

Pubblicato il 24/11/2022

N. 10366/2022REG.PROV.COLL.
N. 05867/2022 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5867 del 2022, proposto da Pellegrini s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Guido Greco, dall'Avvocato Andrea Manzi e dall'Avvocato Manuela Muscardini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pavia, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Irene Nadile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Raffaella Chiummiento in Roma, via Salaria, n. 103;

nei confronti

Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Mario Sanino, dall'Avvocato Alessandro Sciolla e dall'Avvocato Sergio Viale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Vivenda s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, e Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dall'Avvocato Michele Perrone e dall'Avvocato Paola Cruciano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Michele Perrone in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

per la riforma

della sentenza n. 1658 dell'11 luglio 2022 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, sez. IV, resa tra le parti, che ha respinto il ricorso e ha dichiarato inammissibili i motivi aggiunti proposti dall'odierna appellante, Pellegrini s.p.a., contro la determinazione dirigenziale n. 32/09 del 22 febbraio 2022 con la quale è stata disposta, in favore della Dussmann Service s.r.l., l'“aggiudicazione” della gara avente ad oggetto “l'affidamento della gestione del servizio di ristorazione scolastica ed altri utenti del Comune di Pavia periodo 1/04/2022 per due anni con possibilità di rinnovo. Cig. 8834770AD5”.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pavia, di Dussmann Service s.r.l. e di Vivenda s.p.a. e di Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro Soc. Coop.;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2022 il Consigliere Massimiliano Noccelli;
viste le conclusioni delle parti come da verbale;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Pavia il 2 dicembre 2020 ha affidato all'operatore economico Progetta sc il servizio di assistenza al r.u.p. in ordine alla procedura di affidamento della ristorazione scolastica, includente, tra l'altro, la redazione degli atti relativi alla gara.

1.1. Il r.u.p., dopo approfondita istruttoria condotta con il supporto di Progetta sc, ha fatto propri gli atti di gara, sottoscrivendoli così come risulta ancora oggi dalle pubblicazioni.

1.2. La procedura individuata per la scelta del contraente è la procedura aperta con il criterio di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa da individuarsi mediante l'attribuzione di punteggi agli elementi variabili di valutazione delle offerte messe in gara di natura qualitativa e di natura quantitativa.

1.3. La ripartizione del punteggio, considerando un massimo di 100 punti, viene così attribuito:

- Valutazione di natura qualitativa dell'offerta tecnica, con il massimo di 70 punti;
- Valutazione di natura quantitativa dell'offerta economica con il massimo di 30 punti.

1.4. Con la determinazione dirigenziale del 16 dicembre 2021, nelle more del completamento delle procedure per l'affidamento del servizio, è stata approvata la proroga tecnica del servizio a favore della Pellegrini s.p.a., di qui in avanti Pellegrini, odierna appellante e gestrice uscente.

1.5. All'esito della gara è risultata prima classificata e, successivamente, aggiudicataria Dussmann Service s.r.l. (di qui in avanti, per brevità, Dussmann).

2. La terza classificata, Pellegrini, ha notificato al Comune di Pavia e, quali controinteressati, a Dussmann, Vivenda s.p.a. e a Coop. di Lavoro Solidarietà e Lavoro (queste ultime in proprio e in qualità di mandante del r.t.i. Vivenda/Solidarietà e lavoro sc) ricorso avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), avverso gli atti di aggiudicazione della gara, con contestuale istanza di misure cautelari monocratiche ai sensi dell'art. 56 c.p.a.

2.1. L'istanza cautelare *ante causam* è stata accolta, cosicché la stazione appaltante il 29 marzo 2022 ha disposto la proroga del

contratto con Pellegrini per il periodo dal 1° marzo 2022 al 23 marzo 2022.

2.2. Il 30 marzo 2022 Pellegrini ha notificato un ricorso per motivi aggiunti, con cui ha impugnato i precedenti atti sulla base di nuovi motivi, nonché le note del 16 e del 29 marzo 2022 con le quali il Comune aveva consentito l'accesso solo parziale agli atti di gara, formulando istanza volta ad ottenere l'ostensione integrale della documentazione richiesta.

2.3. Nel frattempo Vivenda e Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro hanno notificato in data 31 marzo 2022 ricorso autonomo avverso gli atti di gara con istanza cautelare, quest'ultima poi rinunciata.

2.4. Tenutasi la camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare presentata da Pellegrini, il Tribunale, con ordinanza n. 442 del 14 aprile 2022, ha accolto la domanda cautelare, fissando per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 29 giugno 2022.

2.5. Avverso la predetta ordinanza n. 442 del Tribunale Dussmann ha proposto appello cautelare avanti a questo Consiglio di Stato.

2.6. Con decreto n. 1951 del 28 aprile 2022 è stata respinta l'istanza, per l'assenza di un pregiudizio irreparabile, fissando per la discussione la camera di consiglio del 26 maggio 2022.

2.7. Con l'ordinanza n. 2507 del 27 maggio 2022 questo Consiglio di Stato ha respinto l'appello, seppur motivando esclusivamente sul *periculum in mora* e non sul *fumus boni*

iuris «per la necessità di approfondire la questione nel merito».

2.8. Il Comune ha proceduto quindi ad ulteriore proroga in favore della Pellegrini per il tempo strettamente indispensabile alla definizione del contenzioso avanti il Tribunale nonché a garantire la necessaria continuità del servizio stimato fino al 29 luglio 2022.

2.9. A seguito della camera di consiglio del 5 maggio 2022, il Tribunale ha accolto l'istanza di cui all'art. 116 c.p.a. con ordinanza n. 1115, in esecuzione della quale il Comune ha provveduto alla trasmissione di tutta la documentazione, ma non pervenivano ulteriori ricorsi per motivi aggiunti.

2.10. Il 29 giugno si è tenuta avanti al primo giudice l'udienza pubblica per la discussione del merito e, con sentenza n. 1658 dell'11 luglio 2022, il Tribunale ha respinto il ricorso principale e ha dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti proposti da Pellegrini.

2.11. Il medesimo Tribunale, con la sentenza n. 1659 dell'11 luglio 2022, ha respinto anche il ricorso proposto da Vivenda e Cooperativa di Lavoro Solidarietà e Lavoro.

2.12. Il Comune di Pavia, in esecuzione delle predette sentenze, con comunicazione pec del 14 luglio 2022 al Pellegrini, ha avviato l'iter di riconsegna dei locali per termine appalto, richiedendo, entro il giorno 20 luglio la documentazione propedeutica alla stipula del contratto con l'operatore

economico aggiudicatario, nonché al subentro dello stesso nella gestione del servizio fissata al termine dell'attuale proroga.

3. Avverso la sentenza n. 1658 dell'11 luglio 2022 ha proposto appello Pellegrini, deducendone l'erroneità per cinque distinti motivi che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma.

3.1. Si sono costituiti avanti a questo Consiglio di Stato il Comune di Pavia e Dussmann per chiedere la reiezione del gravame, mentre si è costituita Vivenda per chiederne l'accoglimento.

3.2. Con l'ordinanza cautelare n. 3733 del 29 luglio 2022 è stata respinta l'istanza cautelare proposta dall'appellante ai sensi dell'art. 98 c.p.a.

3.3. Infine, nella pubblica udienza del 10 novembre 2022, il Collegio, sulle conclusioni come rassegnate dalle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello è infondato.

5. Con il primo motivo di appello (pp. 5-12 del ricorso), anzitutto, Pellegrini lamenta che, con il primo motivo di ricorso in primo grado, essa aveva dedotto come l'aggiudicazione fosse, anzitutto, illegittima per illegittimità derivata dall'atto di nomina della Commissione giudicatrice che, come si è dedotto, risulterebbe, a sua volta, illegittimo per frontale violazione del comma 4 dell'art. 77 del d. lgs. n. 50 del 2016, che prevede, in modo davvero inequivoco, che *«i Commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico*

tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta».

5.1. Ebbene, muovendo da detta cristallina previsione, l'appellante ha evidenziato che nella procedura di gara in questione, diversamente da quanto è avvenuto, non avrebbe potuto certamente svolgere il ruolo di commissario (e men che meno di Presidente della Commissione) la Dirigente del Settore del Comune di Pavia (e, cioè, la dott.ssa Ivana Dello Iacono).

5.2. E ciò perché essa ha in ordine cronologico:

- (i) adottato la “determina a contrarre”, con la quale è stata indetta la procedura di gara in questione e sono stati approvati i relativi atti di gara (bando, disciplinare e capitolato), nonché *«le clausole ritenute essenziali e precisamente quelle di cui al bando di gara e della documentazione di gara»* (doc 8, p 6);
- (ii) nominato la Commissione di gara, autonominandosi quale Presidente della stessa (doc 5);
- (iii) presieduto la medesima Commissione, così valutando le offerte (doc 4);
- (iv) e, infine, assunto il provvedimento di aggiudicazione (doc 1).

5.3. Il Tribunale, con la sentenza qui impugnata, ha viceversa rigettato tale motivo di impugnazione, asserendo che *«l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario (...) interpreta la suddetta disposizione nel senso che l'incompatibilità a fare parte della Commissione di gara riguarda soltanto i membri che abbiano materialmente, sostanzialmente ed effettivamente*

predisposto, o quanto meno contribuito a predisporre, il contenuto della lex specialis» (§ 2.1).

5.4. Nel muovere da tale assunto, ed evidenziando che nel caso di specie non sarebbe stato “dimostra(to) alcun apporto sostanziale della dirigente Dello Iacono all’individuazione della legge di gara”, materialmente predisposta dal r.u.p. e da una “ditta esterna”, *il Tribunale ha dunque concluso ritenendo che non sarebbe stata «provata l’incompatibilità della Dott.ssa Dello Iacono»*, rigettando così il I motivo di impugnazione (§ 2.1 della sentenza impugnata).

5.5. L’appellante tuttavia contesta può dunque dirsi che essa non abbia “*quanto meno contribuito a predisporre, il contenuto della lex specialis*” (sempre §2.1 della sentenza impugnata) che, sebbene materialmente in prima battuta approntata da altri, non avrebbe comunque mai visto la luce (e ciò è un dato di fatto) se non vi fosse stato l’atto di conferimento dell’incarico a soggetti esterni assunto dalla Dott.ssa Dello Iacono, prima e, soprattutto, la puntuale approvazione, da parte di quest’ultima, delle singole e specifiche “clausole ritenute essenziali” della medesima disciplina di gara.

5.6. *In tale scenario non può dunque davvero sminuirsi il ruolo svolto dalla dott.ssa Dello Iacono nella fase pre-gara e, di conseguenza, consentire che la stessa, proprio in virtù di tale ruolo, svolgesse anche quello di commissario di gara.*

5.7. Ma, deduce ancora l’appellante, la violazione dell’art. 77, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016 non è stata dedotta in primo

grado solo facendo leva sul coinvolgimento della dott.ssa Dello Iacono nella predisposizione della disciplina di gara.

5.8. Nel far valere la violazione di tale norma, che a ben vedere riconnette l'incompatibilità a svolgere il ruolo di commissario, non solo alla predisposizione della disciplina di gara, ma, più in generale, all'espletamento di *«alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta»*, si è infatti posto in evidenza che detta incompatibilità scaturirebbe anche dal fatto che la dott.ssa dello Iacono abbia altresì (e comunque) nominato la Commissione di gara, autonominandosi quale Presidente della stessa.

5.9. Ne deriverebbe, dunque, che anche solo per aver svolto tale (ulteriore e autonoma) funzione amministrativa la dott.ssa Dello Iacono non avrebbe mai potuto svolgere anche la funzione di componente della commissione di gara.

6. Il motivo è destituito di fondamento.

6.1. Correttamente, infatti, la sentenza impugnata ha statuito, nel rammentare il consolidato orientamento interpretativo in questa materia (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 24 giugno 2022, n. 5201), che affinché sussista l'incompatibilità non sufficiente che il coinvolgimento del commissario nella redazione della legge di gara si estrinsechi in un apporto meramente formale (approvazione e/o sottoscrizione del frutto dell'altrui opera), ma è necessario che ci sia la sostanziale riconducibilità della stessa all'attività intellettuale, valutativa e

professionale concretamente espletata dal membro della Commissione.

6.2. Anche nel caso oggetto del giudizio, ha ricordato ancora il primo giudice, la ricorrente non ha dimostrato alcun apporto sostanziale della dirigente Dello Iacono all'individuazione del contenuto della legge di gara, la cui predisposizione, come dimostrato dalla documentazione prodotta dalla pubblica amministrazione, era affidata alla ditta esterna Progetta la quale, durante la fase preparatoria degli atti, ha interloquito e collaborato costantemente, direttamente e unicamente con il r.u.p., dott.ssa Roberta Forlini.

6.3. Le argomentazioni del primo giudice resistono alle censure qui proposte perché è chiaro che la dott.ssa Dello Iacono non ha partecipato in nessun modo alla predisposizione materiale della *lex specialis* né ha inciso sostanzialmente sul suo contenuto, limitandosi solo ad un apporto meramente formale (approvazione e/o sottoscrizione del frutto dell'altrui opera), come è appunto dimostrato dal fatto, documentalmente provato, che le interlocuzioni tra la ditta esterna in ordine alla predisposizione della *lex specialis* sono state tenute e seguite solo dal r.u.p., dott.ssa Roberta Forlini.

6.4. Proprio in un caso analogo a quello, qui esaminato, questo Consiglio di Stato ha affermato che per predisposizione materiale della legge di gara deve intendersi non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso quanto, piuttosto, una effettiva e concreta capacità di definirne

autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per la pubblica amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario (Cons. St., sez. IV, 24 giugno 2022, n. 5601).

6.5. La documentazione depositata dimostra, infatti, in modo inconfutabile che nel caso in esame tutti gli atti di gara sono stati predisposti dalla società esterna Progetta s.c., come da specifico incarico conferito alla stessa, che nell'individuare il contenuto ha sempre avuto come unico referente il r.u.p., dott.ssa Roberta Forlini, con la quale sono intercorsi i molteplici scambi di corrispondenza e a cui è conseguita poi tra giugno e luglio 2021 la stesura definitiva.

6.6. E proprio il r.u.p., dopo tale capillare istruttoria, ha fatto propri gli atti di gara, sottoscrivendoli, così come risulta ancora oggi dalla Piattaforma Sintel e sul sito www.comune.pv.it, all'Albo Pretorio e alla sezione Amministrazione Trasparente, voce bandi di gara e contratti in cui sono pubblicati.

6.7. Se si considera che tutti gli atti di gara sono stati firmati dal r.u.p., nella persona della dott.ssa Roberta Forlini e non dal Dirigente Ivana Dello Iacono, come invece erroneamente fa intendere l'appellante nella propria prospettazione dell'iter procedimentale.

7. Alla luce di quanto sopra e del contenuto dei molteplici scambi di mail intercorsi per lungo tempo esclusivamente tra Progetta ed il r.u.p., evidentemente finalizzati alla stesura

definitiva degli atti di gara, appare non rispondente alla realtà quanto affermato da Pellegrini che ritiene *«indubbio che la Dott.ssa Dello Iacono abbia contribuito a definire “i contenuti e le regole della procedura”, che senza di lei non avrebbero mai visto la luce»* (cfr. pag. 9 ricorso in appello).

7.1. La Dirigente si è limitata invece ad indire la gara, approvandone gli atti e impegnando la relativa e conseguente spesa che non poteva che gravare sul centro di costo di propria competenza e, pertanto, che non poteva che essere assunta da essa stessa in quanto Dirigente del Settore Scuola, Politiche Giovanili e Sport.

7.2. Con tale provvedimento la Dirigente si è limitata all'approvazione di atti ad altri imputabili, già perfetti negli elementi costitutivi, tenuto conto che non aveva predisposto gli atti di gara né li aveva sottoscritti.

7.3. Appare indubbio che la stessa non abbia concorso alla definizione delle regole procedurali riguardanti la gara in contestazione.

7.4. Il r.u.p., infatti, non si è limitato ad una mera attività preparatoria (di predisposizione) degli atti di gara senza assumere alcuna decisione al riguardo, ma ne ha assunto la paternità sostanziale, sottoscrivendoli.

7.5. La Dott.ssa Dello Iacono non può essere qualificata come l'autore sostanziale degli atti con cui sono state definite le regole procedurali non solo perché non ha partecipato alla

stesura degli stessi, ma non avendo nemmeno sottoscritto documenti da altri formati.

7.6. Non sembra insomma seriamente dubitabile che l'autrice degli atti di gara in esame è il r.u.p., dott.ssa Roberta Forlini, che ne ha assunto la relativa responsabilità, facendo proprio il lavoro preparatorio svolto dal consulente esterno e provvedendo alla relativa sottoscrizione

7.7. La mera approvazione delle risultanze dell'altrui attività – da distinguersi quindi dalla formazione sostanziale intesa nel senso sopra esplicitato e confermato dalla giurisprudenza richiamata – non può peraltro che riguardare tutta la disciplina di gara includendo anche le clausole ritenute essenziali.

8. Non ha alcun significato particolare la circostanza che l'approvazione abbia ad oggetto anche queste ultime secondo quanto peraltro espressamente previsto dal d. lgs. n. 50 del 2016 e anche dal T.U.E.L.

8.1. L'interpretazione propugnata dall'appellante comporta un indebito ampliamento *in malam partem* del novero degli incarichi e delle funzioni da cui scaturisce l'incompatibilità all'assunzione del ruolo di commissario di gara.

8.2. La soluzione procedimentale percorsa dall'ente, che ha richiesto ad un soggetto esterno la predisposizione degli atti di gara, fatti poi propri e sottoscritti dal r.u.p., cosicché il Dirigente del Settore si è limitato ad indire la gara, appare consentire in modo legittimo la partecipazione dello stesso alla Commissione di gara nel ruolo di Presidente, garantendo al

contempo trasparenza ed imparzialità dell'iter e il rispetto del principio di cui all'art. 77, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016.

8.3. Quanto alla circostanza, infine, che la dott.ssa Dello Iacono abbia nominato la commissione di gara, ne è evidente l'infondatezza, prima ancora che l'inconferenza ai fini che qui rilevano, in quanto la nomina della Commissione non attiene in alcun modo alla predisposizione della documentazione di gara, in coerenza con la copiosa giurisprudenza già richiamata, e non incide, pertanto, sulla compatibilità di cui all'art. 77, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016.

8.4. Il motivo, quindi, va respinto.

9. Con il secondo motivo di appello (pp. 12-17 del ricorso), ancora, Pellegrini lamenta che il Tribunale abbia erroneamente respinto anche il secondo motivo di censura, con cui essa aveva dedotto, in prime cure, che l'atto di nomina della Commissione risulterebbe illegittimo anche sotto altro ed autonomo profilo e, cioè, nella parte in cui è stato nominato quale commissario il dott. Giubilesi (doc 5).

9.1. La dichiarazione circa l'assenza di cause di incompatibilità è stata sottoscritta anche dal Dott. Giubilesi (doc 12), che, di conseguenza, all'atto del conferimento dell'incarico (11 ottobre 2021) e, quindi, in un momento in cui i nomi dei concorrenti erano già noti (a far tempo dal 4 ottobre 2021), ha dichiarato l'insussistenza di ragioni di opportunità e convenienza tali da precludergli di accettare l'incarico de quo.

9.2. Senonché, come l'appellante ha dedotto col secondo motivo di primo grado, quanto dichiarato dal dott. Giubilesi (id est l'assenza di cause di incompatibilità) risulterebbe **invero smentito dalla circostanza che esso abbia lavorato per una Società (la "Pedus Partecipazioni") del "Gruppo Dussmann Italia" e, quindi, presso una società riconducibile all'aggiudicataria** e che, in tale qualità (circostanza, quest'ultima, sottaciuta dal Dott. Giubilesi), egli si sia occupato del *"controllo sicurezza alimentare e sui luoghi di lavoro, [della] certificazione ISO 9001, ISO 14001 e HACCP, per tutte le aziende del gruppo Dussmann Italia"* e, quindi, anche della odierna aggiudicataria.

9.3. Sulla base di tali presupposti, col secondo motivo di impugnazione in primo grado, si è dunque denunciato da parte di Pellegrini che si sarebbe al cospetto di **una situazione di conflitto di interessi (quantomeno potenziale) tale da compromettere (quantomeno in potenza) quella autonomia e serenità di giudizio che deve sussistere e, comunque, che deve apparire sussistente, in virtù del c.d. principio della moglie di Cesare, in capo ad ogni commissario di gara.**

9.4. Ma **anche questo motivo è stato respinto dal Tribunale** che, dopo aver passato in rassegna le ipotesi esemplificative previste dagli artt. 77 e 42 del d. lgs. n. 50 del 2016, ha ritenuto che *«l'esperienza lavorativa del dottor Giubilesi presso Pedus, in quanto **conclusasi da oltre venti anni**, non è idonea a rappresentare, in termini attuali, una circostanza tale da*

minare l'indipendenza di giudizio del professionista o da rendere, comunque, percepibile all'esterno un'assenza di terzietà in capo al commissario» (§ 2.2 della sentenza impugnata).

9.5. Il primo giudice ha, altresì, ritenuto che *«nell'ambito del conflitto di interessi, anche potenziale, è invero necessario che la situazione dalla quale scaturisce la dedotta non imparzialità rivesta **carattere di attualità**»* e che *«nel caso che qui ci occupa, il pregresso rapporto di collaborazione del dottor Giubilesi è cessato da epoca talmente risalente da non poter essere ragionevolmente percepito, ad oggi, come causa di parzialità di giudizio»* (v. sempre il citato § 2.2).

9.6. Che il pregresso rapporto intercorrente tra il dott. Giubilesi e la Dussmann sia tale da integrare una “*grav(e) ragion(e) di convenienza*” che imponeva l'astensione è, d'altro canto, confermato, secondo l'appellante, dal fatto che debbano essere ricondotti a tale concetto giuridico indeterminato tutti i *«tipi di rapporto destinati, secondo l'id quod plerumque accidit, a risolversi (potenzialmente) nel conflitto»* (Cons. Stato, sez. I, 5 marzo 2019, parere n. 667).

9.7. A rendere ancor più erronea la decisione impugnata, nella parte in cui ha ritenuto non più attuale il rapporto intercorrente tra il dott. Giubilesi e il Gruppo Dussmann (sent. imp., § 2.2), vi sarebbe infine la circostanza, ampiamente evidenziata in primo grado e del tutto non considerata dal Tribunale (che si espone così anche al vizio di omessa pronuncia), che **nel 2013 il dott.**

Giubilesi ha ricordato in un'intervista di aver *«impostato ed implementato il sistema di autocontrollo igienico, il piano di formazione, il programma di eventi scientifici e la Certificazione ISO 9001, per tutte le società italiane del Gruppo Dussmann»*.

9.8. In detta medesima intervista lo stesso dott. Giubilesi ha altresì tenuto a precisare di avere, nel periodo in cui ha lavorato per il Gruppo Dussmann, *«impostato e perfezionato un modello per la progettazione tecnica di gare di appalto pubbliche e private»* e di aver, altresì, *«creato e divulgato una metodologia, uno stile manageriale e di comunicazione che molti nostri concorrenti hanno ritenuto valido»*.

9.9. Si tratterebbe di progetti che lo stesso intervistatore ha ritenuto, così ulteriormente aggiornandoli, che facciano *«tuttora scuola tra gli addetti ai lavori»*.

10. La sentenza impugnata risulterebbe erronea per tutti i motivi indicati in rubrica dall'appellante, con conseguente illegittimità degli atti impugnati in primo grado.

10.1. Considerando, però, che quello in questione è un appalto soprasoglia, e considerando che il concetto di conflitto di interessi è espressamente enucleato dall'art. 24 della Dir. 2014/24/UE, che lo considera integrato ogni qualvolta chi interviene in una procedura di aggiudicazione sia portatore di un *«interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto»*, l'appellante chiede a questo

Consiglio, qualora dovesse nutrire dubbi su quanto dedotto, di disporre apposito rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE volto segnatamente ad appurare se, come opinato dal Tribunale, debba radicalmente escludersi che costituisca una minaccia alla imparzialità e indipendenza di un commissario il tempo trascorso dal momento in cui lo stesso ha svolto la propria attività professionale in favore di un concorrente.

11. Anche questo motivo deve essere respinto.

11.1. La stazione appaltante, prima, e il Tribunale poi, con la sentenza oggetto di impugnazione, hanno correttamente ritenuto che il decorso di ben 22 anni dalla conclusione del rapporto professionale con la Pedus Partecipazioni s.r.l. facesse venir meno ogni dubbio in merito alla presenza di un conflitto di interessi, anche se valutato in via potenziale.

11.2. Tale impostazione appare del tutto corretta e conforme all'orientamento di Codesto Consiglio di Stato che, con sentenza 3 luglio 2018 n. 4054, ha evidenziato come nella categoria generale dei “conflitti di interessi” debbano confluire i requisiti dell'attualità, della concretezza e della specificità per potersi ravvisare un obbligo di astensione derivante dalla dedotta incompatibilità.

11.3. Nel caso di specie i rapporti di collaborazione dedotti da Pellegrini difettano totalmente del requisito dell'attualità, trattandosi, come detto, di attività collaborative estremamente risalenti nel tempo (più di vent'anni fa) e assolutamente

inidonee ad incidere sulla terzietà del giudizio che il Commissario è chiamato ad esprimere.

11.4. Nemmeno rileva, sul punto, la circostanza dall'appellante sottolineata secondo cui il dott. Giubilesi abbia rilasciato un'intervista nel 2013 in cui ha menzionato l'attività lavorativa svolta in collaborazione con il Gruppo Dussmann.

11.5. L'intervista cui fa riferimento l'appellante non solo riguarda un rapporto di lavoro che è avvenuto più di vent'anni fa, ma ha essa stessa una data risalente, siccome rilasciata otto anni prima della partecipazione di Dussmann alla gara oggetto di causa.

11.6. Peraltro, non è chi non veda come la mera citazione di un precedente rapporto professionale nell'ambito di un'intervista non abbia alcun valore probatorio in ordine alla sussistenza in capo del dott. Giubilesi di un interesse tale da minarne la terzietà.

12. Anche la domanda di rimessione alla C.G.U.E. della questione formulata da Pellegrini a p. 17 dell'appello è priva di fondamento.

12.1. Invero, se si legge con attenzione il dettato dell'art. 24 della Direttiva 2014/24/UE, emerge chiaramente come lo stesso legislatore europeo, nel declinare al tempo presente il requisito dell'interesse conflittuale (la norma recita: «*ha, direttamente o indirettamente un interesse*»), abbia voluto sottolineare come un conflitto di interessi acquisti rilevanza solamente se

l'interesse ha natura attuale e non così risalente nel tempo (si ripete, nel caso di specie, oltre venti anni).

12.2. Detto interesse non “rinverdisce” e torna ad acquisire una impossibile attualità sol perché l'appellante, nove anni fa, in un'intervista ha parlato, persino in termini entusiastici e comunque – si badi – autopromozionali, della pregressa esperienza lavorativa.

12.3. Pertanto, la domanda di remissione sostenuta da Pellegrini è infondata perché non è ravvisabile alcun contrasto fra la normativa nazionale ed europea.

13. Con il terzo motivo di appello (pp. 17-21 del ricorso), ancora, Pellegrini deduce che col terzo motivo di impugnazione in primo grado si è, tra l'altro, ulteriormente censurato l'atto di nomina della commissione nella parte in cui sono stati nominati, oltre al Presidente (di cui si è ampiamente detto), due “componenti esterni” alla pubblica amministrazione, aventi la qualifica di “tecnolog(i) alimentari”.

13.1. Si è in particolare dedotto che tale scelta risulta inconciliabile con l'art. 8 del Regolamento per la disciplina dei contratti del Comune.

13.2. L'art. 8 del citato Reg., che viene espressamente richiamato nell'atto di nomina, dispone, infatti, testualmente che la Commissione è composta, oltre che dal Dirigente, da «altri due membri (...) scelti dalla Giunta comunale tra i Dirigenti e/o tra funzionari di livello adeguato, inquadrati nella categoria D».

13.3. Il medesimo Regolamento è chiarissimo nel disporre, al comma 3 dello stesso art. 8, che il coinvolgimento di soggetti esterni “*esperti in materia*” può avvenire nelle procedure aggiudicate “*secondo il criterio dell’offerta più economicamente vantaggiosa*” solo *tramite l’“integra(zione) [della Commissione] con altri due membri esperti in materia (anche esterni all’Ente)”*.

13.4. Sicché, in forza del citato art. 8, delle due l’una:

- o la Commissione è composta da tre membri, che abbiano comunque la qualifica di Dirigente o di funzionario inquadrato nella categoria D;
- oppure la stessa è composta da cinque membri, ossia da 3 componenti (scelti tra Dirigenti o funzionari amministrativi), cui si sommano “altri due membri esperti in materia (anche esterni all’Ente)”.

13.5. Partendo da tali presupposti, dunque, Pellegrini ha dedotto che giammai avrebbe potuto essere nominata, in virtù del richiamato Regolamento, una Commissione, come quella che ha valutato le offerte, composta da tre Commissari di cui due “esperti in materia” esterni all’ente e, quindi, non sono né dirigenti né funzionari amministrativi.

13.6. La nomina di “esperti” esterni avrebbe, infatti, dovuto imporre di incrementare il numero dei componenti della Commissione da tre a cinque.

14. Il Tribunale, nel respingere la censura, ha ritenuto che non vi fosse alcuna illegittimità nella composizione della

Commissione perché, dopo aver confermato l'applicabilità *ratione temporis* del citato Regolamento ed avere evidenziato che lo stesso è stato “revocato” in data «*posteriore sia alla determina a contrarre [...] che all'atto di nomina della Commissione*» (§2.3 della sentenza impugnata), con la deliberazione di Consiglio n. 58 del 26 ottobre 2021 (posteriore sia alla determina a contrarre – luglio 2021 – che all'atto di nomina della Commissione – datato 11 ottobre 2021 – e, dunque, irrilevante nel presente giudizio), ha evidenziato che il Regolamento *de quo*, improntato a un contesto normativo differente rispetto a quello attuale, si pone parzialmente in contrasto con le disposizioni sovraordinate di legge in vigore al tempo dell'adozione degli atti di gara.

14.1. In tali parti, lo stesso dovrebbe essere dunque disapplicato dal giudice amministrativo.

14.2. Sulla scorta di questi rilievi il primo giudice ha precisato che la competenza all'adozione dell'atto di nomina spetta al dirigente, ai sensi dell'art. 216, comma 12, del d. lgs. n. 50 del 2016 e dell'art. 107 del d. lgs. n. 267 del 2000, in quanto organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, e non già alla Giunta Municipale.

14.3. Il Regolamento comunale andrà invero disapplicato laddove, in aperta violazione del combinato disposto tra gli artt. 48 e 107 del T.U.E.L., conferisce poteri di natura gestionale –

nomina della Commissione di gara – alla giunta comunale, che è organo di indirizzo politico.

14.4. Peraltro, la competenza del dirigente sussiste anche in relazione alla sospensione, per effetto dell'art. 8, comma 7, della l. n. 120 del 2020, dell'art. 77, comma 3, del d. lgs. n. 50 del 2016.

15. Le corrette e ineccepibili motivazioni in diritto del primo giudice non sono state specificamente contestate dall'appellante, che si è soffermata solo sulla seconda parte della motivazione, inerente alla professionalità e al numero dei componenti della commissione, senza riuscire in nessun modo a scalfire l'*iter* logico-giuridico seguito dal Tribunale.

15.1. Sempre ai sensi del sopra richiamato art. 77 e dell'art. 8, comma 7, della l. n. 120 del 2020, la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, in considerazione della sospensione dell'applicazione del comma 3 dell'art 77 fino al 31 dicembre 2023.

15.2. Nel caso di specie, al fine di acquisire proposte di candidature per la nomina dei due componenti esterni della Commissione di gara è stato pubblicato avviso esplorativo sul profilo del Comune di Pavia – sezione Amministrazione trasparente – dal 28 settembre 2021 al 4 ottobre 2021

15.2. Alla scadenza sono pervenute due candidature.

15.3. In considerazione della specificità del servizio in affidamento nonché delle professionalità ed esperienza

occorrenti per l'espletamento delle valutazioni tecniche-economiche delle offerte pervenute, dopo aver esperito le verifiche di legge, sono stati individuati quali componenti esterni esperti/tecnologi alimentari il dott. Piero Ferrari e dott. Massimo Artorige Giubilesi, la cui professionalità, nel settore di riferimento, è incontestabile e incontestata.

15.4. La censura, dunque, va respinta.

16. Infine, con il quarto e il quinto motivo di appello, l'appellante, dopo avere contestato l'erronea declaratoria di inammissibilità dei motivi aggiunti da parte del primo giudice, a suo avviso erronea e contrastante con l'interesse strumentale espressamente fatto valere con il ricorso per motivi aggiunti in primo grado, ha riproposto le censure inerenti ai criteri A.I e A.3 (pp. 21-24 del ricorso) e quelle inerenti, specificamente, al criterio A.3 (pp. 25-27 del ricorso).

17. I motivi devono essere disattesi.

18. Si può infatti qui prescindere dalle critiche mosse dall'appellante alla statuizione di inammissibilità, da parte del primo giudice, secondo cui Pellegrini ha contestato in parte quella *lex specialis* chiedendo di conseguire l'aggiudicazione e sulla società ricorrente gravava, pertanto, l'onere di provare l'effetto utile – punteggio superiore a quello di Dussmann – delle censure mosse nell'atto introduttivo, mentre Pellegrini non avrebbe assolto in alcun modo all'indicato onere istruttorio né si sarebbe premurata anche solo di prospettare gli effetti dell'accoglimento dei motivi proposti e di specificare sulla

base di quali modifiche nel punteggio proprio e di Dussmann (senza tralasciare la posizione di Vivenda, che viene invece del tutto ignorata nel gravame) avrebbe potuto ottenere il primo posto in graduatoria.

19. Quando pure non si condividesse siffatta impostazione estremamente rigorosa e formale, dando il massimo risalto, invece, all'interesse strumentale alla riedizione della gara azionato dall'appellante, che tuttavia – non senza contraddirsi – ha chiesto nel ricorso per motivi aggiunti espressamente il subentro all'aggiudicataria, in questo modo mostrando di voler perseguire – illogicamente – un interesse finale, si deve rilevare che **entrambe le censure, comunque, sono infondate nel merito.**

20. Venendo alle prime (pp. 25-27 del ricorso), inerenti ai criteri A.1 e A.3, **l'appellante lamenta che 26 dei 70 punti relativi all'offerta tecnica sono stati attribuiti sulla base del “valore economico” delle migliori offerte dai concorrenti nelle proprie offerte tecniche** (doc. 22), sia relativamente alle derrate alimentari –criterio A.2-, sia relativamente alle opere da effettuarsi nel centro cottura –criterio A.3-.

20.1. In altri termini, dunque, circa un terzo dei punti previsti per l'offerta tecnica erano destinati a premiare non già aspetti qualitativi/quantitativi delle migliori offerte, né l'innovatività o l'impatto ambientale delle stesse, ma solo ed esclusivamente il loro valore economico.

20.2. Si tratterebbe, a dire di Pellegrini, di una inedita e bizzarra impostazione che rende all'evidenza del tutto

illegittima la disciplina di gara e la conseguente attribuzione di tali (decisivi) punti per frontale violazione dell'art. 95 del d. lgs. n. 50 del 2016.

20.3. Tale norma infatti, nell'indicare al comma 6 gli aspetti che possono essere tenuti in considerazione in sede di attribuzione dei punti relativi all'offerta tecnica, prima di dettagliare con un elenco di natura esemplificativa i criteri che possono essere valorizzati, chiarisce che si deve comunque trattare di aspetti "qualitativi", "ambientali" o "sociali".

20.4. Tale norma, correlativamente, non prevedrebbe in alcun modo la possibilità di utilizzare, com'è avvenuto nel caso di specie, il mero "valore economico" delle componenti dell'offerta tecnica.

21. La ricostruzione dell'appellante non è anzitutto condivisibile con riferimento ai punteggi complessivi dell'offerta tecnica elaborati "*sul solo valore economico*" che non sono 26, come si deduce nel ricorso, bensì 20 su un totale attribuibile di 70 punti.

21.1. I restanti punti, pertanto, tutti di natura discrezionale e che non contemplano alcun valore economico, sono 50 su 70.

21.2. Ebbene, la proporzione riportata dall'appellante, secondo cui "*circa un terzo dei punti previsti per l'offerta tecnica erano destinati a premiare non già aspetti qualitativi/quantitativi delle migliori offerte*", appare del tutto erronea a fronte della realtà emergente dagli atti che appalesa un risultato del tutto inverso.

21.3. L'aspetto strettamente qualitativo e di ricaduta in termini di efficienza del servizio ha in realtà un peso decisamente prevalente nella valutazione dell'offerta tecnica.

21.4. È quindi indubbia la legittimità dell'azione contestata che invece è stata posta in essere in piena conformità e rispetto dell'art. 95 del d. lgs. n. 50 del 2016.

21.5. Basti pensare che ben 25 punti sono interamente dedicati all'organizzazione del ciclo produttivo andando a premiare l'efficienza, le migliori soluzioni logistiche proposte e l'esperienza professionale, il contingente del personale dedicato al servizio, la capacità di rilevazione e di soluzione delle emergenze.

21.6. Viene poi anche valutato nel criterio A.2 punto e) il minor impatto ambientale dovuto alla distanza del luogo di produzione/trasformazione e luogo di consumo dei prodotti.

21.7. Inoltre, con riferimento alle strutture, impianti e attrezzature relative alle soluzioni migliorative per il centro cottura (A.3), viene valutata prevalentemente l'originalità e la ricaduta qualitativa del servizio.

21.8. Non solo, i criteri A.4 e A.5 sono esclusivamente di carattere qualitativo prevedendo rispettivamente che il punteggio discrezionale sarà attribuito in base all'accuratezza e all'originalità del piano con particolare attenzione agli strumenti e ai canali di comunicazione e, rispetto al punto A.5, viene valutata la chiarezza, la coerenza e la puntualità

dell'offerta tecnica nel suo insieme in relazione a tutte le attività prescritte dal capitolato.

22. A fronte di ciò non può essere accolto l'argomento dell'appellante secondo cui *«in altri termini, dunque, circa un terzo dei punti previsti per l'offerta tecnica erano destinati a premiare non già aspetti qualitativi/quantitativi delle migliori offerte, né l'innovatività o l'impatto ambientale delle stesse, sibbene solo ed esclusivamente il loro valore economico»*.

23. Non è meritevole di condivisione nemmeno la conclusione, a cui tenta di pervenire l'appellante, escludendo il valore economico tra i criteri utili per la valutazione qualitativa delle migliori offerte.

24. Nel caso di specie, infatti, la qualità dei prodotti, soprattutto con riferimento al criterio A.2, è di certo proporzionale al maggiore valore economico, dovendosi pure considerare che in sede di capitolato sono stati già indicati i valori di prezzo, quantità, qualità e tipologia dei prodotti minimi da garantirsi nel rispetto del predetto art. 144 del d. lgs. n. 50 del 2016.

24.1. La stazione appaltante nel capitolato aveva, infatti, già definito il menù per le diverse utenze con le specifiche per ogni ricetta relative alle grammature e gli ingredienti: negli allegati (Allegato C "Prezzi figurativi" e allegato E "Tabella calcolo quantitativi derrate del disciplinare" del disciplinare e allegati 2, 4 e 5 del capitolato) sono state individuate le caratteristiche base chimico fisiche e biologiche di ogni derrata, indicando altresì le percentuali in peso dei prodotti con

certificazione biologiche secondo quanto stabilito dai criteri minimi ambientali per la ristorazione scolastica.

24.1. Nel disciplinare (paragrafo 16 lettera A.2 “*soluzioni migliorative offerte delle derrate alimentari*”), ai concorrenti è stato richiesto di stimare la quantità di ogni alimento necessario, nel rispetto delle tipologie previste, per tutta la durata del contratto.

24.2. Detratto quanto obbligatoriamente prescritto sia in termini di quantità che qualità, un’ulteriore offerta doveva essere proposta come miglioria secondo quanto previsto dall’articolo 144 de codice degli appalti.

24.3. Il disciplinare prevedeva espressamente che non poteva essere modificato il menù, né la tipologia d’ingrediente, ma solo era possibile migliorare le caratteristiche distintive di questi ultimi.

24.4. Per migliorare gli standard delle derrate rispetto a quelle prescrittive, i concorrenti hanno sostenuto un costo in relazione alla quantità e alla qualità della derrata offerta.

24.5. Pertanto vi è una stretta correlazione tra qualità, quantità e valore economico della miglioria e le formule applicate contemperano coordinandoli sia il valore economico che la quantità.

24.6. È del tutto fuorviante, quindi, il continuo riferimento dell’appellante al valore economico in quanto, anche laddove lo stesso viene in rilievo nella valutazione, il punteggio viene calcolato mediante l’applicazione di formule in cui vengono

inseriti anche altri elementi e/o valori tra cui, ad esempio, la quantità.

25. La tesi dell'appellante, insomma, contrasta con la *lex specialis*.

25.1. L'art. 16 del disciplinare prevede, al punto A.2, che il concorrente possa offrire prodotti locali e non locali (biologici, convenzionali, DOP), prodotti provenienti da agricoltura sociale, prodotti di filiera corta.

25.2. Il concorrente deve indicare la quantità offerta per ciascun prodotto, le frequenze, i periodi di somministrazione, i prodotti sostituiti nonché deve documentare la provenienza e la tracciabilità dei prodotti.

25.3. Tutti i predetti elementi sono volti a valorizzare elementi qualitativi, ambientali e sociali delle migliori offerte dal concorrente, e non elementi economici.

25.4. Al solo fine di quotare i predetti elementi di valutazione, per tradurli in un punteggio numerico imparziale ed oggettivo, la *lex specialis* ha individuato un “*listino prezzi figurativi dei prodotti biologici e convenzionali*”.

25.5. Per attribuire un punteggio numerico alle migliori offerte, punteggio che tenga conto sia della quantità delle derrate offerte, sia della loro qualità, la stazione appaltante ha previsto di utilizzare un listino prezzi figurativi in modo che ogni prodotto venisse valorizzato in modo proporzionato alla sua qualità.

25.6. D'altronde, se la stazione appaltante avesse previsto di valutare la sola maggior quantità offerta, il concorrente avrebbe ottenuto un medesimo punteggio sia se avesse offerto un chilo in più di arance (valore € 1,49 al chilo) sia se avesse offerto un chilo in più di prosciutto crudo DOP (valore € 15,88 al chilo).

25.7. Non è chi non veda come tale criterio di valutazione sia assolutamente oggettivo e volto a premiare aspetti qualitativi dell'offerta.

25.8. Ne consegue l'evidente infondatezza delle censure proposte dall'appellante.

26. Medesime argomentazioni valgono per il criterio A.3, con cui il disciplinare di gara ha previsto la valorizzazione delle soluzioni migliorative relative al centro cottura, quali strutture, impianti ed attrezzature.

27. Parimenti è infondato il secondo profilo dedotto da Pellegrini, relativo alla carenza di oggettività dei criteri A.2 e A.3, in quanto il valore economico delle derrate e delle migliorie non sarebbe un dato fisso ed immutabile, potendo variare in base ad aspetti commerciali come la posizione di mercato, la capacità di attivare economie di scala, la stipula di accordi commerciali.

27.1. Per quanto concerne il criterio A.2, la stazione appaltante ha stabilito l'applicazione indifferenziata per tutti i concorrenti del listino prezzi pubblicato sub allegato C.

27.2. Il criterio in questione è oggettivo e non comporta alcuna discriminazione tra i concorrenti, con conseguente infondatezza

della censura avversaria.

27.3. Il fatto di utilizzare un listino prezzi uguale per tutti è giustificato proprio dal fatto che il criterio A.2 è volto a valorizzare aspetti qualitativi, e non economici.

27.4. Medesimo ragionamento vale per il criterio A.3: il fatto di far stimare alla Commissione il valore delle miglurie al centro cottura permette di assicurare che venga premiata l'effettiva qualità delle miglurie stesse.

27.5. Al contrario, se fosse considerato il prezzo dichiarato dai concorrenti per le miglurie, si rischierebbero distorsioni concorrenziali, con quantificazioni non oggettive dei valori da parte dei concorrenti finalizzate a massimizzare i punteggi.

27.6. Alla luce di quanto esposto emerge, quindi, l'infondatezza delle censure in esame.

28. Le censure dell'appellante sono infondate anche nella parte in cui contestano che la valutazione delle miglurie in termini di valore economico porterebbe a distorsioni (ad es., potrebbe essere assegnato maggiore punteggio ad un elettrodomestico di design rispetto ad un elettrodomestico non di design).

28.1. Le censure non considerano l'attività valutativa che la Commissione pone in essere.

28.2. La Commissione individua il valore delle miglurie delle concorrenti, potendo non attribuire alcun valore ad elementi che considera non incidenti sulla qualità della prestazione (come, ad es., il design degli elettrodomestici).

28.3. Di qui, complessivamente, la reiezione delle censure qui riproposte dall'appellante alle pp. 25-27 del ricorso.

29. Quanto alle seconde qui riproposte (pp. 27-29 del ricorso), infine, l'appellante sostiene che il criterio A.3, volto a premiare le “*soluzioni migliorative relative [al] Centro cottura*”, s'appalesa illegittimo perché 11 dei 16 punti previsti per tale criterio erano (e sono stati, di conseguenza) attribuiti sulla base del “valore economico” delle migliori offerte.

29.1. Il criterio in questione, l'appellante si sforza di dimostrare, risulterebbe illegittimo anche sotto due altri ed autonomi profili.

29.2. Sarebbe anzitutto illegittimo, come si è già anticipato, perché, diversamente da quanto previsto con riferimento al criterio A.2, per il criterio in questione la stazione appaltante non ha predeterminato i parametri sulla base dei quali era demandato alla Commissione di quantificare il “valore economico” da tenere in considerazione per attribuire i relativi punti.

29.3. Come chiarito dalla stazione appaltante, infatti, «*la stima del valore delle attrezzature proposte dai concorrenti sarà effettuato dalla commissione come previsto dal disciplinare*».

29.4. In altri termini dunque, in assenza di alcun parametro di riferimento (prezziari ufficiali, indagini di mercato, studi di settore ecc. ecc.) fissato, a monte, dalla *lex specialis* di gara, è rimesso integralmente all'apprezzamento della Commissione il compito di individuare, *motu proprio*, i parametri sulla base dei

quali calcolare il “valore economico” delle migliorie al fine di attribuire i punti in questione.

29.5. Ebbene, tale impostazione s'appalesa all'evidenza incompatibile con quanto previsto dall'art. 95, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, che, per ovvie ragioni di trasparenza, impone che i criteri debbano *“garanti(re) la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte”*.

29.6. Sarebbe, dunque, palese che i criteri e i parametri di valutazione degli stessi debbano essere predeterminati dalla disciplina di gara.

29.7. E ciò varrebbe, *a fortiori*, nel caso di specie, in cui la disciplina di gara neppure imponeva ai commissari di spiegare (tramite una motivazione parlante) come (e sulla base di quali parametri) gli stessi abbiano calcolato il valore economico delle migliorie.

29.8. Sotto ogni profilo, dunque, la stazione appaltante avrebbe violato il principio in base al quale i criteri di valutazione devono essere *«sufficientemente definiti e precisi e [dunque] tali da consentire di ricostruire comunque l'iter logico seguito nell'espressione del giudizio medesimo»* (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sez. giurisd., 18 maggio 2015, n. 411).

29.9. Principio, quest'ultimo, ribadito anche dalle linee guida dell'ANAC *“di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*

recanti offerta economicamente più vantaggiosa”.

29.10. Esse, come noto, prevedono che, *“al fine di permettere ai concorrenti di presentare una proposta consapevole e alla commissione di esprimere una valutazione delle offerte coerente con gli obiettivi della stazione appaltante (...) è assolutamente necessario che vengano indicati –già nel bando o in qualsiasi altro atto di avvio della procedura di affidamento- i criteri motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione delle offerte. Tali criteri devono essere (...) conosciuti da tutti i concorrenti”* (linee guida ANAC n. 2 del 21 settembre 2016).

30. A ciò si dovrebbe aggiungere, sempre con riferimento al criterio A.3, che, a ben vedere, giammai il Comune di Pavia avrebbe potuto prevedere l’attribuzione di 29 punti (nella specie 8 su 16 punti) con riferimento a *“soluzioni migliorative”* relative a nuovi interventi strutturali e impiantistici.

30.1. Tale possibilità, infatti, era in radice preclusa dal chiaro tenore letterale del comma 14-*bis* del più volte citato art. 95.

30.2. Detta norma, che in virtù del rinvio operato dalla stessa al comma 3 del medesimo art. 95 è applicabile anche contratti di ristorazione scolastica, stabilisce in modo inequivoco che *«le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l’offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base di gara».*

30.3. Ora, nel caso di specie non v’è dubbio che il criterio in questione incentivasse i concorrenti, senza limiti di sorta, a

proporre opere aggiuntive, categoria, nella quale, indubbiamente rientrano anche gli interventi sulle strutture e sugli impianti, com'è dimostrato dalla circostanza che rispetto ad esse lo stesso disciplinare richiedeva la presentazione del “progetto esecutivo”.

30.4. La disciplina di gara sarebbe del tutto illegittima dunque anche sotto tale profilo e, con essa, sarebbero illegittimi gli atti assunti in sua attuazione.

31. Anche tali censure vanno respinte.

31.1. Con riferimento a tale criterio A.3 “*Soluzioni migliorative accolte relative al centro cottura*”, deve qui ribadirsi ancora una volta l'erroneità della ricostruzione dell'appellante in ordine ai sopra richiamati 5 punti su 16 in quanto, come sopra già si è evidenziato, i punti di valutazione discrezionale qualitativa nel criterio A.3 sono 9 su 16 e, quindi, è prevalente l'aspetto strettamente qualitativo.

31.2. Si segnala poi che tale criterio è suddiviso in 3 distinti sotto ambiti:

a) strutture;

b) impianti;

c) attrezzature.

31.3. Per ciascun sotto criterio è prevista sia una valutazione basata sui valori economici sia una valutazione di carattere strettamente qualitativo: con riferimento alle strutture, impianti e attrezzature, in relazione alle caratteristiche tecniche e

funzionali, il punteggio discrezionale è attribuito infatti proprio in base all'originalità e alla ricaduta qualitativa del servizio.

31.4. Inoltre, nell'allegato B, viene specificato con riferimento al criterio A.3, che il valore economico è stimato dalla Commissione, implicando ciò un'attività tecnica di stima che opera per definizione mediante un sistema di valutazione del valore più probabile di mercato da parte di tecnici di comprovata esperienza nel settore.

31.5. Mentre il prezzo è un dato storico perché equivale alla quantità di denaro con cui un bene è stato scambiato, il valore invece, come ricorda correttamente il Comune nelle proprie argomentazioni difensive, è l'espressione di un giudizio di stima perché rappresenta il prezzo più probabile con cui, in condizioni ordinarie, un bene verrà scambiato.

31.6. Pertanto, la stima, basandosi su prezzi già verificatisi, è in sostanza la previsione del più probabile prezzo futuro di scambio del bene.

31.7. La metodologia estimativa è infatti sempre comparativa: in ogni stima si effettua un confronto; il bene oggetto di valutazione viene comparato ad altri beni, di prezzo noto, dalle analoghe caratteristiche tecniche ed economiche.

31.8. Il giudizio di stima deve essere ordinario e oggettivo: il valutatore, nello svolgimento delle operazioni di stima, dovrà sempre attenersi al principio dell'ordinarietà che necessariamente esclude situazioni particolari e considerazioni soggettive.

31.9. Il processo estimativo rappresenta il complesso delle operazioni logico-matematiche che conducono alla formulazione del giudizio di stima mediante i c.d. criteri estimativi (criterio del valore di mercato, di costo, di surrogazione, di trasformazione e del valore complementare, eccetera).

32. Si consideri, peraltro, che nel caso in esame i componenti esterni della commissione sono due tecnologi alimentari di comprovata esperienza.

32.1. Ai sensi della legge n. 59 del 18 gennaio 1994, rientrano nella competenza del tecnologo alimentare anche lo studio, la progettazione, la costruzione, la sorveglianza e il collaudo, in collaborazione con altri professionisti, di impianti di produzione di alimenti, nonché le funzioni peritali in ordine alle diverse attribuzioni professionali proprie, tra cui la statistica, le ricerche di mercato e le relative attività in relazione alla produzione alimentare.

32.2. In particolare, lo studio, la progettazione, la direzione, la sorveglianza, la stima, la contabilità ed il collaudo, in collaborazione con altri professionisti, dei lavori necessari ai fini della pianificazione alimentare, con riguardo alla valutazione delle risorse esistenti, alla loro utilizzazione e alle esigenze alimentari e nutrizionali dei consumatori; e ancora, lo studio, la progettazione, la direzione, la sorveglianza, la gestione, la contabilità ed il collaudo, in collaborazione con altri professionisti, dei lavori che attengono alla ristorazione

collettiva in mense aziendali, mense pubbliche, mense ospedaliere e qualsivoglia tipo di servizio di mensa, e ristorazione.

33. La *lex specialis* di gara ha stabilito puntualmente gli elementi necessari ai concorrenti per presentare la propria offerta per il criterio A.3.

33.1. La stazione appaltante ha anche fornito un modello per la formulazione delle proposte migliorative da parte dei concorrenti ed ha definito le formule per l'attribuzione del punteggio a ciascun concorrente (vd. All. B doc. 5).

33.2. Pertanto, la legge di gara individuava in modo preciso e specifico il criterio di valutazione nonché la modalità di attribuzione del punteggio.

33.3. Ebbene, la valorizzazione delle miglorie di ciascuna offerta è stata rimessa alla discrezionalità della Commissione, secondo il modello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

33.4. In altri termini, la Commissione doveva individuare il coefficiente di punteggio assegnato a ciascuna migloria, all'esito della loro valutazione qualitativa, espressa con l'unità di misura del valore economico delle miglorie stesse.

33.5. Tale attività rientra a pieno titolo nella sfera di valutazione discrezionale tecnica e qualitativa cui è preposta la Commissione di gara, senza che possa ravvisarsi la lamentata carente predeterminazione del criterio A.3.

33.6. Né giova all'appellante invocare il divieto dell'art. 95, comma 14-*bis*, del d. lgs. n. 50 del 2016, in quanto, come ha chiarito la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, esso è applicabile sulla base del suo tenore letterale ai soli contratti di appalto pubblico di lavori, mentre non è estensibile agli appalti pubblici di servizi in ragione della sua *ratio*, consistente nell'evitare che il progetto di opera predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice sia posto nel nulla da offerte che abbiano ad oggetto lavori ulteriori, non essendone consentita pertanto l'estensione agli appalti pubblici di servizi (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8534).

33.7. Un simile principio, si noti, si attaglia perfettamente al caso di specie, dove nella gara di causa non v'era alcun progetto esecutivo a base d'asta, ma anzi la presentazione di tale progetto era richiesta ai concorrenti (pag. 29 del disciplinare).

34. Le censure qui in esame, dunque, vanno anch'esse respinte nel merito.

35. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello è infondato in tutti i suoi motivi e deve essere respinto, con la conseguente conferma, anche per tali ragioni, della sentenza impugnata.

36.1. Le spese del presente grado del giudizio, per la complessità delle questioni esaminate, possono essere interamente compensate tra le parti.

36.2. Rimane definitivamente a carico di Pellegrini il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Pellegrini s.p.a., lo respinge e per l'effetto conferma, anche ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Pone definitivamente a carico di Pellegrini s.p.a. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2022, con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Noccelli

IL PRESIDENTE
Michele Corradino

IL SEGRETARIO