



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 582 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. ti Giovanni Ferasin, Emanuele Calienno e Martina Danese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Brescia, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Magda Poli, Gisella Donati e Raffaella Rizzardi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso gli uffici dell'Avvocatura provinciale, in Brescia, piazza Paolo VI n. 29;

Comune di Desenzano del Garda, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Domenico Bezzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio, in Brescia, via A. Diaz n. 13/c;

nei confronti

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

Per quanto riguarda il ricorso principale e il successivo ricorso per motivi aggiunti depositato da Euroristorazione S.r.l. in data 4 novembre 2021:

per l'annullamento

- della determina dirigenziale n. 821 del 30.07.2021 del Comune di Desenzano del Garda avente a oggetto l'aggiudicazione del servizio di refezione scolastica e altri servizi ristorativi comunali per il periodo 1.09.2021 – 31.08.2025 con possibilità di rinnovo per un ulteriore periodo – CIG 8757340196, comunicata con missiva in data 2.08.2021;
 - della determina dirigenziale n. 944/2021 della CUC di Area Vasta di Brescia di nomina della Commissione giudicatrice;
 - di ogni altro atto ai precedenti connesso per presupposizione o consequenzialità, tra cui, per quanto qui di interesse:
 - della nota P.G. 105527 del 24.06.2021 con cui il RUP del Comune di Desenzano del Garda ha designato i soggetti da nominare quali componenti della Commissione di gara;
 - dei verbali tutti di gara;
 - della approvazione dei verbali di gara e proposta di aggiudicazione della CUC di Area Vasta di Brescia in data 16.07.2021;
 - del sostanziale diniego (parziale) alla completa ostensione della documentazione presentata in gara dall'aggiudicataria Dussmann Service S.r.l.;
 - per quanto occorrer possa: del Bando, del Disciplinare e del Capitolato, nonché dei loro allegati;
- nonché per

il risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione della gara in favore della ricorrente Euroristorazione S.r.l. e caducazione e/o annullamento e/o declaratoria di nullità e/o di inefficacia del contratto d'appalto (non conosciuto) eventualmente già stipulato tra la Stazione appaltante e l'aggiudicataria Dussmann Service S.r.l.;

ovvero, in via subordinata, nella non creduta ipotesi di mancato accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica, la condanna dell'Ente resistente al risarcimento del danno per equivalente ex articolo 124 D.Lgs. n. 104/2010, comprensivo del danno emergente, del danno professionale e del lucro cessante, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria, ivi compreso l'eventuale mancato guadagno derivante dalla parziale esecuzione del contratto da parte della controinteressata;

nonché, ai sensi dell'articolo 116 Cod. proc. amm., per

l'accertamento dell'illegittimo parziale diniego alla completa consegna della documentazione di gara prodotta nel corso della procedura dall'aggiudicataria Dussmann Service S.r.l. e per la conseguente condanna dell'Ente alla ostensione completa di suddetta documentazione, con particolare riferimento agli atti e alle parti di atti non consegnati e/o oscurati.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale depositato da Dussmann Service S.r.l. in data 3 novembre 2021:

per l'annullamento in parte qua e nei limiti dell'interesse di Dussmann Service S.r.l. e di cui al presente ricorso incidentale

- dei verbali di gara del 23.06.2021, del 25.06.201 e del 30.06.2021;
- delle determine della Provincia di Brescia n. 935 del 23.06.2021 e n. 1073 del 16.07.2021 di approvazione dei suddetti verbali di gara;
- della determina del Comune di Desenzano del Garda n. 821 del 30.07.2021 nella parte in cui si prende atto della determina n. 1073 del 16.07.2021 con la quale sono stati approvati i suddetti verbali di gara;

- di ogni altro atto o provvedimento connesso, presupposto e/o conseguente della procedura, ivi compresa e per quanto possa occorrere la *lex specialis*, se ed in quanto lesivi degli interessi di Dussmann Service s.r.l., limitatamente ai motivi di cui al presente ricorso incidentale;

Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti al ricorso incidentale depositato da Dussmann Service S.r.l. in data 12 novembre 2021:

per l'annullamento

oltre che degli atti già impugnati con il ricorso incidentale,

anche, per quanto occorrer possa, della *lex specialis* di gara, nonché del chiarimento n. 2 reso dalla stazione appaltante in data 4.06.2021 in relazione al criterio di valutazione "B – Certificazioni".

Visti il ricorso principale, il collegato ricorso per motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dussmann Service S.r.l., della Provincia di Brescia e del Comune di Desenzano del Garda;

Visto il ricorso incidentale e il collegato ricorso per motivi aggiunti proposti da Dussmann Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2021 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e udito per Dussmann Service S.r.l. il difensore come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 1116 pubblicato il 24 dicembre 2021;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO

1.1. La Provincia di Brescia, quale Centrale Unica di Committenza – CUC, ha indetto nell'interesse del Comune di Desenzano del Garda la procedura aperta per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto del servizio di refezione scolastica e altri servizi

ristorativi comunali per il periodo 1.09.2021 – 31.08.2025 con possibilità di rinnovo per un ulteriore periodo di pari estensione.

1.2. Al confronto concorrenziale hanno partecipato tre imprese: la società Dussmann Service S.r.l., giunta prima con complessivi 99,09 punti (di cui 80 per l'offerta tecnica e 19,09 per l'offerta economica), la società Euroristorazione S.r.l., classificatasi seconda con complessivi 97 punti (di cui 77,76 per l'offerta tecnica e 19,24 per l'offerta economica), e la Cirfood soc. coop., collocatasi al terzo posto con complessivi 96,35 punti (di cui 76,35 per l'offerta tecnica e 20 per l'offerta economica).

2.1. Con il ricorso introduttivo del presente giudizio e con il successivo ricorso per motivi aggiunti la società Euroristorazione S.r.l. ha impugnato la determina dirigenziale di aggiudicazione dell'appalto alla società Dussmann Service S.r.l., e gli atti presupposti, ivi compresi quelli di nomina della Commissione giudicatrice, i verbali di gara, quelli contenenti la disciplina di gara (bando, disciplinare, capitolato).

2.2. La ricorrente principale ha chiesto l'annullamento degli atti e provvedimenti impugnati, oltre al risarcimento del danno, con preferenza di quello in forma specifica, previa – se del caso – declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, rispetto al risarcimento per equivalente monetario.

A sostegno delle domande proposte, Euroristorazione S.r.l. ha prospettato plurimi profili di illegittimità, concernenti:

- la valutazione di congruità dell'offerta della aggiudicataria (primo motivo del ricorso principale e secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti);
- il rispetto delle prescrizioni della legge di gara da parte dell'offerta presentata da Dussmann Service S.r.l. in ordine alla consegna dei pasti (secondo motivo del ricorso principale), al centro cottura (terzo motivo del ricorso principale e primo e quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti), al personale impiegato nel servizio (quarto motivo del ricorso principale), alle certificazioni (terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti), ovvero il

punteggio assegnato alla concorrente in relazione a questi medesimi aspetti della relativa offerta;

- la composizione della commissione giudicatrice (quinto motivo del ricorso principale, peraltro dedotto in subordine rispetto agli altri).

2.3. La società Euroristorazione S.r.l. ha altresì formulato istanza incidentale di accesso all'offerta di Dussmann Service S.r.l., poi rinunciata stante l'avvenuta spontanea produzione in giudizio da parte delle resistenti di tutta la documentazione richiesta.

3.1. Si è costituita in giudizio la società Dussmann Service S.r.l., opponendosi ai ricorsi avversari e concludendo per la loro reiezione.

3.2. L'aggiudicataria ha anche proposto ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, avverso gli atti della procedura di gara, nei limiti del proprio interesse, sostenendo che Euroristorazione S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ovvero avrebbe dovuto ricevere un punteggio inferiore, che – facendola scivolare in terza posizione – l'avrebbe privata (in tesi) dell'interesse ad agire. Nello specifico la ricorrente incidentale ha articolato motivi di illegittimità attinenti:

- il rispetto della legge di gara in relazione alla distribuzione della merenda (primo motivo del ricorso incidentale), al personale impiegato nel servizio (secondo e terzo motivo del ricorso incidentale), alle materie prime utilizzate (quarto motivo del ricorso incidentale), al centro cottura (primo e secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti);

- la sostenibilità dell'offerta (quinto motivo del ricorso incidentale);

- la modifica della legge di gara in punto di certificazioni a opera dei chiarimenti (terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti).

4. La società Euroristorazione S.r.l. si è, a sua volta, opposta ai ricorsi di Dussmann Service S.r.l., argomentando in ordine all'infondatezza degli stessi.

5. Si sono costituiti in giudizio sia la Provincia di Brescia, sia il Comune di Desenzano, per resistere tanto alle domande della ricorrente principale,

quanto a quelle della ricorrente incidentale, e concludendo per la reiezione di tutti i gravami.

6. Alla pubblica udienza del 15 dicembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. In data 24 dicembre 2021 è stato pubblicato il dispositivo della presente sentenza (n. 1116/2021).

DIRITTO

1.1. Sono sottoposti al vaglio di legittimità di questo Giudice amministrativo gli esiti della procedura aperta, bandita dalla Provincia di Brescia, quale Centrale Unica di Committenza – CUC, nell'interesse del Comune di Desenzano del Garda, per l'aggiudicazione, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto del servizio di refezione scolastica e altri servizi ristorativi comunali per il periodo 1.09.2021 – 31.08.2025 con possibilità di rinnovo per un ulteriore periodo di pari estensione.

1.2. L'oggetto dell'appalto è costituito fundamentalmente dalla preparazione, consegna e distribuzione dei pasti all'asilo nido, alle scuole d'infanzia e primarie del Comune, al centro sociale, ai centri di aggregazione giovanile – CAG, e al domicilio degli utenti che beneficiano di tale servizio (articolo 1 del capitolato speciale d'appalto e relativo allegato A: documenti 2 e 3 del fascicolo del Comune di Desenzano del Garda).

All'offerta tecnica potevano essere attribuiti al massimo 80 punti, secondo criteri di valutazione discrezionali, quantitativi e tabellari (articolo 18.1 del disciplinare di gara: doc. 1 fascicolo del Comune di Desenzano del Garda); il punteggio dell'offerta tecnica era soggetto a riparametrazione di secondo livello (articolo 18.4 del disciplinare di gara); ed era prevista una soglia di sbarramento generale, oltre che una valutazione minima per alcuni criteri di valutazione (c.d. K0), ritenuti particolarmente qualificanti (sempre articolo 18.1 del disciplinare di gara).

All'offerta economica potevano essere attribuiti al massimo 20 punti, suddivisi, in ragione del prezzo offerto, fra (A) i pasti delle scuole e dei CAG, (B) i pasti agli adulti, (C) i pasti a domicilio e (D) i pasti all'asilo nido (articolo 18 del disciplinare di gara).

2.1. Come ricordato nella parte in fatto, il provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, così come gli atti endoprocedimentali (tutti in epigrafe compiutamente indicati), sono stati impugnati - nei limiti del rispettivo interesse - tanto dalla società Euroristorazione S.r.l., giunta seconda e ricorrente principale, quanto dalla società Dussmann Service S.r.l., classificatasi prima e ricorrente incidentale.

2.2. Il Collegio ritiene di principiare dalla disamina del ricorso principale e dal collegato ricorso per motivi aggiunti, dando preliminarmente atto che la domanda incidentale di accesso agli atti è stata rinunciata, così come è stato rinunciato il quarto motivo di impugnazione contenuto nel ricorso principale concernente la presenza di un dietista nell'organigramma dell'aggiudicataria.

Si ritiene utile precisare altresì che nella disamina delle censure sollevate dalla ricorrente principale si partirà da quelle il cui accoglimento maggiormente soddisferebbe l'interesse di Euroristorazione S.r.l. al conseguimento dell'appalto (segnatamente, quelle volte a contestare la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria o il maggior punteggio attribuito alla relativa offerta), per poi passare a quelle meno soddisfattive, vuoi perché il loro accoglimento determinerebbe la riedizione del relativo segmento procedimentale (ovverosia, quelle avverso la valutazione di congruità dell'offerta di Dussmann Service S.r.l.), vuoi perché esso imporrebbe il rifacimento dell'intera procedura competitiva (i.e. quella sulla composizione della Commissione giudicatrice).

3.1. Il primo tipo di doglianze può essere ripartito in tre gruppi: le doglianze sull'organizzazione della consegna dei pasti (secondo motivo del ricorso principale), le doglianze sul centro cottura (terzo motivo del ricorso

principale e primo e quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti), le doglianze sulle certificazioni (terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti).

3.2.1. Con riferimento alla consegna dei pasti, la società Euroristorazione S.r.l. ha rilevato che l'offerta di Dussmann Service S.r.l. non contempla (i) il giro di consegna dei pasti a crudo presso l'Asilo Nido, (ii) il secondo giro di consegna dei pasti presso la primaria Don Mazzolari e per la mensa del centro di aggregazione giovanile (CAG) presso la stessa scuola.

Conseguentemente, l'aggiudicataria doveva – a suo dire – essere esclusa dalla gara per non conformità dell'offerta al capitolato speciale d'appalto – CSA.

In subordine, sarebbe irragionevole l'attribuzione ad essa del punteggio più alto fra le varie offerte in gara per il sub criterio D2 "Piano dei trasporti con tempistiche di consegna", il quale costituisce un elemento cd. K0.

3.2.2. Provincia, Comune e controinteressata concordano nell'escludere sia che il sub criterio in esame si riferisse anche all'asilo-nido per il quale era prevista la consegna di pasti a crudo (cosicché il rispetto della tempistica non incideva sulla qualità del cibo da consumare), sia che per la scuola primaria Don Mazzolari fosse necessario un secondo giro di consegne.

Anzi, secondo la difesa della Provincia, proprio la maggior razionalità del giro consegne dell'aggiudicataria spiegherebbe il miglior punteggio ottenuto.

3.2.3. La doglianza impone di muovere dalla disamina della legge di gara (bando, disciplinare, capitolato e relativi allegati).

Orbene, il disciplinare stabilisce che nella valutazione – discrezionale – del sub criterio D2 "Piano dei trasporti con tempistiche di consegna" occorrerà tenere conto del «rispetto tempistiche, rispetto orari, tempi di attesa» (p. 36).

A sua volta, il CSA e il relativo Allegato A dispongono:

- che per l'asilo nido la fornitura sia di soli pasti a crudo "da concordare nelle frequenze e negli orari prima dell'avvio del servizio" (p. 8 All.), "indicativamente il lunedì e il mercoledì, al mattino, tra le ore 7,30 e le ore 9,00, ad esclusione del pane da consegnare tutti i giorni" (p. 11 CSA);
- che per la scuola primaria don Mazzolari i pasti degli alunni debbano essere consegnati alle 12.20 e consumati tra le 12.30 e le 13.00, quelli del CAG debbano essere consegnati tra le 12.45 e le 13.00 (pp. 4 e 7 All.), fermo restando che si tratta di indicazioni di massima (p. 9 CSA);
- che il piano di trasporti organizzato dall'appaltatrice debba garantire che "i tempi tra spedizione e consumo siano compresi in un massimo di 30 minuti, intendendo che il tempo di percorrenza di ogni singolo mezzo di trasporto dal Centro Produzione Pasti all'ultimo Centro di Ristorazione raggiunto non deve essere superiore ai 30 (trenta) minuti" (p. 20 CSA).

3.2.4. L'offerta di Dussmann Service S.r.l. in relazione al "Piano dei trasporti con tempistiche di consegna" (sub criterio D2) nulla prevede per le consegne all'asilo nido, mentre per la scuola primaria don Mazzolari prevede che il mezzo adibito alle consegne parta dal centro cottura alle ore 12.07, arrivi a destinazione alle 12.30 e completi le operazioni di scarico, compresi i pasti per il CAG, entro le 12.33 (v. pp. 21 e 22 doc. 21 fascicolo della Provincia).

3.2.5. Ciò premesso, il Collegio ritiene che la doglianza sia infondata.

Effettivamente, poiché diretto a premiare il concorrente che più riduceva il tempo intercorrente tra la preparazione del pasto e la sua consumazione (trattandosi di elemento che incide sulla qualità del pasto medesimo), il sub criterio D2 non può che riguardare i pasti caldi, e non anche i pasti a crudo dell'asilo nido. Il che trova indiretta conferma nel fatto che la tempistica della consegna all'asilo nido non era prestabilita nella legge di gara, ma era da concordarsi in un momento successivo, e dunque non poteva essere inserita in offerta in quanto al momento non nota.

Dunque, non sussiste la lamentata difformità dell'offerta dell'aggiudicataria dal capitolato con riguardo alla consegna dei pasti crudi all'asilo nido.

Lo stesso dicasi per la consegna dei pasti alla scuola primaria don Mazzolari, perché è ben vero che la consegna dei pasti è posticipata di 10 minuti per gli alunni della scuola e anticipata di 15 per i frequentanti il CGA, tuttavia si tratta di una discrasia di poco conto, avuto riguardo alla complessità dell'appalto.

D'altro canto, come sopra ricordato, lo stesso CSA aveva precisato che l'indicazione degli orari era un'indicazione di massima. Più in generale, costituisce applicazione del generale principio di buona fede nell'esecuzione dei contratti riconoscere un certo margine di flessibilità nell'adempimento della prestazione, laddove non venga pregiudicato l'interesse del creditore. Nel caso di specie, è comunque garantita la consegna dei pasti entro 30 minuti, sicché deve concludersi che la prestazione offerta da Dussmann Service S.r.l. è conforme al Capitolato.

3.2.6. Quanto al maggior punteggio attribuito all'offerta di Dussmann Service S.r.l. per il sub criterio D2, rispetto al punteggio assegnato agli altri concorrenti, va ricordato che si tratta di un sub criterio a valutazione discrezionale.

Ora, per giurisprudenza pacifica, la discrezionalità tecnica che la Commissione giudicatrice esercita nel valutare le offerte in gara e nell'attribuire loro i vari punteggi premiali stabiliti dalla lex specialis non è sindacabile in sede giurisdizionale, salvo il caso di giudizi palesemente incongrui o irragionevoli, non potendo il Giudice amministrativo sostituire la propria opinabile valutazione a quella altrettanto opinabile dell'Amministrazione (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. IV, sentenza n. 3091/2021; C.d.S., Sez. V, sentenza n. 2524/2021).

Ebbene, nessuna palese incongruenza è dato rilevare nella valutazione del Piano trasporti di Dussmann Service S.r.l. da parte della Commissione

giudicatrice, che ha ritenuto non irragionevolmente migliore l'offerta della controinteressata principale proprio perché garantiva le consegne nei tempi con minor impiego di mezzi.

Sicché, conclusivamente, il secondo motivo del ricorso principale è infondato.

3.3.1. Passando al centro cottura, Euroristorazione S.r.l. lamenta:

(i) che l'offerta della controinteressata principale non assicuri una corretta gestione del rischio contaminazione fra alimenti e diete differenziate, oggetto di valutazione ai fini dell'attribuzione del punteggio per il subcriterio A4 "Organizzazione del servizio di produzione e distribuzione dei pasti e delle diete per la prevenzione delle non conformità", dal momento che viene prevista una zona separata solo per la produzione dei pasti per i celiaci, ma non anche per le altre diete, che anzi sono accorpate, indipendentemente dal fatto che corrispondano a esigenze sanitarie, piuttosto che a motivazioni etico-religiose;

(ii) che all'interno del centro cottura dell'aggiudicataria non venga organizzata la mensa biologica, così come previsto dal CSA (punto 7.2.), aspetto questo che incide sulla valutazione del sub criterio A1 "Caratteristiche del centro cottura";

(iii) che Dussmann Service S.r.l. abbia reso in offerta dichiarazioni mendaci, perché il centro cottura proposto non sarebbe dotato di "una capacità produttiva residua necessaria a far fronte al fabbisogno complessivo massimo giornaliero maggiorato del 15%", e i più centri d'emergenza indicati non presenterebbero le caratteristiche fissate dalla lex specialis (segnatamente, "capacità produttiva residua sufficiente alla produzione complessiva di 1500 pasti giorno, e che non sarà/sanno distante/i più di 45 minuti dalla sede comunale").

Secondo la ricorrente principale questi elementi avrebbero dovuto condurre la Commissione giudicatrice a escludere dalla gara Dussmann Service S.r.l. o comunque ad assegnarle un punteggio premiale inferiore.

3.3.2. La Provincia controbatte che l'offerta dell'aggiudicataria garantisce la separazione spaziale tra vari tipi di prodotti in fase di stoccaggio delle derrate alimentari e la separazione spazio-temporale in fase di preparazione fra le diverse tipologie di pasti.

Spiega, altresì, l'Amministrazione resistente che l'offerta di Dussmann Service S.r.l. ha ottenuto un punteggio maggiore di quella di Euroristorazione S.r.l. quanto al sub criterio A1 "Caratteristiche del centro cottura", perché il centro cottura dell'aggiudicataria ha una maggiore estensione e una maggiore capacità di pasti residui, e comprende una area diete con due cucine per diete speciali ed area celiaci, e quanto al sub criterio A4 "Organizzazione del servizio di produzione e distribuzione dei pasti e delle diete per la prevenzione delle non conformità", essa fornisce una migliore gestione delle derrate, test rapidi sul glutine, la vigilanza dietetica, la presenza di un referente per le diete, una procedura specifica per le diete domiciliari.

Fa, infine, presente l'Ente provinciale che la sussistenza delle caratteristiche del centro cottura e dei centri emergenza che verranno impiegati è oggetto di verifica in sede di esecuzione dell'appalto e non in sede di esame delle offerte, e che comunque il criterio E "Emergenze" non riguardava solamente quelle legate all'indisponibilità del centro cottura.

Difese non dissimili vengono svolte dal Comune e da Dussmann Service S.r.l..

3.3.3. Il Collegio ritiene convincenti, alla luce della documentazione in atti, gli argomenti sviluppati dai contraddittori.

Il disciplinare di gara stabiliva, infatti, che il sub criterio A1 (che è K0) dovesse essere valutato in relazione a "capacità produttiva, superficie, organizzazione degli spazi, presenza e organizzazione della zona diete, specializzazione dei pasti prodotti", che il sub criterio A4 (parimenti K0) dovesse essere valutato avuto riguardo a "Gestione delle criticità in merito a: contaminazioni, temperature, errori e dimenticanze".

A sua volta il CSA prevedeva:

- l'obiettivo del Comune di ottenere il riconoscimento di "Mensa scolastica biologica", che richiede determinate percentuali minime di materie prime di origine biologica, l'impiego esclusivo di determinati additivi e coadiuvanti, il divieto di impiego di OGM, il rispetto del calendario della stagionalità, l'applicazione della disciplina dell'Unione nella preparazione dei pasti, assicurando la separazione fra prodotti convenzionali e prodotti biologici, la riduzione dello spreco alimentare e dell'impatto ambientale del servizio (punto 7.2.);

- che la disponibilità del centro cottura con le caratteristiche fissate dalla legge di gara deve sussistere al momento dell'avvio del servizio (punto 1.1.).

3.3.4. L'offerta di Dussmann Service S.r.l. prevede spazi separati per lo stoccaggio delle derrate biologiche e di quelle convenzionali, tre cucine completamente autonome e separate per la preparazione dei pasti (cucina pasti convenzionali, cucina diete speciali, cucina diete celiache), attrezzature e strumenti per la preparazione del cibo differenziati, l'impiego di prodotti biologici e di filiera corta in percentuale non inferiore a quella richiesta per la mensa biologica, un preciso ordine cronologico nella preparazione e nella distribuzione dei pasti delle diverse diete, la consegna del cibo in contenitori sigillati e delle posate parimenti in sacchetto chiuso ai destinatari dei piatti dietetici (pp. 1 e ss.).

Conclusivamente, l'offerta dell'aggiudicataria è conforme alla *lex specialis* sia quanto a gestione del rischio contaminazione, sia quanto alla realizzazione della "Mensa scolastica biologica"; mentre la mancanza delle caratteristiche promesse del centro cottura e/o di quello d'emergenza rileverà, eventualmente, solo in fase di esecuzione del contratto.

Per i punteggi assegnati, valgono le considerazioni svolte al punto 3.2.6.: trattasi di criteri e sub criteri (rispettivamente, E, A1 e A4) a valutazione

discrezionale e le valutazioni operate dalla Commissione giudicatrice non risultano macroscopicamente irragionevoli.

Sicché, deve concludersi per l'infondatezza anche del terzo motivo del ricorso principale e del primo e quarto motivo del ricorso per motivi aggiunti.

3.4.1. In punto di valutazione dell'offerta tecnica di Dussmann Service S.r.l. e di conformità alle specifiche della legge di gara, resta quindi da esaminare solamente la questione delle certificazioni, oggetto del terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale.

Il Disciplinare prevedeva l'assegnazione di 1 punto per il possesso della certificazione UNI EN ISO 22000 (B1), di 1 punto per il possesso della certificazione UNI EN ISO 22005 (B2), di 1 punto per il possesso della certificazione UNI EN ISO 14000 o EMAS (B3), e 0,5 punti fino a un massimo di 2 per ogni altra certificazione inerente il servizio (B4).

Con successivo chiarimento la CUC ha specificato che le certificazioni erano di ritenersi riferite al centro cottura (v. doc. 28 fascicolo della Provincia): come anticipato nella parte in fatto il suddetto chiarimento è stato impugnato dalla società Dussmann Service S.r.l..

Per il criterio B "Certificazioni" Dussmann Service S.r.l. ha conseguito complessivamente 3 punti, di cui 1 per la certificazione B1 e 2 per le certificazioni B4.

3.4.2. Secondo la società Euroristorazione S.r.l., ove la Commissione giudicatrice si fosse attenuta al surricordato chiarimento, nessun punteggio avrebbe dovuto assegnare a Dussmann Service S.r.l. per il criterio di valutazione B.

3.4.3. La doglianza è in parte infondata, in parte inammissibile per carenza di interesse, il che consente di prescindere dalla verifica della sua tempestività, messa in dubbio dalla controinteressata principale, secondo cui già al momento della proposizione del ricorso introduttivo del giudizio

la ricorrente principale era a conoscenza degli elementi sui quali poi ha fondato la censura.

Invero, le certificazioni B1, B2 e B3, relative, rispettivamente, ai sistemi di gestione per la sicurezza alimentare per le imprese che operano all'interno della filiera alimentare (UNI EN ISO 22000), alla rintracciabilità di filiera all'interno del settore agroalimentare (UNI EN ISO 22005), la gestione ambientale di una organizzazione (UNI EN ISO 14000 o EMAS), possono ragionevolmente ritenersi riferite al centro cottura, avuto riguardo al loro oggetto. Prova ne è d'altro canto che – a mente del Disciplinare - non devono essere possedute al momento della presentazione dell'offerta, ma al momento dell'avvio del servizio.

Altrettanto non può dirsi per le certificazioni B4, perché in assenza di specificazioni da parte della legge di gara, esse possono riguardare anche altre fasi dell'appalto, che si svolgono al di fuori del centro cottura, e dunque non necessariamente attengono a questo.

3.4.4. In questo quadro, non vi sono ragioni per ritenere erronea e, quindi, sindacabile da questo Giudice la decisione della Commissione giudicatrice di assegnare 2 punti a Dussmann Service S.r.l. per il sub criterio B4.

Al più all'aggiudicataria potrebbe essere tolto 1 punto (laddove la certificazione fosse mancata al momento dell'avvio del servizio) per il sub criterio B1.

Ma anche ove così fosse, all'esito della riparametrazione, pur in presenza di una riduzione del differenziale di punteggio tra prima e seconda classificata, la graduatoria non muterebbe. Sicché la censura non supera la cd. prova di resistenza, la prova cioè che in assenza del vizio la ricorrente avrebbe vinto sicuramente o con alta probabilità la gara (cfr., fra le tante, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 1916/2020).

Pertanto, anche il terzo motivo del ricorso per motivi aggiunti al ricorso principale non merita accoglimento.

4.1. Può ora passarsi all'esame del secondo gruppo di doglianze, ovvero quelle avverso l'esito del sub procedimento di verifica di congruità dell'offerta (primo motivo del ricorso principale e secondo motivo del collegato ricorso per motivi aggiunti).

4.2.1. Secondo la società Euroristorazione S.r.l. l'aggiudicataria avrebbe sottostimato il costo delle derrate alimentari: Dussmann Service S.r.l. ha infatti quantificato tale voce di costo in Euro 1,23 a pasto, laddove la Relazione d'accompagnamento al D.M. 10.03.2020 che approva i CAM per la ristorazione collettiva fissa il costo minimo a Euro 1,60 per i pasti nella ristorazione scolastica, che salgono di ulteriori Euro 0,80 nel caso in cui i prodotti offerti siano tutti biologici (e tale è la carne offerta dalla controinteressata principale). La sottostima delle derrate alimentari, le quali costituiscono una delle principali voci di costo dell'intero appalto – a dire della ricorrente principale - non sarebbe colmata dall'utile atteso, quantificato dall'aggiudicataria in Euro 0,18 a pasto.

Sicché, il RUP, che pure aveva evidenziato l'irrisorietà del costo indicato da Dussmann Service S.r.l. per le derrate, del tutto irragionevolmente non avrebbe effettuato un approfondimento istruttorio, limitandosi a ipotizzare che l'offerente potesse beneficiare di economie di scala.

4.2.2. Ulteriormente, nel sub procedimento di verifica dell'anomalia la società Dussmann Service S.r.l. non avrebbe giustificato due importanti voci di costo, ovverosia il costo per i controlli di qualità del servizio, sostenuti dal Comune, ma a questo poi rimborsati dall'operatore economico, quantificati in Euro 15.000,00 oltre IVA annui (v. p. 14 CSA) e il costo corrispondente alla fornitura di n. 4.000 pasti gratuiti all'anno (v. p. 15 CSA): anche in questo caso l'utile annuo dichiarato (Euro 42.000,00) non coprirebbe i maggiori costi.

4.3.1. Preliminarmente, in conformità all'orientamento seguito anche dalla Sezione (si veda, recentemente, la sentenza n. 577/2021), al Collegio preme precisare che sottoposta al vaglio di legittimità di questo Giudice è

esclusivamente la valutazione di congruità dell'offerta di Dussmann Service S.r.l.. Deve, pertanto, respingersi qualsiasi tentativo di estendere la verifica di legittimità alla congruità (o anomalia) dell'offerta della seconda classificata Euroristorazione S.r.l., anche solo quale termine di raffronto dell'offerta dell'aggiudicataria.

Diversamente, infatti, questo Tribunale si troverebbe a pronunciare su poteri amministrativi non ancora esercitati (non avendo l'Amministrazione precedente valutato sotto questo profilo l'offerta della seconda classificata), contravvenendo in tal modo al divieto contenuto nel comma 2 dell'articolo 34 del Codice di rito.

Inoltre, è metodologicamente scorretto confrontare, ai fini della verifica di non anomalia, le diverse offerte in gara, perché differenti ne sono i contenuti e diversa può essere la capacità dell'operatore economico, in ragione sia della propria organizzazione aziendale, sia di rapporti contrattuali con fornitori, di rendere la prestazione oggetto dell'appalto a costi più contenuti (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 2540/2018).

4.3.2. Vale altresì la pena precisare che, nella disamina della censura, il Collegio si atterrà alle coordinate ermeneutiche fissate dalla costante e condivisa giurisprudenza sull'estensione del sindacato giudiziale sulla verifica di congruità dell'offerta, necessariamente limitato alle ipotesi di manifesta illogicità e di erroneità fattuale, e giammai sostitutivo (cfr., ex plurimis, C.d.S. Sez. III, sentenza n. 2593/2019), e sulla natura globale e sintetica di tale giudizio, che, dunque, non può concentrarsi in modo autonomo e parcellizzato su singole voci che compongono l'offerta medesima (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenze n. 4050/2016 e n. 6126/2021).

4.4.1. Ciò premesso, va osservato che, quantunque non vincolanti, le indicazioni contenute nella Relazione d'accompagnamento al D.M. che approva i CAM per la ristorazione collettiva costituiscono un utile parametro di valutazione per verificare la (non) anomalia dell'offerta. Ed è

indubbio che l'offerta di Dussmann Service S.r.l. si allontana in misura importante da quel parametro di valutazione.

Il RUP ha rilevato questa circostanza, ma ha ritenuto che il costo così basso delle derrate alimentari non fosse impossibile da ottenere sul mercato in presenza di notevoli economie di scala. Ora, il Collegio condivide sicuramente l'orientamento giurisprudenziale (v. sentenza n. 283/2019 del T.A.R. Lombardia – sede di Milano) per cui non basta allegare di godere di una particolare posizione di mercato in virtù della quale i rifornimenti di materie prime avvengono a prezzi particolarmente competitivi, ma occorre anche dimostrare l'assunto.

Tuttavia, il RUP ha ritenuto, in un giudizio globale e sintetico, che l'eventuale sottostima delle derrate alimentari potesse essere compensata dalla sovrastima di alte voci (segnatamente, personale, investimenti e spese generali). Sennonché, questa ulteriore parte di motivazione del giudizio di congruità dell'offerta di Dussmann Service S.r.l. non è stato oggetto di tempestiva e rituale censura da parte di Euroristorazione S.r.l..

La ricorrente principale, infatti, solamente in memoria avanza delle doglianze avverso questa autonoma porzione dell'apparato motivazionale della valutazione di non anomalia. Sicché, deve concludersi che è incontestata la capienza di altri voci di costo e l'idoneità delle stesse a far sì che l'offerta nel suo complesso non sia in perdita.

4.4.2. Analogamente, il costo per i controlli di qualità del servizio e il costo per la fornitura di n. 4.000 pasti gratuiti all'anno non sono stati dimenticati dall'aggiudicataria, ma come risulta dalle giustificazioni sono da ascrivere - secondo quanto dichiarato da Dussmann Service S.r.l. - alla voce spese generali (che comprende ogni altra spesa non espressamente nominata): tale voce incide per il 15,14% del costo generale dell'appalto, ed è pari a Euro 204.870,40 all'anno. Si tratta di un importo non irrisorio, che è in grado di coprire anche i costi per i controlli di qualità del servizio (quantificati in Euro 15.000,00 oltre IVA) e dei pasti gratuiti.

4.5. In conclusione, la valutazione di anomalia dell'offerta di Dussmann Service S.r.l. si sottrae alle censure di legittimità dedotte dalla ricorrente principale nel primo motivo del ricorso principale e secondo motivo del collegato ricorso per motivi aggiunti.

5.1. Resta, quindi, da esaminare la doglianza sulla composizione della Commissione giudicatrice e la violazione del principio di rotazione, esplicitata nel quinto motivo del ricorso principale.

La società Euroristorazione S.r.l. rappresenta che la Commissione giudicatrice era composta dai signori Piero Ferrari (Presidente), Gabriele Bonazza (Componente) e Silvia Visini (Componente), e che il signor Piero Ferrari ha fatto parte, ora in veste di Presidente, ora in veste di componente, di plurime commissioni di gara nominate nel medesimo periodo dalla CUC della provincia di Brescia, con palese violazione del principio di rotazione dei commissari di gara.

Rileva ulteriormente la ricorrente principale che l'individuazione del signor Piero Ferrari, che è un libero professionista, quale Presidente della Commissione giudicatrice, è stata fatta al di fuori della cerchia dei soggetti tra i quali – a mente del Regolamento della CUC - la scelta avrebbe dovuto essere orientata (ovverosia “un Dirigente o Responsabile di Servizio della CUC o, in alternativa, un Responsabile di Servizio del comune proponente la gara”), e in assenza di qualsivoglia motivazione al riguardo.

L'illegittimità della composizione della Commissione giudicatrice – a detta della deducente – determina l'annullamento dell'intera procedura di gara.

5.2.1. Comune e Provincia contestano le tesi della ricorrente principale.

A tal fine fanno presente che la CUC aveva solo formalizzato, con la nomina della Commissione, la scelta dei componenti effettuata dal Comune, il quale – non avendo un tecnologo alimentare nel proprio organigramma – aveva scelto il signor Piero Ferrari all'esito di un'indagine di mercato (v. doc. 4 fascicolo del Comune). Negano le Amministrazioni resistenti che il principio di rotazione dei commissari di gara sia stato

violato nel caso di specie, poiché occorre aver riguardo non alla CUC che ha svolto la procedura di evidenza pubblica, ma l'Amministrazione a favore della quale la procedura era effettuata e il signor Piero Ferrari nei due anni antecedenti non era stato commissario in altre gare bandite nell'interesse del Comune di Desenzano del Garda.

5.2.2. La società Dussmann Service S.r.l. oppone invece che il principio di rotazione dei commissari è contenuto nell'articolo 77 D.Lgs. n. 50/2016, che allo stato è sospeso e che comunque si applica agli appalti sotto soglia, mentre quello qui in esame è sopra soglia.

5.3. Il Collegio ritiene che non sussista la lamentata illegittimità della composizione della Commissione giudicatrice.

Come è stato ricordato, l'operatività dell'articolo 77, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016 nella parte in cui impone alle stazioni appaltanti l'obbligo di scegliere i commissari tra gli esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC di cui al successivo articolo 78, è stata sospesa fino al 30.06.2023 dall'articolo 1, comma 1, lettera c), D.L. n. 32/2019 convertito dalla L. n. 77/2020. Resta fermo, a mente della predetta disposizione di proroga, "l'obbligo di individuare i commissari secondo regole di competenza e trasparenza, preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante".

Quindi, il principio di rotazione, peraltro codificato solo in ipotesi particolari dal richiamato articolo 77 D.Lgs. n. 50/2016, non costituisce un vincolo rigido nel sistema dei pubblici appalti (v. T.A.R. Abruzzo – Pescara, sentenza n. 504/2021).

In ogni caso, anche a voler ritenere, dando lata applicazione delle indicazioni provenienti dall'ANAC, che sia congruo un intervallo biennale nell'assunzione dell'incarico di commissario per la medesima stazione appaltante, deve concordarsi con le difese delle resistenti che per stazione appaltante si debba intendere quella a favore della quale viene svolta la gara (la contraente dell'aggiudicatario nel contratto di appalto che verrà stipulato, in quanto titolare dell'interesse pubblico alla scelta del miglior

contraente attraverso il corretto svolgimento della procedura di evidenza pubblica), e non la diversa Amministrazione che in veste di CUC svolge la gara.

Poiché nel biennio antecedente il signor Piero Ferrari non aveva ricoperto il ruolo di commissario per il Comune di Desenzano del Garda, nessuna violazione del principio di rotazione si è verificata nel caso in esame.

Quanto alla scelta di ricorrere a professionalità esterne al Comune, la circostanza – non contestata – che l’organigramma comunale non contempli la figura di un tecnologo alimentare, è sufficiente a motivare la decisione. D’altro canto, è documentato in atti che la scelta è stata fatta, sulla scorta di una motivazione non irragionevole (e come tale non sindacabile da questo Giudice) all’interno di una rosa di nominativi. Di talché, risultato rispettati i principi di trasparenza e competenza, cui deve attenersi la nomina della Commissione giudicatrice.

6.1. In conclusione, il ricorso principale e il relativo ricorso per motivi aggiunti sono infondati e per questo vengono respinti.

6.2. La reiezione delle impugnative svolte dalla seconda classificata, rende improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale e il relativo ricorso per motivi aggiunti proposti da Dussmann Service S.r.l., la quale comunque conserva il bene della vita, ovverosia l’aggiudicazione del contratto.

6.3. In applicazione del criterio generale della soccombenza, la società Euroristorazione S.r.l. è condannata a rifondere le spese di giudizio, nella misura liquidata in dispositivo, alla Provincia di Brescia e al Comune di Desenzano del Garda.

Può, invece, disporsi la compensazione delle spese di lite con la società Dussmann Service S.r.l..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia Sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso

principale e sul collegato ricorso per motivi aggiunti, nonché sul ricorso incidentale e il collegato ricorso per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, così statuisce:

- a) respinge il ricorso principale e il collegato ricorso per motivi aggiunti;
- b) dichiara improcedibili il ricorso incidentale e il collegato ricorso per motivi aggiunti;
- c) condanna Euroristorazione S.r.l. a rifondere alla Provincia di Brescia e al Comune di Desenzano del Garda le spese di giudizio, che liquida per ciascuna parte in Euro 5.000,00, oltre ad accessori di legge;
- d) compensa per il resto le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.
Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Ariberto Sabino Limongelli, Presidente FF

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

Luca Pavia, Referendario

L'ESTENSORE
Alessandra Tagliasacchi

IL PRESIDENTE
Ariberto Sabino Limongelli

IL SEGRETARIO