

N. ____/____REG.PROV.COLL.
N. 05969/2024 REG.RIC.
N. 06097/2024 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 5969 del 2024, proposto da Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop. *in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con Vivenda S.p.A. mandante*, nonché Vivenda S.p.A. *in proprio e quale mandante del suddetto RTI*, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9247621244, rappresentati e difesi dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola, Michele Perrone, Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, Angelo Michele Benedetto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Michele Perrone in Roma, via Barnaba Tortolini n.30;

contro

- Comune di Bari, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Cioffi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fabio Caiaffa in Roma, via Nizza n.53;
- Ladisa S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Luigi D'Ambrosio, Aldo Loiodice, Saverio

Sticchi Damiani, Michelangelo Pinto, Pasquale Procacci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 6097 del 2024, proposto da Ladisa S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Angelo Clarizia, Luigi D'Ambrosio, Aldo Loiodice, Saverio Sticchi Damiani, Michelangelo Pinto, Pasquale Procacci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

- Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop. in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con Vivenda S.p.A. mandante, nonché Vivenda S.p.A. in proprio e quale mandante del suddetto RTI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, in relazione alla procedura CIG 9247621244, rappresentati e difesi dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola, Michele Perrone, Giuseppe Lo Pinto, Fabio Cintioli, Angelo Michele Benedetto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Michele Perrone in Roma, via Barnaba Tortolini n.30;
- Comune di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Cioffi, con domicilio eletto presso lo studio Fabio Caiaffa in Roma, via Nizza n.53;

per la riforma

quanto ai ricorsi n. 5969 del 2024 e n. 6097 del 2024 della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (sezione Prima) n. 00736/2024, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Bari, dell'RTI Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop. e Vivenda S.p.A. ed il ricorso incidentale proposto da Ladisa S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2024 il Cons. Sebastiano Zafarana e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con determinazione dirigenziale della Ripartizione servizi alla persona n. 687 del 17 giugno 2022 il Comune di Bari ha indetto una procedura aperta telematica finalizzata alla conclusione di un accordo quadro della durata di quattro anni per la gestione del servizio di ristorazione scolastica articolata in due lotti prestazionali e territoriali per il periodo gennaio 2023 - giugno 2026 (Lotto 1 CIG 9247621244 e Lotto 2 CIG 9247637F74), dell'importo massimo stimato pari a euro 13.358.072,00 con aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base al miglior rapporto qualità prezzo.

1.2. Entro il termine assegnato per la presentazione delle domande di partecipazione (29 agosto 2022) hanno inviato richiesta di partecipazione i seguenti tre operatori economici: Ladisa S.r.l., il raggruppamento composto dalla Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop. e da Vivenda S.p.A., e la Serenissima Ristorazione S.p.A.

1.3. In relazione al lotto n. 1 si è classificato al primo posto il r.t.i. Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro / Vivenda con un punteggio complessivo di 98,64 (di cui 78,64 per l'offerta tecnica e 20 per quella economica, valutazione quest'ultima scaturente dal ribasso del 4,03%) e al secondo posto Ladisa con punti 95,55 (di cui 76,15 per l'offerta tecnica e 19,40 per quella economica, – valutazione quest'ultima scaturente dal ribasso del 1,45%).

Quanto al lotto n. 2 si è classificata al primo posto il r.t.i. Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro/Vivenda con punti 98,64 (di cui 78,64 per l'offerta tecnica e 20 per quella economica, valutazione scaturente dal ribasso del 10%) e al secondo posto Ladisa con punti 94,55 (di cui 76,15 per l'offerta tecnica e 18,40 per quella economica, valutazione scaturente dal ribasso dell'1.77%).

1.5. La stazione appaltante ha avviato il subprocedimento di verifica di congruità nei confronti dell'aggiudicatario, chiedendo giustificazioni con nota prot. 0028058/2023 del 24 gennaio 2023.

1.6. Il r.t.i. Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro/Vivenda ha inviato i chiarimenti in relazione alle voci di costo alla base delle offerte presentate per i lotti n. 1 e n. 2, con nota prot. 0104618.U del 23 marzo 2023; la stazione appaltante ha poi chiesto ulteriori giustificazioni riscontrate con successiva nota del 5 aprile 2023. Nella seduta del 27 aprile 2023, la Commissione ha ritenuto di chiedere ulteriori delucidazioni in relazione al costo delle materie prime, l'aggiudicatario ha fornito riscontro con nota del 5 maggio 2023.

1.7. Infine nella seduta del 22 maggio 2023 la Commissione ha esaminato le giustificazioni e, avendole ritenute inidonee a dimostrare la congruità dell'offerta, ha escluso il r.t.i. Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro/Vivenda.

1.8. Con successiva nota prot. 0214657.U del 21.6.2023 il Comune ha poi confermato l'esclusione dopo la richiesta di annullamento in autotutela inviata dal predetto RTI.

2.1. Il r.t.i. Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro/Vivenda ha proposto ricorso dinnanzi al TAR per la Puglia (numero di R.G. 747/2023) impugnando il provvedimento di esclusione emesso ai propri danni relativamente al LOTTO 1, ed articolando due motivi di ricorso volti a contestare le motivazioni per le quali la stazione appaltante aveva ritenuto la propria offerta inattendibile, e comunque insufficienti ed inadeguate le giustificazioni rese nel tentativo di comprovare la congruità della stessa.

Con un primo ricorso per motivi aggiunti il RTI ricorrente ha impugnato anche il provvedimento di approvazione degli atti di gara, precisando ulteriormente le proprie doglianze avverso l'esclusione.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti, il RTI Solidarietà e Lavoro-Vivenda ha dedotto una presunta disparità di trattamento subita in riferimento alla diversa valutazione, operata dalla stazione appaltante, dell'offerta presentata dalla soc.

Ladisa (divenuta aggiudicataria dopo l'esclusione del RTI) in sede di verifica dell'anomalia; la stazione appaltante avrebbe usato un metro di valutazione meno rigoroso con la soc. Ladisa rispetto a quello utilizzato nei propri riguardi.

Con un terzo ricorso per motivi aggiunti, il RTI Solidarietà e Lavoro-Vivenda ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione (RG DD n. 15689/2023 del 16.10.2023) in favore della soc. Ladisa rilevando di avere appreso, in sede di accesso agli atti, che la Dirigente della Ripartizione politiche educative e giovanili del Comune di Bari (che aveva in precedenza nominato la commissione giudicatrice) con nota del 4.10.2023 aveva ritenuto di astenersi dall'intervenire ulteriormente nella procedura in ragione di un potenziale conflitto di interessi consistente nel fatto di avere una sorella dipendente della Finlad s.r.l. (soc. holding che controlla, tra gli altri, la soc. Ladisa s.r.l.). Secondo il RTI la commissione sarebbe stata nominata da un soggetto dichiaratosi in conflitto di interessi, per cui tutti gli atti adottati dalla medesima commissione, inclusi quelli concernenti la valutazione di congruità dell'offerta, sarebbero viziati in via derivata. Nello stesso gravame parte ricorrente si doleva anche della mancata esclusione della soc. Ladisa per non avere dichiarato la situazione di conflitto di interessi ovvero per la sussistenza di una situazione di conflitto di interessi non altrimenti risolvibile.

Con il quarto ricorso per motivi aggiunti, infine, il RTI impugnava la predetta nota del Dirigente RPCT del 24.10.2023 oltre che la determina di aggiudicazione.

In particolare, con il terzo e quarto ricorso per motivi aggiunti, il RTI Solidarietà e Lavoro-Vivenda, deducevano, in via subordinata e nel solo caso di rigetto della domanda di annullamento del provvedimento di esclusione a danno del ricorrente, che la posizione tenuta dal Dirigente nella procedura concorsuale in questione, come dichiarata dalla stessa e ritenuto dai vertici dell'Amministrazione, violerebbe l'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016.

2.2. Si costituiva in giudizio la soc. Ladisa s.r.l. che, oltre a contestare l'ammissibilità e la fondatezza dell'avverso gravame, proponeva anche ricorso

incidentale, integrato da motivi aggiunti, con cui deduceva l'illegittimità dell'aggiudicazione, sotto il profilo della omessa esclusione per modifica dell'offerta e della evidente sovrastima dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica del RTI aggiudicatario, oltre che degli esiti del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicatario per omessa individuazione di ulteriori profili di insostenibilità e inaffidabilità della stessa.

2.3. Si costituiva in giudizio anche il Comune di Bari per resistere al ricorso.

2.4. Con sentenza n.736 dell'11 giugno 2024 il T.A.R. per la Puglia:

- ha respinto il ricorso introduttivo del RTI Cooperativa Lavoro/Vivendi e i motivi aggiunti depositati il 21.9.2023 e 14.10.2023, respingendo le censure proposte avverso il procedimento di anomalia dell'offerta e confermando quindi l'esclusione del RTI ricorrente;

- ha accolto la domanda subordinata proposta dal RTI Cooperativa Lavoro/Vivendi con i motivi aggiunti depositati il 27.11.2023 e 31.1.2024 (terzi e quarti motivi aggiunti), nella parte relativa alla declaratoria di illegittimità della procedura di gara (nel segmento che va dalla nomina della Commissione fino al provvedimento di aggiudicazione) alla luce della denunciata situazione di conflitto di interessi della Dirigente comunale che aveva nominato la Commissione giudicatrice, disponendo nel contempo che la Stazione appaltante avrebbe dovuto rieditare il procedimento a partire dalla nomina di una commissione in diversa composizione;

- ha dichiarato l'inefficacia del contratto relativo all'accordo quadro nel frattempo stipulato;

- ha quindi dichiarato la improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso incidentale proposto da Ladisa S.r.l., dei motivi aggiunti al ricorso incidentale e del controricorso incidentale; - ha compensato tra le parti le spese del giudizio.

2.5 - Il Comune di Bari ha prestato acquiescenza alla sentenza procedendo alla rivalutazione delle offerte e, al termine, ha stilato una nuova graduatoria nella quale l'offerta del r.t.i. Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro soc. coop/Vivenda

s.p.a. è risultata prima classificata. La sua offerta è stata ritenuta congrua in sede di verifica di anomalia da parte del RUP e dalla commissione di gara rinnovati.

Gli esiti di tale nuova procedura sono stati impugnati con un nuovo ricorso proposto da Ladisa dinanzi al TAR Puglia; con ordinanza n. 369/24 è stata respinta l'istanza cautelare da essa proposta diretta a mantenere la res adhuc integra; con decreto presidenziale monocratico n. 3864/24 è stata accolta l'istanza cautelare; nella camera di consiglio del 7 novembre 2024 è stato trattenuto in decisione l'appello cautelare.

È opportuno precisare che il procedimento svoltosi a valle della sentenza appellata n. 736/2024 esula dal presente giudizio e se ne è fornita menzione solo per completezza espositiva: tale procedimento, infatti, si fonda sulla statuizione di annullamento degli atti di gara disposta dal TAR, la cui correttezza o meno costituisce oggetto del presente giudizio.

Pertanto questo Collegio deve limitarsi a valutare gli atti e i documenti che riguardano il procedimento sfociato nella sentenza n. 736/2024, non potendo prendere in considerazione le sopravvenienze derivanti dall'esecuzione della sentenza impugnata.

Svolte queste premesse in fatto è possibile procedere alla disamina dei due appelli avverso la sentenza n. 736/2024 del TAR Puglia, sede di Bari.

3.1. Con ricorso in appello R.G. 5969/2024 notificato il 19 luglio 2024 il RTI Cooperativa Lavoro/Vivendi ha impugnato la sentenza n.736 dell'11 giugno 2024 nella parte in cui il giudice di prime cure ha ritenuto corretto l'operato della Commissione nella valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Ha inoltre impugnato la sentenza nella parte in cui il giudice di prime cure – pur ritenendo sussistere il conflitto di interesse denunciato in atti – non ha disposto l'esclusione di Ladisa S.r.l. ai sensi dell'art. 80, comma 5, Codice appalti, ed ha invece disposto la rinnovazione del segmento procedimentale ad opera di una nuova Commissione.

3.2. Si è costituito in giudizio il Comune di Bari per opporsi all'accoglimento del ricorso in appello proposto Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro e dalla società Vivenda S.p.A.

Il Comune ha peraltro riferito di avere deciso di non proporre appello avverso la sentenza n.736/2024 del Tar Puglia ma, piuttosto, di portarla ad esecuzione mediante la rinnovazione del segmento di gara caducato dal giudice di prime cure in esito al quale l'offerta economicamente più vantaggiosa per il LOTTO 1 è risultata quella presentata dall'operatore economico RTI Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro e dalla società Vivenda S.p.A.

3.3. Si è costituita in giudizio anche Ladisa, instando per la reiezione dell'appello. Con atto notificato il 27 agosto 2024 Ladisa ha anche proposto appello incidentale con il quale ha riproposto i motivi di doglianza già proposti con il ricorso incidentale in primo grado, stante la declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale pronunciata dal giudice di prime cure.

3.4. Alla pubblica udienza del 7 novembre 2024 il ricorso numero di R.G. 5969/2024 è stato trattenuto in decisione.

4.1. Con ricorso in appello R.G. 6097/2024 notificato il 19/07/2027 anche Ladisa S.r.l. ha appellato la sentenza del Tar Puglia n.736/2024 nella parte in cui il giudice di prime cure ha ritenuto sussistere il denunciato conflitto di interesse della dirigente comunale disponendo la rinnovazione del segmento procedimentale.

4.2. Si è costituito in giudizio il RTI Cooperativa Lavoro/Vivenda instando per la reiezione dell'appello.

4.3. Si è costituito in appello anche il Comune di Bari il quale ha riferito di avere deciso di non proporre appello avverso la sentenza n.736/2024 del Tar Puglia ma, piuttosto, di portarlo ad esecuzione mediante la rinnovazione del segmento di gara caducato dal giudice di prime cure.

4.4. Alla pubblica udienza del 7 novembre 2024 anche il ricorso R.G. 6097/2024 è stato trattenuto in decisione.

5. In via preliminare va disposta, ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a., la riunione

dei ricorsi numeri di R.G. 5969/2024 e R.G. 6097/2024 trattandosi di appelli proposti avverso la medesima sentenza.

6. Va preliminarmente esaminata l'eccezione di improcedibilità di entrambi i giudizi di appello, proposta dal RTI Cooperativa/Lavoro sull'assunto che sarebbe cessata la materia del contendere alla luce dei provvedimenti adottati dal Comune a seguito della sentenza impugnata, culminati nell'aggiudicazione dell'appalto in favore del raggruppamento Solidarietà e Lavoro. Deduce in particolare:

- che la stazione appaltante non si sarebbe limitata a nominare la nuova commissione ma avrebbe finalizzato il procedimento con una nuova aggiudicazione soddisfacente degli interessi della Cooperativa Solidarietà, senza far salvi gli esiti dei giudizi di appello e non proponendo autonomo appello avverso la sentenza di primo grado;

- che la soc. Ladisa avrebbe impugnato la nuova aggiudicazione con il ricorso r.g. n. 1179/2024, pendente innanzi al TAR Bari, deducendo vizi propri della nuova aggiudicazione e non vizi di *"illegittimità derivata dalla erroneità della sentenza di primo grado"* qui impugnata.

6.1. L'eccezione è infondata.

La stazione appaltante, infatti, ha proceduto alla reiterazione parziale della procedura in espressa esecuzione della pronuncia di primo grado, nominando la nuova commissione di gara e finalizzando il procedimento con un nuovo esame delle offerte e la conseguente determinazione di aggiudicazione della gara. Infatti:

a) nella determina r.g. 10985/2024 del 17.07.2024 di nomina della nuova commissione, dopo aver dato atto dei contenuti della sentenza n. 736/2024, la stazione appaltante ha inequivocabilmente stabilito nella parte narrativa *"di procedere in esecuzione della predetta sentenza n. 736/2024 dell'11.06.2024 alla nomina dei componenti della Commissione per l'esame delle offerte pervenute con riferimento al lotto 1"* e nella parte dispositiva *"di prendere atto della sentenza n. 736/2024 dell'11.06.2024..."* e *"di nominare in esecuzione della predetta sentenza"*

n. 736/2024 dell'11.06.2024 i componenti della Commissione giudicatrice”;

b) con la determina r.g. 14480/2024 del 23.09.2024 di aggiudicazione a Cooperativa Solidarietà la stazione appaltante, richiamata la sentenza n. 736/2024 e i suoi contenuti, ha stabilito nella parte narrativa di procedere “*in ottemperanza a quanto disposto dalla sentenza del TAR citata*” e nella parte dispositiva “*di approvare, alla luce di quanto innanzi precisato, l'iter svoltosi per l'ottemperanza di questo Ente alla Sentenza del TAR Puglia Bari 736/2024 del 11.06.2024, lotto I*”, disponendo di inviare la determinazione alla ripartizione PEG per le competenti valutazioni relative alla consegna in via di urgenza.

Dunque tutta l'attività procedimentale successiva alla pronuncia di primo grado è stata posta in essere dalla stazione appaltante in dichiarata ed espressa esecuzione della sentenza di primo grado, mentre nessuna attività discrezionale di autotutela – che avrebbe avuto altro iter procedimentale e altro contenuto motivazionale – è stata disposta dall'Amministrazione.

Ne consegue che i nuovi provvedimenti amministrativi adottati dall'Amministrazione sono destinati ad essere travolti in caso di riforma della sentenza di primo grado; e ciò in quanto tali provvedimenti sono stati adottati in attuazione del *decisum* di tale sentenza che è, quindi, il presupposto e fondamento di tali nuovi atti amministrativi, il cui venir meno ne comporta la caducazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 20 gennaio 2022, n. 365; cfr., inoltre, Consiglio di Stato, VI, 28 maggio 2021, n. 4106; Id., Sez. IV, 9 ottobre 2017, n. 4670).

Costituisce principio pacifico, (cfr. Cons. Stato, ad. plen. 28 gennaio 2015 n. 1), che la spontanea esecuzione della pronuncia di primo grado (nel caso in esame da parte del Comune di Bari) non si configura come comportamento idoneo ad escludere l'ammissibilità della relativa impugnazione (Cons. Stato, III, 21 giugno 2012, n. 3679) giacché l'eventuale accoglimento di questa è idoneo a travolgere i nuovi atti adottati dall'Amministrazione in esecuzione della sentenza di primo grado che verrebbero comunque meno con effetto retroattivo perdendo *ab initio* il loro fondamento giuridico ex art. 336 c.p.c. (Cons. Stato, III, 18 giugno 2012, n.

3550; da ultimo, id., III, 1 agosto 2014, n. 4103) e ciò specialmente quando il nuovo atto adottato dall'Amministrazione non costituisce espressione di nuove, autonome, scelte discrezionali dell'Amministrazione stessa, ma esecuzione del dictum del Giudice di primo grado" (Cons. Stato, VI, 23 giugno 2021, n. 4807; sull'operatività della previsione di cui all'art. 336 c.p.c. al giudizio amministrativo, cfr. inoltre: Cons. Stato, V, 10 giugno 2019, n. 3881 e giurisprudenza ivi citata; id., V, 25 febbraio 2019, n. 1246; id., V, 18 giugno 2018, n. 3734; id., IV, 9 ottobre 2017, n. 4670; id., V, 23 dicembre 2016, n. 5445).

Ne consegue, pertanto e conclusivamente, l'infondatezza della proposta eccezione.

7. Per ragioni di ordine logico va esaminato prioritariamente il ricorso R.G. 6907/2024 proposto da Ladisa S.r.l.

Come riferito, infatti, Ladisa ha appellato la sentenza del Tar Puglia n.736/2024 nella parte in cui il giudice di prime cure ha ritenuto sussistere il conflitto di interesse della dirigente comunale e ha disposto la rinnovazione della gara.

8. Preliminarmente appare opportuno riepilogare in punto di fatto ed in ordine cronologico la vicenda che ha dato origine alla verifica del conflitto di interessi della dirigente comunale.

8.1. L'avv. Roberta Lorusso, con disposizione di servizio prot.n. 0318498 dell'1.12.2021, è stata nominata Direttore della Ripartizione delle Politiche Educative Giovanili e del Lavoro del Comune di Bari.

Nell'esercizio della predetta funzione ha dapprima nominato il RUP della gara.

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

Con nota prot. 0028058/2023 del 24 gennaio 2023, il medesimo Direttore della Ripartizione delle Politiche Educative e Giovanili del Comune di Bari, e il RUP hanno avviato il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del RTI

Cooperativa Lavoro/Vivenda, chiedendo le giustificazioni ritenute necessarie.

Nella seduta del 22 maggio 2023 la Commissione ha esaminato le giustificazioni e, avendole ritenute inidonee a dimostrare la congruità dell'offerta, ha escluso il raggruppamento dalla gara.

Con successiva nota prot. 0214657.U del 21.6.2023 il Comune ha poi confermato l'esclusione, dopo la richiesta di annullamento in autotutela inviata dal RTI ricorrente.

Esclusa l'offerta del RTI Cooperativa Lavoro/Vivenda per anomalia dell'offerta, il Comune ha infine aggiudicato la gara alla Ladisa (la cui offerta è stata ritenuta congrua).

8.2. Il procedimento per la verifica del conflitto di interessi a carico della Dirigente Lorusso veniva avviato a seguito di esposto inviato al Comune dallo stesso RTI ricorrente in data 6.7.2023, il quale rappresentava la sussistenza di un potenziale conflitto di interessi consistente nel fatto che la dirigente risultava avere una sorella dipendente della Finlad s.r.l. (soc. holding che controlla, tra gli altri, la soc. Ladisa s.r.l.); ne è seguita una istruttoria interna al Comune con correlata richiesta di chiarimenti alla Dirigente in merito al postulato conflitto di interessi.

Con nota prot. 332596 del 4.10.2023 la dott.ssa Roberta Lorusso ha comunicato al Segretario Generale, al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e al Direttore Generale del Comune di Bari, la propria "astensione da ogni atto e/o provvedimento" relativo alla procedura di gara oggetto del presente giudizio per "potenziale interferenza di interessi".

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

Con relazione del 24.10.2023 il Responsabile per la prevenzione della corruzione e trasparenza (d'ora innanzi RPCT) del Comune di Bari, all'esito dell'istruttoria avviata su tale questione, dichiarava comunque insussistente il paventato conflitto di interesse giacché riteneva insufficiente a tal fine il rapporto di parentela

intercorrente tra la stessa ed una mera dipendente della soc. Finlad s.r.l., convincimento maturato in ragione di precedenti pronunce in tal senso del Consiglio di Stato.

8.3. Infine, a seguito di istanza di accesso - consentita mentre era pendente il giudizio di primo grado - il ricorrente RTI Cooperativa Lavoro/Vivenda afferma di aver ricevuto in data 18.10.2023 copia della citata nota prot. 332596 del 4.10.2023 con la quale la dott.ssa Roberta Lorusso ha comunicato al Segretario Generale, al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza e al Direttore Generale del Comune di Bari, la propria “astensione da ogni atto e/o provvedimento” relativo alla procedura di gara oggetto del presente giudizio per “potenziale interferenza di interessi”.

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

8.4. Ricostruita in fatto la vicenda che ha indotto il TAR ad accogliere il terzo e quarto ricorso per motivi aggiunti proposto dal RTI Cooperativa Lavoro/Vivenda disponendo la rinnovazione del segmento procedimentale, può passarsi all’esame nel merito dell’appello proposto da Ladisa.

9. Con il primo motivo di appello Ladisa deduce le censure di *Error in procedendo ed in iudicando* per l’omesso accoglimento, da parte del giudice di prime cure, delle proposte eccezioni di irricevibilità, improcedibilità e inammissibilità dell’avverso gravame rispettivamente per tardività, per omessa notifica al controinteressato e per difetto di legittimazione e/o carenza di interesse.

9.1. Procedendo con ordine va quindi esaminata l’eccezione di tardività del ricorso

di primo grado nella parte in cui RTI Solidarietà e Lavoro-Vivenda ha censurato (terzi e quarti motivi aggiunti) l'esistenza di un presunto conflitto di interesse tra la Dirigente comunale ed una dipendente della soc. Finlad (società controllante la soc. Ladisa s.r.l. che ha partecipato alla gara).

Sostiene Ladisa che il presunto conflitto di interessi è stato denunciato al Comune di Bari dallo stesso RTI ricorrente in primo grado, con esposto del 06.07.2023 allorché il giudizio di primo grado era già pendente poiché il RTI era stato nel frattempo escluso per anomalia dell'offerta. Ne consegue, ad avviso di Ladisa, che il motivo di ricorso in parola avrebbe dovuto essere tempestivamente proposto dal RTI ricorrente entro la data del 5 settembre 2023.

Il TAR avrebbe erroneamente respinto la suddetta eccezione argomentando che il RTI ricorrente ha avuto piena contezza della sussistenza della situazione di conflitto di interesse della dirigente solo in seguito all'accesso ai documenti esperito in data 25.10.2023, e che non risulta comprovato che alla data del 06.07.2023 il RTI fosse a conoscenza della situazione di conflitto di interessi, che avrebbe invece potuto constatare ed apprezzare solo dopo l'accesso agli atti consentito dal Comune.

9.1.1. L'eccezione qui riproposta è infondata, e corretta è la valutazione operata al riguardo dal giudice di prime cure.

Rileva il Collegio che se è vero che nell'esposto presentato dall'RTI Cooperativa Lavoro/Vivenda si denuncia un presunto rapporto di parentela tra la dirigente e una dipendente di Finlad (società controllante di Ladisa), è pur vero che esso è stato presentato proprio al fine di consentire al Comune di verificare se detta situazione di conflitto di interesse fosse effettivamente sussistente e quindi di acquisire una conferma ufficiale del dato in esame. Sicché deve condividersi la motivazione con la quale il TAR ha rigettato l'eccezione in esame.

9.2. Ladisa ripropone in appello anche l'eccezione – respinta dal TAR - con cui aveva denunciato l'improcedibilità del gravame per l'omessa notifica a tutti i controinteressati rispetto ad un'impugnativa potenzialmente foriera della rinnovazione della gara, identificando il controinteressato in tesi pretermesso nella

soc. Serenissima Ristorazione S.p.a., seconda classificata dopo Ladisa tenuto conto dell'esclusione del RTI ricorrente.

9.2.1. L'eccezione è infondata in quanto, come correttamente rilevato dal Tar, la soc. Serenissima non avrebbe interesse alla conservazione degli esiti della procedura di gara in quanto si è classificata al secondo posto; la rinnovazione della gara (nelle parti viziate) potrebbe ipoteticamente giovare alla seconda classificata, soltanto nell'evenienza che il riesame delle offerte modificasse l'esito della procedura, difettando pertanto l'attualità e concretezza dell'interesse.

9.3. Ladisa sostiene, infine, che il gravame proposto dall'RTI con i motivi aggiunti avverso la nomina del Rup e della Commissione, avrebbe dovuto essere dichiarato improcedibile e/o inammissibile dal TAR per carenza di interesse.

Avendo ritenuto legittima l'esclusione del RTI Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro per anomalia dell'offerta, il TAR avrebbe obliterato che il gravame (per la parte residua, inteso a far valere un presunto interesse strumentale alla rinnovazione parziale della gara) avrebbe dovuto essere respinto in quanto improcedibile e/o inammissibile per carenza di interesse.

9.3.1. Anche tale eccezione è infondata, stante la peculiarità della fattispecie in esame.

La ricorrente ha infatti graduato le domande, chiedendo soltanto in via subordinata la riedizione della procedura, a partire dalla nomina del RUP e della Commissione, deducendo l'illegittimità dei suddetti atti siccome posti in essere da soggetto (la dirigente della Ripartizione competente) in conflitto di interessi in ragione del vincolo di parentela con dipendente di un concorrente.

Deve pertanto ritenersi sussistente un interesse a gravare gli atti di nomina della Commissione, potendo il dedotto conflitto di interessi, nella prospettazione del RTI ricorrente, essere suscettibile di avere un'ipotetica refluenza sul giudizio di anomalia dell'offerta gravato in via principale, nella misura in cui da una diversa composizione della Commissione sarebbe potuta sortire una differente valutazione

delle offerte.

10. Con il secondo motivo di appello Ladisa impugna nel merito il capo della sentenza con il quale il TAR ha ritenuto che la dott.ssa Lorusso - Dirigente comunale preposta al settore delle politiche giovanili (che, in ragione del suo incarico, si è occupata dell'appalto limitatamente alla nomina della commissione giudicatrice e del RUP ed ha inoltre firmato assieme al RUP la nota del 24.1.2023 che ha comunicato al concorrente l'invito a produrre le giustifiche dell'anomalia) - versasse in situazione di conflitto di interessi.

Il TAR, in particolare, ha ritenuto sussistente il conflitto di interesse consistito nel fatto che la predetta dirigente è sorella di una dipendente con mansioni impiegate della soc. Finlad s.r.l. (società capogruppo della holding al cui interno vi è anche la soc. Ladisa S.r.l.) e questo avrebbe potuto potenzialmente determinare un'asimmetria informativa lesiva della par condicio rispetto agli altri concorrenti, avendo la stessa dirigente adottato la determina di nomina della Commissione e del RUP e sottoscritto insieme al RUP la richiesta di giustificazione alle imprese nel procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte. Secondo il giudice di prime cure la dirigente, dopo aver appreso della partecipazione della soc. Ladisa alla gara, avrebbe avuto l'obbligo di astenersi dal nominare la commissione giudicatrice, ai sensi di quanto previsto dall'art. 42 del D.Lgs. n. 50/2016, dall'art. 7 del D.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 oltre che dall'art. 6-bis della L. n. 241/90 e dal regolamento denominato P.I.A.O. (Piano Integrato di Attività e Organizzazione) vigente all'interno del Comune di Bari.

Il Giudice di prime cure ha ritenuto, infatti, di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo cui ai fini del verificarsi di una situazione di conflitto di interessi rileva il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa che potrebbe determinarsi in favore di un concorrente a danno degli altri, con la conseguente possibile acquisizione di un indebito vantaggio competitivo, in violazione dei principi di buon andamento e imparzialità. La mancata astensione della dirigente, a detta del TAR, avrebbe viziato in modo irrimediabile il segmento

della procedura che va dalla nomina della commissione (avvenuta, dopo la comunicazione delle offerte pervenute, con determina del 10.10.2022) al provvedimento di aggiudicazione, con la conseguente necessità di rieditare la procedura e di dichiarare inefficace il contratto di appalto nelle more stipulato dall'aggiudicataria.

10.1. Ladisa deduce i vizi di *Error in iudicando – Travisamento dei fatti – erronea interpretazione e falsa applicazione delle norme di diritto rilevanti per la fattispecie – violazione art. 64 c.p.a. – omesso rilievo dell'infondatezza dell'avverso gravame in relazione alle censure concernenti l'illegittimità della procedura di gara a causa del conflitto di interessi ravvisabile in capo alla Dirigente della Ripartizione Politiche Educative e Giovanili del Comune di Bari.*

10.2. Il motivo di appello è fondato.

10.3. Ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. d) ed e) del d.lgs. n. 50/2016 “5. *Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, qualora: ...*

d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile;

e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive”.

10.4. La situazione di conflitto di interesse è normata dal richiamato art. 42 del Codice dei contratti pubblici *ratione temporis* vigente che, dopo aver prescritto al primo comma “*Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici*” al comma secondo definisce il conflitto di interesse: “*Si ha*

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

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

Ai sensi del comma 4 infine "Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici".

10.5. Il richiamato art. 7 del Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (d.P.R. n. 62 del 2013), a sua volta, sancisce l'obbligo dei dipendenti di astensione *"dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività, che possano coinvolgere un interesse proprio ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale ovvero di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente" oppure "in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza".*

10.6. Le Linee Guida ANAC n. 15 in materia di *"Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici"*, approvate con Deliberazione del 5 giugno 2019, precisano che l'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico si verifica quando decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico; l'interesse personale dell'agente, che potrebbe porsi in contrasto con l'interesse pubblico alla scelta del miglior offerente, può essere di natura finanziaria, economica o dettato da particolari legami di parentela, affinità, convivenza o frequentazione abituale con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa.

Il parere del Consiglio di Stato relativo alle citate linee guida (Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 31 gennaio 2019, n. 667) chiarisce che il conflitto di interessi va qualificato come *"una condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che sia contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse funzionalizzato. Operare in conflitto di interessi significa agire nonostante sussista una situazione del genere e, quindi, sorge l'obbligo del dipendente di informare l'Amministrazione e di astenersi"*.

10.7. Le disposizioni in materia di conflitto di interessi contenute nel Codice appalti sono attuative del 16° considerando della direttiva 2014/24 sui lavori pubblici il quale prevede: *"Le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avvalersi di tutti i possibili mezzi a loro disposizione ai sensi del diritto nazionale per prevenire le distorsioni derivanti da conflitti di interesse nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tra questi potrebbero rientrare le procedure per individuare, prevenire e porre rimedio a conflitti di interessi"*; nonché sono

attuative dell'art. 24, paragrafo 2, della stessa direttiva secondo cui: *"Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto"*.

10.8. La definizione di conflitto di interesse contenuta nella direttiva è stata quindi testualmente ripresa dall'art. 42, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, che vi aggiunge l'inciso finale: *"In particolare, costituiscono situazioni di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'art. 7 del DPR 16 aprile 2013, n. 62"*, il quale, come innanzi precisato, estende l'obbligo di astensione del dipendente ad ogni altro caso in cui ricorrano gravi ragioni di convenienza.

10.9. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha affermato che: *"Ai sensi dell'art. 42 comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, si ha conflitto di interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi - che, anche per conto della Stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato - ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale, che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione; in particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'art. 7, d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62"* (Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415).

10.10. Il Consiglio di Stato, nel citato parere n. 667/2019 del 5 marzo 2019 (sulle Linee Guida ANAC n. 15), ha precisato come *"occorra distinguere situazioni di conflitto di interessi da un lato conclamate, palesi e soprattutto tipizzate (quali ad*

esempio i rapporti di parentela o coniugio) che sono poi quelle individuate dall'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 citato; dall'altro non conosciute o non conoscibili, e soprattutto non tipizzate (che si identificano con le "gravi ragioni di convenienza" di cui al penultimo periodo del detto art. 7 e dell'art. 51 c.p.c.)" ed ha nel prosieguo precisato che "rilevano sia palesi situazioni di conflitto di interessi, sia situazioni di conflitto di interessi (in questo senso) potenziali, perché tale nozione include non soltanto le ipotesi di conflitto attuale e concreto, ma anche quelle che potrebbero derivare da una condizione non tipizzata ma ugualmente idonea a determinare il rischio".

Le situazioni di "potenziale conflitto" sono identificate in primo luogo, in quelle che, per loro natura, pur non costituendo allo stato una delle situazioni tipizzate, siano destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato. A queste vengono aggiunte "quelle situazioni le quali possano per sé favorire l'insorgere di un rapporto di favore o comunque di non indipendenza e imparzialità in relazione a rapporti pregressi, solo però se inquadrabili per sé nelle categorie dei conflitti tipizzati. Si pensi a una situazione di pregressa frequentazione abituale (un vecchio compagno di studi) che ben potrebbe risorgere (dove la potenzialità) o comunque ingenerare dubbi di parzialità (dunque le gravi ragioni di convenienza)".

Nel medesimo parere si è peraltro al riguardo evidenziato che "proprio poiché l'aggettivo "potenziale" rende ambigua la qualificazione della situazione di conflitto di interessi che impone l'obbligo di astensione dell'organo che deve svolgere una determinata attività all'interno dell'ufficio pubblico, e l'espressione gravi ragioni di convenienza è ancora generica, è opportuno precisare che possono configurarsi ipotesi di potenziale conflitto di interessi, *con conseguente obbligo di astensione, solo quando ragionevolmente l'organo amministrativo chiamato a svolgere una determinata attività si trovi in una posizione personale e/o abbia relazioni con terzi che possono, anche astrattamente, inquinare l'imparzialità dell'azione amministrativa, con riferimento alla potenzialità del verificarsi di una situazione*

tipizzata di conflitto".

10.11. Alla luce delle superiori coordinate ermeneutiche nella fattispecie in esame non sussisteva la dedotta situazione di conflitto di interesse, rilevante ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. d), né a livello tipizzato, non essendo ravvisabile alcuno dei rapporti evidenziati nella norma di cui all'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 citato, né a livello potenziale.

Ed infatti:

- la sorella della Dirigente Lorusso non è una dipendente o amministratore o socio della società che ha partecipato all'appalto (Ladisa S.r.l. presso cui aveva lavorato dal 2011 fino al 2020, cioè fino a due anni prima dell'indizione della gara per cui è causa) dovendosi perciò escludere la sussistenza di una situazione di conflitto di interessi tipizzata dal codice (parentela);

- la stessa non è amministratore, non possiede quote, né ha alcun ruolo direttivo nella società Finlad s.r.l. (soc. holding che controlla, tra gli altri, la soc. Ladisa s.r.l.); sotto questo profilo la sentenza impugnata afferma che la dott.ssa Valeria Lorusso sarebbe una dirigente di impresa nonostante tale *status* non risulta comprovato da alcun documento agli atti del giudizio e tale circostanza è stata sempre espressamente contestata da Ladisa.

Non è quindi ravvisabile in capo alla Dirigente Lorusso, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale (mancando la dimostrazione di una cointeressenza concreta ed effettiva tra la sorella della dirigente, impiegata nella soc. Finlad, e la Ladisa S.r.l. circa l'esito della gara), che possa essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto.

Sotto altro profilo va rilevato che la riconducibilità di un interesse che lega la sorella della dipendente a Ladisa è stata argomentata dal giudice di prime cure sostenendo che Finlad ha soltanto 10 dipendenti e che Ladisa costituisce il suo principale *asset* economico. Anche tale passaggio motivazionale appare privo di supporto probatorio ed è stato espressamente contestato da Ladisa, atteso che non

risulta prodotta nel giudizio di primo grado alcuna visura camerale di Finlad da cui desumere quanto affermato dal TAR; nelle proprie difese Ladisa riferisce che in realtà la Finlad è una società avente ad oggetto investimenti finanziari (tra i quali, l'assunzione o la cessione di partecipazioni societarie) e la direzione ed il coordinamento degli investimenti erogati a beneficio delle imprese partecipate. La soc. Finlad controlla, oltre alla Ladisa S.r.l., svariate società che operano in diversi settori economici, come quello della logistica, della distribuzione e commercializzazione di piatti pronti o del facility management (essa controlla, tra gli altri, anche la soc. Logistica 4.0 S.r.l., la soc. Che Bontà, la soc. Simo FM), per cui la Ladisa S.r.l. è solo uno degli asset economici da essa detenuti.

Né può fondatamente ritenersi – invero in estrema ipotesi - che l'interesse potenziale della dirigente a favorire la Ladisa possa, in senso lato, identificarsi nella stabilità del contratto di lavoro dipendente della propria sorella quale impiegata della Finlad s.r.l (società controllante della Ladisa), atteso che la controllata Ladisa (circostanza non contestata dalla controparte) ha attualmente circa 190 appalti in corso in tutta Italia e per ingenti importi, sicché nemmeno potrebbe ragionevolmente sostenersi che l'aggiudicazione dell'appalto per cui è causa in favore della Ladisa sia in qualche modo esiziale per la conservazione del posto di lavoro della sorella in Finlad s.r.l., apparendo in verità del tutto inconferente.

10.12. Ne consegue allora che un'ipotetica - e peraltro nemmeno adombrata - soggezione dei componenti della commissione giudicatrice nominati dalla Dirigente comunale costituirebbe mera illazione non supportata da alcun elemento probatorio, sicché ben può applicarsi alla fattispecie in esame il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui *"nel settore dei contratti pubblici l'ipotesi del conflitto di interessi non può essere predicata in astratto, ma deve essere accertata in concreto sulla base di prove specifiche. Si richiede in altri termini che la minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione ex art. 42, comma 2, d.lgs. n. 50 del 2016, in*

relazione alla causa di esclusione prevista dall'art. 80, comma 5, lett. d), del medesimo codice, sia dimostrata sulla base di presupposti specifici" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2020, n. 5370; Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2020, n. 2863; Cons. Stato, sez. V, 17 aprile 2019, n. 2511).

10.13. Va ancora rilevato che la nota del 04.10.2023 con la quale la dott.ssa Lorusso ha dichiarato di volersi astenere da ulteriori atti della procedura (ed a seguito della quale la dott.ssa Lorusso è stata sostituita con il dott. Partipilo) non costituisce di per sé un riconoscimento confessorio o una prova del fatto che il potenziale conflitto di interessi fosse esistente; con note immediatamente successive, infatti, la Dirigente medesima ha precisato di volersi astenere per mere ragioni di opportunità in considerazione delle verifiche in corso da parte degli uffici preposti sull'esposto presentato dal RTI ricorrente in primo grado, pur nella convinzione dell'assenza di un dovere giuridico di astensione.

Analogamente deve dirsi che nemmeno l'avvenuta sostituzione della dirigente con altro funzionario disposta dal Comune il 06.10.2023, costituisce prova della sussistenza del conflitto di interessi.

10.14. Va anzi rilevato che non essendo ravvisabile alcun conflitto di interessi, non era nemmeno dovuta la dichiarazione di cui all'art. 42 comma 3 del Codice da parte della dirigente comunale.

Sotto questo profilo il giudice di prime cure ha errato a considerare violate le prescrizioni del PIAO 2023-2025 del Comune di Bari in quanto il documento, nel declinare gli obblighi dichiarativi del funzionario comunale, richiede di segnalare l'esistenza di situazioni di interferenza proprie, del coniuge o di parenti entro il secondo grado con i titolari, i soci, gli amministratori o i dipendenti "di soggetti che abbiano con l'ufficio rapporti contrattuali" e non di qualsiasi altro soggetto.

11. Conclusivamente, l'appello numero di R.G. 6907/2024 proposto da Ladisa è fondato e va accolto e, per l'effetto, va respinto il ricorso di primo grado proposto dall'RTI Cooperativa Lavoro/Vivenda (terzi e quarti motivi aggiunti).

12. Va quindi esaminato l'appello numero di R.G. 5969/2024 proposto dal RTI

Cooperativa Lavoro/Vivenda avverso la sentenza n.736/2024.

13. Con un primo motivo il RTI ha impugnato la sentenza nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il ricorso di primo grado e i primi due motivi aggiunti con i quali aveva impugnato il provvedimento di esclusione emesso ai propri danni relativamente al Lotto 1, avendo la stazione appaltante ritenuto la propria offerta inattendibile, e comunque insufficienti ed inadeguate le giustificazioni rese nel tentativo di comprovare la congruità della stessa.

Le censure volte a contestare il provvedimento di esclusione per anomalia sono state ritenute inammissibili da parte del TAR il quale ha rilevato che *“esse infatti travalicano i limiti del sindacato di legittimità e comunque non sono idonee a mettere in luce ragioni di manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrio o travisamento dei fatti”*.

Sotto un primo profilo il RTI appellante lamenta che il TAR si sarebbe limitato a premettere, in sentenza, una sintesi dei principi scolpiti dalla giurisprudenza in ordine alla natura e alla finalità del procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte al fine di precisare quali siano i limiti del sindacato del giudice amministrativo, senza però farsi carico di esaminare, o anche solo di riportare, le specifiche censure proposte avverso la coerenza motivazionale della procedura valutativa e dei suoi esiti; ritenendole poi apoditticamente inammissibili in quanto ritenute non idonee a mettere in rilievo i dedotti profili di eccesso di potere sub specie di difetto di motivazione, di illogicità manifesta e di erroneità dei presupposti di fatto.

Lamenta che il Tar avrebbe dovuto, invece, espletare il controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa, e verificata l'esistenza dei denunciati errori di fatto, passare alla verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo.

13.1. La censura è fondata.

Nelle gare pubbliche la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte; la relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato, renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (Consiglio di Stato sez. III, 13/03/2018, n.1609); in merito al procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla Pubblica amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente la verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera propria della Pubblica amministrazione, in esercizio di discrezionalità tecnica.

Orbene il giudice di prime cure non risulta aver fatto buon governo di tali principi posto che – in disparte l'enunciazione di noti principi giurisprudenziali in materia di valutazione di anomalia dell'offerta - si è limitato, cripticamente e sommariamente, ad affermare al punto 6) della sentenza che *‘Le censure della ricorrente principale (come quelle del ricorso incidentale e del controricorso incidentale di analogo tenore) devono essere ritenute inammissibili: esse infatti travalicano i limiti del sindacato di legittimità e comunque non sono idonee a mettere in luce ragioni di manifesta illogicità, irrazionalità, irragionevolezza, arbitrio o travisamento dei fatti. Occorre precisare che tale conclusione non può ovviamente essere intesa (sia pur implicitamente) come avallo dell'operato dell'Amministrazione, ma sottolinea che a fronte delle penetranti censure svolte dal r.t.i. ricorrente in via principale, alle quali corrispondono altrettanto puntuali argomentazioni difensive delle resistenti, non è possibile giungere alla conclusione che esistano evidenti e sicuri profili di illogicità, contraddittorietà e erronea*

valutazione dei presupposti che avrebbero consentito di accogliere i rilievi della ricorrente.

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

La decisione sul punto è erronea perché in effetti il giudice di prime cure si limita ad apoditticamente affermare che le penetranti censure formulate dal RTI sono contrastate da altrettanto puntuali controdeduzioni delle parti resistenti senza nemmeno curarsi di illustrarle, rinunciando così a priori ad esercitare anche un effettivo sindacato estrinseco sul giudizio di anomalia; in realtà, come più sopra rilevato, il vaglio giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica si sostanzia in un sindacato cui non è sottratta la verifica in ordine alla correttezza della stessa regola tecnica, ed ha ad oggetto l'intrinseca logicità del metodo seguito, nonché la congruità dell'istruttoria e la sufficienza della motivazione che sorregge le conclusioni cui è pervenuta la S.A.; l'unico limite cui tale sindacato è soggetto è quello di natura sostitutiva, essendo precluso al Giudice sovrapporre una propria valutazione a quella della p.a., cosicché la declaratoria di inammissibilità può investire soltanto le censure volte a sollecitare l'esercizio del potere giurisdizionale in termini siffatti.

Il che, però, non si è verificato nel caso in esame, posto che le censure proposte dal RTI appellante – incentrate sulla comparazione tra le singole richieste di chiarimenti (la prima del 24 gennaio, la seconda del 23 marzo e la terza del 28

aprile) e le relative giustificazioni rese – si appuntavano sul vizio del provvedimento di esclusione impugnato sotto specie di violazione dell'art. 97, d.lgs. n. 50/2016, oltre che di eccesso di potere per difetto di istruttoria, carente motivazione, illogicità manifesta.

Va quindi riformata la statuizione di inammissibilità inopinatamente adottata dal T.A.R. senza alcuna disamina delle censure proposte le quali, nei limiti suindicati, vanno di seguito esaminate nel merito.

13.2. Nel merito l'appellante deduce, in via generale, l'illegittimità del sub-procedimento amministrativo della verifica di anomalia dell'offerta, evidenziando che lo stesso è stato condotto in violazione dello schema procedimentale disegnato dall'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui la Stazione appaltante può escludere l'offerta solo se *“la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti tenendo conto degli elementi di cui al comma 4”*.

Sostiene che il Comune di Bari non avrebbe dimostrato in che modo, sotto il profilo economico, i costi sarebbero stati sottostimati al punto da condurre ad una valutazione finale di insostenibilità dell'offerta. La censura, al pari delle altre, non sarebbe stata delibata dal TAR pur se vertente su aspetti procedurali incidenti sul diritto al giusto contraddittorio e non su aspetti di merito.

Il giudizio di anomalia formulato dall'Amministrazione, inoltre, non potrebbe dirsi espresso in termini “complessivi” quanto, piuttosto, “formalistici”, nel senso che la Stazione appaltante si sarebbe limitata a verificare – peraltro incorrendo in una pluralità di errori marchiani e di sviste - la completezza formale dei dati prodotti, mentre avrebbe dovuto farsi carico di accertare la complessiva sostenibilità dell'offerta e solo all'esito di una siffatta istruttoria di carattere sostanziale qualificare l'offerta come anomala ovvero congrua.

Sostiene il r.t.i. appellante che la gara per cui è causa presenta elementi di peculiarità rispetto a procedure analoghe indette dagli enti locali: il Comune di Bari, infatti, ha posto a base di gara un prezzo per pasto di euro 6,20 oltre IVA,

ossia un corrispettivo nettamente più alto rispetto alla media e persino rispetto a quello (€ 5,50) stimato congruo dall'ANAC, decidendo di assegnare solo 20 punti su 100 complessivi all'offerta economica, con il chiaro intento di non stimolare ribassi eccessivi.

Tenuto conto di ciò il r.t.i. appellante ritiene di avere offerto un prezzo di per sé congruo (5,95 euro a pasto per il lotto 1) e, pertanto, di potere conseguire un utile di €55.860,00 per il lotto in questione.

13.3. Nel dettaglio, le censure proposte avverso il verbale del 22 maggio 2023 si appuntano in primo luogo sul costo della manodopera.

Il r.t.i. appellante contesta analiticamente quanto rilevato nel verbale e deduce:

- di avere indicato un costo della manodopera pari ad euro 2.810.264,69, quindi più elevato rispetto a quello stimato, ex art. 23, comma 16, del d.lgs. 50 del 2016, dalla Stazione appaltante pari ad euro 2.523.276,00 (di euro 286.988,69) ed inoltre che il costo della manodopera indicato dal raggruppamento primo graduato è conforme a quello desumibile dalle tabelle ministeriali; detto rilievo sarebbe già sufficiente ad escludere che il costo della manodopera possa essere ritenuto incongruo;
- le Tabelle Ministeriali già prevedono, al rigo 2 della voce “elementi della retribuzione”, un numero medio di ben tre scatti di anzianità già più che sufficienti a coprire la durata quadriennale dell'appalto in questione; sicché il rilievo relativo agli scatti di anzianità sarebbe del tutto fuori centro;
- il costo del personale è stato calcolato applicando i dati di assenteismo previsti dalla Tabella Ministeriale, ed una aliquota INAIL superiore a quella effettiva e di tanto si sarebbe conto nelle giustificazioni (cfr. seconde giustificazioni del 5.4.2023);
- l'elemento descrittivo del “Welfare aziendale” aveva il solo scopo di dar conto delle misure adottate dalle imprese raggruppate per la fidelizzazione del personale e riguardando prestazioni garantite da polizze stipulate in via generale per tutto il personale, rientrerebbe al più nelle spese generali insieme a tutti i costi delle

assicurazioni aziendali.

13.4. Con un secondo ordine di censure l'appellante contesta le considerazioni della S.A. sul costo delle materie prime.

Contesta la conclusione del Comune laddove afferma che *“l’offerta proposta è priva di riscontri oggettivi anche per quanto riguarda l’attendibilità del costo per le materie prime necessarie per la preparazione dei pasti che, nell’ambito di una gara per l’affidamento del servizio di ristorazione scolastica, rappresenta una voce di primaria rilevanza”*. In particolare, dopo aver analizzato gli elementi valorizzati dal RTI, l’Amministrazione ha concluso affermando che *“la commissione e il RUP, dunque, verificata la documentazione prodotta con riferimento alla voce di costo “costo delle materie prime” ritengono che i costi indicati non siano stati oggetto di giustificazioni puntuali, dettagliate, certe, attendibili e verificabili, come pure rilevano la carenza della inconfutabile prova della sussistenza di rapporti negoziali con i diversi fornitori e della scontistica riconducibile alle forniture in esame”*

Deduce l'appellante:

- quanto ai listini prezzi dei fornitori delle materie prime questi farebbero riferimento ai contratti di fornitura che sono espressamente sottoscritti sia dalla Coop. La Cascina che dalle controllate Vivenda e La Cascina Global service S.r.l. (oggi fusa con Vivenda). I contratti recano tutti data anteriore rispetto a quella della pubblicazione del bando;
- i listini collegati ai predetti contratti di fornitura non possono che riferirsi alle società firmatarie dei contratti stessi a nulla rilevando la circostanza che siano stati trasmessi alla holding del gruppo poiché nei contratti prodotti, i vincoli negoziali sono assunti dalla coop. holding e dalle società controllate, oltre che da Solidarietà e Lavoro;
- priva di fondamento sarebbe l’asserzione secondo cui i listini allegati alle giustificazioni non sarebbero attendibili poiché per taluni prodotti l’Amministrazione non sarebbe stata posta in condizione di incrociare i codici

identificativi dei prodotti stessi con i relativi prezzi; sostiene, l'appellante, di avere fornito i contratti, i preventivi e i listini e da questi documenti sarebbero desumibili chiaramente i codici dei prodotti;

- quanto agli scostamenti del costo di alcune derrate lamenta che le incongruenze rilevate dal Comune rispetto ai menù che effettivamente saranno serviti agli utenti sarebbero del tutto inidonee a giustificare un giudizio di insostenibilità dell'offerta. Si tratterebbe infatti, di scostamenti infinitesimi determinati, a tutto voler concedere, da meri refusi. Gli scostamenti in parola, peraltro, - ove pure di ciò si tratti - sarebbero stati causati dalla stessa Amministrazione la quale avrebbe inserito dati erronei all'interno di talune prescrizioni del CSA;

- inconferente sarebbe poi il riferimento alla differenza fra l'incidenza del costo delle derrate per ogni pasto indicata dalla deducente (€ 1,38) rispetto a quello desunto dalla relazione di accompagnamento ai CAM (€ 1,60). In proposito nella relazione predetta non si indica un costo vincolante bensì un dato medio rispetto al mercato nazionale, ciò che implica una oscillazione tra valori minimi e valori massimi all'interno dei quali va a collocarsi, senza dubbio, il costo indicato dalla deducente.

La deducente ha stimato un costo complessivo in € 1.101.240,00 (calcolato in relazione a 798.000 pasti e con una incidenza a pasto di €1,38) e deduce che anche se si computasse il costo di €1,60, il complessivo costo delle derrate ascenderebbe ad € 1.276.800,00, incremento che non sarebbe idoneo a condurre in perdita l'offerta;

- quanto agli scarti derivanti dalla lavorazione delle materie prime lamenta che il Comune afferma che il costo del pasto indicato dal raggruppamento non considererebbe l'incidenza degli scarti derivanti dalla lavorazione. Deduce, sul punto, che il R.U.P. e la commissione non smentiscono i rilievi tecnici formulati dal r.t.i. in merito agli "scarti", ma si limitano a non dividerle;

- sul costo per trasporto pasti lamenta che nel provvedimento impugnato si legge:

“con riferimento al costo per il trasporto dei pasti”, l'operatore dichiarava di avvalersi di un contratto di noleggio al costo mensile di € 694,66 che, moltiplicato per il numero dei mezzi (n.12 mezzi) e per il numero di mesi di servizio (n.9 mesi) e per il numero di anni (n.4 anni) genera un costo complessivo per il noleggio pari a € 300.093,12. Il R.T.I. non fornisce prova adeguata circa l'attendibilità del costo indicato. Il preventivo prodotto, infatti, è privo di data e, in quanto tale, non dimostra, in termini oggettivi, che il prezzo offerto sia in linea con i prezzi del mercato”. Deduce che anche questo rilievo sarebbe eccessivamente formalistico lamentando che il preventivo esibito non può essere contestato sulla base della mera indicazione della data;

- sul costo del software si duole che il Comune abbia affermato: “con riferimento ai "Costi per il sistema informatizzato", si rileva che il costo stimato per la "RILEVAZIONE PRESENZE CON APP SERVIZI MENSA E SQUILLO TELEFONICO" di € 1.200,00 è errato, atteso che il costo indicato nel preventivo ammonta a € 600,00 a titolo di canone annuo; pertanto, il costo corretto ammonterebbe a € 2.400,00”. Anche a tal proposito, non sarebbe dato comprendere come la cifra di € 2.400,00 potrebbe incidere sulla sostenibilità complessiva dell'offerta. In definitiva, l'errore di calcolo ammonterebbe ad € 1.200,00 nel quadriennio per ciascun lotto pari, rispettivamente, allo 0,025% dell'offerta presentata per il Lotto 1.

13.5. Il RTI appellante contesta poi analiticamente anche le altre incongruenze rilevate nel verbale del 22 maggio 2023 dalla Commissione e dal Rup con riferimento al costo della formazione e della comunicazione e sulla congruità dell'utile.

14. Il motivo di appello è infondato.

Va opportunamente premesso che *“Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione ma, piuttosto, ad accertare in concreto se la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta*

esecuzione dell'appalto e se i prezzi offerti trovino rispondenza nella realtà, sia di mercato che aziendale, cioè se gli stessi siano verosimili in relazione alle modalità con cui si svolge il lavoro, alle dimensioni dell'azienda, alla capacità di effettuare acquisti convenienti o di realizzare particolari economie di scala” (Consiglio di Stato sez. III, 31/10/2022, n.9395).

Sotto questo profilo, pertanto, il Collegio rileva che non può procedersi a una riconsiderazione atomistica di ogni singola voce contestata dall'appellante posto che il giudizio di anomalia dell'offerta è la risultanza di vari elementi di incongruità riscontrate sotto il profilo dei costi della manodopera, delle materie prime, della costificazione del “totale costo pasto medio” ed altro, che considerati nel loro insieme rendono più che plausibili le conclusioni rassegnate dal Rup e dalla Commissione, consentendo di escludere la sussistenza dei denunciati vizi di illogicità manifesta, di erroneità nei presupposti di fatto o di incoerenza della procedura valutativa. Il giudizio della commissione, infatti, sfugge al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere, sub specie di difetto di motivazione, di illogicità manifesta, di erroneità nei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti.

Nel caso in esame, il Collegio osserva che i rilievi complessivamente riportati nei verbali dalla Commissione, con i quali si pongono in evidenza le criticità e gli indici di inattendibilità sul piano economico dell'offerta della ricorrente risultano, con motivata coerenza, conseguenza delle incongruenze riscontrate tra quanto dichiarato con le giustificazioni e quanto documentato con gli allegati, che si sono rivelati inidonei per verificare l'attendibilità delle stesse.

Il Collegio, in particolare, rileva che a consolidare il giudizio negativo di anomalia dell'offerta contribuiscono in maniera decisiva la mancanza di prove oggettive circa l'attendibilità e la sostenibilità del costo per le materie prime necessarie per la preparazione dei pasti che, nell'ambito di una gara per l'affidamento del servizio di

ristorazione scolastica, rappresenta una voce di costo di primaria rilevanza, soprattutto in ragione dell'alto livello qualitativo richiesto dall'amministrazione e offerto dalle società concorrenti.

14.1. Sotto un primo profilo, come sopra riferito, le censure dell'appellante sono rivolte alle incongruità rilevate dal Rup e dalla Commissione con riferimento al costo della manodopera.

Premette, l'appellante, che con la prima richiesta di giustificazioni del 24 gennaio il Comune ha invitato l'aggiudicatario a fornire giustificazioni del tutto genericamente, e con quella del 23 marzo, dopo aver riconosciuto che il "il costo orario della manodopera è coerente con la tabella ministeriale" ha sollecitato la mera specificazione delle modalità di calcolo dei costi annui del personale e dell'incidenza di eventuali rinnovi contrattuali. Acquisite tali ulteriori giustificazioni, in data 28 aprile, nell'ultima (la terza) richiesta di integrazioni il tema del costo della manodopera non è stato più affrontato, così ingenerando nel concorrente il convincimento che sul punto i chiarimenti forniti fossero stati appaganti.

Deduce di avere indicato un costo della manodopera pari ad euro 2.810.264,69, quindi più elevato rispetto a quello stimato, ex art. 23, comma 16, del d.lgs. 50 del 2016, dalla Stazione appaltante pari ad euro 2.523.276,00 (di euro 286.988,69) e che, pertanto, detto rilievo sarebbe già di per sé sufficiente ad escludere che il costo della manodopera possa essere ritenuto incongruo.

Rileva il Collegio che le doglianze dell'appellante non sono idonee a indurre un convincimento di manifesta irragionevolezza o illogicità rispetto a quanto rilevato nell'impugnato verbale del 22/05/2024.

Sotto un primo profilo, come rilevato dalla difesa della Ladisa, al momento della pubblicazione del bando di gara, il CCNL di settore – il CCNL "Pubblici Esercizi, Ristorazione Collettiva e Commerciale, Turismo" indicato negli atti di gara – era già scaduto attesa la sua decorrenza contrattuale il 31 dicembre 2021; in ragione di ciò con la nota prot. 104618.U del 23.3.2023 il Comune di Bari aveva

specificamente chiesto chiarimenti in merito alla previsione degli eventuali rinnovi contrattuali, che il RTI appellante non ha però fornito né nelle seconde, né nelle terze giustificazioni.

Rispetto a quanto richiesto dalla Commissione e dal RUP nel verbale del 23.3.2023, il RTI non ha mai indicato nelle successive terze giustificazioni i criteri utilizzati per calcolare il monte ore annuo delle diverse figure professionali da impiegare nella commessa, ma ha invece precisato di aver calcolato il costo della manodopera su una stima in eccesso di 154 giornate lavorative per anno.

La giustificazione resa dall'appellante non sembra però dirimente perché l'accordo quadro è parametrato su un numero di giornate lavorative pari a 140/anno, sicché non risulta chiaro se il maggior costo della manodopera nell'offerta dell'appellante sia legato ad un migliore trattamento economico della forza lavoro, ovvero ad un errato calcolo delle giornate lavorative necessarie per l'espletamento dell'appalto.

Ma in disparte ciò, va comunque rilevato che quanto alle economie di spese dedotte dall'appellante, si fa riferimento a sgravi fiscali - stimati in circa €174.676,04 pari ad oltre il 6% del costo del personale (c.d. Decontribuzione Sud) - laddove nel verbale viene rilevato che lo sgravio dei contributi previdenziali è soggetto, per stessa indicazione dell'operatore, ad apposita autorizzazione della Commissione europea: sicché ne deducono del tutto ragionevolmente la Commissione e il RUP - senza che l'RTI abbia fornito adeguata giustificazione - che il risparmio quantificato, pari a €147,090,33 risulta subordinato ad una serie di condizioni non rientranti nella sfera di signoria dell'offerente e che, pertanto, non consentono di ritenere dimostrata la riduzione sugli oneri previdenziali.

Ed ancora viene rilevato che relativamente ai costi di sostituzione del personale, l'operatore dichiara un'incidenza inferiore rispetto al costo tabellare medio considerando, esclusivamente, l'assenza per ferie del personale e non anche le altre assenze relative ad altri istituti contrattuali.

Nel verbale si conclude sul punto rilevando che le giustificazioni fanno riferimento

ad ipotetici risparmi senza, al contempo, fornire chiara evidenza dei costi correlati a rinnovi contrattuali, a scatti di anzianità e neppure al “welfare aziendale” richiamato nell'offerta tecnica.

Rispetto a tale motivazione l'appellante RTI avrebbe dovuto dimostrare di avere adeguatamente spiegato, con le proprie giustificazioni, come coprire eventuali sostituzioni per ferie, malattie e assenze varie o comunque fornire siffatte spiegazioni, quanto meno, in ambito processuale, dando conto, in primo luogo, delle ore effettivamente considerate e, di conseguenza, di una o più ragioni concretamente verificabili di riduzione dei valori standard contenuti nelle tabelle ministeriali (cfr. Cons. Stato, V, 22 marzo 2021, n. 2437).

La conclusione raggiunta dal r.u.p. e dalla Commissione risulta dunque coerente rispetto alle carenze dei giustificativi del RTI appellante e non può essere superata dalle deduzioni processuali sia del primo che del secondo grado, che si limitano a ribadire l'inadeguato contenuto del giudizio di anomalia.

14.2. Tuttavia, le maggiori incongruenze rilevate dal Rup e dalla Commissione, come anticipato, riguardano l'attendibilità e la sostenibilità del costo per le materie prime necessarie per la preparazione dei pasti.

Anche su tali aspetti il RTI appellante si dilunga in una serie di analitiche contestazioni su ciascuna singola voce, rilevandosi tuttavia che esse non sono idonee a indurre nel Collegio il convincimento circa la manifesta illogicità delle conclusioni cui sono pervenuti la Commissione e il Rup.

14.3. Osserva in primo luogo il Collegio, che nel verbale del 22 maggio 2023 si dà preliminarmente atto come la Relazione di accompagnamento ai CAM sul servizio di ristorazione collettiva e fornitura derrate alimentari (D.M. 65/2020) costituisca un elemento di raffronto ragionevole e pertinente e come la percentuale di incidenza delle materie prime del 35,4 % sul totale dei costi, sebbene non sia vincolante, costituisca comunque un utile e motivato parametro di congruità dell'offerta, dal quale in base ai principi generali che regolano l'azione amministrativa è ovviamente possibile discostarsi, a condizione che lo scostamento

sia giustificato in modo puntuale e rigoroso.

Sul punto la doglianza dell'appellante circa la non vincolatività della Relazione di accompagnamento ai CAM non risulta pertinente alla luce di quanto correttamente premesso nel verbale circa la considerazione del parametro in argomento, quale utile e ragionevole elemento di raffronto, peraltro temperato dal prudente apprezzamento in concreto dei costi.

Essendosi il RTI aggiudicatario allontanato da quel parametro di valutazione, la Commissione e il RUP hanno ritenuto, secondo criteri di ragionevolezza, di disporre un supplemento di istruttoria al fine di acquisire ulteriori chiarimenti utili alla determinazione del costo medio di 1,38 con riferimento ai listini prezzi dei fornitori delle materie prime, nonché di acquisire gli accordi commerciali e altri documenti utili alla determinazione del costo medio.

Orbene nelle giustificazioni trasmesse alla stazione appaltante, l'operatore ha motivato il costo delle derrate richiamando le condizioni particolarmente vantaggiose di cui godrebbe negli approvvigionamenti in virtù di un consolidato rapporto commerciale con Marr S.p.A. e Mi.vo SrI.

La Commissione tuttavia ha osservato che non vi è alcun riferimento documentale ai rapporti commerciali con Magris e Cap Commerciale e come le giustificazioni sono assolutamente generiche e riproduttive di mere formule di stile impiegate da tutti gli operatori economici di grandi dimensioni, posto che costituisce un dato di comune esperienza che ogni importante gruppo industriale riesca normalmente ad ottenere sul mercato condizioni vantaggiose di acquisto delle proprie materie prime. Nelle giustificazioni prodotte, infatti, sono stati allegati una serie di documenti (sette) puntualmente e dettagliatamente descritti nel verbale – ossia listini fornitori e contratti di fornitura che non appare necessario qui ritrascrivere pedissequamente - relativamente ai quali manca la prova adeguata circa la riconducibilità degli stessi ai rispettivi fornitori.

Va rilevato che le deduzioni svolte in appello dal RTI in margine a detti documenti,

come sopra riportate, non superano i rilievi mossi all'offerta in quanto costituiscono valutazioni soggettive dell'appellante circa la rilevanza probatoria di detti documenti che tuttavia nella loro oggettività, non appaiono emendati dai vizi rilevati nel verbale.

14.4. Altro rilevante indice di incongruità afferisce alle modalità per la "costificazione" del pasto medio di €1,38.

Nel verbale è riportato che nelle pagine da 8 a 15 delle giustificazioni sono stati indicati, per ciascun menù invernale ed estivo, in corrispondenza di ciascun giorno della settimana, la descrizione dei piatti, gli ingredienti, la grammatura per la scuola dell'infanzia e quella per la scuola primaria, il costo/Kg di ciascuna derrata come da listino e il costo unitario per l'infanzia e per la primaria.

A pag. 16, è stato, infine, individuato il "costo pasto giornaliero" per la scuola dell'infanzia, pari a €1,207, e il "costo pasto giornaliero" per la scuola primaria, pari a €1,448 e, in ultimo, il "costo pasto medio menù per tutte le tipologie di utenza", pari a €1,32. L'operatore ha poi introdotto un nuovo elemento di costo rispetto a quello di cui alle prime giustificazioni rappresentato dai materiali "no food", pari a complessivi €0,059 a pasto, arrivando a costificare un "totale costo pasto medio" pari a €1,38.

Sicché la Commissione ha rilevato:

- che nelle prime giustificazioni il RTI ha indicato quale "costo delle materie prime" l'importo complessivo di €1.101.240,00, con una incidenza a pasto di €1,38 corrispondente al 23,19%;

- nelle seconde giustificazioni (nota del 05/04/2023) ha indicato, invece, un costo per le derrate di €1,32 corrispondente ad un'incidenza del 22,19% a pasto;

rilevando conclusivamente che tale percentuale si discosta in modo maggiormente significativo dal valore individuato dalla relazione di accompagnamento CAM Servizio di ristorazione collettiva e fornitura derrate alimentari (D.M. n. 65/2020), pari al 35,4%.

L'appellante, come sopra riferito, deduce al riguardo che anche se si computasse il

costo di € 1,60, il complessivo costo delle derrate ascenderebbe ad euro 1.276.800,00, incremento che non sarebbe idoneo a condurre in perdita l'offerta.

Nel rilevare che l'appellante nulla deduce specificamente sullo scostamento della percentuale di incidenza delle derrate sul "totale costo pasto medio", va ulteriormente rilevato che detta incongruenza non giustificata, come detto, incide non isolatamente sull'affidabilità offerta, ma sinergicamente con tutti gli altri ulteriori rilievi complessivamente ed unitariamente considerati.

14.5. Altro rilievo, infatti, riguarda lo scarto di lavorazione relativo all'ortofrutta che il RTI ha dichiarato essere "*sensibilmente influenzato dalla tipologia e dalla stagionalità*", di talché la Commissione e il Rup ne hanno tratto la conclusione che pur confermando l'effettiva presenza di quantitativi variabili di scarto, il RTI non ha quantificato, e quindi costificato - nemmeno sotto forma di media - l'entità del suddetto scarto; rilevando peraltro che il RTI, in un primo momento ha affermato che l'incidenza sulle quantità e, dunque, sul costo degli scarti di lavorazione non è "aprioristicamente quantificabile", per poi invece contraddittoriamente affermare che "la ricaduta economica è del tutto trascurabile o meglio prossima allo 0".

Orbene sul punto l'appellante deduce al riguardo il R.U.P. e la Commissione non avrebbero smentito i rilievi tecnici formulati dal r.t.i. in merito agli "scarti", ma si sarebbero limitati a non dividerle; e tuttavia, rileva il Collegio, i rilievi mossi appaiono precisi e pertinenti mentre nemmeno in giudizio il RTI costifica, sotto forma media, tale voce.

14.6. Ulteriori rilievi sono stati mossi nel verbale con riferimento alle modalità con cui è stata determinata l'incidenza percentuale delle diverse caratteristiche merceologiche previste dai CAM e dall'offerta tecnica.

Nelle giustificazioni prodotte, nelle pagine da 6 a 9 sono riportati, per ciascun menù estivo e invernale, in corrispondenza di ciascun giorno della settimana, la descrizione dei piatti, gli ingredienti, la grammatura per la scuola dell'infanzia e quella per la scuola primaria, il codice articolo da listino, la descrizione parlante da

listino, la Cat. CAM, la Sottocat. CAM.

Il riscontro fornito dal RTI, però, non ha fornito evidenza di quanto richiesto dalla S.A, atteso che le tabelle prodotte, pur riportando il codice articolo e la descrizione parlante, non forniscono indicazione del costo medio delle singole derrate e neppure consentono di pervenire alla giustificazione del “costo pasto medio menù” di €1,32 di cui alle seconde giustificazioni.

14.7. Ulteriori incongruenze sono dettagliatamente riportate nel verbale confrontando le tabelle con descrizione parlante rese in sede di terze giustificazioni e le tabelle prodotte nelle seconde giustificazioni, ove sensibili differenze sono riscontrate tra il prezzo di listino di numerose derrate e il valore indicato come costificazione nelle seconde giustificazioni (in sintesi o manca il codice prodotto nei listini tale da comprovare la veridicità o congruità dei prezzi indicati; o non sono costificati alcuni alimenti, non potendo così concorrere a determinare il costo medio).

Si tratta di incongruenze che rendono inattendibili le tabelle di costificazione e l'incidenza percentuale delle diverse caratteristiche merceologiche previste dai CAM e dall'offerta tecnica e non consentono di concludere che il “costo pasto medio” utilizzato dall'operatore nel calcolo della congruità risulti affidabile.

Va ancora rilevato che in sede di terze giustificazioni le incongruenze rilevate dalla Commissione e dal Rup relativamente al fatto che taluni listini prezzi non fossero riconducibili ai rispettivi fornitori (MARR Spa; Magris; Cap Commerciale; Mi.Vo.; Gnessi Teresa; European) non sono risultate superate. Detti rilievi si sostanziavano riassuntivamente nella circostanza che le dichiarazioni dei suddetti fornitori erano successive alla richiesta di giustificazioni, o, se anteriori, riferite a rapporti di fornitura con soggetti estranei alla procedura di gara (Coop. La Cascina e le controllate Vivenda e La Cascina Global service S.r.L.) così perdurando la carenza di giustificazioni inconfutabili ai fini della comprova del corretto calcolo del “costo pasto medio”.

Non sono al riguardo fondate le argomentazioni del RTI appellante secondo il

quale a nulla rileverebbe che i contratti di fornitura - che sono espressamente sottoscritti sia dalla Coop. La Cascina che dalle controllate Vivenda e La Cascina Global service S.r.l. (oggi fusa con Vivenda) - siano stati trasmessi alla holding del gruppo piuttosto che alle società partecipanti al RTI in gara; ciò sull'assunto che nei contratti prodotti i vincoli negoziali sono comunque assunti dalla coop. holding e dalle società controllate, oltre che da Solidarietà e Lavoro. Rileva infatti il Collegio che si tratta di argomentazioni non idonee a superare il fatto che si tratta di documentazione riferita a rapporti di fornitura con soggetti estranei alla procedura di gara, non potendo perciò i dati in essi riportati concorrere alla determinazione del calcolo del "costo pasto medio".

Ne consegue che anche per detto profilo le conclusioni rassegnate dal Rup e dalla Commissione non appaiono inficiate da vizi di manifesta irragionevolezza o illogicità.

14.8. Per quanto riguarda l'incongruità dei costi delle derrate alimentari nel verbale del 22/05/2023 si dà atto che il RTI con la nota del 05/04/2023 (seconde giustificazioni) forniva indicazione del costo delle singole derrate senza che, per ciascuna di esse, fosse espressa la caratteristica merceologica e/o il codice per riconoscerne le caratteristiche; e che con la nota del 05/05/2023 (terze giustificazioni) l'operatore dava evidenza dei rispettivi codici delle derrate utilizzate per la preparazione dei pasti concernenti rispettivamente i menù estivi e invernali, senza fornire però contestualmente il costo di ognuna di esse.

Sul punto l'appellante si limita a sostenere di avere fornito i contratti, i preventivi e i listini e che da questi documenti sarebbero desumibili chiaramente i codici dei prodotti, ma il Collegio rileva che l'appellante nulla deduce in ordine al fatto che non ha fornito contestualmente il costo di ciascuna di esse; tanto più tenuto conto che risulta anche verbalizzata l'operazione compiuta dalla Commissione e dal Rup che, nell'intento di comprendere e/o verificare la sostenibilità dell'offerta, procedevano a mettere in correlazione i singoli codici delle derrate come declinati

nelle terze giustificazioni con i costi comunicati nelle seconde giustificazioni, verificando, dapprima, la non riconducibilità degli uni agli altri e l'assenza del costo riferito alle derrate i cui codici non sono stati rinvenuti in alcun listino.

Dunque anche in questo caso la conclusione raggiunta dal Rup e dalla Commissione - secondo cui da tale diverso comportamento amministrativo deriva l'impossibilità di sviluppare la costificazione dei pasti come previsti dai menù - appare coerente rispetto alle carenze dei giustificativi del RTI appellante, e non risulta superata dalle difese articolate dall'appellante, che si limitano a ribadire l'inadeguato contenuto del giudizio di anomalia.

14.9. Conclusivamente, per tutto quanto fin qui esposto, si tratta in definitiva di rilievi che appaiono del tutto pertinenti e coerenti con il contraddittorio instaurato nell'ambito del procedimento di verifica, e rispetto ai quali deve rilevarsi che il RTI appellante non ha riscontrato esaustivamente tutte le richieste integrative formulate dal Rup e dalla Commissione; sicché appare superflua la ulteriore disamina di ulteriori voci di incongruità rilevate nel verbale del 22 maggio 2023 e specificamente contestate dal RTI appellante, in quanto le censure fin qui esaminate non consentono di rilevare una qualche intrinseca illogicità o irragionevolezza del giudizio complessivamente espresso dal Rup e dalla Commissione che, nell'esercizio della discrezionalità tecnica che contraddistingue il giudizio di anomalia, hanno giudicato insufficienti le giustificazioni offerte dal raggruppamento al fine di comprovare l'attendibilità e la sostenibilità del costo per le materie prime necessarie per la preparazione dei pasti che - come sopra rilevato - nell'ambito di una gara per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica rappresenta una voce di costo di primaria rilevanza, soprattutto in ragione dell'alto livello qualitativo richiesto dall'amministrazione.

Ciò in conformità con il prevalente indirizzo giurisprudenziale secondo il quale: *“La valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge, e, come tale, sfugge al*

sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti; in altri termini, il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione.” (Consiglio di Stato sez. V, 29/04/2024, n.3854; cfr. anche sez. IV, 29/02/2024, n.1968; sez. V, 26/01/2024, n.850).

15. Con il secondo motivo di appello il RTI appellante lamenta una presunta disparità di trattamento che avrebbe contraddistinto i procedimenti di verifica della congruità dell'offerta delle due concorrenti collocatesi al primo e secondo posto della graduatoria.

Il motivo è infondato avendo in primo luogo l'appellante formulato censure generiche. Peraltro il Collegio rileva, da un lato, che l'apprezzamento della postulata disparità di trattamento denunciata dall'appellante presupporrebbe, in tesi, che le due offerte da confrontare siano identiche, il che ovviamente non è; e, d'altro lato, che il confronto tra le offerte andrebbe necessariamente esteso anche ai due subprocedimenti di verifica della anomalia condotti dalla commissione di gara; ciò che implicherebbe un giudizio comparativo di merito pieno non consentito a questo giudice in base ai limiti del sindacato più volte innanzi precisato; vieppiù considerando che il presupposto sul quale si fonda tale doglianza – e cioè la disparità di trattamento da parte della Commissione giudicatrice in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, a causa del lamentato conflitto di interessi – non può essere condiviso alla luce del rigetto della relativa doglianza.

16. Con il terzo motivo di appello l'RTI Cooperativa Lavoro/Vivenda ha inoltre

impugnato la sentenza nella parte in cui il giudice di prime cure – pur ritenendo sussistere il conflitto di interesse denunciato in atti – non ha disposto l'esclusione di Ladisa S.r.l. ai sensi dell'art. 80, comma 5, Codice appalti, ed ha invece disposto la rinnovazione del segmento procedimentale ad opera di una nuova Commissione.

Il motivo di appello va dichiarato improcedibile per difetto di interesse al suo esame, stante l'accoglimento dell'appello R.G. 6097/2024 proposto da Ladisa, per motivi specularmente opposti, avverso il medesimo capo della sentenza.

17. Va inoltre dichiarato improcedibile, per difetto di interesse al suo esame, l'appello incidentale proposto da Ladisa volto a censurare l'illegittimità dell'aggiudicazione inizialmente disposta in favore dell'RTI Cooperativa Lavoro/Vivenda, sotto il profilo della omessa esclusione per modifica dell'offerta e della evidente sovrastima dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica del RTI aggiudicatario, oltre che degli esiti del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria per omessa individuazione di ulteriori profili di insostenibilità e inaffidabilità della stessa.

18. In definitiva, quanto al giudizio R.G. 5969/2024, l'appello principale proposto dal RTI Cooperativa Lavoro/Vivendi va in parte respinto (in riforma della statuizione di parziale inammissibilità pronunciata in primo grado), e in parte dichiarato improcedibile; l'appello incidentale proposto da Ladisa S.r.l. va anch'esso dichiarato improcedibile.

19. Conclusivamente e riassuntivamente:

- quanto al giudizio R.G. 6097/2024, l'appello proposto da Ladisa S.r.l. va accolto;
- quanto al giudizio R.G. 5969/2024 l'appello principale proposto dall'RTI Cooperativa Lavoro/Vivenda va in parte respinto (in riforma della statuizione di parziale inammissibilità pronunciata in primo grado) e in parte dichiarato improcedibile come in motivazione, mentre l'appello incidentale proposto da Ladisa S.r.l. va dichiarato improcedibile;
- per l'effetto combinato delle due decisioni, va respinto integralmente il ricorso di primo grado, integrato da motivi aggiunti, proposto dal RTI Cooperativa e

Lavoro/Vivenda.

20. Sussistono giustificate ragioni, tenuto conto dalla complessità delle questioni esaminate, per disporre la compensazione integrale tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli R.G. 5969/2024 ed R.G. 6097/2024, come in epigrafe proposti:

- riunisce i ricorsi in appello R.G. 5969/2024 ed R.G. 6097/2024;
- quanto al giudizio R.G. 6097/2024: accoglie l'appello proposto da Ladisa S.r.l.;
- quanto al giudizio R.G. 5969/2024: respinge in parte l'appello principale proposto dall'RTI Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop. /Vivenda S.p.A. e in parte lo dichiara improcedibile come in motivazione, e dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da Ladisa S.r.l.;
- per l'effetto combinato delle due decisioni, respinge integralmente il ricorso di primo grado, integrato da motivi aggiunti, proposto da RTI Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop. /Vivenda S.p.A.;
- compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le persone fisiche e giuridiche contemplate nel presente provvedimento.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Stefania Santoleri, Presidente FF

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Sebastiano Zafarana

IL PRESIDENTE
Stefania Santoleri

IL SEGRETARIO

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