

Pubblicato il 04/08/2022

N. 06923/2022 REG.PROV.COLL.
N. 03819/2022 REG.RIC.
N. 04029/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui seguenti ricorsi in appello:

1) numero di registro generale 3819 del 2022, proposto da Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. - Cirfood S.C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la Regione Liguria e l'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, ciascuna in persona del rispettivo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Marco Barilati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

di Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Maria Bruni, Orsola Cortesini, Giuseppe Morbidelli e Matteo Anastasio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

2) numero di registro generale 4029 del 2022, proposto da Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Maria Bruni, Orsola Cortesini, Giuseppe Morbidelli e Matteo Anastasio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

la Regione Liguria e l'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, ciascuna in persona del rispettivo legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Marco Barilati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

nei confronti

della Società Cirfood S.C., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

quanto al ricorso n. 3819 del 2022:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 249/2022, resa tra le parti, pubblicata in data 28 marzo 2022, concernente Aggiudicazione in favore di Dussmann Service S.r.l. del Lotto 3 della “gara a procedura aperta ai sensi dell'art. 60 D. Lgs. n° 50/2016 tramite la piattaforma di intermediazione telematica denominata “SinTel” per l'affidamento del servizio di ristorazione ospedaliera ed aziendale, a ridotto impatto ambientale, rivolto ai degenti ricoverati presso gli stabilimenti ospedalieri, agli utenti delle strutture residenziali e semiresidenziali territoriali ed ai dipendenti da Ospedale Policlinico San Martino, A.S.S.L. n° 2 Savonese, A.S.S.L. n° 5 Spezzino, ed all'Azienda Pubblica di Servizi alla Persona Emanuele Brignole della Regione Liguria – per la durata di otto anni (opzione di rinnovo per ulteriori dodici mesi), suddivisa in 4 lotti n° gara: 7639192 – ID_119.779.197”;

quanto al ricorso n. 4029 del 2022:

della medesima sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 249/2022.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Liguria e dell'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria nei confronti di entrambi gli appelli e della Società Cirfood S.C. avverso l'appello proposto da Dussmann Service S.r.l.;

Visto altresì l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto da Dussmann Service S.r.l. avverso l'appello proposto dalla Società Cirfood S.C.;

Viste tutte le altre memorie delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 21 luglio 2022, il Cons. Fabrizio Di Rubbo e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con determinazione n. 479 del 20 dicembre 2019, A.L.I.S.A. (l'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria) ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di ristorazione ospedaliera e aziendale, a ridotto impatto ambientale, rivolto ai degenti ricoverati presso gli stabilimenti ospedalieri, agli utenti delle strutture residenziali e semiresidenziali territoriali e ai dipendenti dell'Ospedale Policlinico San Martino (lotto 1), dell'ASSL n. 2 Savonese (lotto 2), dell'ASSL n. 5 Spezzina (lotto 3) e dell'ASP Emanuele Brignole (lotto 4) della Regione Liguria, per la durata di otto anni con opzione di rinnovo per ulteriori dodici mesi.

Alla competizione per il lotto n. 3, oggetto della presente causa, hanno partecipato due operatori, ossia: Dussmann Service S.r.l., che otteneva

100/100 punti (di cui 70/100 per l'offerta tecnica e 30/100 per quella economica), classificandosi al primo posto della graduatoria; Cirfood s.c., che otteneva 96,88 punti (di cui 67,081/100 per l'offerta tecnica e 29,80/100 per quella economica), classificandosi al secondo posto della graduatoria.

Dopo aver sottoposto a verifica di congruità entrambe le offerte, anche avvalendosi dell'ausilio di un tecnico esterno con riferimento specifico al costo della manodopera nelle stesse indicato, il responsabile unico del procedimento, con relazione prot. 329780 del 19 ottobre 2021, le ha ritenute complessivamente serie, sostenibili e congrue.

Con decreto n. 6379 del 21 ottobre 2021, il lotto è stato quindi aggiudicato alla società Dussmann.

2. La società Cirfood impugnava al competente T.A.R. per la Liguria il provvedimento di aggiudicazione e gli altri atti presupposti, chiedendo altresì la concessione di misure cautelari. L'impugnativa si fondava su sette motivi.

2.1. Con il primo motivo essa deduceva: mancata esclusione della società Dussmann per mancata previsione nelle giustificazioni di tutte le ore lavorate indicate al punto *sub* 6.2 del progetto; violazione del principio d'immodificabilità dell'offerta; incongruità e insostenibilità economica; mancata esclusione dalla gara; riduzione delle ore in sede di verifica dell'anomalia. Secondo la ricorrente, in sostanza, la società Dussmann avrebbe dovuto essere esclusa per aver ridotto, in sede di verifica dell'anomalia, il monte ore lavorate annuale, mutando sensibilmente un elemento essenziale dell'offerta.

2.2. Con il secondo motivo la società deduceva: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95, co. 10, e 97, co. 5, lett. *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016; incongruità del costo del lavoro offerto da Dussmann Service S.r.l.; offerta in perdita; condotta anticoncorrenziale censurabile come *dumping*; eccesso di potere per illogicità manifesta. In base a tale censura, la società Dussmann avrebbe dovuto essere esclusa per aver indicato un costo del lavoro ingiustificatamente inferiore a quello stimato nelle tabelle ministeriali.

2.3. Con il terzo motivo, si deduceva: violazione della clausola sociale; inapplicabilità del tasso di assenteismo della società Dussmann Service ai n. 90 lavoratori al momento alle dipendenze della società Cirfood; illegittima attribuzione, da parte della commissione, del massimo punteggio di 5 punti sul subparametro 6.3 dell'art. 16.1.2 del disciplinare di gara; mancato rispetto dei minimi tabellari di cui all'art. 95, co. 10, del d.lgs. n. 50 del 2016. Secondo tale censura, la società Dussmann avrebbe dovuto essere esclusa per aver violato la clausola sociale contenuta nella normativa di gara.

2.4. Con il quarto motivo, si deduceva: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16.1.2 del disciplinare di gara; illegittimità dell'operato della commissione di gara, la quale aveva arbitrariamente attribuito i punteggi con riferimento ai subparametri 1.1 e 1.3; illegittimità del provvedimento di aggiudicazione; illogicità manifesta del giudizio della commissione di gara, nella parte in cui ha attribuito, sul subparametro 1.1., 4 punti alla società Dussmann Service S.r.l. e soli 1,714 punti alla Società Cirfood s.c.; eccesso di potere per carenza istruttoria ed errore sul contenuto della norma di gara. In particolare, la ricorrente contestava il punteggio attribuito all'offerta della Dussmann per il sub-parametro relativo al programma di gestione del periodo transitorio.

2.5. Con il quinto motivo, si deduceva: violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16.1.2 del disciplinare di gara; illegittimità dell'operato della commissione di gara, la quale in tesi aveva arbitrariamente attribuito i punteggi con riferimento al subparametro 1.3; eccesso di potere per carenza istruttoria ed errore sul contenuto della norma di gara. In particolare, con riferimento al sub-parametro 1.3, relativo al minor numero di giorni tra la consegna del primo pasto e l'avvio del servizio "a regime", la ricorrente lamentava di aver ottenuto un punteggio inferiore a quello dell'aggiudicataria, pur avendo offerto un ribasso maggiore.

2.6. Con il sesto motivo, si lamentava la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 16.1.2 del disciplinare di gara; violazione e/o falsa applicazione degli

artt. 8.10 e 9.2 del capitolato d'appalto; eccesso di potere; non veridicità e indeterminatezza dell'offerta progettuale di Dussman Service S.r.l. per quanto concerne i sub- parametri 3.1.1 e 3.1.2 dell'art. 16.1.2 del disciplinare di gara; eccesso di potere per carenza istruttoria; travisamento dei fatti. In particolare, la ricorrente contestava l'attribuzione del punteggio per una serie di sub-parametri, mediante i quali s'intendeva premiare le offerte che avessero proposto prodotti con determinate caratteristiche (per esempio, alimenti e carni da produzione biologica o pesce da pesca sostenibile) oltre una soglia minima indicata nel disciplinare. La Cirfood osservava infatti che la aggiudicataria risultava aver offerto il 100% di prodotti con le caratteristiche richieste e sosteneva che questo non fosse vero, perché tra i prodotti indicati ve ne erano alcuni privi di questi caratteri (per esempio, carni non DOP e pesci non provenienti da pesca sostenibile), con la conseguenza che la ditta avrebbe dovuto essere esclusa o comunque privata dei punteggi attribuiti per i sub-parametri citati.

2.7. Con il settimo motivo, la ricorrente sosteneva che, in conseguenza dell'accoglimento delle censure sopra descritte, la graduatoria dovrebbe essere riformulata, assegnandole il primo posto.

2.8. La ricorrente chiedeva altresì la condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno, nonché l'accesso al documento che l'aggiudicataria avrebbe allegato alle proprie giustificazioni.

3. Si costituiva in giudizio la società Dussmann, domandando il rigetto dell'impugnativa.

4. Si costituivano altresì ALISA e la Regione Liguria, anch'esse resistendo al ricorso.

5. Con atto depositato il 27 dicembre 2021, la società Dussmann proponeva inoltre ricorso incidentale, fondato su cinque motivi.

5.1. Con il primo, si deduceva: violazione e falsa applicazione degli artt. 59 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (artt. 2 e 21 del disciplinare; artt.1.3, 6, 9, 12 e 31 del capitolato tecnico);

violazione e falsa applicazione dei principi di *par condicio*; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà manifeste e per carenza di motivazione. Secondo la controinteressata, in sostanza, la società Cirfood avrebbe dovuto essere esclusa per non aver offerto, in relazione al Lotto n. 3, solo piatti in porcellana o ceramica e posate in acciaio inox, lavabili e riutilizzabili.

5.2. Con il secondo motivo, si deduceva: violazione e falsa applicazione degli artt. 59 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara (art. 2 e 21 del disciplinare; artt. 17.2 e 31 del capitolato tecnico); violazione e falsa applicazione dei principi di *par condicio*; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà manifeste e per carenza di motivazione. In sostanza, secondo la società Dussmann, la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa perché il tempo di trasporto dal centro di produzione dei pasti all'ospedale da essa indicato era risultato superiore a quello massimo richiesto dal capitolato.

5.3. Con il terzo motivo del ricorso incidentale, si deduceva: violazione e falsa applicazione degli artt. 95, c. 10, e 97, co. 5, lett. *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione del principio di immodificabilità dell'offerta; riduzione in sede di verifica di anomalia delle ore indicate nel progetto tecnico; eccesso di potere per violazione dei principi in materia di verifica di anomalia, di *par condicio*. Secondo la ricorrente incidentale, l'offerta della Cirfood non sarebbe stata congrua e, in particolare, sarebbe stato errato il monte ore sulla cui base era stato definito il costo del personale.

5.4. Con il quarto motivo, si deduceva: violazione e falsa applicazione degli artt. 95, co. 10, e 97, co. 5, lett. *b*), del d.lgs. n. 50 del 2016; violazione e falsa applicazione del CCNL per i dipendenti da aziende dei settori pubblici esercizi, ristorazione collettiva e commerciale e turismo dell'8 febbraio 2018; eccesso di potere per violazione dei principi in materia di verifica di anomalia, *par condicio*, massima concorrenza. In sostanza, la Dussmann impugnava in

via cautelativa il parere del consulente tecnico incaricato dall'Amministrazione per la verifica di congruità del proprio costo del personale nella parte in cui, pur concludendo positivamente l'esame, aveva comunque sollevato dei dubbi in ordine all'attendibilità dei minor costo indicato in correlazione all'abbattimento della percentuale di adesione dei lavoratori al fondo di previdenza complementare e al ridotto assenteismo.

5.5. Con il quinto motivo, si deduceva: violazione e falsa applicazione del d.m. MATTM del 25 luglio 2011 (CAM per il servizio ristorazione collettiva) e del relativo Allegato 1; violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 16 del disciplinare di gara e dell'art. 31 del capitolato tecnico prestazionale; eccesso di potere per violazione dei principi di conservazione degli atti di gara, di massima partecipazione e concorrenza. In particolare, la società Dussmann impugnava in via cautelativa il disciplinare ove fosse stato interpretato nel senso attribuitogli dalla ricorrente, ossia che l'aggiudicataria (e, più in generale, nessuna azienda) avrebbe potuto credibilmente dichiarare di fornire il 100% di prodotti con le caratteristiche richieste (da produzione biologica, produzione integrata, prodotti tipici, pesca sostenibile), in quanto all'interno della categoria merceologica prevista dai CAM vi erano singoli prodotti non reperibili in commercio con quelle caratteristiche.

6. Con successivi motivi aggiunti depositati l'11 gennaio 2022, la ricorrente principale ha introdotto un'ottava censura, deducendo: violazione e/o falsa applicazione degli artt. 13 e 16 del disciplinare di gara e dell'art. 31 del capitolato tecnico; eccesso di potere; violazione del principio di libera concorrenza. Con essa, venivano impugnati gli artt. 13 e 16 del disciplinare e l'art. 31 del capitolato tecnico per l'ipotesi in cui fossero stati interpretati nel senso proposto dall'aggiudicataria (ossia che la percentuale di prodotti con le caratteristiche richieste ai fini dell'attribuzione del punteggio premiale non dovesse essere rapportata ai prodotti elencati in via generale, ma solo a quelli, tra di essi, disponibili sul mercato con quelle caratteristiche).

7. Nel prosieguo del giudizio, le parti hanno depositato documenti e scritti difensivi, approfondendo le rispettive tesi.

8. All'udienza pubblica del 25 febbraio 2022, fissata a seguito di rinuncia all'istanza cautelare da parte della ricorrente, le parti hanno discusso la causa.

In tal sede, tanto la controinteressata, quanto l'ASL hanno eccepito l'inammissibilità delle argomentazioni racchiuse alle pagg. 6-16 della memoria di replica della società Cirfood, a loro avviso integranti nuove censure, dedotte tardivamente e comunque senza le forme e i modi previsti per l'introduzione di motivi aggiunti.

9. Con la sentenza di primo grado, il T.A.R. ha accolto parzialmente sia il ricorso principale, sia il ricorso incidentale.

In particolare, con una articolata motivazione, il T.A.R. ha respinti o dichiarati inammissibili od assorbiti i sopra descritti motivi dei due suddetti ricorsi, ad eccezione soltanto del secondo motivo del ricorso incidentale, dalla natura "escludente" nei confronti della ricorrente principale, e del secondo motivo del ricorso principale, comportante tuttavia ad avviso del T.A.R. non la diretta esclusione dell'aggiudicataria, bensì il rinnovo della verifica di anomalia nei riguardi della sua offerta.

Infine il T.A.R. ha rigettato, in modo consequenziale, la richiesta risarcitoria avanzata dalla ricorrente principale.

10. Avverso detta sentenza (sui cui contenuti si tornerà *infra*, in sede di esame dei gravami) hanno proposto separati appelli entrambe le parti private.

10.1. Anzitutto, ha impugnato la decisione l'originaria ricorrente Cirfood s.c.

10.1.1. Con un primo motivo di gravame, testualmente rubricato "*ERRORE IN FATTO ED IN DIRITTO DEI CAPI 17 E 18 DELLA SENTENZA APPELLATA NELLA PARTE IN CUI HANNO ACCOLTO IL II MOTIVO DEL RICORSO INCIDENTALE. ERRONEITA' DELLA DECISIONE SOTTO IL PROFILO DELLA VIOLAZIONE E/ FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 83, 8° COMMA, D.LGS. N. 50/2016. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI TASSATIVITA' DELLE CAUSE DI*

ESCLUSIONE. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 17.2 DEL CAPITOLATO D'APPALTO E DELL'ART. 16.1.2. DEL DISCIPLINARE DI GARA", l'appellante censura l'accoglimento del motivo di ricorso di Dussman Service S.r.l. con cui era stata sostenuta la propria necessaria esclusione a causa del mancato rispetto dei tempi minimi di consegna prescritti dal Capitolato tecnico, contestando trattarsi di una fattispecie "escludente" e, nel merito, ribadendo essersi trattato comunque di un mero errore materiale di indicazione, correttamente non sanzionato dalla p.a.

10.1.2. Col secondo motivo d'appello, testualmente rubricato "*ERRORE IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA SENTENZA APPELLATA, DEI CAPI 21.18 E 21.19 - 21.22 - 21.24 - 21.26 LIMITATAMENTE ALLA PARTE IN CUI IL GIUDICE DI PRIMO GRADO, DECIDENDO SUL II MOTIVO DEL RICORSO PRINCIPALE, DA UN LATO, NE HA DICHIARATO LA FONDATEZZA, MA, DALL'ALTRO LATO, NON HA DISPOSTO L'ESCLUSIONE DALLA GARA DELLA SOCIETA' DUSSMANN SERVICE. ERRONEITA' DELLA SENTENZA PER VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97, 5° COMMA, LETT. B), D.LGS. N. 50/2016. ILLOGICITA' MANIFESTA. TRAVISAMENTO DEI FATTI E CARENZA ISTRUTTORIA NELL'ESAME DELLE GIUSTIFICAZIONI DELLA SOCIETA' DUSSMANN SERVICE, DELLA RELAZIONI DEL CONSULENTI DELLA STAZIONE APPALTANTE E DELLA RELAZIONE DEL CONSULENTE DI DUSSMANN SERVICE.*", Cirfood impugna *in parte qua* il capo della sentenza di primo grado che pure ha accolto il proprio ricorso, sostenendo che l'anomalia dell'offerta della controinteressata Dussmann fosse così macroscopica che il T.A.R. avrebbe dovuto disporre l'immediata esclusione dell'offerta *de qua* (in quanto certamente "in perdita"), anziché la rinnovazione della verifica di congruità.

Coi suddetti due primi motivi di gravame, in sostanza, l'originaria ricorrente lamenta, da un lato, ch'essa non avrebbe dovuto essere dichiarata esclusa dalla gara dal T.A.R. (con ogni conseguenza anche processuale in ordine all'esame delle proprie censure di tipo non escludente, rimasto assorbito in sentenza) e, dall'altro, che il Tribunale ligure avrebbe piuttosto dovuto dichiarare esclusa l'aggiudicataria (impugnando le statuizioni di accoglimento, sopra ricordate, del secondo motivo di ricorso incidentale e, *in parte qua*, del secondo motivo di ricorso proposto dalla stessa società Cirfood).

10.1.3. Seguono successivi motivi d'appello con cui, in sostanza, l'appellante Cirfood ripropone in forma di gravame i vari motivi dell'originario ricorso, al cui contenuto si è sopra accennato, per varie ragioni disattesi dalla sentenza impugnata, sui quali ci si soffermerà *infra*.

10.1.4. Così testualmente conclude l'appellante (nonché originaria ricorrente) società Cirfood: “(...) *accogliere il ricorso e l'atto con motivi aggiunti promossi in primo grado da CIRFOOD e, per l'effetto, previo annullamento degli atti impugnati, condannare la Stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione della gara all'appellante, con conseguente caducazione e/o annullamento e/o declaratoria di nullità e/o di inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato tra la Stazione appaltante e la Società Dussmann Service; – condannare la Stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente, così come quantificato da CIRFOOD nella memoria ex art. 73 c.p.a., depositata nel giudizio di primo grado in data 9 febbraio 2022, ovvero nella maggiore o minore somma che sarà ritenuta congrua dall'Ecc.mo Consiglio di Stato; Con riserva di proporre domanda cautelare, qualora la Regione Liguria, a seguito dell'espletamento della nuova verifica di congruità dell'offerta di Dussmann Service, dovesse aggiudicare il servizio a tale ultima Società*”.

10.2. Avverso tale appello si sono costituite le Amministrazioni resistenti, che hanno chiesto l'accoglimento del primo motivo del gravame e il suo rigetto nel resto, e la società Dussmann, che ne ha chiesto il rigetto integrale

attraverso un atto di formale “*appello incidentale e riproposizione delle domande e delle eccezioni assorbite e/o non esaminate ex art. 101 comma 2 c.p.a.*” con cui ha anche reiterato i propri motivi di ricorso incidentale rimasti assorbiti nella decisione di primo grado.

10.3. Sono seguite successive memorie, anche di replica, delle varie parti.

10.4. Ha poi proposto, in via autonoma, appello la società Dussmann avverso il sopra descritto capo della sentenza a sé sfavorevole.

10.4.1. Con un primo motivo essa chiede riformarsi in proprio favore la sentenza laddove questa ha accolto (con successivo *remand* alla stazione appaltante) uno dei motivi del ricorso di Cirfood, afferente i costi del personale dell’aggiudicataria, in particolare sotto i due aspetti evidenziati nella decisione impugnata.

10.4.2. Con un secondo motivo chiede, in via sostanzialmente subordinata, di riformarsi la sentenza laddove questa ha altresì rigettato il quarto motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado, il quale verteva, anch’esso in subordine, sulle medesime questioni oggetto del primo motivo del gravame.

10.4.3. Con un terzo motivo, sostanzialmente ripetitivo dei precedenti o comunque ad essi consequenziale, la società insiste nel chiedere l’annullamento del medesimo capo decisorio impugnato.

10.5. Si sono costituite avverso tale appello le Amministrazioni resistenti, che ne hanno chiesto l’accoglimento, e la società Cirfood, che ne ha chiesto il rigetto.

10.6. Sono seguite ulteriori memorie delle parti, che hanno ribadito le rispettive posizioni.

11. All’udienza pubblica del 21 luglio 2022 le cause sono state discusse e poste in decisione; ha poi fatto seguito la pubblicazione, poiché richiesto in udienza, del dispositivo della presente sentenza.

DIRITTO

12. Deve preliminarmente procedersi alla riunione dei due appelli sopra descritti, in quanto entrambi proposti avverso la medesima sentenza (con la

precisazione che non costituisce un ulteriore gravame, essendo qualificabile come memoria difensiva, il summenzionato atto proposto da Dussmann Service avverso l'appello avversario, pur formalmente denominato “*appello incidentale*” per la riproposizione in esso di motivi di ricorso incidentale assorbiti in sentenza).

13. Principiando l'esame dal primo dei sopra descritti gravami, proposto dalla originaria ricorrente, è infondato il primo motivo d'appello, col quale si censura l'accoglimento del motivo di ricorso incidentale di Dussman Service S.r.l. con cui era stata fatta valere la necessaria esclusione dell'odierna appellante a causa del mancato rispetto, nell'offerta a suo tempo presentata, dei tempi minimi di consegna prescritti dal Capitolato tecnico [cfr. sentenza di primo grado sul punto: < (...) *risulta fondato il secondo motivo, relativo al tempo di trasporto dal centro di produzione dei pasti all'ospedale, indicato dalla Cirfood in 1 ora e 30 minuti (dalle 11.30 alle 13.00, con riferimento al tragitto dal centro di produzione di Vezzano al CD al Centro, p. 95 dell'offerta tecnica, doc. 28 della ricorrente), dunque superiore ai 55 minuti indicati dal capitolato quale requisito minimo dell'offerta (si v., a tal proposito, il pt. 17.2 del capitolato, secondo cui il tempo necessario per il tragitto dal punto di cottura all'arrivo in ospedale non potrà superare i «60 min max», da cui sottrarre 5 minuti, corrispondenti al tempo necessario dall'arrivo in ospedale alla consegna a reparto). 17.2. Sotto questo profilo, non può essere accolta la tesi – sostenuta sia dalla Cirfood, sia dalla Regione – secondo cui tale indicazione sarebbe frutto di un errore materiale, del tutto ininfluenza. 17.3. Per “errore materiale”, infatti, s'intende un errore ostativo, ossia un mero refuso riconoscibile “a colpo d'occhio” dalla lettura del documento d'offerta, che è emendabile laddove la volontà effettiva dell'offerente sia comunque chiaramente desumibile dal testo. Nella specie, da un lato l'errore non emerge immediatamente dal testo dell'offerta, se si considera che il tempo di percorrenza indicato per il tragitto dal centro di produzione di Vezzano al centro diurno al Centro (un'ora e mezza per 1,4*

km) appare coerente con quello esposto in altre destinazioni (in particolare, per la consegna al centro diurno di Gaggiola: 55 minuti, dalle 11.30 alle 12.25, per un tragitto di 0,7 km). 17.4. Il discorso non cambia nemmeno considerando il tragitto come unitario e sommando i vari tempi di percorrenza (come argomenta la ricorrente, p. 11 dell'atto di motivi aggiunti): ipotizzando infatti la partenza alle 11.30 dal centro di produzione di Vezzano, con prima consegna alla RSA della Spezia alle 11.55 (dopo 12,7 km), seconda consegna al centro diurno di Gaggiola alle 12.25 (dopo ulteriori 0,7 km), terza e ultima consegna al centro diurno Al Centro (per cui è indicato il contestato orario delle 13.00, dopo ulteriori 1,4 km), il tempo minimo di 55 minuti richiesto dal capitolato sarebbe comunque già esaurito raggiunta la seconda tappa. 17.5. D'altro canto, se si ritenesse che il tempo sia stato erroneamente indicato, risulterebbe comunque dirimente il fatto che dal testo dell'offerta non emerge il tempo effettivo di consegna del pasto, indicazione necessaria al fine di dimostrare il rispetto del requisito posto dal capitolato. 18. La fondatezza di questa censura comporta di per sé l'esclusione della Cirfood dalla gara (...) >].

13.1. Innanzi tutto, non è condivisibile l'avviso espresso in prima battuta dall'appellante, secondo cui la prescrizione dei tempi di consegna in questione (contenuta nell'articolo 17.2 del Capitolato) non era stata formulata a pena di esclusione, trattandosi di indicazione afferente all'esecuzione dell'appalto e non già ai requisiti dell'offerta tecnica.

Infatti – e a prescindere dal carattere non risolutivo della distinzione prospettata, in quanto anche i requisiti dell'offerta tecnica refluiscano nella successiva esecuzione del contratto - il contrario si evince, in via interpretativa ma in modo chiaro, dal combinato disposto:

- dell'articolo 2 del disciplinare di gara, che sanzionava espressamente con l'esclusione il mancato rispetto dei “*requisiti minimi, considerati quali elementi essenziali dell'offerta, richiesti a pena di esclusione dalla gara, stabiliti nel Capitolato Tecnico e nei relativi allegati*”;

- del successivo articolo 31 del medesimo disciplinare, che imponeva ai concorrenti di depositare, nell'ambito della documentazione relativa all'offerta tecnica, anche quella attestante il rispetto dei predetti "*livelli minimi*";
- del già citato articolo 17.2 del Capitolato, che nel fissare un tempo di trasporto massimo di 55 minuti mostrava chiaramente di ritenere questa una caratteristica tecnica essenziale che le offerte avrebbero dovuto rispettare. Ciò si desume anche dall'interpretazione logica di detto capitolato sul punto: non vi sarebbe stato bisogno di quantificare esattamente in 55 minuti – *rectius* un'ora da cui sottrarre 5 minuti come specificato nell'impugnata sentenza - il tempo massimo, se a ciò non fosse corrisposto un limite sostanzialmente tassativo.

In ogni caso infine, quand'anche per mera ipotesi, qui non accolta, detto limite non fosse da considerarsi tecnicamente tassativo come invoca l'appellante (con argomentazione letterale), il suo considerevole sfioramento (di mezz'ora) rilevato in sentenza avrebbe preteso delle giustificazioni, non presenti nella specie se non nelle vesti – non a caso, ad indiretta riprova della tassatività del limite – del mero errore materiale nell'indicazione, su cui si tornerà subito *infra*.

Ciò posto, può ritenersi, nel rispetto del principio di tassatività delle cause di esclusione, che nella specie risultava sufficientemente chiaro che il mancato rispetto dei tempi di consegna fosse sanzionato con l'esclusione dalla procedura, configurando una inosservanza dei "*requisiti minimi*" dell'offerta tecnica.

13.2. Tanto premesso, la tesi dell'errore materiale emendabile, nuovamente sostenuta dall'appellante con il proprio primo mezzo di gravame, non convince.

Per consolidata giurisprudenza, l'applicazione dei principi sulla correzione dell'errore materiale presuppone che l'effettiva volontà negoziale dell'impresa partecipante alla gara sia individuabile in modo certo nell'offerta presentata, senza margini di opacità o ambiguità, così che si possa giungere ad esiti

univoci circa la portata dell'impegno ivi assunto; la ricerca della volontà dell'offerente ben può consistere anche nell'individuazione e nella rettifica di eventuali errori di scritturazione o di calcolo, a condizione, però, che alla rettifica si possa pervenire con ragionevole certezza e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all'offerta: l'errore materiale direttamente emendabile è infatti solo quello che può essere percepito e rilevato immediatamente ed *ictu oculi* dal contesto stesso dell'atto, e senza bisogno di complesse indagini ricostruttive della volontà, che deve risultare agevolmente individuabile e chiaramente riconoscibile da chiunque. In altri termini, il potere di rettifica di errori materiali e refusi è circoscritto alle sole ipotesi in cui l'effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell'offerta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2529; nello stesso senso Cons. Stato, sez. III, 24 febbraio 2020, n. 1347; id., sez. VI, 2 marzo 2017, n. 978).

Nel caso di specie risulta al Collegio evidente l'insussistenza di tali presupposti, atteso che, anche a voler seguire per mera ipotesi l'impostazione dell'appellante secondo cui fosse immediatamente percepibile sul piano empirico l'impossibilità di un tempo di un'ora e mezza per la copertura del percorso *de quo*, in ogni caso:

- a) al fine di far emergere tale impossibilità è stato all'appellante stessa necessario ricorrere ad ausili esterni, *in primis* la conoscenza del percorso e una ricostruzione induttiva dei possibili tempi di percorrenza (come fatto dalla odierna appellante con l'ausilio di GoogleMaps);
- b) ciò che più conta, in alcun modo sarebbe stato possibile all'Amministrazione ricostruire quale fosse il reale tempo di percorrenza che l'offerente avrebbe voluto indicare (dato rilevante pure sotto altro profilo, atteso che esso pesava anche ai fini dell'attribuzione del punteggio per il subcriterio 2.1 di cui al disciplinare di gara, in cui era ricompreso anche il trasporto).

Nella fattispecie, in definitiva, non risulta esservi certezza: né sul preteso errore materiale in sé (corretti essendo al riguardo anche gli specifici rilievi della sentenza impugnata); né sul contenuto dell'ipotetica corretta indicazione alternativa.

Pertanto, non ha alcuna rilevanza il fatto che la Commissione aggiudicatrice abbia ritenuto di trovarsi in presenza di un errore emendabile, rimanendo oscuro – ed indice di eccesso di potere nella determinazione assunta - in quale modo la stessa abbia potuto risalire alla reale volontà dell'odierna appellante e assegnare un punteggio massimo per il subcriterio in questione. Ed infatti, quanto alla pretesa presenza istruttoria – sostenendosi dall'appellante che dall'offerta emergesse il tempo effettivo di consegna, diverso da quello formalmente ivi indicato -, essa risulta argomentata: solo con memoria processuale dell'11 gennaio 22 (lo riconosce l'appellante stesso a pag. 9 dell'atto d'appello) anziché muovere dal testo dell'offerta in atti quale unico documento rilevante al riguardo; con argomenti tratti da GoogleMaps, all'evidenza inidonei in quanto non vi era alcun onere dell'Amministrazione di confrontare i tempi di percorrenza indicati nell'offerta con quelli desumibili *aliunde* da GoogleMaps, né tantomeno di sostituire i primi con i secondi.

Per concludere sul punto, neppure sussiste nella impugnata sentenza quel “salto logico” invocato dall'appellante, essendo l'ulteriore rilievo della impossibilità di desumere dall'offerta l'ipotetico tempo che “realmente” la società avrebbe voluto esternare una autonoma (e del tutto corretta, per quanto sopra) *ratio decidendi*.

Può soggiungersi infine che la stessa pretesa evidenza dell'errore materiale in parola poggia su un presupposto logico (indicato a pag. 8 dell'appello, primo capoverso) malfermo, consistente nell'assunta proporzionalità fissa e diretta tra una distanza e il relativo tempo di percorrenza, potendo invece quest'ultimo variare in funzione delle caratteristiche della strada, del percorso, del traffico in centro ecc.

In definitiva, resiste all'appello proposto la statuizione del T.A.R. "escludente" nei confronti della società originaria ricorrente; così come vanno confermate le conseguenti statuizioni di assorbimento degli ulteriori motivi di tipo "escludente" presenti nel ricorso incidentale proposto da Dussmann (non avendo più quest'ultima alcun interesse al loro esame), nonché dei motivi "non escludenti" presenti nel ricorso di Cirfood (per la stessa ragione).

Rimangono tuttavia da esaminare – similmente a quanto fatto dal T.A.R. – quei (soli) motivi dell'originario ricorso, ora riproposti con l'appello, tendenti all'esclusione dell'aggiudicataria, sussistendo l'interesse della ricorrente odierna appellante all'eventuale ripetizione della gara (per il venir meno di imprese idonee alla sua aggiudicazione), ed a ciò pertanto si procede.

14. Del pari infondato è il secondo motivo d'appello, col quale anzitutto si sostiene – allegando puntigliosi calcoli matematici - che l'anomalia dell'offerta della controinteressata Dussmann fosse così macroscopica che il T.A.R. avrebbe dovuto disporre l'immediata esclusione dell'offerta *de qua* in quanto risultante certamente "in perdita", anziché la rinnovazione della verifica di congruità [cfr. sentenza di primo grado sul punto: < (...) *Si è infatti visto che lo scostamento dal costo medio delle tabelle ministeriali – che di per sé non può dirsi "lieve", per i motivi sopra esposti – è stato complessivamente giustificato dalla Dussmann in ragione di elementi che sono stati considerati (in precedenza dal T.A.R. stesso, n.d.s.) in parte attendibili (un tasso INAIL minore di quello medio del settore) in parte non condivisibili (la media inferiore della percentuale di adesione a Fondi di previdenza complementare e il ridotto assenteismo): occorre quindi appurare quale sia l'incidenza dell'uno e degli altri elementi rispetto al costo del personale complessivamente indicato, in modo da verificare quanto sia ampio lo scostamento ingiustificato rispetto alle tabelle ministeriali e, infine, valutare se questo possa essere compensato da un minor utile annuale oppure conduca a un'offerta in perdita. Si tratta di valutazioni che non possono essere svolte da questo giudice, ma che rientrano nella discrezionalità, anche tecnica,*

dell'Amministrazione, la quale dovrà quindi rinnovare la verifica di anomalia dell'offerta, con particolare riferimento alla congruità del costo del personale, secondo le indicazioni sopra esposte. 21.25. La fondatezza del motivo comporta comunque l'annullamento dell'aggiudicazione.>].

Il motivo in esame risulterà *in parte qua* assorbito da quanto statuito *infra* in ordine all'accoglimento dell'appello dell'aggiudicataria Dussmann.

Per completezza d'esame si osserva comunque che l'impostazione dell'appellante collide con quella fatta propria dalla più recente giurisprudenza, la quale è nel senso che, in considerazione del divieto - sancito dalle regole processuali - per il giudice di sostituire un proprio giudizio (nel caso, in tesi, di anomalia) a quello riservato alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante, in caso di illogicità e irragionevolezza della valutazione compiuta dall'Amministrazione o di difetto di istruttoria il medesimo non può procedere all'esclusione dell'offerta sospetta, e deve limitarsi a disporre la regressione della procedura alla fase di verifica della stessa (cfr. da ultimo Cons. Stato, sez. III, 4 aprile 2022, n. 2459). Questo principio ha una portata generale e come tale è applicabile anche alla presente fattispecie, senza alcuna possibilità di distinguere, sul piano qualitativo o quantitativo, tra i vizi da cui risulta – in tesi - affetta la verifica compiuta dall'Amministrazione, come invece vorrebbe l'appellante allorquando invoca una irrilevante (anche ove per ipotesi sussistente) certezza dello scivolamento in perdita dell'offerta dell'aggiudicataria a seguito degli scostamenti (asseritamente) accertati.

15. Infine è altresì da respingere, anche in accoglimento dell'eccezione d'inammissibilità reiterata a pag. 13 del formale "*appello incidentale*" (*rectius* memoria difensiva) di Dussmann, l'ulteriore lamentela dell'appellante per cui il TAR avrebbe erroneamente rigettato l'originario motivo di ricorso nella parte afferente lo "*scostamento tra l'aliquota Inail dichiarata da Dussmann Service e quella risultante dalle Tabelle ministeriali non ... giustificato, se non altro anche perché non supportato da alcun documento probatorio*" (così

a pag. 13 dell'atto d'appello), anziché accoglierlo in quanto detto scostamento, a dire dell'appellante, non risultava in alcun modo giustificato.

Appare infatti fondato quanto eccepito dalla società Dussmann nell'atto sopra citato, secondo cui, in sostanza, avendo quest'ultima indicato sin dai “*giustificativi*” del 19 luglio 2021, corredati di certificazione proveniente dall'Inail (cfr. il doc. 10 allegato al ricorso incidentale di primo grado), il proprio tasso Inail dell'1,14%, spettava alla controparte fornire almeno un principio di prova in senso contrario; essendosi invece l'appellante limitata a invocare anzitutto, ed infondatamente, il totale difetto di prova altrui, e in second'ordine le relazioni del proprio consulente depositate in giudizio (in particolare il doc. 23 risulta dappprincipio allegato al ricorso di primo grado), tuttavia richiamate solo *per relationem* e senza alcuna strutturazione del motivo di ricorso e poi di gravame.

In ogni caso anche nel merito, vista la documentazione offerta dall'aggiudicataria, risulta fondata l'opinione del T.A.R. secondo cui sul punto “*non vi è motivo di dubitare dell'opinione del consulente dell'Amministrazione*”, trattandosi di un profilo su cui (a differenza degli altri due in quel medesimo contesto evidenziati) non sussisteva alcun dubbio nelle risultanze istruttorie della stazione appaltante.

In definitiva, resiste alle summenzionate critiche la decisione del T.A.R.; restando tuttavia salvo, *in parte qua*, quanto si osserverà in ordine all'appello proposto da Dussmann Service avverso tale stesso capo decisorio e quello successivo limitrofo afferente il ricorso incidentale.

16. Va respinto anche il terzo motivo d'appello, con il quale l'appellante torna a sostenere che l'aggiudicataria avrebbe modificato in modo significativo in sede di verifica la propria offerta, e segnatamente avrebbe ridotto il “monte ore” lavorate rispetto a quelle dichiarate e prese in esame dalla Commissione.

Così ha motivato sulla questione il T.A.R.:

< 21.14. *Per quanto attiene le censure articolate dalla Cirfood sui costi del personale, si ricorderà come, con il primo motivo, questa sostenga che la*

Dussmann dovesse essere esclusa per aver ridotto il monte ore in sede di verifica di anomalia, mutando sensibilmente un elemento essenziale dell'offerta; la controinteressata, dal canto suo, nega che vi sia una differenza apprezzabile tra quanto esposto nell'offerta e quanto precisato nelle giustificazioni.

21.15. A tal proposito, si deve osservare che è pacifico che la Dussmann abbia offerto 2.024 ore settimanali lorde – ossia 2.024 ore “contrattuali”, al netto delle eventuali assenze dei dipendenti (p. 320 dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, doc. 29 di parte attrice).

21.16. Le parti divergono sulla “conversione” di queste ore “contrattuali” in ore settimanali effettive.

Secondo la Cirfood, le “ore lavorate” settimanali sarebbero 1.574, cifra ottenuta sommando le ore effettive indicate nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria (di cui 1.438 a S. Andrea e S. Bartolomeo e 146 a Levanto, si v. le tabelle a pp. 322 e 323), le quali, moltiplicate per 52,2 settimane, equivalgono a 82.162,80 ore annue. Secondo la Dussmann, le “ore lavorate” settimanali sarebbero invece 1.554,80, cifra ricavata dalle “ore contrattuali” offerte (2.024) in applicazione del rapporto tra “ore teoriche” (2.088) e “ore mediamente lavorate” (1.604) come stimati nelle tabelle ministeriali (doc. 13 della controinteressata), le quali, moltiplicate per 52,2 settimane, equivalgono a 81.162,40 ore annue.

Dai documenti di causa risulta inoltre che, in sede di verifica dell'anomalia, la Dussmann abbia offerto un monte ore effettivo di 81.139,40 ore annue (cifra che si ottiene sommando le ore annue lavorate per ciascun livello occupazionale come indicate nella tabella a p. 5 delle giustificazioni del 19.07.2021).

A seconda del criterio che si scelga per calcolare le “ore lavorate” settimanali indicate in offerta, dunque, la differenza rispetto a quelle annuali specificate nelle giustificazioni muta da 1.023,40 ore annue (secondo la Cirfood) a 23 ore annue (seguendo la prospettiva della Dussmann).

21.17. Senza che sia necessario entrare nel dettaglio dei calcoli effettuati dalle due parti, appare dirimente rilevare che, in ogni caso, nelle gare pubbliche, «a fronte dell'immodificabilità dell'offerta sono tuttavia modificabili le relative giustificazioni, ed in particolare sono consentite giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione» (Cons. St., sez. V, sent. n. 389 del 2020)

Anche in questo caso, come in quello oggetto della pronuncia citata, si può ritenere che le variazioni evidenziate siano marginali e non possano incidere sulla correttezza complessiva dell'offerta, in quanto lo scostamento, nella stessa prospettiva della parte attrice, produrrebbe costi del lavoro non stimati pari a 17.459 euro, un importo inidoneo a rendere insostenibile l'offerta, che prevede utili d'impresa pari a 63.845,35 euro annui e 574.720,31 euro per l'intero periodo contrattuale (si v. le giustificazioni di Dussmann del 19.07.2021, doc. 22 di parte attrice).>.

Orbene, da quanto accertato dal T.A.R., e prendendo in considerazione finanche l'ipotesi ricostruttiva più favorevole all'appellante – ossia quella d'un possibile scostamento emerso in sede di verifica di circa 17.000 euro – su cui quest'ultima insiste ritenendola causa di esclusione dell'aggiudicataria per un'inammissibile variazione dell'offerta, emerge al contrario, anzitutto, che trattasi d'una questione sostanzialmente “contabile” sull'offerta proposta (rimasta ferma) e non già d'una modifica di quest'ultima tendente a superare i rilievi di possibile anomalia dell'originaria offerta formulata; e, in ogni caso, come correttamente sottolineato dal T.A.R., che qualunque soluzione della questione giammai potesse condurre a una conclusione in termini di anomalia dell'offerta.

Tale situazione rende pertinente il richiamo effettuato dalla sentenza impugnata alla giurisprudenza ivi citata sulla distinzione tra giustificazioni, sottostime e sovrastime (ammissibili, pur nel limite generale dell'affidabilità

dell'offerta), e vere modificazioni dell'offerta, come tali inammissibili, da escludersi nella fattispecie in esame per quanto detto.

Pertanto, la conclusione presente nel capo motivazionale riportato appare convincente e comunque sufficiente ad escludere l'eccesso di potere per errore manifesto o illogicità o incongruità nell'operato dell'Amministrazione sul punto specifico; ridondando, per contro, nell'irrilevanza per difetto di decisività il giudizio sul fatto e in particolare sull'esatto computo delle ore in questione.

A quest'ultimo riguardo si osserva poi, per mera completezza, che appaiono convincenti i rilievi dell'appellata Dussmann (cfr. memoria del 9 luglio 2022), non adeguatamente contestati *ex adverso*, che hanno chiarito le modalità di calcolo delle ore in questione e la differenza tra ore “*contrattuali*” ed ore “*effettive*”, in modo da avallare – o comunque da verosimilmente corroborare – il giudizio di marginalità che il R.U.P. ha espresso in ordine al modestissimo scostamento delle ore emerso in sede di giustificazioni, certamente non tale da integrare una (apprezzabile) modifica *ex post* dell'offerta.

17. Del pari infondato è il quarto motivo d'appello, con cui si torna a sostenere che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe stata connotata da violazione della clausola sociale, perché attraverso lo scostamento *in minus* dalle tabelle ministeriali (che il T.A.R. ha ritenuto sussistente, in accoglimento *in parte qua* del ricorso di Cirfood) l'aggiudicataria, tenuta ad assumere i dipendenti del gestore uscente, avrebbe implicitamente ammesso di avere sottopagato tali dipendenti rispetto a come erano retribuiti in precedenza.

Al contrario, l'Amministrazione, sulla base di una conclusione del C.T. nominato in sede di verifica che è rimasta priva di adeguata confutazione e comunque risulta scevra da vizi palesi, ha ritenuto che il rilevato scostamento dalle tabelle ministeriali non riguardasse la parte retributiva di queste, e che quindi non avrebbe avuto alcuna incidenza sui livelli salariali del personale dipendente una volta riassunto dall'aggiudicataria.

Rilievi sostanzialmente simili valgono anche per l'ulteriore circostanza addotta dall'appellante (cfr. pag. 22 dell'appello) su < ...- *la non giustificabilità dello scostamento riferito al tasso di assenteismo e alla percentuale di adesione al Fondo di previdenza complementare;*>), pur accertata ad altri fini dalla stessa sentenza impugnata, la quale tuttavia correttamente non ne ha tratto le conseguenze invocate nel motivo in esame.

18. Quanto al quinto motivo dell'appello dell'originaria ricorrente, con cui si censura la decisione che ha dichiarato inammissibile il sesto motivo del ricorso di primo grado [cfr. sentenza impugnata, nel decisivo passo finale: < (...) *Sono quindi inammissibili per carenza d'interesse le censure che riguardano i sub-criteri n. 3.1.1.1. e 3.1.1.2 (relativi a frutta, verdura e ortaggi, legumi, cereali, pane e prodotti da forno, pasta, riso, farina, patate, polenta, pomodori e prodotti trasformati, formaggio, latte UHT, yogurt, uova, olio extra vergine) e quelle relative alle carni, perché la ricorrente, pur deducendo che alcuni dei prodotti siano privi delle caratteristiche richieste, non si spinge sino ad allegare e provare il mancato raggiungimento della quota minima prevista dal disciplinare; pertanto, l'eventuale accoglimento della censura produrrebbe solamente una riduzione del punteggio della controinteressata, che rimarrebbe comunque aggiudicataria, in quanto unica impresa rimasta in gara. 21.11. Anche per quanto riguarda il pesce, nell'atto introduttivo e nei motivi aggiunti la ricorrente non ha contestato la mancanza del requisito tecnico minimo; solo in seguito, con la memoria di replica del 14.02.2022 (pp. 11-13), ha contestato che la quota di prodotti da acquacoltura biologica o da pesca sostenibile MSC offerti dall'aggiudicataria fosse addirittura inferiore a quella minima prevista dalla normativa di gara (in particolare, su 45 prodotti ittici offerti, soltanto 7 sarebbero muniti di certificazione MSC, per una percentuale del 15,55%, inferiore a quella del 20% indicata nel disciplinare). A tal proposito, tuttavia, risulta fondata l'eccezione sollevata all'udienza del 25.02.2022 dalla controinteressata e dall'ASL: invero, la contestazione è sia tardiva – potendo e dovendo essere*

proposta con il ricorso introduttivo, quando la Cirfood era già in possesso degli elementi (offerta tecnica della Dussmann, con i relativi allegati) per argomentarla – sia inammissibile, perché contenuta in un atto non notificato. 21.12. Per concludere sul punto, il sesto motivo di ricorso è inammissibile perché la Cirfood non ha contestato, con l'atto introduttivo, la mancanza del requisito minimo previsto dal disciplinare, ossia il superamento di una data quota di prodotti con le caratteristiche richieste dalla stazione appaltante. > - anch'esso va respinto.

Infatti, non risulta contestata in modo convincente la sentenza ove questa rileva che la censura *de qua* (riproposta nel gravame) fosse tutta protesa a contestare il più elevato punteggio attribuito all'offerta risultata aggiudicataria grazie all'impegno assunto a fornire i prodotti con le caratteristiche indicate nella *lex specialis*, piuttosto che a ottenere l'esclusione dell'aggiudicataria ai sensi dell'articolo 80, comma 5, lettera *c-bis*), del d.lgs. 18 aprile 2020, n. 50.

Infatti l'appellante, anziché puntualmente indicare (come sarebbe stato facile fare, ove la censura avesse avuto fondamento) in quali passi dell'originario ricorso si invocasse l'espulsione dalla gara della società aggiudicataria per dichiarazioni mendaci, si limita sostanzialmente a reiterare le varie contestazioni di merito che il TAR ha – invero correttamente - qualificato carenti d'interesse in quanto non tendenti all'esclusione della controparte dalla gara, quale conseguenza dell'accoglimento (che *supra* si è confermato) del ricorso incidentale “escludente” (che limitava l'interesse di Cirfood all'esame delle sole proprie censure che fossero a loro volta di tipo “escludente”).

Espressa conferma di ciò si rinviene nello stesso *incipit* del motivo d'appello in esame [a pag. 24: < ... detto Giudice (il T.A.R., n.d.s.) non si è espresso sulla sussistenza e sulle conseguenze della dichiarazione non veritiera, fuorviante e suggestiva rilasciata in gara dall'appellata, ma ha illegittimamente spostato il *thema decidendum* alla verifica della sussistenza tra discrasia tra la “quota di prodotti con tali caratteristiche” e “quella minima prevista dai CAM e dal

Disciplinare di gara”. Ma non era questo il vizio denunciato da CIRFOOD nel giudizio di primo grado. Il T.A.R. non si è avveduto, infatti, che ... la società Cirfood ha impugnato il provvedimento ... dolendosi che tale società (Dusmann, n.d.s.) aveva presentato un’offerta non veritiera, fuorviante, indeterminata e indeterminabile in relazione ai sub-parametri 3.1.1., 3.1.2., 3.1.3 dell’art. 16.1.2. del Disciplinare di gara e che pertanto avrebbe dovuto in via principale essere esclusa dalla gara e, in via subordinata, subire almeno l’azzeramento del punteggio ricevuto sui predetti sub-parametri (proprio tale ultima richiesta implica l’evidente riconoscimento che il punteggio “minimo” dell’aggiudicataria non era posto in discussione dal vizio denunciato, n.d.s.)>].

18. Occorre poi respingere anche l’ulteriore connessa censura avverso la statuizione (sopra riportata) che ha ritenuto inammissibile, perché tardiva oltreché contenuta in una semplice memoria non notificata, la doglianza (solo in tal modo proposta in primo grado) per cui Dusmann avrebbe dovuto essere esclusa perché non aveva offerto prodotti conformi ai C.A.M. in misura pari al livello minimo richiesto dal Capitolato. Ed invero, non può convenirsi con l’avviso dell’appellante secondo cui questa sarebbe una “*mera difesa*” e non una domanda nuova, essendo ciò escluso già solo dalla diversità del risultato cui avrebbe condotto l’accoglimento delle (diverse) doglianze: nell’un caso, l’attribuzione di un minor punteggio all’offerta di Dusmann, nell’altro, l’esclusione *tout court* di quest’ultima società.

Venendo infine all’asserito “diverso” vizio denunciato da Cirfood mediante l’originario motivo di ricorso in parola, il quale in tesi sarebbe consistito nell’autonoma valenza escludente del preteso “mendacio” (a prescindere dalla sua rilevanza in termini di punteggio) in cui sarebbe incorsa la controparte, anzitutto già in astratto non sembrano potersi ritenere “fuorvianti” - al punto da integrare un’autonoma causa espulsiva, peraltro non prevista, essendo l’intera materia esaustivamente disciplinata (compresi eventuali esiti escludenti) dal sistema del punteggio - le dichiarazioni rese dall’aggiudicataria

in sede di offerta circa l'impegno che assumeva a offrire prodotti conformi alle caratteristiche dei C.A.M., anche perché solo a valle dell'aggiudicazione, in sede di verifica dei requisiti, sarebbero state definitivamente controllate le certificazioni idonee a documentare la veridicità dell'impegno (considerazione che non contrasta con quanto rilevato dallo stesso T.A.R. circa l'afferenza alla "gara", comprensiva anche dei finali controlli, e non alla successiva "esecuzione" del contratto, dei documenti probatori in questione).

In secondo luogo, e comunque, non si comprende come il confronto competitivo potesse essere – in via autonoma ed ulteriore rispetto a quanto già garantito dall'applicazione del complesso e dettagliato sistema del punteggio – "falsato" dall'ipotetica non rispondenza al vero di alcune dichiarazioni della società poi risultata aggiudicataria (e infatti non lo spiega adeguatamente nemmeno l'appellante, limitandosi ad asserire che *<... le dichiarazioni non veritiere (o, quantomeno, fuorvianti) che tale impresa ha rilasciato in ordine all'entità e alle caratteristiche delle soluzioni migliorative offerte si è rivelata idonea a condizionare non solo in astratto, ma anche in concreto il giudizio della Commissione di gara, che, infatti, ha attribuito all'impresa appellata il massimo del punteggio disponibile ... consentendole di divenire aggiudicataria del servizio>*: cfr. pagg. 35 e s. dell'atto d'appello). Del resto, delle due l'una: o tale asserito decisivo "condizionamento" della gara è avvenuto, e allora occorre allegare e provare in cosa esso esattamente fosse consistito (ovviamente al di fuori dell'ipotetica attribuzione di un punteggio superiore a quello spettante, potendo ciò essere oggetto di correzione all'esito di successivi controlli); o esso non si è verificato nei termini allegati, e allora il sistema del punteggio e della gara in generale, comprensivo dei successivi controlli, risulta idoneo e sufficiente a tutelare le eventuali ragioni dell'impresa appellante.

Ne consegue una mera correzione della motivazione adottata dal T.A.R.: il motivo di ricorso di primo grado in esame è inammissibile sotto il profilo del mancato superamento della "prova di resistenza" in ordine all'escludibilità di

Cirfood secondo il sistema di punteggio, sulla base delle censure tempestivamente proposte della ricorrente; è invece infondato allorquando afferma, ma senza provarlo, che la gara fosse in via autonoma “falsabile” o “falsata” dalle ipotetiche dichiarazioni false o comunque non comprovate di una concorrente.

Quanto rilevato appare assorbente ed esenta dall'esame del merito delle contestazioni in ordine alla prova delle qualità dei prodotti in questione.

19. Consegue a quanto appena deciso il rigetto anche del connesso sesto motivo di appello in quanto quest'ultimo – come espone lo stesso appellante - ripropone l'ottavo motivo dell'originario ricorso, dichiarato inammissibile dal TAR a seguito della acclarata inammissibilità – sopra confermata, o al più “emendata” in infondatezza – del sesto motivo dell'originario ricorso [cfr. la relativa motivazione: < *Per la stessa ragione, è inammissibile l'ottava censura – dedotta con motivi aggiunti – volta a contestare il disciplinare come interpretato dalla stazione appaltante e dalla Dussmann.* >]; oltretutto la conferma dell'assorbimento, correttamente dichiarato dal T.A.R., del quinto motivo del ricorso incidentale.

20. La conferma dell'esclusione dalla gara dell'appellante principale, per le ragioni indicate *sub* 13, porta a dichiarare inammissibili per carenza d'interesse gli ulteriori motivi dell'appello, con cui sono state riproposte le censure che già il T.A.R. aveva correttamente dichiarato non sorrette da interesse a cagione dell'acclarata escludibilità della ricorrente dalla procedura di evidenza pubblica.

Quanto sopra comporta anche l'assorbimento dei contenuti del formale “*appello incidentale*” cautelativamente proposto dalla società Dussmann, integrando esso in sostanza una memoria difensiva e di riproposizione di varie questioni assorbite dal T.A.R., in particolare di quelle sollevate dall'aggiudicataria in primo grado in via condizionata a un'ipotetica fondatezza del ricorso (ora appello) principale, del quale si è sopra confermato il rigetto (mentre le autentiche censure avverso la sentenza, nel

suo capo sfavorevole alla società Dussmann, sono state da quest'ultima affidate all'autonomo gravame, qui oggetto di riunione).

21. Passando all'esame dell'altro appello, quello proposto dalla società Dussmann Service, il suo primo motivo anzitutto censura le motivazioni e conclusioni del T.A.R. (*supra* citate nell'esaminare il gravame proposto da Cirfood) che ha ritenuto meritevole di ripetizione la verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, adducendo in contrario tra l'altro la consolidata giurisprudenza sul carattere globale e onnicomprensivo della verifica medesima (che non deve risolversi in una "caccia all'errore" nell'offerta economica del concorrente) e sui connessi limiti al sindacato giurisdizionale. Nel merito, insiste l'appellante, tra l'altro, sul fatto che lo stesso C.T. nominato dal R.U.P. per la verifica, pur esprimendo dubbi sulla riduzione dei costi della manodopera rispetto alle tabelle ministeriali - e, segnatamente, su due delle tre giustificazioni date dalla società Dussmann al riguardo, su cui si tornerà tra poco - aveva alla fine ritenuto l'offerta congrua sulla base delle argomentazioni che adesso l'appellante ripropone (nota tecnica del consulente Dussmann: doc. 22 fascicolo di parte di primo grado; "cedolone paga" 2019), e che il T.A.R. avrebbe sostanzialmente pretermesso.

Detto motivo di gravame dev'essere in parte rigettato e in parte accolto.

21.1. I fatti pertinenti sono brevemente riepilogati nell'atto di appello in esame alle pagg. 9 e ss., il cui relativo stralcio per comodità si riporta di seguito:

< Nella relazione del 28.9.2021 il consulente del lavoro incaricato dall'Amministrazione ha esaminato i suddetti giustificativi e la documentazione presentata a corredo di essi e li ha ritenuti "ben documentati" e dunque esaustivi e idonei a comprovare la congruità del costo della manodopera.

Sempre nella predetta relazione, il consulente del lavoro ha ritenuto del tutto condivisibile l'utilizzo dell'aliquota INAIL indicata da Dussmann Service e dopo aver espresso alcuni "dubbi" circa gli altri due "benefici" che derivano

alla società dalla propria organizzazione aziendale (“adesione al Fondo di previdenza complementare” ed “assenteismo”) in ragione della previsione di assorbimento dei lavoratori del gestore uscente, li ha superati concludendo che l’offerta rispetta i parametri necessari per la quantificazione del costo del personale ed è pertanto da ritenersi congrua.

Parimenti il RUP, nella relazione del 19.10.2021, ha condiviso le conclusioni del consulente del lavoro, facendole proprie, ed ha ritenuto la congruità dell’offerta di Dussmann Service con una valutazione che rientra nella discrezionalità tecnica dell’Amministrazione e che non presenta alcun profilo di illogicità.>.

21.2. Il TAR nel capo impugnato ha ritenuto che vi fosse illogicità in siffatto esito della verifica effettuata, con la seguente motivazione:

< Fermo restando che non vi è motivo di dubitare dell’opinione del consulente dell’Amministrazione, il quale ha ritenuto che lo scostamento sia giustificato nella parte in cui dipende dall’applicazione di un’aliquota INAIL inferiore, si deve ritenere che la differenza sia invece ingiustificata laddove riguarda l’abbattimento della percentuale di adesione al fondo e dell’assenteismo. Infatti, se si rammenta che la Dussmann si è impegnata all’assorbimento di tutto il personale impiegato nel servizio dal gestore uscente, in forza della clausola sociale inserita nella normativa di gara, si comprende come la percentuale di adesione ai fondi complementari calcolata dall’aggiudicataria in base ai propri dati “storici”, non essendo calibrata sui dipendenti che verranno effettivamente impiegati nell’esecuzione dell’appalto, non è pertinente e non può quindi giustificare di per sé lo scostamento. Per quanto riguarda la minor incidenza dell’assenteismo, questa, come esplicitato dalla stessa Dussmann, deriva dal fatto che la ditta, pur adottando lo stesso tasso delle tabelle ministeriali, ha detratto i costi delle assenze che sono posti a carico di INPS e INAIL (si v. le giustificazioni del 19.07.2021, doc. 22 di parte attrice). Si tratta tuttavia di una modalità di calcolo errata, perché, come già osservato in giurisprudenza, i dati medi presi

in considerazione dalle tabelle ministeriali tengono conto del fatto che i costi effettivamente sostenuti dall'impresa in caso di sostituzione non coincidono con quelli che su essa gravano direttamente in relazione al lavoratore sostituito, ma comprendono anche le somme afferenti ai compensi e alle altre voci di costo relativi al sostituto che presta la propria attività al posto dell'assente, con la conseguenza che «in assenza di giustificazioni specifiche e documentate che incidano sul quantum delle assenze, il numero di ore non lavorate per malattia, infortunio e gravidanza non può essere diminuito artificialmente dalla ditta, ma va conteggiato nella quantità indicata dalle tabelle. (...)» (TAR Lombardia, Milano, sent. n. 1563 del 2020, opportunamente citata dalla parte attrice) (...)>.

21.3. Sul primo dei due predetti aspetti (percentuale di adesione ai fondi di previdenza complementare: pagg. 13 e ss. dell'atto d'appello), l'appellante ha lamentato che < ... i suddetti dati non mutano a seconda del singolo e specifico appalto in quanto l'assorbimento del personale connesso alla "clausola sociale" non è idoneo a modificarli né in generale, né nello specifico (...) Vale altresì osservare che nel giudizio di primo grado si era dedotto e documentato che, con riferimento all'appalto di cui si discute, la percentuale cautelativa del 5% assunta da Dussmann Service rimarrebbe sostanzialmente invariata anche nell'ipotesi (irrealistica) in cui si volesse considerare una percentuale di adesione al Fondo di previdenza complementare dei (90) dipendenti del gestore uscente nella misura del 50% e dunque addirittura superiore a quella media del 30% indicata nelle tabelle ministeriali e che secondo la stessa Cirfood avrebbe dovuto essere assunta «in termini meramente cautelativi» da Dussmann Service «a base della propria offerta». Si tratta di un calcolo "matematico", che era stato esplicitato anche nella nota tecnica del consulente dell'aggiudicataria (depositata in giudizio), in cui si conferma che la percentuale del 5% di cui ai giustificativi del 19.7.2021 "è sicuramente idonea a coprire la remota e improbabile ipotesi di iscrizione della metà (50% degli addetti che è superiore alla percentuale del

30% indicata nelle tabelle ministeriali) dei 90 addetti attualmente alle dipendenze del gestore uscente: infatti in tale remoto e improbabile caso la percentuale degli iscritti si attesterebbe al 4,98% [369 (ossia 324+45 nuovi)/7.403 (7.313+90 nuovi)]” (doc. 22). Il dato relativo all’abbattimento della percentuale di adesione al Fondo di previdenza risultava pertanto ampiamente dimostrato (...)>.

Trattasi di critica fondata - e che infatti sarà *infra* accolta con riguardo al successivo motivo d’appello, che la ripropone nell’impugnare il rigetto del ricorso incidentale - ma non ben centrata rispetto al succitato passo della sentenza: infatti, tale primo motivo di gravame è diretto contro l’accoglimento del ricorso di primo grado, ma la censura dell’appellante ricalca in sostanza quella in primo grado più opportunamente proposta (anche) nel ricorso incidentale, secondo cui il parere del consulente della p.a. era viziato (nella parte poi valorizzata in sentenza) laddove accennava ad esprimere riserve ingiustificate verso Dussmann.

Pertanto il motivo *in parte qua* va respinto, poiché i peculiari dubbi accennati nel predetto parere non risultano poi specificamente affrontati nel medesimo (che conclude la verifica in senso positivo mediante un generico riferimento alle giustificazioni addotte da Dussmann), né nel successivo atto del R.U.P. che lo recepisce, i quali effettivamente risultano viziati - salvo quanto sarà *infra* statuito - così come ritenuto in sentenza.

21.4. Va invece accolta la doglianza afferente il secondo aspetto (assenteismo) pure presente nel primo motivo d’appello in esame e vertente, in particolare, sull’operata detrazione nell’offerta (come riscontrato dal T.A.R.) dei costi delle assenze a carico degli istituti previdenziali, in accoglimento dell’assorbente eccezione processuale di tardività della censura avversaria riproposta in forma di gravame dall’appellante [erroneamente rigettata dal T.A.R. con la seguente motivazione: < (...) *Si deve osservare che tale rilievo, sollevato dalla Cirfood nella memoria del 09.02.2022, non può essere considerato una vera e propria censura – contrariamente a quanto sostiene la*

Dussmann, che ne eccepisce la tardività – ma rappresenta piuttosto una “mera difesa”, ossia un argomento esposto per sostenere un motivo già specificamente dedotto nell’atto introduttivo, ossia l’insostenibilità del costo del personale, e oltretutto fondato su ragioni che già avevano condotto il consulente dell’Amministrazione a porre in dubbio le giustificazioni offerte dall’aggiudicataria nella relazione su cui si basa il motivo stesso.>].

Contrariamente a quanto opinato dall’impugnata sentenza, la censura proposta in primo grado dalla ricorrente principale risulta effettivamente tardiva per non essere presente nel ricorso originario (pur essendovene la piena possibilità), il quale era incentrato in generale sull’asserita insostenibilità dei “costi” del lavoro di Dussmann (riprendendo, come riconosce la stessa sentenza impugnata, quella parte “dubitativa” del parere del consulente della p.a. sopra menzionata), e non sulla diversa e peculiare questione poi valorizzata dal T.A.R. - che indebitamente la ritiene compresa nella prima - costituita dal mancato rispetto delle tabelle ministeriali nell’offerta presentata a causa della indebita detrazione, in quest’ultima, di quella parte dei costi del personale dovuta ad assenze sostenuta dagli istituti previdenziali.

Trattasi di una delicata questione - il cui esame nel merito resta qui assorbito - afferente ai limiti entro i quali è richiesto alle imprese di conformarsi alle suddette tabelle e alla “derogabilità” di queste ultime; essa non può essere confusa con l’oggetto dei dubbi sollevati dal consulente della p.a. ripresi nell’originario ricorso, afferenti piuttosto alle conseguenze sui dati dell’impresa della “clausola sociale” e, in particolare, alla mancata specifica considerazione della situazione dei dipendenti da assorbire in base alla stessa [cfr. detto parere sul punto: “*Le altre due argomentazioni (adesione al Fondo di previdenza complementare, Assenteismo), sebbene ben documentate, presentano maggiori dubbi in quanto legate a scelte personali del dipendente (Fondo di previdenza complementare) e casualità (assenteismo) per lavoratrici e lavoratori che al momento non fanno parte dell’organico Dussmann Service*”].

Né è possibile ritenere – come testualmente opinato dalla sentenza impugnata – che nel solco dell’originaria censura, siccome afferente in generale “*l’insostenibilità del costo del personale*”, possa farsi rientrare la questione descritta, di guisa che quest’ultima possa poi essere validamente “sviluppata” in una successiva memoria difensiva (di per sé inidonea a rispettare il termine di decadenza).

Sotto altro profilo, vi è infine da aggiungere che, quand’anche la decisione appellata avesse voluto - a dispetto della precisa indicazione testuale della motivazione - ratificare e far propri anche i dubbi (di natura differente, per quanto detto) espressi dal consulente della p.a. in punto d’assenteismo, varrebbero a confutare una siffatta ulteriore *ratio decidendi* le ragioni, tra poco evidenziate, di trascurabile rilevanza ai fini delle risultanze in questione degli effetti della “clausola sociale” (sotto entrambi gli aspetti presi in considerazione dal parere e poi dalla sentenza), se non altro per le complessive dimensioni dell’impresa aggiudicataria.

Le altre questioni, riproposte nel primo motivo in esame, di erroneo rigetto dell’eccezione di inammissibilità e infondatezza del ricorso di primo grado sotto ulteriori aspetti restano assorbite.

22. Anche il secondo motivo dell’appello in esame dev’essere in parte accolto, stavolta con riguardo alla questione (su cui verte anche l’appena esaminato primo motivo di gravame) dell’adesione dei dipendenti dell’impresa al fondo di previdenza complementare.

Con tale doglianza l’appellante critica il rigetto dell’impugnazione incidentale proposta avverso il parere del C.T. sopra nominato, e in particolare nei (soli) confronti della parte “dubitativa” della sua motivazione (già sopra citata), in ragione dei suoi possibili effetti vizianti della conclusione, pur favorevole alla società Dussmann, del subprocedimento di verifica cui quest’ultima era stata sottoposta.

22.1. In sede di esame di detto ricorso incidentale la sentenza impugnata, dopo avere accolto sullo stesso punto il ricorso principale, così prosegue: <

Per le stesse ragioni, è infondato il quarto motivo del ricorso incidentale, con cui la Dussmann ha impugnato in via cautelativa il parere del consulente tecnico dell'Amministrazione nella parte in cui, pur esprimendosi favorevolmente, ha sollevato dubbi sulla congruità del costo del personale dell'aggiudicataria, sostenendo che invece lo scostamento fosse interamente giustificato.>.

22.2. E' opportuno riportare – in quanto condivisibile e dirimente - il passo dell'originaria censura presente nell'impugnazione incidentale dell'aggiudicataria [cfr. pag. 19 dell'atto di ricorso incidentale]: < (...)
Dussmann Service ha indicato nei giustificativi del 19.7.2020 (rectius 2021, n.d.s.) che la percentuale di adesione al fondo di previdenza complementare da parte dei propri dipendenti è pari al 4,437% e di aver tenuto conto, cautelativamente, della percentuale del 5% ed ha documentato le suddette indicazioni allegando il prospetto relativo alla “adesione al fondo previdenziale 2019” da cui risulta il numero di addetti (324) che rispetto a tutti i dipendenti di Dussmann Service impiegati nel settore della ristorazione collettiva (che sono 7.313 come indicato nel “cedolone paga” anch'esso allegato ai giustificativi) hanno aderito al fondo di previdenza complementare. Si tratta appunto della percentuale del 4,437% dell'intero personale impiegato in tale settore (doc. 10). In base ad una semplice proporzione matematica è dunque dimostrabile e dimostrato che tale percentuale cautelativa del 5% rimarrebbe sostanzialmente invariata anche nell'ipotesi (irrealistica) in cui tutti i dipendenti che verranno impiegati da Dussmann Service nello specifico appalto in questione decidessero di aderire al suddetto fondo: circostanza che peraltro è da escludere in base appunto ai dati consolidati nel tempo (...)]>.

22.3. Anzitutto, la breve motivazione di rigetto di tale censura non appare appropriata, essendo testualmente basata sulle “stesse ragioni” per cui era stato accolto il ricorso principale sul medesimo punto: ossia la presenza di dubbi nel parere del consulente della p.a. sull'aspetto in questione, non risolti

dallo stesso atto né da quello finale del R.U.P. Invero, se i contenuti del predetto atto istruttorio avevano potuto giustificare l'accoglimento del ricorso principale avverso l'atto conclusivo del subprocedimento di verifica (che richiamava le conclusioni del precedente parere), non certo le “*stesse ragioni*” avrebbero potuto essere fondatamente addotte a sostegno del rigetto del ricorso incidentale che proprio detto parere - a sua volta - censurava, in buona sostanza, per l'eccesso di potere da cui era affetto nella parte motivazionale (pur se non nelle conclusioni), per non aver affatto considerato (se si esclude un generico richiamo finale) le giustificazioni addotte sul punto specifico dalla società aggiudicataria.

22.4. La censura sopra riportata è stata riproposta in forma di gravame nel motivo in esame [cfr. in particolare pag. 24 appello di Dussmann: <... *nella fattispecie concreta la determinazione del costo della manodopera è stata documentata sulla base di dati che, essendo “oggettivi”, “ben documentati” e parametrati ad un numero estremamente elevato di dipendenti (indicato nei cedoloni paga), non possono subire alcuna variazione in conseguenza dell'assorbimento dei lavoratori dell'impresa uscente.*>] e dev'essere accolta.

Essa infatti risulta, sul piano generale, giustificata dalla riconosciuta “derogabilità” delle tabelle ministeriali in relazione alla specifica realtà aziendale e, con riguardo alla situazione concreta, del tutto convincente sul piano logico, specie in ragione della minima incidenza dei dipendenti da assumere sui numeri complessivi dell'impresa, nonché sufficientemente documentata (il riferimento al 2019, in assenza di evidenze probatorie contrarie, risulta utile anche ai fini in esame).

Pertanto il costo della manodopera, anche sotto il particolare profilo in esame, non avrebbe potuto variare significativamente ove la società Dussmann avesse aggiunto – ciò che il parere impugnato sostanzialmente lamentava non esser stato fatto – alla considerazione dei “propri” dati forniti in sede di verifica quelli relativi ai dipendenti (*rectius* all'azienda di provenienza) da assumere in base alla “clausola sociale” del bando.

22.5. Restano assorbite le ulteriori lamentele dell'appellante sulla stessa legittimità di un simile richiesto *modus operandi*, in quanto coinvolgente dati pertinenti (al momento della gara) ad altre aziende.

23. In definitiva, nella vicenda in esame sono a rigore riscontrabili due vizi istruttori di eccesso di potere che si elidono a vicenda, confermando la bontà degli esiti finali della verifica di anomalia verso la società Dussmann: da un lato, quello riscontrato dal T.A.R. (secondo cui alcuni profili dubbi rilevati in sede istruttoria non erano stati sviluppati né condotti ad adeguate conclusioni); dall'altro, quello appena descritto ed erroneamente non rilevato in sentenza nella decisione sul ricorso incidentale, ossia l'omesso apprezzamento di specifici elementi idonei a fugare in radice quei particolari dubbi espressi nel parere (e a meglio giustificarne le conclusioni ivi prese).

Va di conseguenza riformata l'impugnata motivazione anche nel decisivo passo (relativo al ricorso principale ma afferente la stessa questione) secondo cui *"... se si rammenta che la Dussmann si è impegnata all'assorbimento di tutto il personale impiegato nel servizio dal gestore uscente, in forza della clausola sociale inserita nella normativa di gara, si comprende come la percentuale di adesione ai fondi complementari calcolata dall'aggiudicataria in base ai propri dati "storici", non essendo calibrata sui dipendenti che verranno effettivamente impiegati nell'esecuzione dell'appalto, non è pertinente e non può quindi giustificare di per sé lo scostamento"*; dovendo il ricorso principale sul punto essere rigettato a seguito dell'accoglimento del motivo di ricorso incidentale "condizionato" in esame.

24. L'esame del terzo motivo d'appello può essere omesso, restando assorbito in considerazione di quanto già statuito, da cui deriva la completa riforma della sentenza nella parte sfavorevole all'appellante Dussmann.

25. Le spese di entrambi i gradi di giudizio possono essere compensate, vista la notevole complessità delle molte questioni di causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, previamente riuniti, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello di Cirfood S.C.;
- accoglie, nei termini specificati in motivazione, l'appello proposto in via principale da Dussmann Service S.r.l. e per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, respinge integralmente il ricorso proposto in primo grado da Cirfood S.C., con assorbimento di ogni altra domanda ed eccezione.

Compensa tra tutte le parti le spese di lite del doppio grado di giudizio.

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

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

Raffaele Greco, Presidente

Giovanni Pescatore, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Umberto Maiello, Consigliere

Fabrizio Di Rubbo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio Di Rubbo

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO