

## **Negli appalti la finanza di progetto rappresenta il principale istituto di collaborazione pubblica-privata**

*di Marco Natoli*

*Data di pubblicazione: 30-4-2021*

La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che: “La regola dell’anonimato dei progetti è chiaramente funzionale alla garanzia dell’effettiva imparzialità della valutazione della commissione giudicatrice, e costituisce applicazione settoriale del più generale principio che vuole sottratto all’esame discrezionale, anche di natura tecnica, delle offerte ad ogni possibile interferenza connessa alla conoscenza dell’identità dei concorrenti da cui essi provengono”;

Il project financing, come si ricava dal nome stesso dell’istituto, è un sistema di realizzazione di lavori pubblici (o di servizi di pubblico interesse) incentrato su di un progetto (cfr. Corte dei conti, sez. giuris. Emilia Romagna, 23 maggio 2017, n. 119), che presenta due caratteristiche fondamentali: a) risponde all’interesse pubblico dell’amministrazione a realizzare un’infrastruttura reputata necessaria per la collettività; b) si presenta come capace di generare flussi di cassa positivi che siano sufficienti a coprire i costi operativi (in questo senso, in più occasioni, è stata messa in evidenza il carattere di operazione di finanziamento indiretta per la realizzazione di un’opera pubblica, poiché basata non sulla valutazione del patrimonio del soggetto che richiede il finanziamento, ma sulla valenza tecnico – economica del progetto da realizzare);

I livelli di progettazione di un’opera pubblica sono, invece, previsti dall’art. 23 (Livelli di progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori, nonché per i servizi) del codice dei contratti pubblici e sono sostanzialmente tre: il “progetto di fattibilità tecnica ed economica”, il “progetto definitivo” e il “progetto esecutivo”;

Il progetto di fattibilità che l’amministrazione è tenuta a porre a base di una procedura di project financing ad iniziativa pubblica ai sensi del primo comma dell’art. 183, dovrà definire le caratteristiche essenziali dell’opera in base alle esigenze reputate necessarie, lasciando ai privati concorrenti, nella successiva fase di progettazione, la proposta delle misure tecniche reputate maggiormente idonee a dar attuazione ai predetti obiettivi, ed anche se, eventualmente, nel progetto di fattibilità siano descritte in maniera più puntuale le sue caratteristiche, il privato non potrà mai essere vincolato dal progetto di fattibilità al punto da non poter proporre soluzioni differenti che appaiano, a suo giudizio, ritenute maggiormente idonee al conseguimento delle esigenze manifestate dall’amministrazione;

Le predette norme rendono evidente come la progettazione non sia vincolata una volta e per tutte alle regole fissate nel progetto di fattibilità, ma sia destinata a svilupparsi per successivi approfondimenti, l’ultimo dei quali può avvenire anche in fase di approvazione di un progetto definitivo già prescelto dall’amministrazione.

La sentenza in argomento, pur analizzando dettagliatamente l'istituto del *project financing* (finanza di progetto), di cui all'articolo 183 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, si sofferma, nella parte iniziale, sulle problematiche che possono derivare dalla redazione di un documento, nelle differenti forme cartacea o digitale.

Nello specifico la Sezione esamina la clausola della lettera di invito che impone ai concorrenti, a pena di esclusione, il rispetto dell'anonimato nella redazione del progetto tecnico. In particolare la principale funzione del suddetto anonimato è quella di garantire l'effettiva imparziale azione della commissione giudicatrice, in modo che sia evitato qualsiasi riconoscimento dei concorrenti. Sul punto il Collegio evidenzia come il documento cartaceo risulta facilmente essere oggetto di anonimato, tramite la cancellazione dei principali elementi identificativi, come l'autore dello stesso documento e le sottoscrizioni. La stessa operazione, precisano i giudici, non può essere effettuata sul documento informatico in quanto quest'ultimo conserva evidenti tracce (i c.d. metadati) delle operazioni svolte la cui identificazione, soprattutto ad opera di personale altamente qualificato, risulta essere di facile attuazione. Pertanto, precisa la Sezione, la suddetta prescrizione della lettera di invito, finalizzata all'eliminazione di ogni elemento potenzialmente identificativo, consiste nella richiesta della cancellazione di ogni informazione che consenta di riconoscere l'autore alla sola lettura del documento.

Di seguito i giudici soffermano l'attenzione sul nucleo centrale della pronuncia in argomento consistente, come sopra accennato, nell'esame dell'istituto della *finanza di progetto*.

L'analisi avviene, *principaliter*, sui rapporti intercorrenti tra progetto di fattibilità predisposto dall'amministrazione e successiva partecipazione degli operatori economici in sede di esecuzione del progetto; in particolare il Collegio accerta l'intensità dei vincoli predisposti dall'amministrazione nell'ambito dello studio di fattibilità, ai quali sono tenuti gli stessi operatori economici nella fase di predisposizione del piano.

Preliminarmente il supremo Consesso individua i due fondamentali elementi che caratterizzano la finanza di progetto: a) il soddisfacimento dell'interesse pubblico dell'amministrazione alla realizzazione di un'opera necessaria per la collettività; b) la capacità del progetto di generare flussi di cassa positivi sufficienti a coprire i costi operativi. Il raggiungimento di tali fondamentali risultati è garantito con l'elemento che contraddistingue il *project financing* rispetto a tutte le altre procedure di gara: la fattiva partecipazione del privato alla realizzazione dell'opera.

Successivamente il Collegio si sofferma sull'articolo 23 del sopra indicato d.lgs.50/2016, ricordando che i livelli di progettazione di un'opera pubblica sono tre: a) il *progetto di fattibilità tecnica ed economica*, il *progetto definitivo* ed il *progetto esecutivo*. In merito al primo tipo i giudici mettono in risalto la ricordata funzione principale dell'istituto di cui all'art.183 consistente, come detto, nella individuazione della soluzione più confacente ai bisogni della collettività. Gli stessi giudici accertano che le attività compiute nel predetto piano di fattibilità si collegano direttamente al *progetto definitivo*; quest'ultimo, in particolare, rappresenta lo sviluppo delle caratteristiche strutturali e funzionali in conformità a quanto evidenziato nella precedente fase della fattibilità.

Pertanto, precisa il Collegio, il *progetto di fattibilità* definisce le caratteristiche essenziali dell'opera a favore della quale gli operatori economici, nella successiva fase della programmazione, potranno individuare idonee misure tecniche finalizzate alla migliore attuazione dei predetti obiettivi. E' proprio in questo momento che il Consiglio di Stato coglie l'aspetto più importante della finanza di progetto: la forte collaborazione pubblica - privata.

Infatti, anche se l'amministrazione è riuscita a definire meglio, con il ricorso al suddetto *progetto di fattibilità*, le caratteristiche dell'opera, la stessa p.a. non può fare a meno dell'intervento del privato, in quanto dotato di specifiche competenze come nel caso di specie; anzi lo stesso soggetto privato, continua il Collegio nel ragionamento, non potrà mai essere vincolato dal piano, in quanto lo stesso potrà liberamente proporre differenti soluzioni maggiormente idonee, a suo giudizio, alle esigenze espresse dalla parte pubblica.

In conclusione i giudici affermano che, dall'esame delle predette disposizioni, risulta evidente come la progettazione sia svincolata alle regole fissate nel progetto di fattibilità; di conseguenza la stessa programmazione può essere ulteriormente sviluppata con specifici approfondimenti come, in definitiva, nella fase dell'approvazione di un progetto già precedentemente individuato dalla stessa p.a..

LEGGI LA SENTENZA

Pubblicato il 12/04/2021

**N. 02924/2021 REG.PROV.COLL.**

**N. 08765/2020 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8765 del 2020, proposto da Vivenda s.p.a. in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con La Cascina Costruzioni s.r.l. quale mandante e l'Associazione temporanea di professionisti tra

Studio Architettura Associato, Vignolo Villa Architetti Associati, E.M.S. Engineering s.r.l., S.T.I. Studio Tecnico Impianti, Arch. Novali Antonella, Ing. Nassini Sebastiano, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Michele Perrone e Paola Cruciano, con domicilio digitale eletto presso lo studio dell'avv. Michele Perrone in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

***contro***

Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuzza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Filippo Martinez in Roma, via Alessandria, 130;  
Gaetano Paolin s.p.a., non costituita in giudizio;

***nei confronti***

Comune di Varese, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Mauro Renna, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;  
Cirfood S.C., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 01408/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Dussmann Service s.r.l., del Comune di Varese e di Cirfood s.c.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 febbraio 2021 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Michele Perrone e Eugenio Dalli Cardillo, e data la presenza degli avvocati Filippo Martinez e Davide Moscuzza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con bando pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea il 15 marzo 2019 il Comune di Varese avviava una procedura di *project financing* ad iniziativa pubblica per la "concessione

*del servizio di ristorazione scolastica e realizzazione nuovo centro cottura – Periodo Settembre 2019 – Settembre 2031” della durata di dodici anni, da aggiudicarsi mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.*

1.1. Dopo la prima fase di prequalifica, con lettera di invito del 13 maggio 2019 le imprese qualificate erano invitate a presentare offerta; l’art. 7.3. richiedeva loro di proporre un “progetto definitivo”, composto degli elaborati ivi elencati conformemente agli articoli da 25 a 33 d.P.R. 5 maggio 2010, n. 207 per quanto applicabili, con l’ulteriore specificazione per cui: *“Il progetto definitivo deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nel progetto di fattibilità, nel rispetto del principio di equivalenza di cui all’art. 68 del Codice”.*

1.2. I candidati erano tenuti ad inserire il progetto, trascritto su supporto digitale, in apposita busta sigillata; veniva precisato che: *“...l’Amministrazione concedente ha ritenuto opportuno prevedere la valutazione, in forma anonima, dei progetti definitivi presentati dai concorrenti per far sì che l’esame del progetto tecnico gestionale del servizio di ristorazione non influisca sulla valutazione del progetto definitivo dei lavori e viceversa, garantendo così un esame imparziale da parte della commissione. A tal fine, sulla busta cartacea esterna nonché sulle buste interne e sui documenti in formato cartaceo o digitale ivi contenuti non dovranno assolutamente essere apposte, a pena di esclusione, le seguenti informazioni, in quanto consentono un immediato riconoscimento dell’offerente: a) carta intestata; b) loghi; c) marchi; d) timbri – sigilli; e) sottoscrizioni e firme digitali e/o analogiche; f) nominativi”.*

1.3. Presentavano offerta quattro operatori economici; il r.t.i. – raggruppamento temporaneo di imprese con Vivenda s.p.a. come mandataria e come mandanti La Cascina Costruzioni s.r.l. e l’a.t.p. – associazione temporanea di professionisti tra Studio Architettura Associato, Vignolo Villa Architetti associati, E.M.S. Engineering s.r.l., S.T.I. – Studio tecnico impianti, arch. Antonella Novali e Ing. Sebastiano Nassini; il r.t.i. con Dussmann Service s.r.l. come mandataria e Gaetano Paolin s.r.l. come mandante nonché il r.t.i. con CIR Food come mandataria e Plus Studio s.r.l. e Consorzio Edile BTF come mandanti. Da ultimo concorreva il r.t.i. Serenissima ristorazione s.p.a. come mandataria e Limes s.r.l. come mandante.

1.4. All’esito delle operazioni di gara il r.t.i. Vivenda era primo graduato con il punteggio finale di 89,36 e secondo il r.t.i. Dussmann con 81,69 punti; l’offerta del r.t.i. Vivenda era ritenuta congrua al termine del sub – procedimento di verifica dell’anomalia per cui il raggruppamento era nominato promotore con determinazione dirigenziale 12 dicembre 2019 prot. 2249.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, il r.t.i. Dussmann impugnava il provvedimento di nomina del promotore sulla base di quattro motivi.

2.1. Con il primo motivo la ricorrente contestava il progetto tecnico del centro cottura del raggruppamento vincitore per difformità, sotto vari profili, dalle indicazioni contenute nel progetto di fattibilità approvato dall’amministrazione comunale; con il secondo motivo lamentava la mancata esclusione per violazione dell’obbligo di anonimato delle offerte tecniche contenenti i progetti definitivi giusta la presenza, in alcuni elaborati del progetto del centro cottura, del nominativo “Vivenda” (più esattamente, lo si ritrovava nel percorso di salvataggio di alcuni documenti in formato digitale).

Con il terzo motivo si doleva della mancata esclusione del r.t.i. Vivenda per mancata previsione in organigramma della figura del tecnologo alimentare imposta dal capitolato tecnico prestazionale e con il quanto domandava che fosse concesso l'accesso, che il Comune le aveva negato, al Piano Economico Finanziario e alle parti dell'offerta tecnica, come pure alle giustifiche di anomalia.

2.2. Si costituiva in giudizio il r.t.i. Vivenda che proponeva ricorso incidentale articolato in quattro motivi.

Con il suo primo motivo lamentava la mancata esclusione del ricorrente principale per violazione dell'obbligo dell'anonimato, in quanto la tavola "inquadramento urbanistico – area di progetto" nella maschera a destra recava l'indicazione "DUSS – Etichetta".

Il secondo motivo, articolato in varie censure, era diretto a contestare il progetto tecnico del centro cottura della ricorrente sotto svariati aspetti; in particolare, oltre al mancato rispetto della distanza di 5 metri dal confine per la realizzazione del manufatto, la ricorrente rilevava la mancata allegazione di una serie di elaborati e relazioni richiesti dalla disciplina di settore.

Con il terzo motivo sosteneva che il r.t.i. Dussmann avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per incompletezza delle dichiarazioni per mancata individuazione dell'impresa componente il raggruppamento cui era assegnata l'attività di *"erogazione dei servizi di ingegneria e architettura, relativi alla predisposizione del progetto esecutivo, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione del collaudo, ed ogni attività connessa e funzionale alla progettazione dell'opera"*; in ogni caso, nessuno degli operatori raggruppati era in possesso del requisito di capacità tecnica necessario alla esecuzione della predetta attività secondaria.

Infine, con il quarto motivo, in via subordinata all'accoglimento del primo dei motivi di ricorso introduttivo, era impugnata l'art. 3 del Capitolato prestazione, ove interpretata come se prevedesse l'obbligo di progettare e costruire il centro cottura con un piano rialzato e a più di 1,00 mt da terra.

2.2. Conosciuta integralmente l'offerta del r.t.i. Vivenda, la ricorrente depositava motivi aggiunti con i quali lamentava la mancata esclusione dell'aggiudicataria per violazione del principio di unicità dell'offerta avendo presentato dati diversi nei vari documenti in cui la stessa era articolata, con particolare riferimento al costo complessivo della manodopera che nel piano economico finanziario era indicato in € 14.431.631,07 mentre nell'allegato E dell'offerta economica in € 13.811.867,84 (divergenti erano anche i dati relativi al numero di addetti componenti l'organico e al numero di anni di cui tener conto per l'applicazione della percentuale di adeguamento del costo del personale).

Con ultimo motivo era esposta quale ragione di esclusione la proposta migliorativa dello schema di convenzione poiché consistente in utilità offerte ai singoli dipendenti comunali coinvolti nella esecuzione piuttosto che all'amministrazione comunale come invece richiesto dalla legge di gara.



2.3. Nella resistenza del Comune il giudice di primo grado con sentenza della quarta sezione, 22 luglio 2020, n. 1408 accoglieva il ricorso principale del r.t.i. Dussmann Service e quello incidentale del r.t.i. Vivenda, dichiarava improcedibile il ricorso per motivi aggiunti. Le spese erano compensate tra tutte le parti in causa.

Il tribunale:

- enunciava preliminarmente l'obbligo di esame di entrambi i ricorsi per l'identità dei motivi e considerate le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza 5 settembre 2019 in causa C-333/18 *Lombardi s.r.l.* e, correlativamente, dichiarava la volontà di trattare prioritariamente il motivo, comune ai due ricorsi, di violazione del principio di segretezza, per ragioni di economia processuale e di *par condicio* tra i concorrenti;

- riteneva fondati i suddetti motivi per aver:

a) Vivenda, inserito il proprio nome nel percorso di salvataggio di alcuni documenti in formato digitale ed in particolare nella cartella "Progetto centro cottura – Allestimenti" ove, in tre files compariva il nominativo "Vivenda";

b) Dussmann, prodotto tavole della sezione architettonica del progetto contenenti la "D" nell'identificazione della tavola e, aperto il file PDF, nella legenda "Livelli" a sinistra, la dicitura "Duss – Etichetta", sulla quale non potevano esservi dubbi in ordine alla capacità di individuazione dell'offerente per la correlazione che spontaneamente avrebbe potuto effettuare ciascun commissario tra l'acronimo predetto e il concorrente;

- a supporto della decisione aggiungeva che:

i) l'idoneità dei dati richiamati ad individuare il concorrente non poteva essere valutata in concreto perchè la lettera di invito non dava tale facoltà alla stazione appaltante;

ii) non era possibile ritenere che la segretezza valesse per i soli documenti percepibili mediante gli usi ordinari o per gli usi che ne possa fare una commissione di gara secondo buona fede, poiché questo graverebbe il ricorrente di una *probatio diabolica* dovendo egli dar prova delle attività svolte in una seduta segreta;

iii) l'individuazione delle proprietà dei documenti non è un'attività che fuoriesce dagli usi ordinari dei documenti stessi, in quanto possibile con qualsiasi computer, tanto più che, trattandosi di gara svolta su piattaforma informatica, la commissione aveva a disposizione personale informatico esperto;

iv) la circostanza che non tutti i documenti riportassero l'indicazione del nominativo della società presentante dimostrava che era ben possibile eliminare detti elementi e, comunque, presentare i documenti in forma anonima.

3. Propone appello il r.t.i. Vivenda; si è costituita Dussmann Service s.p.a. con appello incidentale, il Comune di Varese e la Società italiana di ristorazione – Cir food s.c..

Le parti hanno presentato memorie cui sono seguite rituali repliche.

All'udienza del 18 febbraio 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello il r.t.i. Vivenda contesta la sentenza di primo grado per “*Error in procedendo. Violazione degli artt. 34 e 35 del d.lgs. 104 del 2010, ultrapetizione e violazione del principio della domanda e di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, violazione degli artt. 99 e 100 cpc. Violazione della Direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE. Eccesso di potere giurisdizionale. Erroneità ed ingiustizia manifesta*”; sostiene l’appellante che il giudice di primo grado avrebbe dovuto esaminare prioritariamente il suo ricorso incidentale al fine di verificare la sussistenza delle condizioni dell’azione, della legittimazione ad agire e dell’interesse a ricorrere, in capo al ricorrente principale e, una volta ritenuto fondato uno dei motivi proposti, dichiarare inammissibile il ricorso introduttivo del giudizio.

L’appellante rivolge, in particolare, la sua critica alla sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, 5 settembre 2019 nella causa C-333/18 Lombardi, la quale, a suo dire, imponendo, in caso di accoglimento del ricorso incidentale, l’esame anche del ricorso principale, finirebbe per dar tutela ad un mero interesse di fatto, inidoneo a sorreggere un’iniziativa giurisdizionale: il ricorrente principale, infatti, necessariamente escluso dalla procedura di gara, sarebbe privo di interesse a ricorrere: la possibilità di conseguire attraverso il giudizio l’annullamento della gara e la sua ripetizione avendo sempre carattere ipotetico e futuro e, comunque, non potendo essere vagliata in assenza di qualsivoglia sua richiesta (o domanda) in tal senso, come avvenuto nell’odierno giudizio.

Conclude l’appellante evidenziando come Dussmann service s.r.l., per l’esito del giudizio, abbia di fatto tutelato non un interesse proprio, ma un interesse altrui, e, precisamente quello del terzo graduato, che l’amministrazione potrà nominare promotore, così aprendosi la strada ad una sorta di “ricorso a favore di terzo”, in contrasto con i principi del nostro ordinamento che consentono la tutela esclusivamente di un interesse proprio.

1.1. Il motivo è infondato.

La decisione del giudice di primo grado di esaminare entrambi i ricorsi è corretta; se anche, seguendo un diverso ordine delle questioni – come subito si dirà, più corretto – il giudice avesse esaminato per primo il ricorso incidentale del r.t.i. Vivenda, come questi pretende, avrebbe dovuto comunque esaminare anche il ricorso principale di Dussmann service s.r.l.

Di seguito le ragioni.

Il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale (in genere, e, dunque, anche se proposti in giudizio di impugnazione degli atti di una procedura di gara) va effettivamente risolto alla luce (della regola) dell’ordine di esame delle questioni e, quindi, nel giudizio amministrativo ai sensi dell’art. 76, comma 4, cod. proc. amm., il quale rinvia all’art. 276, comma 2, cod. proc.



civ.: sono decise dapprima le questioni pregiudiziali (proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio) e, di seguito, il merito del giudizio.

Il ricorso incidentale va, dunque, esaminato con priorità rispetto al ricorso principale qualora ponga una questione pregiudiziale, vale a dire richieda al giudice di chiudere il giudizio con una pronuncia di rito per carenza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione.

Nel giudizio di impugnazione degli atti di una procedura di gara, pertanto, il ricorso incidentale va esaminato prima di quello principale se è un ricorso incidentale c.d. escludente, con il quale l'aggiudicatario (ma potrebbe essere anche, ad es., un altro concorrente meglio posizionato rispetto al ricorrente principale), impugni l'ammissione del ricorrente principale alla procedura e deduca, dunque, come dovuta la sua esclusione.

In tal caso, è posta, infatti, una questione pregiudiziale di rito, poiché la partecipazione alla procedura di gara è ritenuta costitutiva della legittimazione ad impugnarne gli atti, con la conseguenza che l'operatore che non ha partecipato, ovvero che ne è stato escluso, non è legittimato ad impugnare gli atti della procedura, ivi compresa l'aggiudicazione (per ogni ulteriore precisazione, cfr. Cons. Stato, sez. VI, ord. 30 dicembre 2019, n. 8901).

La Corte di Giustizia dell'Unione europea, con diverse pronunce, è intervenuta non tanto sulla premessa dell'esposto ragionamento - il rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale va risolto alla luce dell'ordine di esame delle questioni nel giudizio per cui, di regola, il ricorso incidentale va esaminato con priorità ove sia posta una questione pregiudiziale - quanto sulla sua conclusione, affermando che anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale, il ricorso principale va esaminato (Corte di Giustizia, 4 luglio 2013 nella causa C-100/12 *Fastweb* e 5 aprile 2016 nella causa C-689/13 *Puligenica*).

Per le categorie processuali interne, ciò significa che l'interesse del ricorrente principale non è solamente quello all'aggiudicazione dell'appalto (c.d. interesse finale), possibile fintanto che il concorrente sia in gara, ma anche l'interesse alla ripetizione della procedura di gara (c.d. interesse strumentale) per il quale l'accoglimento del ricorso è utile anche ove sia stato escluso, ed anzi, proprio per essere stato escluso (sull'interesse strumentale, Adunanza plenaria, 10 novembre 2008, n. 11, poi rimeditata da Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n.4).

Non ha torto l'appellante ad affermare che, in seguito all'ultima pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. X, 5 settembre 2019 nella causa C-333/18 soc. Lombardi, si può dubitare della validità di tale trasposizione degli insegnamenti del giudice europeo nelle categorie processuali interne, poiché è imposto l'esame del ricorso principale, accolto l'incidentale, anche se per la presenza di altre imprese in gara (posizionate dalla terza posizione ed oltre) il ricorrente principale potrebbe non ottenere più neanche la ripetizione della procedura, non avendo fatto valere vizi volti a contestare la validità stessa della procedura (cfr. Adunanza plenaria, ord. 11 maggio 2018 n. 6 con la quale era sollevata la questione alla Corte di Giustizia), nondimeno, il principio del necessario esame dei ricorsi reciprocamente escludenti, fondato sul rilievo "*secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti*" si

traduce, per il giudice investito di tali ricorsi, "nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente" (così Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2020, n. 2969): l'esame del ricorso principale è dovuto anche in caso di accoglimento del ricorso incidentale c.d. escludente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 2021, n. 2532; V, 5 maggio 2020, n. 2849).

L'eventuale diverso ordine di esame dei ricorsi non avrebbe, pertanto, comportato esito diverso del giudizio.

2. Con il secondo motivo di appello, r.t.i. Vivenda lamenta "*Error in iudicando. Erronea valutazione e descrizione del fatto. Omesso esame delle difese di parte. Denegata giustizia. Erroneità ed ingiustizia manifesta*": il giudice di primo grado, nel ritenere violato l'obbligo di anonimato, non avrebbe considerato che il DVD (contenete il progetto definitivo) consegnato a Dussmann Service su richiesta della stazione appaltante una volta concesso l'accesso agli atti di gara, non era lo stesso DVD prodotto in gara, ma un nuovo DVD, appositamente formato, con documenti non ripuliti dei dati identificativi, poiché la valutazione della commissione era ormai avvenuta e non era quindi più indispensabile rendere l'elaborato anonimo; tale allegazione difensiva, contenuta nella memoria depositata in giudizio, non era stata affatto esaminata dal giudice di primo grado

Da altro punto di vista, l'appellante evidenzia come il dato presente nei tre files non rendesse il documento "immediatamente riconoscibile", per due ragioni: in primo luogo, per essere i predetti files estranei al "progetto definitivo" come composto secondo l'art. 25, comma 2, d.P.R. n. 207 del 2010, trattandosi di tavole per gli allestimenti, e, in secondo luogo, perché il dato non era riscontrabile "all'istante e in maniera visibile", che era la condizione per la quale, ai sensi della clausola 7.3 della lettera di invito, era imposta l'esclusione dalla procedura di gara.

Aggiunge che a suo favore non erano stati contestati particolari comportamenti della commissione di gara.

2.1. Simmetrico e speculare è il primo motivo dell'appello incidentale proposto da Dussmann Service s.r.l..

Contrariamente a quanto eccepito dal r.t.i. Vivenda l'appello incidentale di Dussmann service s.r.l. è ammissibile poiché è consentito alla parte destinataria dell'appello principale, anche se soccombente su autonomi capi di sentenza, proporre appello incidentale nei termini previsti dall'art. 96, comma 3, cod. proc. amm. (cfr. Adunanza plenaria, 16 dicembre 2011, n. 24).

2.2. L'appellante incidentale lamenta, innanzitutto, che l'espressione "DUSS\_Etichetta" non rientrava in alcuno dei dati elencati dalla clausola 7.3. delle lettera di invito come elementi identificativi dell'offerente, trattandosi, peraltro, di una "*codifica di un foglio del progetto Autocad (c.d. layer), che individua il tipo di linea e il front utilizzato per denominare il cartiglio*"; in ogni caso, aggiunge, non era dato che consentisse l'immediata identificazione dell'offerente considerato che, anzi, nel caso di specie si trattava di un acronimo che il

progettista aveva utilizzato per identificare il livello di progettazione: “D”: definitivo, “U” ufficiale, “S” senza, “S” sottoscrizioni.

2.3. I motivi sono fondati; la sentenza di primo grado va integralmente riformata.

2.3.1. Con la clausola contenuta al punto 7.3. della lettera di invito la stazione appaltante imponeva ai concorrenti, a pena di esclusione, il rispetto dell’anonimato nella redazione del progetto definitivo spiegandolo con la volontà di evitare che la valutazione del progetto di realizzazione del centro cottura fosse influenzata dall’esame del progetto tecnico – gestionale del servizio di ristorazione e viceversa; in sostanza, l’intento era quello scegliere il miglior progetto per la realizzazione del centro cottura, a prescindere da chi fosse l’operatore reputato più capace di offrire il servizio di preparazione dei pasti.

In realtà, anche a prescindere da tale obiettivo specifico, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che: *“La regola dell’anonimato dei progetti è chiaramente funzionale alla garanzia dell’effettiva imparzialità delle valutazioni della commissione giudicatrice, e costituisce applicazione settoriale del più generale principio che vuole sottratto all’esame discrezionale, anche di natura tecnica, delle offerte ad ogni possibile interferenza connessa alla conoscenza dell’identità dei concorrenti da cui essi provengono”* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 febbraio 2007, n. 458).

2.3.2. Le modalità attuative della regola dell’anonimato possono essere variamente declinate dalla stazione appaltante; nel caso di specie era richiesto ai concorrenti di omettere dalla busta cartacea, dalle buste interne e *“sui documenti in formato cartaceo e digitale”* una serie di informazioni, puntualmente elencate – quali, in particolare, la *“a) carta intestata; b) loghi; c) marchi; d) timbri – sigilli; e) sottoscrizioni e firme digitali e/o analogiche; f) nominativi”* – per la loro capacità di consentire un *“immediato riconoscimento dell’offerente”*

2.3.3. Eliminare da un documento cartaceo le predette informazioni significa effettivamente rendere anonimo il documento; per un documento cartaceo, infatti, l’anonimato è facilmente assicurato depurando lo scritto da ogni informazione identificativa dell’autore.

Diverso il discorso per il documento informatico.

Il documento informatico, infatti, conserva tracce (i c.d. metadati) delle operazioni svolte per arrivare alla versione finale e queste tracce possono, a volte con semplici attività, altre con più sofisticate operazioni, consentire di rintracciare l’autore del documento (o, meglio, del file).

Rendere anonimo un documento digitale è, dunque, operazione più complessa, che richiede maggiore diligenza e comunque, non assicura la certezza che non sia possibile recuperare le informazioni nascoste servendosi di personale dotato di specifiche competenze tecniche.

2.3.4. Aver equiparato in unica formulazione documenti cartacei e informatici induce a ritenere che la prescrizione contenuta nell’art. 7.3 della lettera di invito – per la quale i concorrenti erano appunto tenuti all’eliminazione di ogni dato *“sui documenti in formato cartaceo o digitale”* – andava intesa nel senso di richiedere loro la cancellazione di ogni informazione che

consentisse di riconoscere l'autore alla sola lettura del documento.

Simmetricamente, la commissione di gara avrebbe dovuto esaminare i documenti informatici nella loro versione finale – quella presente all'apertura del file – senza, cioè, ulteriori indagini sull'avvenuta eliminazione di ogni informazione nascosta. Ed è per questo corretta l'affermazione della commissione riportata a verbale, per cui, all'apertura dei documenti di entrambi i concorrenti, gli stessi si presentavano anonimi.

2.3.5. Le censure dei ricorrenti, accolte dal giudice di primo grado, finiscono per sanzionare, allora, con la massima penalizzazione dell'esclusione dalla procedura di gara comportamenti che possono, al più, stimarsi non pienamente diligenti, ma che certamente non hanno comportato frustrazione dell'obiettivo avuto di mira dalla stazione appaltante di far in modo che la commissione esaminasse il progetto di realizzazione del centro cottura senza aver cognizione di chi ne fosse l'autore.

Detto altrimenti, le censure accolte erano reciprocamente dirette a denunciare un difetto di diligenza tradottosi in un vizio formale che, anche per la sua limitata incidenza (sono contestati tre files del progetto del r.t.i. Vivenda e una tavola di quello del r.t.i. Dussmann), realizzano quella strategia della "caccia all'errore" che è di ostacolo ad una sana competizione nelle procedure evidenziali e che, fino a quando non si sia tradotta nell'effettiva alterazione della logica concorrenziale, non può essere avallata in sede giurisdizionale.

2.3.6. In conclusione, i motivi di appello vanno accolti con conseguenza integrale riforma della sentenza di primo grado nella parte in cui era stabilita l'esclusione dei primi due operatori economici graduati per violazione dell'obbligo dell'anonimato.

3. È possibile, pertanto, procedere all'esame dei motivi del ricorso introduttivo del giudizio rimasti assorbiti nella sentenza di primo grado.

3.1. Con il suo primo motivo di ricorso Dussmann Service s.r.l. sosteneva l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione al r.t.i. Vivenda per "*Violazione e/o falsa applicazione degli art. 2 e 3 del Capitolato tecnico di progettazione, esecuzione lavori e manutenzione del nuovo centro di cottura allegato al Progetto di Fattibilità. Difetto di istruttoria. Disparità di trattamento*": l'offerta del r.t.i. Vivenda andava esclusa perché il progetto tecnico di realizzazione presentava evidenti difformità tecniche rispetto alle condizioni minime di esecuzione fissate dalla stazione appaltante all'interno del "*Progetto di fattibilità – Capitolato tecnico di progettazione, esecuzione lavori e manutenzione del nuovo centro cottura*" approvato con delibera giunta 28 febbraio 2019, n. 44, parte integrante della *lex specialis*.

In sintesi, la ricorrente indicava le seguenti difformità:

a) nel progetto del r.t.i. Vivenda era prevista la costruzione del primo piano dell'immobile a "quota strada", anziché a più di un metro, così da farne un "piano rialzato", come previsto nel progetto di fattibilità;

b) la carenza di un progetto di invarianza idraulica, corredato da calcoli, valutazioni, grafici e

disegni, espositivo delle caratteristiche della vasca di laminazione idraulica proposta dal r.t.i. Vivenda così da dimostrare l'avvenuto rispetto dei criteri previsti dal Reg. reg.

7/2017 (*Regolamento recante criteri e metodi per il rispetto dell'invarianza idraulica ed idrologica ai sensi dell'art. 68 bis della legge regionale 11 marzo 2005, n. 12*) per il dimensionamento della vasca e per il funzionamento dell'intera opera idraulica, come invece richiesto dal Capitolato tecnico;

c) la mancanza di locali adibiti all'imballaggio e al materiale destinato al contatto con gli alimenti, come invece imposto dalle "Caratteristiche funzionali generali dell'immobile" riportate nel progetto di fattibilità;

d) la mancata separazione, all'interno del locale verdure-fresche, tra una zona per il lavaggio della materia prima e una zona per la lavorazione delle verdure, come richiesto dal "Settore preparazione" del Capitolato tecnico;

e) la previsione di una sola cella-frigorifero, anziché di due celle, una per la conservazione di prodotti ortofrutticoli già porzionati e l'altra per i prodotti freschi, per evitare il rischio di contaminazione incrociata tra le diverse tipologia di alimenti, così come imposto dal Reg. 29 aprile 2004 n. 852/2004/CE, implicitamente richiamato dall'art. 4 del Capitolato;

f) la mancata previsione della realizzazione di idonei ripostigli a corredo degli uffici di gestione amministrativa e tecnica, come previsto dall' area "Settori servizi accessori" dell'art. 4 del Capitolato;

g) la mancanza di una lavastoviglie per ciascuna della tre "zone di lavaggio", avendone previsto per la "zona lavaggio pentole e utensili cucina", per quella "zona lavaggio contenitori isotermini", ma non per la zona "lavaggio contenitori";

h) aver previsto i locali spogliatoio di altezza pari a m. 2,70 in contrasto con le richieste dell'art. 6 del Capitolato che per essi prevedeva un'altezza minima pari a m. 3,00.

3.1.1. Il motivo è infondato.

3.1.2. Preliminarmente va precisato che il r.t.i. Vivenda nei suoi scritti difensivi ha ammesso una sola delle varie difformità individuate dal ricorrente tra il proprio progetto di realizzazione del centro cottura e il progetto di fattibilità redatto dai tecnici dell'amministrazione comunale e posto a base di gara, e, precisamente, la diversa collocazione del primo piano dell'edificio (difformità indicata sub a), per aver effettivamente previsto la sua realizzazione a quota zero rispetto al piano di campagna; ha precisato, tuttavia, di aver scelto tale modalità realizzativa per "*ovvi motivi funzionali connessi alle modalità di gestione del servizio indicate nello specifico progetto*" (par. 2.A.5 della memoria depositata in vista della camera di consiglio).

I motivi sono, poi, ulteriormente specificati in questo modo: "*...disporre di un piano di carico e scarico a quota + 1,00 mt avrebbe comportato l'obbligo di impiego di automezzi adibiti al carico e scarico (materie prime e contenitori termici) dotati di un piano accessibile a tale quota. Quelli con tali caratteristiche sono mezzi pesanti di ragguardevoli dimensioni (...). Tuttavia*

*detta tipologia di automezzo non è confacente a tutte le operazioni che devono essere compiute quotidianamente presso la struttura di che trattasi. Infatti l'utilizzo di automezzi pesanti ed ingombranti anche per la fase di carico e consegna dei pasti presso i plessi scolastici crea evidenti problemi di inquinamento, ingombro e aggravio sulla viabilità locale”.*

Nelle successive difese, il r.t.i. Vivenda nega l'esistenza delle altre difformità individuate dal ricorrente; già solo la difformità ammessa, però, per la sua rilevanza nella realizzazione dell'immobile destinato a centro cottura, potrebbe comportare in tesi l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria dalla procedura di gara.

3.1.2. Premesso quanto sopra, allora, la questione giuridica che viene in rilievo, e alla quale occorre dare soluzione, è quale sia il valore e l'efficacia del progetto di fattibilità redatto dall'amministrazione e posto a base di gara in rapporto alla successiva progettazione cui sono chiamati gli operatori economici concorrenti in procedura di *project financing*, ovvero fino a che punto questi ultimi siano vincolati in sede di progettazione delle indicazioni fornite dalla stazione appaltante in sede di fattibilità.

Per dar risposta a tale questione, è necessario, in primo luogo, definire le caratteristiche essenziali della procedura di *project financing* (o finanza di progetto), e, successivamente, soffermarsi sui diversi livelli di progettazione previsti dal codice dei contratti pubblici, con particolare riferimento al primo di essi, rappresentato proprio dal progetto di fattibilità dell'opera.

3.1.3. Quanto al primo profilo di indagine, va premesso che l'odierno giudizio riguarda una procedura di *project financing* ad iniziativa pubblica e a gara unica, che ha la sua disciplina nell'art. 183, commi da 1 a 14, del codice dei contratti pubblici (sulla quale cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5501, in cui sono indicati i momenti salienti della procedura come si ricavano dalle disposizioni codicistiche).

Il *project financing*, come si ricava dal nome stesso dell'istituto, è un sistema di realizzazione di lavori pubblici (o di servizi di pubblico interesse) incentrato su di un progetto (cfr. Corte dei conti, sez. giuris. Emilia Romagna, 23 maggio 2017, n. 119), che presenta due caratteristiche fondamentali: a) risponde all'interesse pubblico dell'amministrazione a realizzare un'infrastruttura reputata necessaria per la collettività; b) si presenta come capace di generare flussi di cassa positivi che siano sufficienti a coprire i costi operativi (in questo senso, in più occasioni, è stata messa in evidenza il carattere di operazione di finanziamento indiretta per la realizzazione di un'opera pubblica, poiché basata non sulla valutazione del patrimonio del soggetto che richiede il finanziamento, ma sulla valenza tecnico – economica del progetto da realizzare).

Le esposte caratteristiche valgono a spiegare la ragione per la quale il *project financing* è collocato dal legislatore nell'ambito della Parte IV, titolo I del codice dei contratti pubblici dedicato alle forme di partenariato pubblico – privato: non è procedura finalizzata alla scelta del contraente privato cui affidare la realizzazione di una determinata opera pubblica, come sono le ordinarie procedure evidenziali, o, comunque, non lo è in prima battuta, poiché, prioritaria ed essenziale è la collaborazione con il privato per la predisposizione di un progetto



di opera pubblica, che, sia finanziabile, ossia tale che, una volta portata a compimento, sia capace di realizzare utili idonei, quanto meno, a coprire i costi mediante la sua gestione.

3.1.4. I livelli di progettazione di un'opera pubblica sono, invece, previsti dall'art. 23 (*Livelli di progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori, nonché per i servizi*) del codice dei contratti pubblici e sono sostanzialmente tre: il “*progetto di fattibilità tecnica ed economica*”, il “*progetto definitivo*” e il “*progetto esecutivo*” (così al primo comma dell'articolo in questione).

Per quanto il terzo comma contenga un rinvio al regolamento di cui all'art. 216, comma 27 – *octies*, per la definizione dei contenuti della progettazione nei tre livelli progettuali, i commi seguenti forniscono delle chiare indicazioni al riguardo; precisamente, quanto al “progetto di fattibilità” rilevano, in particolare, il quinto e il sesto comma: nel quinto comma è precisato, in apertura, che: “*Il progetto di fattibilità tecnica ed economica individua, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire*”, con l'aggiunta per cui: “*Nel progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progettista sviluppa, nel rispetto del quadro esigenziale, tutte le indagini e gli studi necessari per la definizione degli aspetti di cui al comma 1, nonché gli elaborati grafici per l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche...*”; il sesto comma, invece, contiene una descrizione più puntuale del contenuto del progetto di fattibilità: “*Il progetto di fattibilità è redatto sulla base dell'avvenuto svolgimento di indagini geologiche, idrogeologiche, idrologiche, idrauliche, geotecniche, sismiche, storiche, paesaggistiche ed urbanistiche, di verifiche relative alla possibilità del riuso del patrimonio immobiliare esistente e della rigenerazione delle aree dismesse, di verifiche preventive dell'interesse archeologico, di studi di fattibilità ambientale e paesaggistica e evidenza, con apposito adeguato elaborato cartografico, le aree impegnate, le relative eventuali fasce di rispetto e le occorrenti misure di salvaguardia; deve, altresì, ricomprendere le valutazioni ovvero le eventuali diagnosi energetiche dell'opera in progetto, con riferimento al contenimento dei consumi energetici e alle eventuali misure per la produzione e il recupero di energia anche con riferimento all'impatto sul piano economico-finanziario dell'opera; indica, inoltre, le caratteristiche prestazionali, le specifiche funzionali, la descrizione delle misure di compensazioni e di mitigazione dell'impatto ambientale, nonché i limiti di spesa, calcolati secondo le modalità indicate dal decreto di cui al comma 3, dell'infrastruttura da realizzare ad un livello tale da consentire, già in sede di approvazione del progetto medesimo, salvo circostanze imprevedibili, l'individuazione della localizzazione o del tracciato dell'infrastruttura nonché delle opere compensative o di mitigazione dell'impatto ambientale e sociale necessarie.*”.

Particolarmente rilevante ai fini della prospettiva che si sta seguendo è, altresì, il settimo comma dell'art. 23, il quale, descrivendo sommariamente il contenuto del “*progetto definitivo*” precisa che: “*Il progetto definitivo individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabili dalla stazione appaltante e, ove presente del progetto di fattibilità*”.

È possibile, allora, riassumere le indicazioni normative in questo senso: il progetto di fattibilità, preceduto da una serie di indagini ed approfondimenti relativi a tutti i possibili profili di

incidenza dell'opera nel territorio inteso nell'accezione più ampia possibile, conclude la prima fase della progettazione con la fissazione delle specifiche esigenze che l'amministrazione ritiene debbano essere necessariamente soddisfatte, anche mediante l'indicazione di specifiche caratteristiche prestazionali dell'opera; è rimesso, invece, al successivo livello di progettazione, rappresentato dal progetto definitivo, lo sviluppo delle caratteristiche strutturali e funzionali in conformità alle indicazioni prima fornite.

3.1.5. Per la necessaria collaborazione tra amministrazione e privato che caratterizza la procedura di *project financing*, come pure in ragione dei livelli di sviluppo della progettazione prima richiamati, può pervenirsi alla seguente conclusione relativamente alla questione posta in precedenza: il progetto di fattibilità che l'amministrazione è tenuta a porre a base di una procedura di *project financing* ad iniziativa pubblica ai sensi del primo comma dell'art. 183, dovrà definire le caratteristiche essenziali dell'opera in base alle esigenze reputate necessarie, lasciando ai privati concorrenti, nella successiva fase di progettazione, la proposta delle misure tecniche reputate maggiormente idonee a dar attuazione ai predetti obiettivi, ed anche se, eventualmente, nel progetto di fattibilità siano descritte in maniera più puntuale le sue caratteristiche, il privato non potrà mai essere vincolato dal progetto di fattibilità al punto da non poter proporre soluzioni differenti che appaiano, a suo giudizio, ritenute maggiormente idonee al conseguimento delle esigenze manifestate dall'amministrazione.

L'amministrazione, del resto, necessita delle competenze del privato, poiché questi, quale impresa che opera in quel segmento di mercato (nel caso di specie, la preparazione dei pasti) è meglio attrezzato a ricercare le soluzioni più adatte all'efficientamento del servizio già in sede di progettazione, che sarà ad esso funzionale.

3.1.6. Conforta la conclusione raggiunta le previsioni contenute nell'art. 183, al comma 3 lett. a), secondo cui il bando può specificare che: *"l'amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore specifico di cui al comma 10 lett. b), di apportare al progetto definitivo, da questi presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto..."* e, correlativamente, al comma 10, lett. c) ove è precisato che in fase di approvazione del progetto definitivo *"è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto..."*.

Le predette norme rendono evidente come la progettazione non sia vincolata una volta e per tutte alle regole fissate nel progetto di fattibilità, ma sia destinata a svilupparsi per successivi approfondimenti, l'ultimo dei quali può avvenire anche in fase di approvazione di un progetto definitivo già prescelto dall'amministrazione.

3.1.7. Il Comune di Varese ha puntualmente applicato le disposizioni del codice dei contratti pubblici intendendone correttamente il significato.

Nel Capitolato tecnico di progettazione, esecuzione lavori e manutenzione del nuovo centro cottura, del quale è composto il progetto di fattibilità, è, infatti, specificato all'art. 1 (*Oggetto*) che: *"L'opera prevista è descritta nelle specifiche di massima riportate di seguito: ...Il nuovo centro cottura dovrà avere i seguenti requisiti essenziali: - capacità di produzioni pasti per un minimo di 2.500 pasti al giorno; - capacità residua di produzione di pasti per far fronte ad*

*eventuali ulteriori necessità di scuole del territorio per un minimo di 500 pasti al giorno; - attrezzature moderne in grado di ottimizzare tutte le diverse fasi produttive e di distribuzione, nonché di assicurare la produzione multilinea per pasti ordinari, diete e pasti biologici; - spazi amministrativi per la gestione del centro cottura e dei servizi di prenotazione pasti aperti al pubblico”, successivamente all’art. 2 (Criteri progettuali generali) era ulteriormente specificato che: “Ogni Impresa concorrente alla gara d'appalto può progettare, costruire e organizzare il centro di cottura nella modalità più confacente alla propria metodologia di lavoro al fine di ottenere il numero di pasti richiesti nell'espansione massima dei pasti giornalieri, attenendosi alle leggi vigenti nel settore e alle specifiche tecniche dimensionali dei locali ad uso cucina centralizzata. Il concorrente è quindi libero di formulare la propria proposta in merito alla costruzione dell'edificio da adibire a centro di cottura, attenendosi alle limitazioni urbanistiche dell'area; condizione necessaria nella formulazione del progetto è il rispetto di tutte le normative vigenti e delle indicazioni dettate dal progetto di fattibilità approvato dall'Amministrazione Comunale, da considerarsi, unitamente ai suoi allegati, parte integrante del presente Capitolato. L'obiettivo generale nell'individuazione delle specifiche del progetto è il raggiungimento della massima qualità del prodotto con particolare salvaguardia delle norme igienico/alimentari e delle catene produttive del freddo e del caldo”.*

Seguono, poi, una serie di indicazioni maggiormente puntali sulle caratteristiche dell’edificio (art. 3), sulle caratteristiche generali funzionali dell’immobile (art. 4) e sulle attrezzature (art. 5), sulle caratteristiche strutturali e materiali (art. 6), sugli impianti (art. 7), ma è evidente che tutte le disposizioni ivi contenute vanno lette alla luce delle preliminari considerazioni di massima contenute negli articoli citati.

3.1.8. Si può giungere, così, alla conclusione: il progetto del r.t.i. Vivenda, nella parte in cui prevedeva la realizzazione del primo piano dell’edificio a quota 0, anziché a quota più mt 1,00 dal piano campagna (come invece indicato dall’art. 3 del capitolato prestazionale) non presentava una difformità essenziale dal capitolato tecnico del progetto di fattibilità, ma conteneva una proposta progettuale alternativa per la realizzazione dell’edificio motivata dalla possibilità di garantire in quel modo maggior efficienza nell’esecuzione del servizio di preparazione dei pasti e un minor impatto ambientale, come ben spiegato dal concorrente nei propri scritti difensivi.

La commissione di gara ben poteva, dunque, apprezzare la proposta e reputarla adeguata alla migliore realizzazione delle esigenze dell’amministrazione.

3.1.9. Quanto alle ulteriori pretese difformità del progetto del r.t.i. Vivenda rispetto al capitolato tecnico, fermo quanto in precedenza esposto per quella tra esse maggiormente significativa, ossia considerata la possibilità rimessa alla commissione di valutarle quali alternative progettuali migliorative, è sufficiente evidenziare come le stesse potrebbero essere superate agevolmente mediante le richieste di modifica progettuale che l’amministrazione può rivolgere al promotore in sede di approvazione del progetto definitivo, come previsto dall’art. 183, comma 3, e 10 già precedentemente citati.

3.2. Con altro motivo (il terzo del ricorso di primo grado) il provvedimento di aggiudicazione al r.t.i. Vivenda è contestato per “Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 83 del D.lgs. 50/2016.

*Violazione e falsa applicazione dell'art. 71 del capitolato tecnico prestazionale. Travisamento dei fatti. Difetto di istruttoria. Disparità di trattamento*: il raggruppamento aggiudicatario non avrebbe previsto la figura del "Tecnologo alimentare" tra il personale chiamato ad eseguire le prestazioni contrattuali indicato in offerta, in violazione dell'art. 71 del Capitolato tecnico – prestazionale del servizio di ristorazione, che imponeva ai concorrenti di garantire la presenza nell'esecuzione del servizio di diverse "figure professionali minime", tra le quali, in particolare, quella del "Tecnologo alimentare".

3.2.1. Il motivo è infondato.

3.2.2. Il Capitolato tecnico – prestazionale del servizio di ristorazione, fermo restando la libertà del concessionario di organizzare al meglio il proprio personale, imponeva di impiegare nell'esecuzione del servizio talune "figure professionali minime", tra le quali, appunto, il "tecnologo alimentare"; più precisamente, quanto a tale ultima figura, era previsto che: *"il Concessionario deve nominare un Tecnologo alimentare, con ruolo tecnico di coordinamento, ispezione, sorveglianza sulle attività produttive, nonché di supporto alle attività di addestramento del personale per le attività inerenti gli obblighi applicativi del Reg. CEE 852/2004 e di quanto previsto nel piano di Autocontrollo, che dovrà essere redatto conformemente alle vigenti normative e a quanto previsto nello specifico del CSA"*; era poi ulteriormente specificato che: *"Tale ruolo può essere svolto anche dal Direttore tecnico, qualora in possesso di idoneo titolo professionale"*.

Si tratta, evidentemente, di impegno che i concorrenti assumevano per la fase di esecuzione.

Essi, in altri termini, si sarebbero dovuti impegnare a "nominare" un esperto per lo svolgimento le attività puntualmente elencate; tale esperto avrebbe dovuto avere la qualifica di "tecnologo alimentare"; è specificato, poi, che potesse essere nominato anche il "direttore tecnico".

Non è possibile affermare, come pretende la ricorrente, che fosse invece richiesto ai concorrenti già in sede di offerta l'individuazione del nominativo dell'esperto e la specificazione della sua qualifica di "tecnologo alimentare".

Sarebbe stato, invece, sufficiente assumere l'impegno descritto per dire l'offerta coerente con le prescrizioni del capitolato.

3.2.3. Ebbene, tale impegno il r.t.i. Vivenda ha certamente assunto mediante la descrizione (a pag. 3 dell'offerta) delle competenze dell' "Area di indirizzo" e dell' "Area di supporto", incaricata, quest'ultima, degli *"aspetti di rilevanza igienico sanitaria e nutrizionale"*, di quelli relativi alla *"selezione dei fornitori, la gestione degli ordinativi e le verifiche qualitative inerenti alle derrate"*, ed altri aspetti qui non immediatamente rilevanti.

È chiaro, poi, che l'impegno assunto sarà correttamente adempiuto solo a condizione che, stipulato il contratto, sia poi nominato allo svolgimento delle prestazioni previste dall'art. 71 personale con la qualifica di tecnologo alimentare, che, peraltro, la società, nelle sue difese, ha dichiarato già presente tra i suoi dipendenti ai quali intende affidare lo svolgimento delle

prestazioni contrattuali.

3.3. In altro motivo riproposto (il quinto motivo del giudizio di primo grado) la ricorrente contrasta il provvedimento di aggiudicazione per “*Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 32, comma 4, del D.Lgs. 50/2016; Violazione del principio del buon andamento; violazione del principio di par condicio; difetto di istruttoria; disparità di trattamento*”: l’aggiudicatario avrebbe fornito dati differenti nei vari documenti costituenti l’offerta con conseguente violazione del principio di unicità dell’offerta e, comunque, presentando alla stazione appaltante un’offerta inattendibile e, per questa ragione, meritevole di esclusione.

I dati difformi erano, precisamente, relativi al costo della manodopera (indicato in maniera diversa tra il piano economico – finanziario e l’allegato all’offerta economica), al periodo temporale di cui tener conto per l’applicazione dell’adeguamento percentuale del costo del personale (diversi tra PEF e giustificativi resi in sede di verifica dell’anomalia dell’offerta), ai dipendenti componenti l’organico da utilizzare per l’esecuzione della prestazione (tra quanto previsto in sede di offerta tecnica e giustificativi resi in sede di verifica di anomalia).

Secondo la ricorrente, inoltre, aver omesso quattro addetti al plesso “Infanzia Collodi” avrebbe comportato incertezza in relazione al monte ore settimanale previsto, che sarebbe inferiore a quello indicato in offerta tecnica proprio in ragione della mancata considerazione degli addetti; in sede di giustificativi, poi, il monte ore settimanale contrattuale avrebbe compreso anche gli addetti mancanti, ma presenterebbe altri errori riguardanti il numero di addetti nella direzione con la qualifica di “Impiegata rette” quanto al monte ore settimanale riferito ad un solo addetto anzichè a due.

#### 3.3.1. Il motivo è infondato.

Compendiando in unica complessiva valutazione le censure esposte dalla ricorrente nel motivo di ricorso, è possibile affermare che sono indicati una serie di errori contenuti nei documenti che compongono l’offerta del r.t.i. Vivenda, i quali non presentano pregnanza tale da poter indurre a ritenere l’offerta incerta, indeterminata e, per questo, passibile di esclusione; le incongruenze evidenziate, infatti, sono facilmente riconoscibili e non v’è ragione alcuna che possa indurre a ritenere che esse abbiano reso impossibile alla commissione di gara il corretto apprezzamento e la giusta valutazione dell’offerta della concorrente.

Va aggiunto che, quanto al costo della manodopera, v’è perfetta corrispondenza tra quanto indicato nel PEF e le giustificazioni rese in sede di verifica di anomalia dell’offerta, e, il raggruppamento aggiudicatario ha ben spiegato nelle proprie difese l’errore commesso nella descrizione del costo contenuta nel modulo denominato “Allegato E”; quanto al profilo degli anni sui quali computare la rivalutazione, si tratta di differenze con incidenza minima sul costo del lavoro, tali, comunque, da escludere qualsivoglia profilo di incongruità dell’offerta; quanto agli addetti mancanti, gli stessi risultano previsti nella parte dell’offerta (pag. 4) in cui è riportato il personale dell’ “Area operativa” distinto per plessi scolastici.

Ogni altra divergenza è frutto di errore che, come detto, non incide sulla serietà ed attendibilità dell’offerta.



3.4. Nell'ultimo motivo Dussmann Service assume che il provvedimento impugnato sia illegittimo per *“Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 7.2 e 8 della lettera di invito; violazione dell’art. 42 del D.lgs. 50/2016; violazione del principio di imparzialità di cui all’art. 97 Cost.”*: l'aggiudicatario avrebbe proposto quale miglioria, ricevendone punti in sede di valutazione dell'offerta, una utilità, polizza assicurativa estesa gratuitamente a tutti i dipendenti comunali, non rivolta all'amministrazione comunale in quanto tale, ma, appunto, ai suoi dipendenti, in contrasto con l'art. 7.2. della lettera di invito, e comunque, dando adito ad un conflitto di interessi, essendo due dei tre membri della commissione anch'essi dipendenti comunali.

3.4.1. Il motivo è inammissibile per carenza di interesse.

Come evidenziato dalla difesa dell'amministrazione comunale, la proposta migliorativa offerta rientrerebbe nell'ambito del criterio di valutazione di cui all'art. 8 lett. b) punto 2 (*“Sistema del complesso delle utilità e delle garanzie a tutela dell'amministrazione”*), § 2.1. *“ulteriori utilità per l'amministrazione comunale”* della lettera di invito, per il quale era prevista l'assegnazione di due punti; ne segue che, se anche fosse fondato, la ricorrente, che dista in graduatoria 6,03 punti dall'aggiudicatario, non riuscirebbe comunque ad acquisire il primo posto.

Ad ogni buon conto, va detto che l'utilità proposta in quanto diretta ai dipendenti dell'amministrazione, è, pur sempre, utilità a favore dell'amministrazione, non essendo corretto ragionare nel senso dell'estraneità dei primi alla seconda; quanto, poi, al conflitto di interessi evocato dalla ricorrente richiamando l'art. 42 del codice dei contratti pubblici, non è neppure ipotizzabile considerato che non v'è qui alcun vantaggio diretto riferito alla persona del commissario che possa comportare una situazione di incompatibilità.

3.5. In conclusione, il ricorso di primo grado proposto da Dussmann Service s.r.l. va integralmente respinto.

La reiezione del ricorso di primo grado di Dussmann Service s.r.l. priva il r.t.i. Vivenda di interesse attuale all'esame dei motivi del ricorso incidentale riproposti nel presente grado di giudizio; l'esame dei motivi riproposti, infatti, è dovuta a condizione che sia supportata da attuale interesse.

4. La peculiarità del giudizio giustifica la compensazione delle spese del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, sugli appelli, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia n. 1408/20, respinge il ricorso di primo grado di Dussmann Service s.r.l. e dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale del raggruppamento temporaneo di imprese tra Vivenda s.p.a., La Cascina Costruzioni s.r.l. e l'associazione temporanea di professionisti composta come in epigrafe.



Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 18 febbraio 2021 tenuta con la modalità di cui all'art. 4, ultimo periodo, d.l. 30 aprile 2020, n. 28 cui rinvia l'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Angela Rotondano, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere