

Publicato il 26/07/2021

**N. 05536/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 01455/2021 REG.RIC.**

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1455 del 2021, proposto da Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Piemonte, 39;

**contro**

Società Regionale per la Sanità s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Leopoldo Di Bonito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**nei confronti**

E.P. s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I., Sagifi Spa, Rica S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Francesco Cataldo, Armando Profili, Diego Vaiano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Diego Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio, 3;

**per la riforma**

della sentenza n. 436 del 20.1.2021 del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Prima), resa tra le parti, concernente l'annullamento di tutti gli atti, consequenziali e connessi, inerenti alla determinazione SORESA s.p.a. del 18 maggio 2020 n. 215, con la quale è stato definitivamente aggiudicato alla Dussmann Service S.r.l il servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale presso le sedi dell'A.O.U. Federico II.

visto l'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020, nonché l'art. 4 del d.l. n. 28 del 2020, conv. con mod. in l. n. 70 del 2020;

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Regionale per la Sanità Spa e di E.P. S.p.A. in proprio e quale Capogruppo Mandataria dell'A.T.I. e di Sagifi Spa e di Rica S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore alla udienza pubblica del giorno 1 luglio 2021 svolta in modalità da remoto il Cons. Antonio Massimo Marra e rinviato, quanto alla presenza degli avvocati delle parti, al verbale di udienza.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

L'odierna appellante Dussmann Service S.r.l. – di qui in poi per brevità soltanto Dussmann – ha partecipato alla procedura aperta per la fornitura “del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale presso le sedi delle Aziende Sanitarie della Regione Campania”, indetta dalla Società Regionale per la Sanità s.p.a. con il bando pubblicato in GUUE in data 12.10.2016.

La procedura è stata suddivisa in sei lotti territoriali per un complessivo valore di € 293.382.010,50, ma oggetto del presente giudizio è soltanto il lotto n. 3, inerente al servizio da rendere in favore delle Aziende Sanitarie A.O.U. Federico II, A.O.U. S.U.N. (Vanvitelli) e ASL Napoli 3 Sud, in relazione al quale, peraltro, Dussmann era gestore uscente.

Alla gara hanno partecipato oltre alla società Dussmann, anche il RTI tra la mandataria E.P. S.p.A. e le mandanti Sagifi S.p.A. e Rica S.r.l. (di seguito, per brevità soltanto EP).

In esito all'esame delle offerte tecniche ed economiche, Dussmann si è classificata al primo posto (con punti 84,14 punti) ed EP al secondo con un punteggio di 80,74.

Espletata la procedura di verifica sull'anomalia dell'offerta, in data 18.5.2020 il r.u.p. ha ritenuto congrua l'offerta presentata da Dussmann, approvando i risultati di gara.

Con la determinazione dirigenziale n. 215 del 18.5.2020, infine, l'appalto è stato quindi aggiudicato all'odierna appellante.

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, notificato in data 22.6.2020, e proposto avanti al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, RTI EP, seconda classificata e odierna appellata, ha chiesto l'annullamento di tali esiti di gara, articolando plurime censure in ordine all'offerta tecnica formulata da Dussmann.

In particolare, ad avviso di EP l'aggiudicatario del lotto avrebbe dovuto essere escluso dalla competizione per un triplice ordine di ragioni e precisamente: *i.* per aver proposto di adoperare piatti monouso in polipropilene per il confezionamento dei pasti per il solo pranzo del personale religioso e per la struttura territoriale di Sorrento, in asserito

contrasto con le prescrizioni del capitolato richiedente invece stoviglie in materiale riutilizzabile o interamente biodegradabile; *ii.* per non aver rispettato le prescrizioni del capitolato che imponevano per la consegna delle diete speciali il sistema “fresco/caldo”; *iii.* per aver proposto, quale metodo di preparazione dei pasti, il sistema “*cook and chill*” in contrasto con le richieste delle singole aziende sanitarie contenute nell’allegato.

Si è costituita in giudizio la Società Regionale per la Sanità s.p.a., per chiedere la reiezione del ricorso, di cui ha eccepito la infondatezza.

Si è costituita in giudizio Dussmann, odierna appellante, concludendo negli stessi termini.

Con ricorso incidentale notificato il 12 febbraio 2020 avanti al medesimo Tribunale, Dussmann ha sostenuto che il RTI capeggiato da EP sarebbe dovuto essere, a sua volta, escluso dalla gara.

Infine, all’esito del giudizio così incardinato, il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, con la sentenza n. 436 del 2 dicembre 2020, ha accolto il ricorso introduttivo di EP e ha respinto il ricorso incidentale di Dussmann.

Avverso tale sentenza ha proposto appello principale Dussmann, deducendo tre articolati motivi di censura che di seguito saranno esaminati, e ne ha chiesto, previa sospensione dell’esecutività, la riforma.

Si è costituita So.Re.sa. associandosi alle medesime conclusioni dell’appellante.

Si è, altresì, costituita EP resistendo all’appello e riproponendo ex art. 101, co 2 c.p.a i motivi di ricorso assorbiti in primo grado.

Nella camera di consiglio dell’11 marzo 2021 il Collegio ha accolto l’appello cautelare proposto da Dussmann.

Infine nell’udienza del 1° luglio 2021, disciplinata dall’art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con mod. in l. n. 176 del 2020, ha trattenuto la causa in decisione.

L’appello di Dussmann deve essere in parte accolto.

Con il primo motivo (pp. 8-21 del ricorso), anzitutto, l’odierna appellante principale, Dussmann, lamenta che il primo giudice avrebbe erroneamente accolto la censura con cui EP aveva contestato la ammissione in gara di Dussmann per aver quest’ultima previsto in offerta l’impiego di piatti monouso in polipropilene in pretesa violazione dell’art. 15 del CSA.

Il primo giudice ha accolto la censura perché, a suo avviso, la lettura complessiva della *lex specialis* ed in particolare della vista disposizione del CSA evidenzerebbe chiaramente come la previsione in offerta di materiale biodegradabile e compostabile fosse da intendere alla stregua di un “elemento essenziale” ai fini dell’utile partecipazione in gara, ritenendo pertanto che l’impiego di piatti monouso in polipropilene previsto da Dussmann fosse, di per sé, sufficiente a condurre all’esclusione di quest’ultima dalla procedura de qua.

Il motivo è privo di fondamento perché, come ha ben rilevato il primo giudice, l’art. 15 del capitolato richiede chiaramente la necessità che fosse utilizzato non semplice materiale riciclabile, ma materiali “biodegradabili e compostabili in conformità alla norma UNI EN 13432:2002, laddove, la controinteressata ha offerto piatti monouso in polipropilene - come, peraltro, emerge dalla pag. 29 dell’offerta tecnica - che non risultano però avere le caratteristiche richieste in quanto non risultano essere né biodegradabili né compostabili, in conformità alla norma UNI EN 13432:2002, ma solo riciclabili.

Di qui l’inammissibilità stigmatizzata dal primo giudice, prima ancor che l’infondatezza della censura in esame, che indugia in una lettura formalistica del capitolato, senza fornire alcun elemento persuasivo per smentire tale conclusione, che risulta corroborata, come anche chiarito dal Tar, dalla relazione tecnica depositata da EP a sostegno della propria censura.

E del resto, va qui aggiunto, la norma EN 13432, indicava specifiche caratteristiche affinché il materiale potesse definirsi “compostabile” (degradarsi almeno del 90% in 6 mesi, bassa concentrazione dei metalli pesanti additivati al materiale etc.) che certamente non potevano non essere precisate nella offerta tecnica, perché quest’ultima potesse ritenersi determinata.

Il prodotto offerto da Dussmann non può, quindi, ritenersi conforme alle prescrizioni capitolari, diversamente da quanto inteso dal primo giudice, in quanto contrastante con la dedotta disposizione dell’art. 15 del Capitolato.

La censura deve essere, perciò, respinta.

Con il secondo articolato motivo (pp. 13-21 del ricorso), ancora, l’odierna appellante contesta la sentenza impugnata nella parte in cui ha giudicato infondata la censura inerente l’erronea omessa esclusione della società EP per avere quest’ultima presentato un’offerta alternativa e condizionata, in violazione dell’art. 32, comma 4 del d.lgs. 50/2016. Errerebbe la sentenza gravata nell’aver sorvolato sulla descrizione sulla proposta tecnica di EP, là dove ha previsto distinte tipologie di attrezzature - nello specifico diversi tipi di carrelli per il trasporto delle pietanze - per l’esecuzione del servizio appaltando, conferendo così alla propria offerta il contestato carattere alternativo.

Ancora, ad avviso di Dussmann, la sentenza risulta erronea, là dove non ha colto la natura condizionata dell’offerta del RTI EP, palesantesi nella subordinazione della scelta degli alternativi macchinari proposti - per l’erogazione di bevande calde - alla volontà insindacabile di ciascuna delle Amministrazioni contraenti.

Nello specifico, secondo la prospettazione di Dussmann, l’appellata ha anzitutto proposto, in via alternativa, gli *infra* indicati due carrelli per la distribuzione dei pasti nei reparti interessati - ossia il *Burlodge* modello *B-Pod Carbon Tech* e il *Rational Unitary* - condizionando quindi la scelta tra i due menzionati prodotti alla volontà dei singoli presidi ospedalieri.

Analogamente, EP ha, poi, formulato l’offerta alternativa anche per il trasporto delle bevande calde, avendo proposto sia i carrelli refrigerati della *Camurri*, sia la soluzione - “laddove richiesta dalla singole strutture sanitarie” - delle macchine automatiche per l’erogazione delle bevande calde prodotte dalla *Necta*, condizionando, ancora, la scelta alla

volontà dell'Amministrazione, nonché alla sussistenza di specifiche caratteristiche dei presidi ospedalieri ove tali distributori avrebbero dovuto essere stati installati.

Detto ordine di idee deve essere condiviso.

Il collegio ritiene di dover, anzitutto, muovere proprio dall'esegesi letterale del capitolato, là dove all' art. 18, lett. g), sono indicate tra gli elementi di valutazione: ... *le attrezzature e macchinari offerti per l'esecuzione del servizio a integrazione/sostituzione di quelle già presenti nelle sedi delle Amministrazioni Contraenti. L'offerta dovrà specificare il numero e la tipologia delle attrezzature proposte, le aziende sanitarie/presidi presso le quali saranno installati e le motivazioni per le quali vengono proposte. L'offerta sarà valutata in base al valore aggiunto apportato al servizio dalle attrezzature e macchinari offerti ovvero in altri termini la valutazione terrà conto dei razionali che determinano la necessità della proposta migliorativa. Le attrezzature e macchinari eventualmente offerti dovranno essere conformi a quanto previsto dai Criteri Ambientali Minimi per il servizio ristorazione collettiva.*

L'art. 32, comma 4, del d.lgs. del 18 aprile 2016, n. 50, dispone ancora che: *in sede di gara per l'aggiudicazione dell'appalto pubblico, "ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta", dovendosi ritenere che con tale previsione, la legge sancisce il principio ineludibile di unicità dell'offerta.*

Quest'ultima disposizione impone, quindi, ai partecipanti alle gare pubbliche di concorrere essenzialmente con un'unica proposta tecnica ed economica, fatte naturalmente salve le migliorie dell'offerta.

Secondo giurisprudenza consolidata, il principio *de quo* non solo risponde alla *ratio* di garantire l'effettiva *par condicio* degli operatori economici nella competizione, ma soprattutto assurge a baluardo dell'interesse pubblico a far emergere la migliore offerta, in sede di presentazione della stessa.

Analogamente: *l'obbligo di presentare una sola offerta contenente una soluzione tecnica determinata ed un prezzo preciso, ed il corrispondente obbligo per la Pubblica Amministrazione di poter valutare solo offerte in tal guisa formulate, adempiono da un lato al principio di buon andamento dell'azione amministrativa, e dall'altro, al principio di imparzialità* (Cons. St. sez. III, sentenza 10 dicembre 2020, n. 8146).

La presentazione di più offerte comporta certamente una lesione della *par condicio* dei concorrenti, determinando solamente in capo ad alcuni di loro ulteriori e quindi maggiori, *chances* di vittoria.

È evidente dunque che l'offerta di EP, in quanto formulata in forma alternativa, ipotetica e, perciò, non univoca su un elemento essenziale dell'offerta, non poteva che condurre alla sua esclusione da parte della stazione appaltante per violazione del visto principio di unicità dell'offerta (art. 32, comma 4, del d. lgs. n. 50 del 2016); laddove, la sentenza impugnata, con un'argomentazione non del tutto convincente ha ritenuto trattarsi di equivalenza economica tra i prodotti alternativamente offerti.

Né può essere condiviso il rilievo secondo cui si tratterebbe di carattere migliorativo degli alternativi prodotti offerti, in quanto diversamente da quanto statuito dal Tar, l'opzione fornita produce, in realtà, un aggravio economico per l'amministrazione resistente, posto che l'offerta delle macchine automatiche Necta è stata espressamente condizionata alla circostanza che le singole strutture sanitarie disponessero: *i.* di un luogo ove collocare ed installare la macchina erogatrice; *ii.* di "un punto d'acqua per poter garantire la corretta sanificazione della macchina erogatrice; che avrebbero ragionevolmente comportato il contestato aggravio economico".

La censura deve essere quindi accolta.

Con il terzo motivo (pp. 26-30 del ricorso), ancora, Dussmann contesta la sentenza impugnata per avere, a suo avviso, erroneamente respinto la censura (secondo motivo ricorso incidentale) con cui in primo grado essa aveva dedotto l'impossibilità per il raggruppamento controinteressato di effettuare il trasporto dei pasti presso i presidi ospedalieri di Pollena, Cercola e Pomigliano in quanto il personale a ciò adibito, atteso l'inquadramento in offerta al livello VI *Super* del CCNL anziché al V livello, non avrebbe potuto svolgere la mansione di autista.

Il primo giudice ha respinto la censura ritenendo che: EP ... "ha adibito il personale a mansioni promiscue (previste dall'art. 52 del CCNL), sia a quella di autista che a quella di distribuzione dei pasti nei reparti, come emerge da una piana lettura dell'offerta tecnica, che nella tabella riportata ...relativa ai presidi Pollena, Cercola e Pomigliano, per le unità in questione indica le mansioni di "autista/distribuzione pietanze al letto del degente".

Anche questa censura è meritevole di accoglimento perché la *ratio decidendi* della sentenza impugnata, nel riferirsi alle mansioni promiscue previste dall'art. 52 del CCNL adibendo il personale a mansioni di autista e di distribuzione dei pasti nei reparti non è, ancora una volta, del tutto irreprensibile, posto che il personale a ciò adibito - atteso l'inquadramento in offerta al livello VI *Super* del CCNL anziché al V livello - non avrebbe potuto certamente svolgere la mansione di autista. Né a conclusioni diverse potrebbe poi condurre il richiamo all'art. 52 del CCNL in quanto detta disposizione non attiene all'esecuzione di mansioni promiscue, con riguardo ad attività rientranti in un livello professionale superiore (nella specie VI *Super*).

Ed invero il ridetto art. 52 la cui rubrica è intitolata *mansioni promiscue* si limita, in realtà, a stabilire che "In caso di mansioni promiscue si farà riferimento all'attività prevalente, tenendo conto di quella di maggior valore professionale", ma tale ipotesi non può che riguardare che il medesimo livello, tanto più in un compito peculiare come quello della distribuzione dei pasti presso le strutture oggetto dell'appalto, che non può essere demandato genericamente agli autisti, privi di specifiche competenze.

Ne consegue l'accoglimento della terza censura in esame.

Devono ora essere esaminati, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi assorbiti dal primo giudice e riproposti da ATI EP nell'atto di costituzione in data 9 marzo 2021.

Assume l'appellata che, al di là del motivo di esclusione sopra esaminato, un'ulteriore ragione impeditiva della partecipazione alla gara per non aver Dussmann rispettato "le caratteristiche minime stabilite nel capitolato pena l'esclusione dalla procedura di gara" in ordine all'erogazione delle diete speciali (art. 41 del CSA).

Più in particolare, ad avviso di EP, l'unica modalità possibile per la preparazione dei pasti relativi alle diete speciali sarebbe stata quella in legume fresco/caldo; laddove, Dussmann, per i presidi ospedalieri ricompresi nell'ASL Napoli 3 Sud, avrebbe optato per la diversa modalità in legume refrigerato.

Detto ordine di idee deve essere disatteso.

L'art. 15 del CSA, dopo aver richiamato l'attuale modalità di produzione pasti impiegata in ciascun presidio ospedaliero, stabilisce in modo chiaro: (i) che l'Operatore può proporre nuove e, quindi, diverse modalità di erogazione del servizio; (ii) che, per tutti i lotti, i pasti possono essere alternativamente preparati in modalità espressa, e cioè in legume fresco/caldo, oppure in modalità differita, e cioè con il c.d. metodo Cook&Chill; (iii) che per il solo lotto VI è fatto obbligo di utilizzare il c.d. metodo Cook&Chill, per le sole strutture sanitarie (del lotto VI) che ne abbiano fatta espressa richiesta nelle schede di cui all'allegato 1.

La conferma dell'equivalenza del legume fresco/caldo con quello refrigerato, si rinviene dunque nella suesposta disposizione del CSA che, proprio al fine di migliorare l'erogazione del servizio in termini organizzativi e igienico nutrizionali, permetteva alle singole aziende concorrenti di proporre nuove modalità, diverse rispetto all'Allegato 1 richiamato nel capitolato.

Anche questo ultimo motivo, dunque, va respinto.

In definitiva, quindi, l'appello principale deve essere accolto nella sola parte in cui riproduce le censure articolate con il ricorso incidentale di primo grado. Ne deriva che, all'esito del presente giudizio, sono accolti, contestualmente, tanto il ricorso principale quanto il ricorso incidentale reciprocamente escludenti.

Non vi è dubbio, infatti, che le accertate illegittimità riguardano requisiti di ammissione delle offerte.

Nel presente giudizio, quindi, trovano applicazione i consolidati principi espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e dell'Adunanza Plenaria in relazione alle ipotesi di accoglimento di ricorsi reciprocamente escludenti, comportanti l'annullamento integrale della procedura di gara, oltre che della aggiudicazione. Ai sensi dell'art. 122 cpa, il contratto va dichiarato inefficace *ex nunc*, a partire dalla data di pubblicazione della presente sentenza.

La spese del doppio grado, considerata, la novità e la complessità delle questioni, che hanno richiesto una circostanziata disamina tecnica, nonché la soccombenza reciproca, sono interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, proposto da Dussmann lo accoglie in parte ai sensi di cui in motivazione e per l'effetto riforma anche ai sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Antonio Massimo Marra**

**IL PRESIDENTE**

**Marco Lipari**

IL SEGRETARIO