riferimento all'impegno 'stabile e continuativo nel presente appalto' non può essere inteso nel senso che è richiesta la presenza fisica costante del soggetto in questione per tutta la durata dell'orario di lavoro: difatti proprio la tipologia dei compiti innanzi indicati induce a ritenere che la stazione appaltante, in realtà, abbia inteso richiedere la costante disponibilità di tale soggetto, a prescindere dall'orario di lavoro per lo stesso previsto"*; interpretazione questa corroborata dall'ulteriore impegno richiesto della reperibilità telefonica senza soluzione di continuità.

Di conseguenza, non è in primo luogo corretta l'affermazione dell'appellante secondo cui la lettura della norma data dal giudice di primo grado sarebbe in contrasto con il dato letterale dell'articolo 24, comma 2 del Capitolato; né coglie nel segno l'ulteriore argomentazione, a sostegno della doverosità dell'esclusione di Cirfood dalla gara, fondata sulla dedotta insufficienza dell'orario lavorativo indicato in offerta a coprire il servizio per l'intera annualità lavorativa.

Invero, la sentenza condivisibilmente afferma che *“non può ritenersi che per il soggetto in questione valga tout court la disciplina sull'orario di lavoro di cui al decreto legislativo n. 66/2003, perché trattasi di una figura apicale che, all'occorrenza, deve garantire la propria presenza in servizio oltre le 40 ore settimanali, con l'ulteriore conseguenza che occorre tenere distinti: da un lato, il numero di ore calcolato in base all'orario di lavoro previsto (40 ore settimanali per 41, 525 settimane lavorative), in base al quale è stato calcolato da Cirfood il costo della figura professionale in questione; dall'altro, il numero di ore effettivamente lavorate non va ad incidere sul costo preventivato da Cirfood per tale figura”*.

Orbene, osserva il Collegio, in ragione della specificità e delicatezza delle funzioni allo stesso assegnato (costituendo egli il vertice organizzativo della prestazione del servizio oggetto di appalto) e della oggettiva preventiva impossibilità di determinarne in concreto e con precisione l'effettivo impegno lavorativo, che le ulteriori previsioni dell'articolo 24, comma 2, del CSA costituiscono meri requisiti di esecuzione del contratto e possono, pertanto, essere pretesi dalla stazione appaltante solo a rapporto contrattuale instaurato. E' corretta, pertanto, la sentenza di primo grado ove ritiene che solo in tale momento APSS potrà richiedere *“un impegno stabile e continuativo nel presente appalto”* e una reperibilità telefonica senza soluzione di continuità.

Va, infine, osservato che anche la previsione di cui al comma 3 dell'articolo 24 deve essere correttamente interpretata in termini di requisito di esecuzione, il cui adempimento è richiesto solo in tale fase.

Vi è, infatti, che essa non contempla, come ordinaria e fissa, la presenza in organico della figura del “*referente sostituto*”, ma si limita a prescrivere che la funzione di Direttore Tecnico “*sarà immediatamente ricoperta dal referente sostituto*” “*in caso di assenza o impedimento*” del primo; disponendo pure che “*In tal caso, l'appaltatore ha l'obbligo di comunicare immediatamente all'APSS il nominativo del sostituto ed il suo recapito telefonico*”.

Trattasi, dunque, in tutta evidenza di un adempimento richiesto in fase di esecuzione della prestazione, nella eventualità dell'assenza o impedimento del Direttore Tecnico.

Esso, dunque, non costituisce requisito minimo essenziale dell'offerta, la cui presenza deve esservi già in fase di presentazione della stessa a pena di esclusione, trattandosi piuttosto di un obbligo dell'appaltatore che può esigersi solo a rapporto contrattuale instaurato.

Passando ora all'esame del motivo di appello con riferimento alla figura del dietista, la Sezione ne rileva parimenti l'infondatezza.

Occorre, invero, in proposito esaminare l'articolo 24 del suddetto Capitolato tecnico (rubricato “*Personale impiegato nel servizio*”), laddove è contemplata la figura del dietista; interpretando la suddetta disposizione in coerente applicazione dei principi ermeneutici innanzi esposti nella distinzione tra requisiti di partecipazione (elementi essenziali dell'offerta) e requisiti di esecuzione.

Il comma 5 così dispone: “*E' prevista la figura di un dietista (in possesso di titolo di laurea triennale o di diploma universitario conseguito ai sensi dell'art. 6, comma 3, del d.lgs. 30.12.1992, n. 502 o titolo equipollente ai sensi del DM del 27 luglio 2000 e DM del 10 luglio 2002 fermo il rispetto di quanto indicato in offerta tecnica), che assume il ruolo di referente dell'appaltatore nei confronti del Servizio di Dietetica e Nutrizione Clinica e del Nucleo Qualità Ristorazione per tematiche nutrizionali riguardanti l'appalto (in particolare di qualsiasi variazione inerente la tipologia delle diete, la gestione del merceologico, le non conformità sugli aspetti sia igienico-sanitari che di qualità o relative alle caratteristiche organolettiche dei piatti). All'avvio del servizio deve essere prodotto il*

*Curriculum vitae da cui risulti il possesso dell'esperienza dichiarata in sede di offerta tecnica. Detta figura deve essere presente presso il Presidio ospedaliero Santa Chiara per almeno quattro ore giornaliere dal lunedì al venerdì e deve, inoltre, garantire una ulteriore disponibilità oraria nei momenti di particolare necessità, come per esempio in occasione della redazione dei menù in occasione del passaggio menù estivo- menù invernale e viceversa. Tale figura deve inoltre garantire la copertura di analoghe funzioni anche presso le altre strutture oggetto dell'appalto, assicurando la presenza nei modi e nei tempi ritenuti idonei dall'appaltatore”.*

Dalla lettura del suddetto comma 5 emerge certamente che la presenza di un dietista qualificato, nell'organico dell'impresa, è requisito essenziale dell'offerta tecnica e, dunque, come tale, da possedersi, a pena di esclusione, fin dal momento della presentazione dell'offerta.

La norma, poi, riferisce il tempo lavorativo minimo che tale figura deve assicurare, indicandolo in quattro ore giornaliere dal lunedì al venerdì nel Presidio ospedaliero Santa Chiara, oltre a una ulteriore disponibilità oraria nei momenti di particolare necessità, con garanzia di copertura di analoghe funzioni anche presso le altre strutture oggetto dell'appalto, “assicurando la presenza nei modi e nei tempi ritenuti idonei dall'appaltatore”.

Ciò che è, dunque, richiesto in termini essenziali dal Capitolato è la presenza di tale figura, che certamente deve essere continuativa per tutta la durata del servizio, assicurando la disponibilità oraria minima da essa contemplata.

Orbene, se è vero che Cirfood nella propria offerta tecnica (v. allegato “organico complessivo previsto”) contempla una prestazione lavorativa di otto ore giornaliere dal lunedì al venerdì per 40 ore settimanali e per 1691 ore annue, nondimeno per tale ragione non è possibile assicurare il servizio, così come richiesto dalla stazione appaltante, per l'intera annualità lavorativa (52, 2 settimane).

Ed, invero, il numero delle ore complessivamente offerto da Cirfood (1691) consente comunque di coprire il servizio per l'intera annualità lavorativa con quattro ore di presenza giornaliera come richiesto nel capitolato, per

complessive n. 1044 ore, con una eccedenza, rispetto a quanto richiesto in termini di prestazione minima, di n. 647 ore, che possono ben essere impiegate per sopperire alle esigenze straordinarie indicate dal medesimo documento di gara e garantire la copertura di analoghe funzioni anche presso le altre strutture oggetto dell'appalto.

In presenza del suddetto monte orario previsto di 1691 ore complessive, il requisito essenziale della *lex specialis* di gara risulta essere comunque soddisfatto dall'offerta di Cirfood, degradando, di conseguenza, la concreta articolazione dell'orario di lavoro del dietista a mero profilo esecutivo della prestazione, che ben può essere modulato dalla stazione appaltante secondo le proprie esigenze nel corso dello svolgimento del rapporto, senza che per questo l'aggiudicataria possa dirsi *ab origine* carente di un requisito tecnico essenziale; rilevando, altresì, per quanto sopra già detto, la stessa previsione dell'obbligo di rispetto del monte orario giornaliero offerto nella fase esecutiva del rapporto.

Deve, infine, essere sottolineato, a sostegno dell'infondatezza del mezzo di gravame proposto, che in ogni caso Cirfood ha previsto in offerta (pag. 37 della Relazione tecnica) il ricorso ad una "Squadra Jolly", nella quale compaiono anche 2 dietiste, destinata ad intervenire "in situazioni di improvvisa assenza di colleghi in servizi ospedalieri", dimostrando in tal modo l'adozione di ogni utile misura per garantire una continuativa presenza, nell'esecuzione dell'appalto, della specifica figura della quale si controverte.

Parimenti infondato, a giudizio della Sezione, è il motivo di appello in esame nella parte in cui si riferisce alla figura del Capo servizio, lamentandosi la mancata previsione nell'offerta Cirfood di tali figure per le strutture di Mezzolombardo, Villa Igea e Protonterapia, ivi contemplando unicamente addetti di livello 6° S e 7°, inidonei a svolgerne le relative funzioni.

La correttezza delle statuizioni del giudice di primo grado sul punto emerge in primo luogo dalla lettura dell'articolo 24.6 del CSA, nella parte in cui a tale

figura si riferisce, e dalla concreta situazione di impegno lavorativo delle prefate strutture, elementi condivisibilmente valorizzati nella gravata sentenza. La predetta disposizione del Capitolato prevede che *“Per ogni struttura dell’APSS, deve essere presente almeno una figura con funzioni di Capo servizio referente per la corretta esecuzione del servizio in ogni sua fase. Tale figura ha il compito di coordinare e controllare l’operato del personale ivi impiegato, di intervenire e rispondere direttamente riguardo ad eventuali problemi che dovessero sorgere in merito alla regolare esecuzione delle prestazioni appaltate. Il Capo servizio deve, durante le ore di servizio, previste dal lunedì al sabato dalle ore 8.00 alle ore 14.00, essere presente in ogni struttura dell’APSS ed essere facilmente rintracciabile. Deve avere esperienza pari ad almeno 5 anni con analoghe funzioni nel settore della ristorazione collettiva presso Aziende sanitarie/ospedaliere, fermo quanto indicato in offerta tecnica: all’avvio del servizio deve essere prodotto il Curriculum vitae da cui risulti il possesso dell’esperienza predetta. Il Capo servizio assume anche il ruolo di preposto i cui obblighi sono definiti dall’art. 18 del D.lgs. 81/08 e ss.mm.ii. In caso di assenza o impedimento del Capo Servizio (ferie, malattie, ecc.) l’appaltatore ha l’obbligo di comunicare preventivamente ad APSS il nominativo del sostituto ed il suo recapito telefonico”*.

Osserva il Collegio che, pur nella indicazione di rilevanti compiti ad esso attribuiti quali *“il compito di coordinare e controllare l’operato del personale impiegato, di intervenire e rispondere direttamente riguardo ad eventuali problemi che dovessero sorgere in merito alla regolare esecuzione delle prestazioni appaltate”*, la portata di tale disposizione e della figura medesima deve essere correttamente inquadrata alla luce della previsione generale secondo cui nelle strutture sanitarie deve essere presente una figura *“con funzioni di Capo servizio”*.

Tanto induce a ritenere che non sia richiesto un soggetto che in via esclusiva eserciti le prefate funzioni e ricopra la qualifica, ma è necessario unicamente che vi sia un addetto che, unitamente ad altri compiti suoi propri, eserciti pure le suddette funzioni di controllo e di coordinamento.

Non può, in proposito, ritenersi la necessità di un Capo servizio quale soggetto distinto ed autonomo rispetto ad ulteriori addetti anche in

considerazione del carattere della figura medesima, la quale non è apicale con riferimento alla complessiva organizzazione lavorativa dell'appaltatore.

Se è vero, infatti, che questo *“interviene e risponde direttamente”*, non è errata la considerazione del giudice di primo grado secondo cui questi è *“referente”* del soggetto ad esso sovraordinato, che è il Direttore Tecnico del Servizio.

Spetta, infatti, a quest'ultimo, a mente del comma 2 dell'articolo 24 del CSA, in via prioritaria *“rispondere direttamente riguardo ad eventuali problemi che dovessero sorgere in merito alla regolare esecuzione del contratto”*; essendo egli il *“referente responsabile nei confronti dell'APSS e, quindi, ha la delega di rappresentare l'appaltatore, con funzioni di dirigente anche per quanto previsto ai sensi del D.Lgs. 81/08”*.

Il comma 7 dell'articolo 24 precisa ulteriormente che *“E' compito del Direttore tecnico e del Capo servizio coordinarsi con il referente individuato da APSS per ogni struttura...”*, in tal modo valorizzando ulteriormente la conclusione che, se pure è vero che il Capo servizio è referente di APSS, egli, nel rapportarsi con la stazione appaltante, debba comunque coordinarsi con il Direttore tecnico ed assumere le iniziative e le attività necessarie solo dopo aver avuto il placet di questi, che ne costituisce comunque soggetto sovraordinato ed, in ultima analisi, quello che, con rilevanza esterna preminente, tiene i rapporti e risponde nei confronti dell'amministrazione.

La possibilità di affidare le funzioni di Capo servizio ad altro dipendente trova, poi, in concreto conferma nella particolare situazione di impegno lavorativo richiesto nelle strutture dell'APSS interessate.

La sentenza, infatti, correttamente evidenzia, a conferma dell'infondatezza della doglianza proposta da Serenissima, che *“E' innegabile ...che le difese svolte da Serenissima (nella memoria depositata in data 15 luglio 2022) per replicare al secondo motivo del ricorso incidentale – incentrate sul fatto che l'attività da svolgere presso la Protonterapia e le strutture di Mezzolombardo e di Villa Igea sia ridotta al minimo, sicchè anche il personale da impiegare per l'esecuzione del servizio è ridotto al minimo – palesino l'infondatezza della censura in esame, non solo perché le funzioni effettive del 'Capo Servizio' (e con esse la qualifica necessaria per svolgere tale ruolo) risultano notevolmente*

*ridimensionate, ma anche perché l'articolo 24, comma 6, del capitolato, per come è formulato, si presta senz'altro ad essere interpretato nel senso che le predette funzioni possono essere attribuite anche in fase di esecuzione del contratto, così come in fase di esecuzione del contratto la stazione appaltante potrà esigere sia che un 'Capo Servizio' sia presente presso ciascuna struttura 'durante le ore di servizio previste dal lunedì al sabato dalle ore 8.00 alle ore 14.00' e sia 'facilmente rintracciabile', sia che l'appaltatore, in caso di assenza o impedimento di una delle figure in questione, adempia all'obbligo di 'comunicare preventivamente all'APSS il nominativo del sostituto ed il suo recapito telefonico'".*

Orbene, osserva la Sezione che effettivamente le predette circostanze, sia relative all'interpretazione dell'articolo 24 del CSA sia ai compiti effettivi del Capo servizio nelle strutture APSS, consentono di qualificare le prescrizioni contenute sul punto nel Capitolato quali requisiti di esecuzione che non incidono sull'ammissibilità dell'offerta e di affermare che, in linea generale e salve diverse disposizioni della stazione appaltante in fase esecutiva, le funzioni di Capo servizio possano essere assegnate anche al personale ivi addetto, non risultando dimostrato che le stesse, in relazione alla loro concreta portata, debbano, come preteso da Serenissima, essere necessariamente svolte da un soggetto almeno di 3° livello.

Le doglianze in proposito proposte in appello, di conseguenza, non possono trovare favorevole considerazione, in quanto, per le ragioni sopra esposte, non è certa l'attribuzione permanente di mansioni superiori a personale di livello inferiore, non vi è violazione dell'articolo 24.6 del Capitolato (dettando questo requisiti di esecuzione, la cui presenza è necessaria in fase di esecuzione del rapporto) e neppure vi è contrasto con l'offerta prodotta.

Il Tribunale, invero, non ha assolutamente svolto un inammissibile soccorso istruttorio in favore di Cirfood, essendosi unicamente limitato a considerare sufficienti le indicazioni già contenute nell'offerta tecnica di Cirfood, le cui argomentazioni difensive non possono essere lette quale rilevante inammissibile modifica dell'offerta tecnica, considerandosi che le stesse

propongono soluzioni alternative ma pur sempre lasciando ferma l'offerta originaria, la quale è stata per l'appunto valorizzata (condivisibilmente) dal Tribunale.

A giustificare, infine, l'infondatezza del motivo di appello nella ulteriore parte in cui si deduce l'erroneità della sentenza di primo grado relativamente alle sostituzioni del personale apicale, valgono le argomentazioni spese dal Collegio nella parte preliminare della disamina del presente motivo di appello, ove si è evidenziato che l'articolo 25 del capitolato detta requisiti di esecuzione e non di partecipazione alla gara e che, pertanto, eventuali incrementi o variazioni della forza lavorativa che dovessero essere effettuati in sede di svolgimento del rapporto per sopperire alle esigenze della stazione appaltante non concretano una inammissibile modificazione ex post dell'offerta.

Per le stesse argomentazioni innanzi richiamate, non può assolutamente condividersi l'assunto in base al quale il giudice di prime cure non avrebbe adeguatamente valorizzato la previsione di cui al comma 4 dell'articolo 25 del CSA.

In conclusione, dunque, anche il quinto motivo dell'appello principale è infondato.

Con il sesto motivo Serenissima Ristorazione lamenta: *“Sul sesto motivo di ricorso. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta, motivazione insufficiente, illogica e contraddittoria, disparità di trattamento, violazione dei principi di libera concorrenza e par condicio- palese incongruità nella valutazione delle offerte relativamente al punteggio attribuito a Cirfood”*.

Con riferimento al sub criterio A1) di valutazione dell'offerta tecnica, l'appellante rileva che a Cirfood è stato assegnato, in modo illogico e irragionevole, il punteggio massimo di 10 punti.

Tale punteggio si presenta illogico alla luce dei criteri di valutazione indicati dalla Stazione appaltante, tra i quali vi sono *“la sicurezza igienica”*, *“la*

*preparazione, cottura e confezionamento dei pasti”, “la contestualizzazione nella realtà di APSS (in relazione alle strutture interessate e al loro dimensionamento)”.*

Orbene, i motivi di ricorso articolati sub 1, 2 e 3 paleserebbero l'inidoneità dell'offerta (oltre che la sua inammissibilità), soprattutto ove si considerino sia il massimo assegnato sia il maggior livello dell'offerta di essa appellante (che aveva ottenuto appena 6, 667 punti).

Evidenzia, inoltre, che il giudizio reso dall'amministrazione è fallace anche laddove valuta, nell'offerta Cirfood, *“adeguate le modalità di distribuzione”*, in quanto in essa non vi è alcun tipo di riferimento a tale parte del servizio, se non poche righe a pagina 25, che certo non possono giustificare il massimo attribuito.

Con riferimento al subcriterio A2), Serenissima evidenzia di avere censurato in primo grado l'illegittimità del punteggio massimo assegnato all'aggiudicataria (5 punti) rispetto a quello ad essa attribuito (4, 5 punti), atteso che le motivazioni a supporto della valutazione delle due offerte sul punto era pressochè identica, salvo che per quanto riguarda il riferimento al *“trasporto”*.

Per l'offerta Cirfood, infatti, si evidenziava che *“il trasporto è dettagliato nei percorsi all'interno delle strutture”*, mentre per la sua veniva affermato che *“le fasi terminali di distribuzione all'interno delle strutture non sono specificate”*.

Vi era però un macroscopico errore da parte della Commissione, in quanto la fase di consegna interna non era oggetto di valutazione del subcriterio A2), ma del subcriterio A1.

Tale doglianza era stata correttamente accolta dal Tribunale.

Quanto al subcriterio B1), relativo all'offerta del personale, deduce l'erroneità della sentenza di primo grado laddove non ha ritenuto illogica l'assegnazione del punteggio massimo di 6 punti a Cirfood (mentre ad essa ne erano stati riconosciuti solo 5, 813), atteso che gli addetti da questa offerti non coprono compiutamente tutte le ore di servizio necessarie e che alcune figure sono del tutto assenti.

Risulterebbe, pertanto, illogico che, a fronte di una dimostrata ingente carenza di personale e di un maggiore impiego da essa offerto, Cirfood abbia potuto ottenere il punteggio massimo.

Con riferimento al subcriterio B2 (Gestione delle assenze), l'appellante deduce l'erroneità della sentenza che ha riconosciuto legittimo il punteggio massimo di 3 punti a Cirfood, atteso che, come evidenziato in ricorso, l'offerta Cirfood si caratterizza proprio per la mancata previsione di diversi sostituti.

Le argomentazioni in proposito rese dal Tribunale sarebbero tutte errate.

In primo luogo, l'impegno assunto da Cirfood, relativo agli "*obblighi in materia di sostituzione del personale*" sulla stessa gravanti in forza dell'art. 24, commi 3 e 6, del capitolato (con riferimento alle figure apicali) e dall'art. 25, comma 4, del capitolato (con riferimento al restante personale), è generico ed assolutamente irrilevante, oltre che palesemente smentito dalla rilevata carenza di organico; dovendosi pure considerare che il giudice non ha tenuto conto della previsione dell'articolo 25.4 del capitolato, relativo al mantenimento costante del monte ore giornaliero per le figure apicali.

Inoltre, le asserite sostituzioni segnalate non sono previste in alcun punto dell'offerta Cirfood, ma sono state illegittimamente introdotte in sede giudiziale e di certo non sono state utilizzate dalla Commissione per valutare tale subcriterio.

Tali omissioni determinano l'inammissibilità dell'offerta e quantomeno una drastica riduzione del punteggio assegnato, il quale, pur se non esaltante, costituisce certamente la valutazione più alta tra tutti i concorrenti.

Serenissima contesta, altresì, la valutazione dell'offerta Cirfood rispetto al criterio B6), essendole stato assegnato il punteggio massimo di 4 punti (rispetto a punti 3, 378 ad essa riconosciuti) sulla base di una motivazione illogica e non corrispondente al contenuto delle offerte.

La motivazione resa dalla commissione sulla propria offerta "*non fornisce dettaglio sulla tipologia di formazione*" è palesemente erronea avendo essa copiosamente relazionato sul punto; di conseguenza, contrariamente a quanto

affermato dal Tribunale, non si tratta nella specie di sostituirsi alla Commissione nell'esprimere il giudizio sull'offerta, ma di rilevare un evidente abbaglio, potere senz'altro esercitabile dal giudice amministrativo.

Infine, quanto al subcriterio F), sottolinea che la denunciata inidoneità della proposta di Cirfood per la gestione delle emergenze evidenzia la palese illogicità del punteggio massimo di 4 assegnato a Cirfood per tale voce (mentre ad essa sono stati riconosciuti punti 3, 907), considerando che, a differenza dell'aggiudicataria, essa aveva rispettato compiutamente la disciplina di gara ed offerto un coerente piano delle emergenze.

Conclude affermando che l'accoglimento delle censure in merito al punteggio assegnato a Cirfood le consentirebbero di superarla in graduatoria, in quanto questa aveva ottenuto un punteggio superiore di soli punti 3, 563, mentre le censure proposte riguardano un totale di 48 punti assegnati a Cirfood.

Il mezzo di gravame non è meritevole di favorevole considerazione.

E tanto per le ragioni che di seguito si svolgono.

La Sezione evidenzia che le censure articolate da Serenissima Ristorazione con il sesto motivo di appello attengono alla valutazione operata dalla Commissione dell'offerta tecnica di Cirfood e di quella da essa prodotta, nonché dei punteggi in concreto ad entrambe attribuiti.

Trattandosi di doglianze concernenti la valutazione delle offerte tecniche, il Collegio ritiene preliminarmente di dover richiamare i principi che la giurisprudenza ha affermato in materia, con particolare riferimento ai limiti che il giudice amministrativo incontra nella relativa verifica di legittimità.

Tali principi (da ultimo, compendiate in Cons. Stato, IV, 1-3-2022, n. 1445; IV, n. 359/2021) possono così riassumersi: a) il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte rientra nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla Commissione (cfr, *ex multis*, Cons. Stato, III, 2-9-2019, n. 6058); b) le censure che attingono il merito di tale

valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (cfr. Cons. Stato, V, 8-1-2019, n. 173; III, 21-11-2018, n. 6572); c) per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto (Cons. Stato, III, 9-6-2020, n. 3694).

Ciò premesso, può passarsi all'esame delle censure proposte, avuto riguardo alle specifiche valutazioni oggetto di contestazione.

Con riferimento al subcriterio di valutazione A1), si osserva che esso riguarda i *“Metodi e procedure adottate per garantire: - la sicurezza igienica; -il rispetto delle temperature; -la qualità organolettica e nutrizionale; con particolare riferimento alle modalità: -di approvvigionamento delle derrate/materie prime; - di preparazione, cottura e confezionamento dei pasti; - di distribuzione dei pasti nei reparti e nelle mense. Gli elementi sopra riportati verranno valutati nell'ambito del progetto presentato utilizzando i seguenti criteri: -completezza; - organicità e coerenza; - contestualizzazione nella realtà di APSS (in relazione alle strutture interessate ed al loro dimensionamento) ...”*.

A Cirfood è stato assegnato il punteggio massimo di 10, con giudizio di *“eccellente”*, con la seguente motivazione: *“Sistema fresco caldo. La pasta è in legame espresso. Qualità organolettica e nutrizionale garantita sia dal sistema fresco caldo sia dal legame espresso della pasta. Modalità di approvvigionamento delle derrate e delle materie prime con tracciamento del meccanismo di selezione dei fornitori e suo monitoraggio, con segnalazione di eventuali difformità. Utilizza piattaforme di approvvigionamento locali. Centro cottura a Trento in via Caproni esclusivamente dedicato all'appalto. Adeguate le modalità di distribuzione. Previste due sale di cucina dietetica. Colazioni a piastra. Uso sottovuoto. Menù distribuito su quattro settimane”*.

Osserva il Collegio che la suddetta motivazione rende ben evidente e logica la valutazione di eccellenza assegnata a Cirfood.

Non sussistono, pertanto, vizi di irragionevolezza o illogicità o di manifesto travisamento nel giudizio della Commissione e nel punteggio attribuito, unica

indagine consentita a questo giudice sulla valutazione tecnico-discrezionale dell'organo valutativo, considerandosi in particolare che le doglianze articolate da Serenissima con i motivi di appello sub 1, 2 e 3, sulle quali Serenissima fonda anche il presente motivo, sono state rigettate, con conferma delle statuizioni sul punto adottate dal giudice di primo grado.

Inoltre, la pluralità degli elementi oggetto di valutazione, considerati dal subcriterio A1), conduce ad escludere che possa risultare illogica la considerazione in ordine alle “*adeguate modalità di distribuzione*”, atteso che il giudizio reso per detto subcriterio tiene necessariamente conto di molteplici elementi e che comunque tale aspetto risulta essere stato comunque preso in considerazione dall'offerta tecnica Cirfood, sia pure in modo sintetico.

Le modalità di distribuzione in concreto previste dall'aggiudicataria e prese in considerazione dalla Commissione non possono, poi, essere in concreto vagliate dalla Sezione per valutarne il grado di adeguatezza e il giudizio di eccellenza, atteso che tale indagine, come correttamente ritenuto dal giudice di primo grado, impingerebbe nel merito della valutazione, il quale, in ragione dei principi giurisprudenziali innanzi esposti, costituisce ambito riservato all'amministrazione, in relazione al quale il giudicante non può operare alcun intervento sostitutorio, risultando la verifica di legittimità contenuta nel mero controllo parametrico esterno proprio del vizio di eccesso di potere.

Analoghe considerazioni valgono anche per la verifica della pretesa illegittimità (per difetto) del punteggio assegnato all'appellante.

Con riferimento al criterio di valutazione B1), questo riguarda “*Organizzazione del personale (con relativo organigramma e funzionigramma e articolazione nei diversi turni di servizio) che si intende impiegare nel servizio con indicazione per ogni struttura del numero di addetti, delle rispettive qualifiche, del livello di inquadramento e mansioni, nel rispetto delle previsioni relative alle clausole sociali di cui agli artt. 19 e 20 del CSA amministrativo*”; precisandosi pure che “*Gli elementi sopra riportati verranno valutati nell'ambito del progetto presentato utilizzando i seguenti criteri: - completezza rispetto alle*

*prestazioni richieste; - organicità e coerenza con il numero di pasti da erogare e il livello di servizio richiesto”.*

La motivazione del giudizio e del punteggio assegnati a Cirfood è così reso: *“la proposta considera tutte le sedi di lavoro. appare congruente con quanto richiesto. Le figure professionali indicate sono in linea con il contesto delle singole sedi ed il contesto organizzativo”*; indicandosi pure il monte ore lavorate complessivo proposto e *“non rilevate innovazioni tecnologiche evidenti in relazione alle richieste del capitolato”*.

Anche in questo caso la valutazione operata dalla Commissione non risulta manifestamente illogica, irragionevole o travisata.

Vi è, invero, che i rilievi mossi dall'appellante non scalfiscono tale conclusione, considerandosi in primo luogo che le doglianze formulate con il quinto motivo (che sostanzialmente riproducono le criticità in questa sede rilevate) sono state ritenute dal Collegio infondate e soprattutto che non vi sono stati per Cirfood, con riferimento a tale subcriterio, giudizi unanimi di eccellenza da parte di tutti i componenti dell'organo valutativo, rilevandosi 3 giudizi di buono e 2 di molto buono; risultando in tal modo dimostrato che l'organo valutativo ha comunque rilevato una situazione non ottimale, la quale si è tradotta nell'assegnazione del punteggio massimo solo in virtù del meccanismo di riparametrazione operante in materia.

Condivisibile è, poi, l'argomentazione svolta dal giudice di primo grado, laddove evidenzia la non decisività dei dati numerici forniti da Serenissima per dimostrare l'inadeguatezza della offerta di Cirfood sul punto, avuto pure riguardo a carenze di personale e mancate sostituzioni, nonché al monte ore settimanale e al numero di addetti giornaliero maggiori da essa invece offerti, in quanto *“Serenissima non considera che la lex specialis, in relazione al subcriterio di valutazione di cui trattasi, prevede espressamente che ‘Gli elementi sopra riportati vanno valutati nell'ambito del progetto presentato utilizzando i seguenti criteri: completezza rispetto alle prestazioni richieste; organicità e coerenza con il numero dei pasti da erogare e il livello di servizio richiesto; contestualizzazione nella realtà di APSS (in relazione alle strutture interessate e al loro dimensionamento)’; pertanto, i meri dati numerici indicati da*

*Serenissima non sono sufficienti, da soli, per ritenere che i giudizi (ed i conseguenti punteggi) espressi dalla Commissione giudicatrice siano palesemente inattendibili”.*

In buona sostanza, la pluralità degli elementi di valutazione previsti per il subcriterio B1) e il carattere complessivo, in relazione ad essi, del giudizio reso escludono la possibilità di configurare come esistente un vizio di eccesso di potere, tenuto pure conto dei giudizi dei singoli commissari.

Una diversa e più penetrante indagine da parte della Sezione, nei sensi che paiono pretesi dall'appellante nell'introdurre il tema del raffronto tra la propria offerta e quella dell'aggiudicataria al fine di indurne una diversità che ne paleserebbe la superiorità, è preclusa al giudice amministrativo, traducendosi in una indebita intrusione nella sfera del merito della scelta, che, come sopra detto, non è assolutamente consentita.

Valgono, di poi, a dimostrare l'infondatezza del motivo di appello in esame, con riferimento al punteggio massimo di 3 assegnato a Cirfood ed a quello inferiore di 2, 657 attribuito a Serenissima per il subcriterio B2) (*“Gestione assenze del personale... Modalità e procedure di sostituzione del personale impiegato nel servizio e di quelle inerenti l'integrazione e l'inserimento di nuovo personale”*), le seguenti considerazioni.

La non rilevante differenza tra i punteggi attribuiti alle due concorrenti, la circostanza che comunque i giudizi individuali assegnati dai singoli commissari a Cirfood (molto buono) non sono di eccellenza (e consentono l'assegnazione del punteggio massimo di 3 solo per effetto della riparametrazione), così dimostrando che comunque sono state rilevate carenze nella sua offerta, nonché il fatto che Cirfood, come evidenziato dal giudice di primo grado, si è espressamente impegnata al rispetto degli obblighi in materia di personale di cui agli articoli 24 e 25 del CSA sono sufficienti ad escludere che la valutazione della Commissione possa dirsi palesemente illogica, irragionevole o travisata, impingendo altrimenti ogni ulteriore indagine da parte del giudicante, anche con riferimento al raffronto comparativo tra le offerte

tecniche dei due concorrenti, nel merito della scelta amministrativa, con una inammissibile sostituzione della Sezione all'amministrazione.

D'altra parte, la valorizzazione degli argomenti difensivi di Cirfood da parte del giudice di primo grado in ordine alla sostituzione di determinate figure non configura una illegittima considerazione di indicazioni irritualmente introdotte solo in sede giudiziale certamente non utilizzate dalla Commissione.

Invero, il riferimento al "*Direttore tecnico referente coordinamento*" e al "*Direttore tecnico produzione Coordinamento*" quali figure interscambiabili e, come tali, utilizzabili per le reciproche sostituzioni, nonché l'indicazione del "*Responsabile qualità controllo qualità*" come sostituto del dietista sono comunque riferibili a figure professionali contemplate in sede di offerta, onde, pur in assenza di una espressa previsione di reciproca sostituzione, la Commissione, in quanto in possesso di cognizioni tecniche della materia, era in ogni caso in grado di operarne una valutazione.

Di conseguenza, non può assolutamente affermarsi che le sopra indicate specificazioni rese da parte di Cirfood in giudizio siano assolutamente estranee ai contenuti dell'offerta e non rilevanti nel giudizio espresso dall'organo valutativo; ribadendosi comunque che nella specie, al di là del punteggio assegnato (conseguente al calcolo matematico imposto dagli atti di gara), non vi è assolutamente stato un giudizio di eccellenza per l'offerta Cirfood.

Quanto, poi, alle censure articolate contro la valutazione resa per il subcriterio F), la Sezione non può che confermare la correttezza della determinazione reiettiva in proposito resa dalla sentenza del Tribunale.

Ed, invero, così come il giudice di primo grado ne ha pronunciato l'infondatezza in ragione della avvenuta reiezione del secondo motivo del ricorso principale, allo stesso modo questo Consiglio di Stato deve rigettare per tale parte il sesto motivo di appello in ragione della già disposta reiezione del secondo motivo del gravame medesimo.

Proseguendo nella disamina del sesto motivo di appello e venendo alle doglianze espresse in riferimento al subcriterio B6) (*“Piano di formazione e aggiornamento periodico del personale impiegato nel servizio in relazione alle diverse qualifiche/mansioni svolte”*), il Collegio osserva – al di là di ogni considerazione in ordine alla affermata inammissibilità della censura da parte del giudice di primo grado in ragione di un sostanziale tentativo di indurre il giudicante a sostituirsi all’amministrazione- che l’accoglimento delle doglianze in proposito formulate da Serenissima non le consentirebbe comunque di sopravanzare Cirfood in graduatoria ed aggiudicarsi l’appalto per cui è controversia.

Vi è, invero, da considerare che, pur volendo ritenere che il punteggio massimo di 4 andasse attribuito a Serenissima e che a Cirfood dovesse andare invece il minor punteggio ad essa assegnato (punti 3, 378), l’appellante recupererebbe, calcolando sia il minor punteggio spettante a Cirfood che il maggior punteggio che andrebbe ad essa attribuito, punti 1, 244.

Questi, sommati all’ulteriore punteggio di 0, 5 riconosciuto dal Tribunale per il subcriterio A2 (ed in relazione alla cui misura Serenissima non ha prodotto appello), darebbe a Serenissima un maggior punteggio complessivo di punti 1, 744, comunque insufficiente a colmare la differenza tra il punteggio riconosciuto all’aggiudicataria (97, 934) e quello ad essa assegnato nella graduatoria finale per l’offerta tecnica (94, 371).

Sulla base delle considerazioni tutte sopra svolte, pertanto, l’appello principale proposto da Serenissima, nella parte in cui censura la sentenza di primo grado in relazione alla posizione del primo graduato Cirfood, è infondato, con conseguente conferma della sentenza del Tribunale di Giustizia Amministrativa di Trento n. 151/2022.

La stessa deve essere confermata, con il conseguente rigetto dell’appello, anche laddove ha dichiarato improcedibile il ricorso principale nella parte relativa alla domanda di annullamento riguardante il collocamento di Dussmann al secondo posto in graduatoria.

Invero, correttamente il giudice di primo grado ha rilevato che, stante la reiezione della domanda di annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di Cirfood, prima classificata nella graduatoria relativa al lotto 1, Serenissima non ha alcuna utilità dall'accoglimento della domanda di annullamento relativa alla seconda classificata, atteso che essa non potrebbe comunque ottenere il bene della vita dell'aggiudicazione dell'appalto.

Di conseguenza, resta assorbito l'esame dei motivi di appello, dal settimo al decimo, con i quali Serenissima, in ordine alla posizione del secondo graduato Dussmann, ha riproposto i motivi del ricorso di primo grado non trattati dal Tribunale.

La Sezione, infine, ritiene che l'appello incidentale proposto da Cirfood debba essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Il rigetto dell'appello principale e, pertanto, la conferma dell'aggiudicazione della gara in capo ad essa, esclude ogni interesse ad ottenere una decisione di merito sull'appello incidentale, atteso che comunque la presenza in gara di Serenissima ed il punteggio ad essa assegnato non ne inficiano la qualità di aggiudicataria del servizio di cui al lotto 1 dell'appalto oggetto di controversia.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (cfr., *ex multis*, Cass.civ. 16-5-2012, n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese del presente grado di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti costituite, avuto riguardo alla complessità della controversia ed alla natura di carattere eminentemente interpretativo delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così provvede: 1) rigetta l'appello principale; 2) dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Massimiliano Noccelli, Presidente FF

Francesco Mele, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Francesco Mele**

**IL PRESIDENTE**

**Massimiliano Noccelli**

**IL SEGRETARIO**