

Publicato il 26/03/2021

N. 02581/2021REG.PROV.COLL.
N. 07592/2020 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 7592 del 2020, proposto da Caffè Sant'Andrea S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Salvatore in Lauro n. 10;

contro

Azienda Ospedaliera Universitaria Sant'Andrea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Claudio Maggisano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via G. Bettolo n. 9;

nei confronti

Sirio S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mariapaola Locco, Maria Beatrice Zammit, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e

domicilio fisico eletto presso lo studio Maria Beatrice Zammit in Roma, via Alessandria 130;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sede di Roma, Sezione Terza Quater, n. 7209/2020 del 26 giugno 2020, resa tra le parti, concernente gli esiti della gara comunitaria telematica per l'affidamento in concessione quinquennale del servizio di gestione bar e rivendita giornali e riviste nel sito dell'Azienda Ospedaliero Universitaria Sant'Andrea di Roma.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Sant'Andrea e della Sirio S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Viste le note scritte depositate dalle parti in prossimità dell'udienza di discussione;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 marzo 2021, tenuta in modalità telematica, il Cons. Giovanni Pescatore;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. È controversa l'aggiudicazione della gara comunitaria telematica per l'affidamento in concessione quinquennale del servizio di gestione bar e rivendita giornali/riviste presso l'Azienda Ospedaliero Universitaria Sant'Andrea di Roma.

Dalla gara di cui si discute è stata esclusa l'odierna appellante, gestore uscente del servizio, per non aver “*mai caricato il numero identificativo della marcatura temporale riferito all'offerta economica*”. Il mancato adempimento di tale incombente costituiva, secondo il Disciplinare di gara, “*espressa causa di esclusione dell'operatore economico che, di fatto,*

non ha provveduto a presentare offerta economica entro il termine di scadenza presentazione offerte fissato dal bando”.

2. Caffè Sant’Andrea ha contestato sia la propria esclusione che l’aggiudicazione alla Sirio s.p.a..

3. Con motivi aggiunti, la ricorrente ha esteso l’impugnativa anche alla nota n. 2262 del 14 febbraio 2020, con la quale l’amministrazione ha valutato l’insussistenza a carico della prima classificata di elementi rilevanti ai sensi dell’art. 80 d.lgs. n. 50/2016.

4. La sentenza n. 7209/2020 ha rigettato il ricorso principale e dichiarato inammissibili i motivi aggiunti.

5. Le tematiche già deliberate nel primo grado vengono riproposte nella presente fase di appello, nel contraddittorio tra la stazione appaltante e le due società contendenti.

6. A seguito della reiezione dell’istanza cautelare (ordinanza n. 6342/2020) la causa è stata posta in decisione all’udienza pubblica del 18 marzo 2021.

DIRITTO

1. Va premesso che la gara di cui è contesa ha fatto seguito ad una precedente procedura, annullata con sentenza n. 5971/2017, avente ad oggetto l’affidamento in concessione del solo servizio bar.

1.1. Nel relativo contenzioso era emerso che i parametri di giudizio erano stati integrati dopo la pubblicazione degli atti e che la determinazione del *range* di valutazione dei giudizi era avvenuta a buste (contenenti le offerte tecniche) già aperte.

1.2. Proprio sulla base di questo antefatto, la parte appellante deduce come prioritario un motivo di appello concernente la composizione della rinnovata Commissione di gara.

1.3. Già in primo grado essa aveva sostenuto che la coincidenza di due commissari su tre (compreso il Presidente) valeva a determinare “*la violazione dei basilari e granitici canoni di imparzialità della commissione, di non influenzabilità del relativo giudizio e di par condicio*

concorsuale: non è infatti possibile escludere, nel descritto contesto, che i ricordati antecedenti abbiano influito sulle scelte compiute dalla commissione (...)” (ottavo motivo di primo grado).

Con ulteriore rilievo si aggiungeva che, *“a fronte dell’anzidetta situazione di fatto concernente i commissari .. la stazione appaltante avrebbe dovuto (a maggior ragione) rendere congrua ed approfondita motivazione del perché della relativa designazione e del perché, in particolare, a fronte dei precisi e netti rilievi del Giudice Amministrativo, sono stati (ri)scelti due commissari su tre il cui operato era stato appunto profondamente censurato in sede giurisdizionale”* (nono motivo di primo grado).

1.4. Nel respingere entrambe le doglianze, il primo giudice ha fatto richiamo all’art. 77, comma 11, del D.Lgs. 80/2016, ai sensi del quale *“in caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell’aggiudicazione o di annullamento dell’esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l’annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione”*.

1.5. La parte appellante obietta in questa sede:

-- che le condotte censurate (l’apertura delle offerte tecniche prima dell’integrazione dei criteri di aggiudicazione e della posizione del *range* di valutazione dei singoli giudizi) integrano i presupposti del *“vizio nella composizione della commissione”* (art. 77, comma 11). Il fatto di aver operato in maniera assolutamente parziale consentirebbe, infatti, di ricondurre il vizio al momento genetico della costituzione della Commissione;

-- che, comunque, avendo già avuto conoscenza dell’appalto, i due professionisti reincaricati avrebbero dovuto astenersi dal prendere parte alla Commissione, versando in una situazione di sostanziale incompatibilità o conflitto di interessi; in alternativa, essi avrebbero dovuto esserne esclusi ai sensi del comma 6, dell’art. 77 del Codice, avendo

“concorso, con dolo o colpa grave accertata in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all’approvazione di atti dichiarati illegittimi”.

1.6. Le parti appellate preliminarmente eccepiscono come irrituale e inammissibile l’alterazione dell’ordine di deduzione per effetto della quale nel contesto dell’atto di appello viene avanzato in via prioritaria un motivo già proposto in via subordinata nel ricorso di primo grado.

Sempre sul piano processuale, le appellate denunciano l’impropria estensione della censura, originariamente formulata con riguardo al solo primo capoverso del comma 6 dell’art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 (profilo di imparzialità) ed in fase di appello estesa anche al secondo capoverso della medesima disposizione (profilo del concorso doloso o colposo nell’approvazione di atti illegittimi) oltre che al conflitto di interessi.

1.7. Il primo rilievo di irritualità è fondato, in quanto la descritta condotta processuale integra un *venire contra factum proprium* che costituisce abuso dello strumento processuale e motiva il mantenimento dell’originario ordine di graduazione delle censure (in argomento si rinvia alla sentenza di questa Sezione n. 6366/2020).

Nondimeno, per ragioni di economia processuale e di fluidità di espositiva è preferibile procedere sin da subito alla disamina del motivo di appello, stante la sua evidente infondatezza nel merito.

1.8. Quanto alla sua esatta perimetrazione (oggetto della seconda eccezione in rito), va osservato che nel primo grado di giudizio la posizione di incompatibilità dei due commissari era stata denunciata mediante richiamo ai commi 4, 6 ed 11 dell’art. 77, con specifico riferimento al profilo della necessaria imparzialità della Commissione ed alle “*gravi ragioni di convenienza*” implicanti obbligo di astensione.

Dette ragioni afferivano al fatto che il presidente della Commissione ha adottato atti in entrambe le procedure e che i due commissari avevano espresso giudizi nel precedente affidamento, donde il rischio di una

possibile influenza della loro pregressa esperienza sulle scelte adottate nel nuovo contesto di gara (pag. 18 del ricorso di primo grado).

Dal quadro deduttivo così ricostruito, esulavano, invece, i riferimenti, oltre che al conflitto di interessi (art. 42), anche alla più specifica ipotesi di cui al secondo periodo del comma 6 dell'art. 77, non potendo questa, per la specificità degli elementi costitutivi che la contraddistinguono e dell'effetto che ne consegue (l'esclusione e non l'obbligo di astensione), confluire nel più ampio e generico riferimento alla tematica della "imparzialità".

La previsione in commento sancisce, infatti, l'esclusione del commissario che abbia "*concorso, con dolo o colpa grave accertata in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi*").

1.9. In disparte dai rilievi di inammissibilità ex art. 104 comma 1 c.p.a., il motivo è infondato sotto tutti i profili dedotti, in quanto:

-- la piena identità tra le due procedure di gara è smentita dal fatto che la procedura oggetto del presente giudizio riguarda la concessione del servizio di gestione bar e rivendita giornali e riviste, mentre la gara annullata aveva ad oggetto esclusivamente l'affidamento in concessione del servizio bar;

-- in ogni caso, dalla lettura della sentenza n. 5971/2017 appare evidente che l'annullamento della precedente procedura di gara è derivato non già da "*vizi di composizione della Commissione*" ma da illegittimità afferenti agli atti dalla stessa adottati;

-- la parte appellante ne è consapevole ma tenta di sostenere, con formula ambigua e involuta, che "*avendo l'allora commissione operato in maniera assolutamente parziale, il relativo vizio (come accertato dal GA) non poteva che concernere il momento genetico della costituzione della stessa (giacché l'individuazione della composizione della commissione muove da*

canoni di imparzialità e terzietà nel caso chiaramente mancanti in capo ai commissari ab origine)”.

L'affermazione non ha consistenza, in quanto non è neppure posta in discussione la sussistenza dei requisiti di imparzialità dei componenti la prima Commissione, alla quale si rimproverava unicamente un'illegittima gestione della procedura. D'altra parte, la gravità dell'errore commesso non vale a modificare la natura del vizio e, per ciò solo, a farlo tramutare in vizio di composizione della commissione.

1.10. Quanto ai rimanenti rilievi, il fatto che il Commissario sia stato parte di una precedente Commissione in una procedura di gara annullata non si appalesa come autonomo motivo di incompatibilità e di astensione obbligatoria: a renderlo evidente è proprio l'art. 77 comma 11, nella parte in cui impone la rinnovazione integrale dell'organo collegiale nella sola ipotesi in cui ne sia viziata in origine la composizione.

1.11. Altre evenienze integranti cause di incompatibilità (51 c.p.c.) non vengono indicate dalla parte appellante.

1.12. Quanto all'ipotesi del conflitto di interessi, essa deve essere supportata da elementi concreti, specifici ed attuali, e, soprattutto, deve concernere l'esistenza di un interesse *“personale”* dei componenti della Commissione del quale, nel caso di specie, non viene in alcun modo individuata la natura e consistenza (tutte le circostanze evidenziate in appello esulano dalla sfera personale dei Commissari e dall'area dei loro interessi privati).

1.13. Infine, l'ipotesi di cui al secondo periodo del comma 6, dell'art. 77 del Codice, presuppone una serie di condizioni - ed in particolare l'avvenuto accertamento *“in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa”* di una condotta connotata da *“dolo o colpa grave”* - delle quali, nuovamente, non è stata allegata la sussistenza o fornita dimostrazione.

1.14. Il primo motivo va quindi conclusivamente respinto.

2. Il secondo motivo di appello verte sulla legittimità dell'esclusione dalla gara comminata nei confronti dell'appellante per non essere stata la relativa offerta economica correttamente caricata sulla piattaforma telematica di gara a mezzo anche dell'inserimento a sistema del numero di marcatura temporale.

2.1. In particolare, il provvedimento espulsivo è stato adottato perché l'appellante (i) non ha provveduto ad inserire a sistema il numero identificativo di marcatura temporale nel termine previsto dal timing di gara (entro le ore 12 del 13 giugno 2019) e (ii) non ha correttamente caricato la propria offerta economica nell'intervallo temporale (dalle ore 8 del 19 settembre 2019 alle ore 17 del giorno 20 settembre 2019) e nella sezione del Portale ("*Offerta economica*") perentoriamente stabiliti dal Disciplinare.

2.2. Il numero seriale della marcatura temporale (seriale del timestamp) è un codice rilasciato dall'Ente Certificatore che, dietro richiesta dell'Operatore Economico, appone la marcatura temporale sul file di offerta economica. Detto numero identifica univocamente la marcatura temporale apposta ed il relativo file, ragione per cui ne viene chiesto il salvataggio nei termini previsti dal timing di gara.

2.3. Il sistema tecnico di cui si discute è ben descritto nella pronuncia di primo grado, nei seguenti termini: "*Entro il termine di scadenza della presentazione delle offerte viene richiesto che il file di offerta sia compilato off line, con firma digitale e marcatura temporale, che garantiscono l'immodificabilità del file. Entro il medesimo termine l'operatore economico deve identificare sulla piattaforma telematica tale file di offerta, salvando in apposito spazio il numero seriale della marcatura temporale apposta sul file. Tale numero identifica univocamente una sola marcatura temporale e garantisce l'univocità del file inviato. In un momento successivo, dopo la fase di verifica della documentazione amministrativa e tecnica, all'operatore economico viene richiesto di*

caricare sulla piattaforma informatica il file precedentemente firmato e marcato e identificato in precedenza con il numero seriale della marcatura temporale”.

2.4. Il primo giudice (trattando congiuntamente i tre motivi formulati sul punto) ha ritenuto corretta l’esclusione *“per il mancato inserimento del numero seriale identificativo della marcatura temporale applicata sul file offerta economica, nonché per il mancato caricamento nei termini previsti del file offerta economica firmato digitalmente e marcato temporalmente”.*

Al contempo, ha ritenuto che il messaggio con l’esito positivo del ricevimento dell’offerta economica pervenuto via pec non potesse intendersi come liberatorio e confermativo della regolarità dell’inoltro.

2.5. La parte appellante osserva, di contro, come l’offerta sia stata firmata digitalmente e munita di marcatura temporale prima della scadenza del termine di presentazione dell’offerta economica: tale dato sarebbe provato sia dalle perizie agli atti, sia dagli screenshots riferiti all’esatto momento di apposizione della firma e della relativa marcatura temporale.

Quanto al (pacifico) mancato inserimento a sistema della marcatura temporale, esso non inficerebbe (diversamente da quanto sostenuto dalla stazione appaltante e dal TAR) l’autenticità e la segretezza dell’offerta economica, in quanto firma digitale ed apposizione della marcatura temporale costituiscono operazioni di per sé idonee a rendere l’offerta economica intangibile ed imm modificabile.

Nello stesso senso deporrebbe il messaggio pec di ricevuta dell’offerta in quanto, ai sensi della disciplina di gara (allegato 1 al disciplinare telematico - pag. 15, rigo 8-10), la pec con l’esito positivo del deposito dell’offerta economica è di per sé garanzia della genuinità e dell’autenticità della stessa (in caso contrario, infatti, perverrebbe un messaggio di esito negativo della presentazione).

A fronte di ciò l’inserimento della marcatura temporale rappresenterebbe *“un’operazione ad abundantiam, inidonea a dimostrare l’autenticità*

dell'offerta (che si ricava serenamente dalla verifica della firma digitale e della relativa marcatura) e che, se assunta come motivo di esclusione, contrasterebbe all'evidenza con il principio di massima partecipazione alle pubbliche gare, il quale appunto vieta prescrizioni di gara vessatorie del diritto di partecipazione del concorrente”.

2.6. Il motivo non è fondato.

In merito alla essenzialità del tempestivo inserimento a sistema della marcatura, in un momento anticipato e distinto da quello del caricamento dell'offerta, questa Sezione si è di recente espressa con la sentenza n. 4795 del 28 luglio 2020, resa su fattispecie del tutto analoga alla presente. Vi si legge che è “ragione giustificativa tutt'altro che peregrina” della procedura di marcatura temporale .. quella di evitare il rischio “che un operatore economico predispon(ga) una pluralità di offerte economiche, firmandole digitalmente ed apponendo, così, una marca temporale a ciascuna di esse, senza, però, inserire nella piattaforma della stazione appaltante – al momento del caricamento in essa della documentazione amministrativa e dell'offerta tecnica – l'esatto numero seriale di alcuna delle offerte predisposte; quindi, dopo averle conservate tutte nel suo computer, proced(a), all'atto di caricare l'offerta economica sulla piattaforma, a scegliere tra di esse l'offerta che a quel momento meglio gli aggrada(..)”.

Nella stessa sentenza si rileva come la ragione giustificativa della sindacata procedura “vale di per sé a confutare le doglianze con cui si contesta che detta procedura sarebbe farraginoso ed artificioso e violerebbe i principi di semplificazione e di efficacia, oltre che quelli del legittimo affidamento dei concorrenti e di proporzionalità, nonché quelli di massima concorrenza e partecipazione alle gare. La circostanza che si tratti di una procedura complessa – alla cui osservanza, peraltro, sono chiamati operatori qualificati (v.infra) – nulla toglie al fatto che con detta procedura la *lex specialis* persegue il fine – conforme alla legge – della

garanzia della presentazione di offerte inviolabili, imm modificabili ed univoche (C.d.S., Sez. III, n. 4050/2016, cit.). È, infatti, evidente che, in difetto dell'esatta indicazione del numero seriale di marcatura temporale, l'offerta economica del concorrente (...) risulti affetta da un vizio radicale, non essendo la stessa neppure univocamente identificabile" (vedasi anche Cons. Stato, sez. V, n. 5388/2017 e 4031/2020).

2.7. Dall'esigenza di intangibilità dell'offerta discende che:

a) non è sufficiente dimostrare di avere apposto alla propria offerta la marcatura temporale, ma è necessario inserire nel sistema il numero seriale nel momento prescritto dalla *lex specialis* di gara;

b) solo l'identità tra il numero seriale precedentemente inserito sul sistema (e che nel caso di specie andava caricato entro le ore 12 del 19 giugno) e quello risultante sul file dell'offerta economica, da caricare a sistema successivamente (nel caso che ci occupa tra il 29 ed il 30 settembre), garantisce che l'offerta economica stessa non sia stata oggetto di modifica.

2.8. Quanto alla pec del 13 giugno invocata dalla parte appellante, essa, lungi dal fondare qualsivoglia affidamento sul corretto caricamento dell'offerta economica, avrebbe dovuto mettere Caffè Sant'Andrea sull'avviso dell'errore commesso, dal momento che da essa testualmente emerge che "*Offerta economica e documentazione a corredo*" (i.e. offerta economica e dettaglio) risultano entrambi caricati nella sezione "*Documentazione Ulteriore*" che però non era – in base alla *lex specialis* di gara – quella (sezione "*Offerta Economica*") deputata ad accogliere l'offerta economica.

Inoltre, al messaggio in questione è seguita la pec trasmessa alla ricorrente in data 19 settembre 2019 che comunicava la data di apertura del periodo di download per caricare l'offerta economica (dalle ore 8 del 19 settembre alle ore 17 del 20); data che, evidentemente, non coincideva con quella del 13 giugno in cui Caffè Sant'Andrea aveva erroneamente effettuato l'operazione di caricamento del file dell'offerta economica, in contrasto

con quanto prescritto dal disciplinare e dal timing di gara (sulla irrilevanza del messaggio PEC, in una fattispecie comparabile a quella qui in esame, si veda Cons. Stato, sez. V, n. 4031/2020).

2.9. Non appare pertinente, infine, il richiamato precedente di questa Sezione (sentenza n. 1963/2020), in quanto riferito a differente problematica.

Il punto di significativa distinzione è, tra l'altro, che Caffè Sant'Andrea non ha per nulla osservato il *timing* di gara (che invece era stato scrupolosamente seguito nel caso chiamato a confronto), non solo allorquando non ha inserito nel termine prescritto il numero di marcatura temporale dell'offerta economica (che non ha mai inserito), ma anche quando non ha provveduto a caricare nel tempo e nella sezione richiesti il file di offerta economica.

2.10. Per quanto esposto, l'omesso inserimento della marcatura e dell'offerta economica nell'intervallo temporale prescritto vanno senza dubbio qualificati come adempimenti sostanziali ed indefettibili il cui mancato compimento non poteva che condurre all'esclusione comminata dalla stazione appaltante

3. Il terzo motivo di appello concerne l'asserita sussistenza di una causa di automatica esclusione in capo a Sirio "*per non avere dichiarato una precedente risoluzione contrattuale*", disposta dall'ASUR Marche con determina n. 712/DG del 19 settembre 2012.

3.1. Il Tar ha respinto la censura osservando che, secondo la più condivisibile interpretazione dei commi 9 e 10 dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 fornita dalla giurisprudenza, la risoluzione per inadempimento del contratto (e comunque la commissione di gravi illeciti professionali) assume rilevanza ai fini della ammissione (e costituisce quindi oggetto dell'obbligo dichiarativo) per un periodo di tempo non superiore a tre anni dalla data dell'accertamento definitivo.

Nel caso di specie, dunque, trattandosi di risoluzione in danno del 2012 e di una gara bandita nel 2019, non sussisteva alcun obbligo dichiarativo in capo alla controinteressata.

3.2. La parte appellante insiste nel segnalare la gravità dell'omissione, ma non contesta in modo argomentato l'indirizzo interpretativo che circoscrive entro i tre anni l'obbligo dichiarativo (Cons. Stato, Sez. V, n. 8480/2019 e 1605/2020).

Nell'omettere di censurare un tassello essenziale della *ratio* motivazionale, il motivo si appalesa non concludente e inammissibile.

4. L'appellante si duole, infine, del fatto che i motivi aggiunti da essa proposti - volti a contestare la mancata verifica dei requisiti in capo a Sirio, nonché, in via derivata, l'inefficacia dell'aggiudicazione e del contratto - siano stati dichiarati inammissibili per carenza di interesse, in conseguenza del rigetto del ricorso principale.

Ne invoca, quindi la disamina.

Si tratta, tuttavia, di profili di censura concernenti la motivazione della nota n. 2262 del 14 febbraio 2020, con la quale l'amministrazione ha valutato l'insussistenza a carico di Sirio di elementi rilevanti ai sensi dell'art. 80 d.lgs. n. 50/2016. Essi, quindi, postulano un obbligo di valutazione dell'asserito illecito professionale (*id est* la risoluzione del 2012) di cui il primo giudice ha ritenuto, in linea con la giurisprudenza di questo Consiglio e con motivazione non puntualmente censurata, l'irrilevanza "*in quanto ampiamente fuori dall'arco temporale in cui, secondo la legge, tali fatti possono avere una qualche rilevanza*".

Il tenore della statuizione reiettiva è dunque assorbente rispetto alle ulteriori questioni di merito poste con i motivi aggiunti.

5. Viene in rilievo il quinto motivo di appello, concernente l'illegittima commistione tra aspetti tecnici ed economici dell'offerta.

In premessa va chiarito che le voci di qualità alle quali la disciplina di gara rimetteva la valutazione dell'offerta tecnica (totale 30 punti) erano così

articolate: *I. Progetto locali in concessione (20). II. Personale / Formazione (20). III. Progetto merceologico (15). IV. Progetto migliorie (10). V. Sconto personale dipendente (5 punti).*

5.1. Ebbene, la ricorrente lamenta il fatto che la voce “*sconto dipendente*” (ossia la decisione se applicare o meno uno sconto ai dipendenti della stazione appaltante che usufruiscono del bar oggetto della concessione) sia stata inserita tra gli elementi qualitativi dell’offerta di Sirio (con l’attribuzione di 5 punti), pur rappresentando essa, in realtà, una (ulteriore) voce di offerta economica (in quanto evidente voce di costo).

Questa duplicazione del medesimo elemento valutativo avrebbe quindi determinato il surrettizio superamento del punteggio massimo attribuibile all’offerta economica (30) come imposto dall’art. 95, comma 10 bis, secondo capoverso, del d.lgs. 50/2016.

5.2. Il TAR ha respinto la censura, ritenendo “*normale che, per aspetti come quello in esame, vi sia uno stretto legame tra offerta tecnica e quella economica, senza che questo determini la contestata commistione tra le due offerte*”. Inoltre il primo giudice ha ritenuto la ricorrente priva di interesse alla relativa contestazione per avere ottenuto al riguardo il massimo del punteggio (cinque su cinque).

5.3. Osserva di contro la parte appellante come la voce “*sconto personale dipendente*” nulla abbia a che vedere con i criteri di qualità dell’offerta, trattandosi di una voce di natura economica che la stazione appaltante ha illegittimamente fatto rientrare tra le voci di qualità, così appunto illegittimamente alterando il rapporto tra i punteggi totali dell’offerta tecnica e dell’offerta economica.

5.4. Il motivo è infondato.

5.5. Va premesso che il divieto di commistione sul quale si controverte “*va apprezzato in concreto e non in astratto, nel contesto di un esercizio proporzionato e ragionevole della discrezionalità tecnica e con riguardo alla conclusione degli elementi economici esposti o desumibili dall’offerta*

tecnica, che debbono essere effettivamente tali da consentire di ricostruire in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero, quanto meno, in aspetti economicamente significativi, idonei a consentire potenzialmente al seggio di gara di apprezzare prima del tempo la consistenza e la convenienza di tale offerta” (cfr. in termini Cons. Stato, sez. III, n. 167/2020 e sez. V, n. 2732/2020).

5.6. Nel caso di specie, la ricorrente non dimostra in che termini l'elemento della scontistica sia in grado di rivelare in via anticipata l'offerta economica nella sua interezza ovvero nei suoi aspetti economicamente significativi. Neppure si individua l'elemento di tipo economico del quale l'indicazione della scontistica sarebbe rivelatore.

5.7. Ciò che si contesta è, quindi, essenzialmente la scelta del parametro tecnico qualitativo, introdotto – secondo quanto si legge nel Disciplinare - *“al fine di poter analizzare complessivamente eventuali diversi livelli e modalità di scontistica nelle diverse linee di prodotto offerte”*.

Sul punto dev'essere ritenersi che il disciplinare abbia inteso valorizzare un profilo di politica organizzativa del servizio, sotto l'aspetto della diversificazione della scontistica applicata, che refluisce su elementi qualitativi della proposta formulata. Esso si fonda su una opzione discrezionale non priva di fondamento logico e come tale non sindacabile.

6. Il sesto motivo di appello verte sulla pretesa illegittimità dell'operato della Commissione in sede di attribuzione dei punteggi.

6.1. Per quanto riguarda il progetto dei locali in concessione, la ricorrente (premiata con 17,14 punti) sostiene che i progetti sono assolutamente equivalenti e che, dunque, essi avrebbero meritato entrambi il massimo dei 20 punti (riconosciuti solo a Sirio).

A pag. 2 del verbale n. 1 delle operazioni di gara (righe da 9 a 19) si legge, infatti, che i progetti del passaggio di prevista realizzazione sono entrambi ben elaborati, funzionali e gradevoli nell'aspetto entrambi; e che, per

quanto riguarda l'arredo e l'allestimento del bar, vi sono diversi punti in comune tra i due progetti.

Tuttavia, nel verbale della seduta riservata del 16.9.2019 la Commissione ha giustificato il divario dei punteggi evidenziando, da un lato, il maggiore impegno di Sirio nel rinnovo dei locali e degli arredi, avendo questa illustrato *“in modo chiaro, attraverso il CME, i numerosi elementi che verranno cambiati e/o rinnovati”*; dall'altro, la *“buona distinzione”* operata dalla stessa Sirio *“tra l'area caffetteria e l'area ristoro/gastronomia”*, soluzione ritenuta *“condivisibile, con particolare attenzione anche alla piena accessibilità degli arredi (principi di design for All) delle diverse zone d'uso”*.

Questi elementi differenziali non vengono confutati adeguatamente dalla ricorrente la quale, sul punto, si limita a dedurre di avere *“anch'essa ipotizzato una sostanziale modifica dell'assetto dei locali”*, senza tuttavia indicare in cosa consisterebbe tale modifica e in quale parte del progetto sarebbe stata evidenziata (pag. 25 atto di appello).

Ulteriori censure tecniche vengono formulate mettendo a confronto le due strutture di collegamento ipotizzate dalle parti nelle rispettive offerte e sostenendo che la Sirio non avrebbe presentato il prescritto progetto esecutivo; avrebbe previsto una soluzione con lati chiusi attraverso pannellature mobili, in relazione alla quale non sarebbe stato nemmeno esaminato il problema della compatibilità del sovraccarico; non avrebbe certificato la verifica dei condotti di espulsione (pag. 25 atto di appello).

Detti rilievi hanno trovato una smentita in punto di fatto nelle documentate deduzioni della parte controinteressata (si veda la memoria Sirio del 26.10.2020 alle pagg. 24 - 25 e la relativa documentazione allegata), alle quali non ha fatto seguito alcuna controreplica della parte ricorrente.

6.2. Con riferimento al criterio concernente il personale, il divario che si registra tra le due offerte (4 punti a vantaggio di Sirio) a detta della parte ricorrente risulterebbe del tutto sproporzionato rispetto alla reale

consistenza delle proposte a confronto, le quali si differenziano per il solo fatto che Sirio ha previsto un piano formativo (di comunicazione, marketing e corso di inglese) assente nell'offerta del Caffè Sant'Andrea ma del tutto inconferente con la natura del servizio e, quindi, con le finalità e le regole di gara.

Anche questo motivo è infondato.

Innanzitutto, è il Disciplinare Amministrativo ad aver previsto espressamente (pagina 17, lett. b2) che, per quanto concerne il personale, le concorrenti avrebbero dovuto tenere conto anche della *“programmazione annua di formazione/aggiornamento del personale articolato in tipologia di corso, profilo personale destinato alla formazione, monte ore per ciascun corso per operatore”*. Gli elementi formativi proposti da Sirio non paiono estranei alle competenze richieste al personale impegnato nella gestione di una attività commerciale ed operante a contatto con il pubblico ed in un contesto cittadino metropolitano.

In secondo luogo, il maggior punteggio assegnato a Sirio per la voce *“personale”* è motivato anche con riferimento ad un altro aspetto dell'offerta, vale a dire con riguardo alla circostanza che *“il personale messo a disposizione risulta notevolmente superiore da parte della Sirio S.p.A., tale da garantire molto spesso l'apertura contemporanea di tre casse, nonché la presenza di almeno quattro banchisti che diventano sei negli orari di maggiore afflusso”* (cfr. verbale seduta riservata del 18.9.2019).

Questo secondo aspetto è del tutto trascurato dalle censure della ricorrente, pur potendo esso autonomamente giustificare la diversificazione dei punteggi.

Sulla base di tali elementi, la Commissione ha affermato che *“i due progetti risultano sensibilmente differenti sia come modalità di approccio, sia come impegno di personale/ore messe a disposizione”* e che, rispetto a quello di Sirio, *“l'impegno risultante dalla relazione del Caffè*

Sant'Andrea sul punto risulta sicuramente inferiore” (cfr. verbale del 18.9.2019 cit.).

Una volta correlate alle oggettive diversità che caratterizzano i due progetti tecnici, le valutazioni della Commissione non possono dirsi affette da vizi di logicità e congruenza motivazionale.

6.3. Relativamente, infine, al *“progetto merceologico”*, si sostiene che il punteggio differenziale (1 punto) attribuito a Sirio sarebbe stato determinato dalla valorizzazione di un aspetto non previsto del Disciplinare, concernente l’*“educazione nutrizionale”* e *“la predisposizione di menù che siano attenti al culto religioso”*.

Tuttavia, a pagina 17, lett. C), il disciplinare ha previsto che il progetto sarebbe stato *“valutato sulla base della qualità e varietà dei prodotti proposti”*: la previsione è coerente con la decisione della Commissione di *“premiare”* la proposta di Sirio sia (i) per avere dedicato *“una particolare attenzione nell’educazione nutrizionale, con attento bilanciamento dei piatti proposti; proposta che risulta interessante, considerando anche l’importanza di una sensibilizzazione in tal senso all’interno di un istituto deputato alla salute pubblica”*; sia (ii) per avere previsto *“la predisposizione di menu che siano attenti al culto religioso”*. Si tratta, infatti, di profili certamente apprezzabili in termini di maggiore *“varietà”* e *“qualità”* dell’offerta.

7. Un ultimo motivo di appello è riferito alla pretesa incongruità e inadeguatezza dei criteri di valutazione dell’offerta tecnica inseriti nella legge di gara.

7.1. La ricorrente sottolinea, in particolare:

-- come una quota consistente di punti (20 su 70 qualitativi, ossia il 30%) sia stata associata alla voce relativa al personale (con riferimenti alla relativa formazione), nonostante nella fattispecie il servizio non dovesse essere avviato *ex novo* (cioè con l’immissione di nuovo personale), ma proseguito in continuità con quello già svolto dalla precedente affidataria e,

dunque, con impiego del personale uscente, già formato ed esperto dell'attività e dei luoghi;

-- come i 15 punti attribuibili con riferimento al criterio del settore merceologico, sulla base del tipo di prodotti proposti in vendita, risultino sproporzionati se rapportati ad un servizio settennale del valore di almeno 11 milioni di euro.

7.2. Entrambi i rilievi devono essere disattesi, in quanto i due parametri in questione intercettano profili di assoluto rilievo nell'organizzazione e nella qualità del servizio, aspetti, questi, ai quali non possono dirsi affatto estranee la consistenza numerica e la capacità operativa del personale, oltre che la tipologia e la qualità dei prodotti offerti in vendita.

7.3. Aggiungasi che la ricorrente non indica un *range* di punteggio preferibile a quello contestato, né propone una diversa dislocazione dei pesi ponderali associati ai diversi parametri valutativi, tale da far emergere con chiara evidenza lo squilibrio censurato nell'impostazione della legge di gara.

8. Conclusivamente, l'appello va respinto nella totalità dei motivi con esso veicolati.

9. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte appellante a rifondere in favore delle due parti appellate le spese di lite che liquida in complessivi € 3000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, per ciascuna di esse.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 marzo 2021 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO