

## **Gli indici di qualificazione negativa atti ad escludere la sussistenza di un rapporto di subappalto**

*di Battista Barberio*

*Data di pubblicazione: 5-6-2020*

*Non sussiste un'ipotesi di ricorso al sub-appalto qualora le prestazioni di carattere complementare ed aggiuntivo a quella oggetto dell'appalto, possano essere svolte sulla base di contratti continuativi di cooperazione ai sensi dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis del D.lgs 50/2016, da imprese cooperanti con l'appaltatore.*

*Ciò che rileva al fine di escludere la ricorrenza di un affidamento (non dichiarato né autorizzato) in subappalto, è la direzione delle prestazioni in esame a favore dell'appaltatore e non direttamente della Stazione appaltante.*

### **GUIDA ALLA LETTURA**

Con la pronuncia in commento, la V Sezione del Consiglio di Stato si sofferma sulla nozione di subappalto, individuando degli indici sintomatici di qualificazione negativi in base ai quali è da escludersi che i rapporti tra l'affidatario e un'impresa terza siano ad esso riconducibili.

La controversia oggetto del giudizio verte sulla mancata esclusione dalla gara dell'impresa aggiudicataria per l'asserita assenza di una rituale ed espresa dichiarazione di ricorso al subappalto, in difetto della quale la stessa, non essendo in grado di effettuare autonomamente alcune delle prestazioni che si era impegnata ad eseguire nella propria offerta, non avrebbe potuto garantire, né direttamente né indirettamente, l'integrale esecuzione dell'appalto in questione.

Nel rigettare l'appello per infondatezza della domanda, il Collegio ha estrapolato una serie di indici sintomatici, la cui presenza escluderebbe ragionevolmente di qualificare il rapporto giuridico sottostante come appartenente al genere del subappalto.

#### **Tali indici possono essere così sintetizzati:**

- la natura ancillare, sussidiaria e secondaria delle attività rispetto a quelle propriamente

rientranti nell'oggetto dell'appalto;

- la direzione delle prestazioni in esame a favore dell'appaltatore e non direttamente della Stazione appaltante.

- il modesto valore economico delle prestazioni effettuate, in relazione al complessivo valore del contratto;

- l'aver stipulato i contratti continuativi di cooperazione, servizi o fornitura in data anteriore alla indizione della procedura di gara (cfr. 105, comma 3, lett. c-bis, del D.Lgs. n. 50 del 2016).

Dalle considerazioni espresse discenderebbero, pertanto, alcuni **corollari**:

- non sussiste obbligo dichiarativo, in sede di partecipazione, per l'impresa che voglia avvalersi di tali prestazioni nella fase esecutiva dell'appalto;

- conseguentemente, la stazione appaltante non è tenuta ad autorizzare il ricorso a tali rapporti contrattuali, come invece avviene nelle ipotesi di subappalto;

- resta comunque fermo, ai sensi 105, comma 3, lett. c-bis, del D.Lgs. n. 50 del 2016, che *"i relativi contratti siano depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto*;

- non è errata l'attribuzione di maggior punteggio in sede di valutazione dell'offerta per l'impresa che si avvalga di tali prestazioni;

- di eventuali inadempimenti in fase esecutiva di tali prestazioni risponde sempre, nei confronti della stazione appaltante, il solo soggetto affidatario, non anche colui il quale abbia svolto la prestazione ancillare.

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 6293 del 2019, proposto da Pellegrini s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Greco, Luigi Manzi, Manuela Muscardini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Speciale Multiservizi Vigevano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maria Cristina Colombo, Giovanni Crisostomo Sciacca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Giovanni Crisostomo Sciacca in Roma, via di Porta Pinciana, 6;

Centrale di Committenza – Garlasco, Comune di Garlasco, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Elior Ristorazione s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Anania, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza del Popolo, 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia- Milano, Sezione Quarta, 29 luglio 2019, n. 1750, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Speciale Multiservizi Vigevano e di Elior Ristorazione s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2020 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi, in dichiarata delega di Luigi Manzi, Sciacca ed

Anania;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. il 14 novembre 2018, la Centrale di Committenza Garlasco (di seguito “Centrale di Committenza”) indiceva, per conto dell’Azienda Speciale Multiservizi Vigevano (di seguito “Azienda”), una procedura aperta per “l’appalto del servizio di ristorazione dell’utenza dell’Istituto De Rodolfi, dell’annesso centro diurno e dei pasti per altri utenti per un periodo di quattro anni”, del valore di euro 2.300.000,00 oltre IVA, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa con attribuzione di un punteggio massimo complessivo di cento punti (di cui 70 punti per l’offerta tecnica- da attribuire secondo i criteri previsti dall’art. 17.4 del medesimo Disciplinare- e i restanti 30 per l’offerta economica).

1.1. All’esito della valutazione delle offerte presentate dalle sette imprese concorrenti, risultava prima in graduatoria la Elior Ristorazione s.p.a. (di seguito Elior) che aveva riportato un punteggio complessivo di 79,80 punti (suddivisi in 49,8 per il punteggio tecnico e 30 punti per quello economico), mentre l’odierna appellante Pellegrini s.p.a. (di seguito Pellegrini), gestore uscente del servizio, era seconda classificata, avendo conseguito un punteggio totale di 77,11 punti (di cui 55,9 per l’offerta tecnica e 21 per quella economica).

1.2. Con determinazione dirigenziale n. 50 del 29 aprile 2019 la gara era, quindi, definitivamente aggiudicata alla Elior e si disponeva di affidare a quest’ultima il servizio, previa stipula del contratto, per un periodo di quattro anni a decorrere dal 15 giugno 2019.

2. Con ricorso spedito per la notifica il 22 maggio 2019, la società Pellegrini impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo per la Lombardia, oltre alla su indicata determina di aggiudicazione definitiva dell’appalto, i seguenti atti: a) la determina n. 6310 del 9 aprile 2019 della Centrale di Committenza recante la proposta di aggiudicazione della procedura alla Elior; b) i verbali di gara recanti l’“esame della documentazione tecnica” (verbali nn. 1, 2, 3, 4 rispettivamente del 24 gennaio, 20 febbraio, 8 marzo e 14 marzo 2019); c) la nota dell’Azienda Speciale n. 731 del 17 maggio 2019; d) ogni altro atto, presupposto, connesso e/ o consequenziale.

2.1. Il ricorso era affidato a quattro motivi di impugnazione, con cui si censurava: “I. Sull’illegittimità della mancata esclusione di Elior Ristorazione- Violazione dell’art. 105 D.Lgs. n. 50/2016- Violazione dell’art. 13 del Disciplinare- Violazione dell’art. 76 del Capitolato Tecnico- Violazione del principio della par condicio- Eccesso di potere per difetto di istruttoria. II. Violazione dell’art. 105 d.lgs. n. 50/2016- Violazione dell’art. 13 del Disciplinare- Violazione dell’art. 76 del Capitolato Tecnico- Violazione dei parametri 6 e 7 del Disciplinare di gara- Violazione del principio della par condicio- Violazione dell’art. 3 della legge n. 241/1990- Eccesso di potere per difetto di istruttoria, per difetto di motivazione, per illogicità, per travisamento dei fatti e per disparità di trattamento; III. Violazione del parametro 5.3. del Disciplinare di gara- Violazione del principio della par condicio- Violazione del principio dell’autovincolo- Violazione dei chiarimenti resi dalla Stazione appaltante-

Violazione dell'art. 21.2. del Disciplinare- Violazione dell'art. 3 della Legge n. 241/1990- Eccesso di potere per difetto di istruttoria, per difetto di motivazione, per illogicità e per travisamento dei fatti; IV. Violazione del parametro 8.4. del Disciplinare di gara- Violazione del principio della par condicio- Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990- Eccesso di potere per difetto di istruttoria, per difetto di motivazione, per illogicità e per travisamento dei fatti”.

2.2. La ricorrente lamentava, anzitutto, la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria Elior per l'assenza di una rituale ed espressa dichiarazione di ricorso al sub- appalto, in difetto della quale la stessa, non essendo in grado di effettuare autonomamente alcune delle prestazioni che si era impegnata ad eseguire nella propria offerta (nello specifico quelle esplicitate nelle parti dell'offerta tecnica in cui, rispettivamente, si descriveva il c.d. “piano di analisi microbiologiche e chimico-fisiche” e il c.d. “piano di lotta agli infestanti”), non avrebbe potuto garantire, né direttamente né indirettamente, l'integrale esecuzione dell'appalto in questione.

2.3. Con gli ulteriori motivi di gravame proposti in subordine, stante l'assorbente censura dedotta con il primo mezzo di impugnazione, la società Pellegrini sosteneva l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore della Elior in quanto, nell'attribuire i punti, la Commissione aveva violato le previsioni della lex specialis di gara, non avvedendosi delle differenze tra le offerte concorrenti, ed aveva così riconosciuto ingiustamente alla Elior un punteggio in forza del quale quest'ultima si era classificata prima in graduatoria con uno scarto di soli 2,69 punti rispetto alla ricorrente.

2.4. Con il secondo motivo di ricorso la Pellegrini contestava, dunque, l'attribuzione di un punteggio all'offerta di Elior con riferimento a prestazioni che quest'ultima non potrà materialmente eseguire: nello specifico, l'offerta aggiudicataria aveva ottenuto 4 punti in relazione al parametro 6, relativo al “piano di analisi micro-biologiche e chimico-fisiche” e 1,80 punti per il parametro 7, relativo al “piano di lotta agli infestanti”. Tale giudizio con l'assegnazione del relativo punteggio era, oltre che erroneo per quanto detto, anche irragionevole, incomprensibile e viziato sub specie di travisamento, difetto di motivazione e di istruttoria nonché per disparità di trattamento per avere la Commissione attribuito identico punteggio ad offerte non assimilabili (con specifico riguardo ai sub-parametri 6.1.e 6.2.); dal che la necessità di decurtare dal punteggio finale attribuito all'aggiudicataria i 5,80 punti complessivamente riconosciuti alla stessa con riferimento ai due predetti parametri, con conseguente retrocessione di Elior alla seconda posizione in graduatoria.

2.5. In forza di tali motivi di gravame, la ricorrente domandava, dunque, oltre all'annullamento degli atti impugnati, la declaratoria di inefficacia del contratto medio tempore stipulato tra l'Amministrazione aggiudicatrice e la Elior e la condanna della prima al risarcimento dei danni patiti in conseguenza dei provvedimenti illegittimi adottati.

2.6. Si costituivano in giudizio l'Azienda e la controinteressata Elior, argomentando l'infondatezza dei motivi di censura e insistendo per il rigetto del gravame.

3. Con dispositivo di sentenza n. 1593 del 12 luglio 2019 (di cui il difensore dell'Azienda resistente aveva chiesto in udienza la pubblicazione), l'adito Tribunale amministrativo

respingeva il ricorso.

4. Pellegrini impugnava detto dispositivo, riservandosi di proporre i motivi di appello contro la sentenza, e ne chiedeva la sospensione anche con istanza di misure cautelari monocratiche (che veniva accolta con decreto n. 3773/2019 del 24 luglio 2019 sull'assunto per cui si ritenevano non irragionevoli le argomentazioni poste a fondamento della richiesta di misure cautelari provvisorie, "con riferimento anche alla non implausibile complessità delle procedure di subentro, che possono integrare i presupposti della estrema gravità ed urgenza ex art. 56 c.p.a.").

4.1. A seguito del deposito delle motivazioni su cui era fondato il dispositivo di rigetto, Pellegrini ha poi formulato i motivi di appello avverso la sentenza in epigrafe, deducendone l'erroneità per aver rigettato il primo, il secondo e il terzo motivo di impugnazione.

4.2. Si sono costituite anche nel presente giudizio l'Azienda Speciale e l'aggiudicataria Elior, che hanno entrambe domandato la conferma della sentenza di prime cure e il rigetto dell'appello per l'inammissibilità e infondatezza dei motivi di censura.

4.3. Con ordinanza collegiale n. 4320/2019 del 30 agosto 2019, la Sezione accoglieva la domanda cautelare incidentalmente formulata dall'appellante, impregiudicata ogni valutazione sulla fondatezza delle censure dedotte avverso la sentenza, sotto l'assorbente profilo del periculum in mora, al fine di pervenire alla decisione di merito re adhuc integra (id est: evitando avvicendamenti nella gestione del servizio eseguito dall'appellante alla luce della verosimile complessità e gravosità della procedura di cambio appalto).

4.4. Infine all'udienza pubblica del 23 gennaio 2020 fissata per la discussione del merito dell'appello, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

5. L'odierna appellante impugna la sentenza di primo grado che ha respinto il ricorso avverso l'aggiudicazione della gara specificata in narrativa ritenendo che le prestazioni relative alle analisi microbiologiche e chimiche, nonché quelle attinenti alla lotta agli infestanti, sarebbero state svolte da soggetti terzi indicati dalla controinteressata Elior in sede di gara, sulla base di contratti continuativi di cooperazione ai sensi dell'art. 105, comma 3, lett. c-bis, del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

6. In particolare, con il primo motivo di censura l'appellante Pellegrini torna a lamentare la violazione dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016, dell'art. 13 del Disciplinare, dell'art. 76 del capitolato tecnico, la violazione del principio della par condicio, e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, contestando le statuizioni di prime cure che hanno respinto il primo motivo del ricorso introduttivo.

6.1. Con tale motivo di gravame si evidenziava come, coerentemente con quanto previsto dall'art. 105, comma 4, lett. c) del D.lgs. n. 50 del 2016 ( a mente del quale "i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i

lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché (...) all'atto dell'offerta siano stato indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare"), l'art. 13 del Disciplinare stabiliva che "il concorrente deve indicare all'atto dell'offerta se intende subappaltare o meno parti del servizio a terzi", precisando altresì che "in mancanza di tali indicazioni il subappalto non potrà essere autorizzato".

Di analogo tenore erano le previsioni di cui all'art. 76 del Capitolato in base al quale il subappalto doveva essere "dichiarato in sede di gara ai sensi dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016".

6.2. Orbene, nonostante la disciplina normativa e la *lex specialis* di gara pongano in modo inequivoco uno specifico e puntuale onere dichiarativo in capo all'impresa concorrente quale condicio sine qua non per affidare in subappalto prestazioni cui la stessa si era vincolata con la proprio offerta tecnica, ma che non è in grado di eseguire direttamente ed in modo autonomo nella loro integralità, la Elior aveva dichiarato nel suo DGUE di non intendere subappaltare a terzi parte del contratto, così che quest'ultima si sarebbe impegnata in prima persona ad eseguire anche le prestazioni esplicitate nelle rispettive parti dell'offerta tecnica in cui si descrive il "c.d. piano di analisi microbiologiche e chimico fisiche" (sulle pietanze, sull'acqua e sulle attrezzature) e il "c.d. piano di lotta agli infestanti" (roditori, insetti striscianti e volanti).

6.3. Tuttavia, la Elior, se, per un verso, avendo dichiarato in gara di non voler subappaltare dette prestazioni, non potrebbe perciò essere autorizzata ad affidarne a terzi l'esecuzione, per altro verso non potrebbe neanche eseguirle autonomamente, tenuto conto che tali attività sono estranee al suo oggetto sociale, quale risultante dalla domanda di partecipazione e dalla relativa visura camerale: ne consegue che l'aggiudicataria, non potendo garantire l'integrale esecuzione del contratto in questione alle condizioni offerte, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

6.4. Secondo l'appellante avrebbe, dunque, errato la sentenza impugnata a respingere tali censure sul rilievo per cui le prestazioni che la Elior dovrà affidare a soggetti terzi (contemplate nel "piano di analisi microbiologiche e chimico-fisiche" e nel "piano di lotta agli infestanti") non integrano sub-appalti ai sensi dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016 in quanto, pur rientrando nel "complessivo oggetto contrattuale", sono "prestazioni rese a favore dell'affidatario e non direttamente della stazione appaltante".

6.5. La sentenza appellata non avrebbe dunque correttamente applicato i principi affermati dalla giurisprudenza sia in materia di mancata dichiarazione di subappalto e di conseguente impossibilità di esercitare la facoltà di avvalersene da parte del concorrente impossibilitato ad eseguire motu proprio talune prestazioni contrattuali (Cons. di Stato, sez. V, 18 gennaio 2019, n. 471) sia riguardo all'interpretazione dell'istituto dei c.d. contratti continuativi di cooperazione, servizi e/o forniture di cui al comma 3 lett. c- bis dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50/2016 (Cons. di Stato, sez. V, 27 dicembre 2018, n. 7256): ed ha, di conseguenza, erroneamente condiviso le tesi delle resistenti, dando rilievo a due accordi-quadro stipulati dall'aggiudicataria in epoca anteriore all'indizione della gara e ritenendo che detti accordi

potessero ricondursi all'ipotesi di cui all'art. 105, comma 3, lettera c-bis e non configurassero perciò un subappalto. Secondo l'appellante, in base alla giurisprudenza richiamata, non sarebbe invece possibile ritenere che talune prestazioni, pur rientranti nel complessivo oggetto contrattuale, possano tuttavia non essere rivolte, né formalmente né sostanzialmente, al committente: dal che l'illogicità della sentenza impugnata laddove ha ritenuto che quelle prestazioni ben possano essere oggetto di un contratto continuativo di cooperazione; quest'ultima tipologia negoziale, osserva l'appellante, non potrebbe infatti essere utilizzata per l'esecuzione di una prestazione scorporata oggetto del contratto, pena l'elusione della stringente disciplina del sub-appalto (che, in base alla definizione di cui all'art. 105, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, è "il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto d'appalto").

6.6. La sentenza appellata avrebbe, quindi, erroneamente trascurato che la prestazione cui l'appaltatore si obbligava nei confronti del committente pubblico non consisteva né sia esauriva nella mera predisposizione dei piani di analisi e di disinfezione, ma anche nella loro "attuazione" (id est: nell' "applicazione" di un piano di analisi e nella "effettuazione" degli interventi di disinfezione), avendo la Stazione appaltante dedotto in contratto anche lo svolgimento di siffatte attività materiali: non potrebbe dunque ritenersi, come il primo giudice, che dette attività possano essere svolte da imprese cooperanti con l'appaltatore e che possa escludersi, nella fattispecie, la sussistenza di un loro affidamento in sub-appalto, non rilevando neppure sotto tale profilo la loro eventuale qualificazione in termini di "accessorietà" e "residualità" né loro il valore economico contenuto rispetto a quello complessivo dell'appalto.

6.7. Sempre secondo l'appellante, sarebbe dunque artificiosa la scissione tra la predisposizione del piano e l'esecuzione delle analisi, tenuto conto poi che anche quest'ultima attività (cui è propedeutico il servizio di prelievo presso le strutture e i locali dell'Ente committente) è destinata ed è svolta direttamente a favore della stazione appaltante, non potendo le relative prestazioni essere espunte dall'oggetto dell'appalto; diversamente opinando, di eventuali inadempimenti da parte dei sub-affidatari, nell'esecuzione di prestazioni non rivolte alla stazione appaltante, non sarebbe neppure responsabile l'appaltatore.

6.8. La sentenza appellata risulterebbe altresì erronea sotto altro autonomo profilo, avendo attribuito rilievo a detti accordi-quadro sebbene essi, perdendo efficacia prima della scadenza del contratto oggetto di causa (avente una durata di quattro anni decorrenti dalla data del verbale di consegna del servizio), siano da considerarsi inidonei allo scopo: costituisce principio generale, infatti, quello secondo cui i requisiti generali e speciali richiesti nell'ambito di una gara ad evidenza pubblica devono essere posseduti dagli operatori economici che vi partecipano per tutta la durata della procedura, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso. Insomma, avrebbe errato il giudice di prime cure a ritenere, per un verso, che i siffatti accordi non vieterebbero "la loro proroga alle medesime condizioni contrattuali", per altro verso a non avvedersi che alcuna efficacia e valenza ai sensi dell'art. 105, comma 3, lett. c- bis poteva riconoscersi alle dichiarazioni di impegno delle ditte cooperanti (quanto alla "loro disponibilità all'esecuzione per tutto il rapporto contrattuale"), in quanto dichiarazioni successive all'indizione della gara.

7. Con il secondo motivo di appello Pellegrini deduce, quindi, l'erroneità della sentenza per violazione dell'art. 105 del D.Lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 13 del Disciplinare e dell'art. 76 del Capitolato tecnico, nonché per violazione dei parametri 6 e 7 del Disciplinare di gara, censurandone i capi che hanno respinto il secondo motivo di ricorso con cui si era dedotto altresì il vizio di eccesso di potere in ordine alla valutazione dell'offerta aggiudicataria effettuata dalla Commissione giudicatrice e alla attribuzione dei punteggi rispetto ai parametri di valutazione numeri 6, relativo al "piano di analisi microbiologiche e chimico-fisiche" (per il quale la Elior aveva conseguito 4 punti) e 7, relativo al "piano di lotta agli infestanti" (in relazione al quale le erano stati riconosciuti 1,80 punti).

7.1. Anche a voler ritenere che l'offerta di Elior non doveva essere esclusa dalla gara, la Commissione non avrebbe dovuto comunque attribuirle alcun punteggio con riferimento a delle prestazioni che l'aggiudicataria non potrà eseguire né direttamente (in quanto attività non ricomprese nel suo oggetto sociale) né tramite imprese terze (non avendo avanzato istanza di autorizzazione per il sub-appalto).

Decurtando, dunque, dal punteggio complessivo i 5,80 punti riconosciuti con riferimento ai due suddetti parametri, si sarebbe classificata prima in graduatoria la Pellegrini (con una differenza di punteggio di 3,11 punti).

7.2. La sentenza appellata avrebbe, dunque, in primo luogo errato nel ritenere infondata la censura per via della possibilità, riconosciuta all'aggiudicataria, di svolgimento delle attività di analisi e lotta agli infestanti attraverso i richiamati accordi-quadro.

7.3. La valutazione dell'offerta di Elior e l'attribuzione del relativo punteggio risulterebbe poi incomprensibile e palesemente irragionevole anche sotto altro autonomo profilo.

7.4. L'appellante torna infatti a contestare il giudizio di sostanziale equivalenza ed identità (da cui è scaturita l'attribuzione di un identico punteggio) formulato in relazione ad offerte all'evidenza diverse e non equiparabili.

7.5. Nello specifico, la Commissione giudicatrice ha attribuito alla Elior, con riferimento al parametro 6, complessivamente 4 punti, ritenendo che, relativamente al parametro 6.1. "il concorrente propone una descrizione del campionamento e la relativa frequenza che risulta essere buona" e, in relazione al parametro 6.2. "la tipologia e la frequenza dei campionamenti descritti è buona".

7.6. La medesima Commissione si è espressa in termini identici e ha attribuito lo stesso punteggio anche con riferimento all'offerta dell'appellante, sebbene come emerge dal raffronto tra le due offerte esse non sono paragonabili ed assimilabili né sotto il profilo quantitativo né sotto quello qualitativo (tenendo conto delle tipologie di campioni).

7.7. A tale riguardo, l'appellante evidenzia che le motivazioni della sentenza (secondo cui con tale mezzo l'esponente avrebbe "denunciato non già l'erronea attribuzione ad Elior di quattro punti, bensì l'illegittimità dell'assegnazione dello stesso punteggio alla ricorrente, la cui proposta tecnica sarebbe migliore", con la conseguenza che l'ipotetico accoglimento della

censura portando al più all'attribuzione all'offerta della Pellegrini di un solo punto non consentirebbe a quest'ultima il superamento della c.d. prova di resistenza) sarebbero il frutto di valutazioni superficiali e poco convincenti.

7.8. Ed invero, da un lato con il ricorso introduttivo si era dedotto che fosse ingiustificato il punteggio attribuito al punteggio di Elior (e tanto basterebbe per ritenere erronee le statuizioni della sentenza circa il mancato superamento della c.d. prova di resistenza); dall'altro, la sentenza sarebbe censurabile e meriterebbe riforma anche per non aver accolto le doglianze, con cui pur nel rispetto dei limiti esterni al sindacato sulle scelte discrezionali dell'amministrazione, la ricorrente aveva lamentato il difetto di motivazione del giudizio espresso dalla Commissione a fronte di criteri ampi ed eterogenei che avrebbero richiesto di illustrare le ragioni della valutazione effettuata.

7.9. In presenza di un punteggio identico attribuito ad offerte eterogenee per qualità e quantità ed in totale assenza di motivazione non sarebbe così dato comprendere l'iter logico giuridico seguito dalla Commissione nella valutazione dell'offerta in merito ai vari elementi in cui si articolava il criterio in esame e nell'assegnazione del relativo punteggio.

8. Infine, con il terzo motivo di gravame l'appellante lamenta il mancato accoglimento del terzo motivo del ricorso introduttivo con cui ha censurato la violazione del principio dell'autovincolo, con specifico riguardo alle previsioni di cui all'art. 21.2 del disciplinare, e l'eccesso di potere che inficerebbe la valutazione delle offerte effettuata dalla Commissione in relazione alla fornitura di elettrodomestici.

8.1. In particolare, con il terzo motivo di ricorso, respinto dalla sentenza appellata, si era contestata l'attribuzione dei punteggi di cui al parametro 5.3. del Disciplinare relativo all'eventuale "inserimento di attrezzature a basso contenuto energetico": la Commissione ha, infatti, valutato in modo identico l'offerta dell'appellante e dell'aggiudicataria, attribuendo ad entrambe 3,20 punti e ritenendo in entrambi i casi "buona la dotazione proposta di attrezzature a basso contenuto energetico", benché nella relazione di Elior non venisse riportato alcun dato da cui poter desumere il consumo energetico delle attrezzature offerte, ma solo il dato relativo alla potenza di tali attrezzature (cfr. pag. 11 dell'offerta tecnica). Tuttavia, altra è la potenza, altro il consumo di energia di un elettrodomestico, non potendo ricavarsi dal primo dato alcuna indicazione in ordine al "basso consumo energetico" dello stesso. Tanto emerge dalla comparazione con le informazioni fornite dall'appellante, che, con riferimento ad ogni attrezzatura offerta, ha puntualmente indicato, a seconda dei casi, "la classe energetica", il complessivo "risparmio energetico" e tutte le altre informazioni da cui si desume la riduzione dei consumi garantiti dagli elettrodomestici offerti. In conclusione, in assenza di indicazioni utili al riguardo nell'offerta tecnica di Elior, la Commissione non avrebbe dovuto attribuirle alcun punto con riferimento al parametro in questione.

8.2. Secondo l'appellante, avrebbe poi errato la sentenza appellata a non ritenere illegittimo l'operato della Commissione che avrebbe nello specifico disatteso quanto previsto dall'art. 21.2. del Disciplinare e dai chiarimenti della stazione appaltante. L'art. 21.2 del Disciplinare stabiliva, infatti, che la relazione tecnica dovesse essere "composta da un numero massimo di facciate pari a 25", avendo peraltro la stazione appaltante specificato in sede di chiarimenti

che “le 25 pagine dell’offerta tecnica sono da intendersi copertina e indice esclusi” e che “non si procederà alla valutazione di alcun allegato all’offerta tecnica”.

8.3. Ne consegue che, in ossequio al principio dell’autovincolo e alla par condicio tra i concorrenti, la Commissione non avrebbe potuto valutare le pagine eccedenti e, comunque, non avrebbe potuto, sulla base dell’allegato all’offerta tecnica avversaria (per quanto detto non valutabile, secondo l’appellante), riconoscere alla Elior i punti che le ha attribuito, considerato altresì che nemmeno in tale allegato erano fornite le informazioni necessarie ai fini dell’efficienza energetica delle attrezzature offerte.

8.4. La sentenza appellata avrebbe, dunque, attribuito rilevanza ad elementi indicati nell’offerta tecnica aggiudicataria che non risultano utili ai fini dell’assegnazione del punteggio in questione (quali in particolare l’indicazione della potenza in watt di ciascun elettrodomestico, in assenza di specifiche informazioni sul consumo energetico dell’attrezzatura offerta); o ancora a sezioni dell’offerta dalle quali non è dato ricavare informazioni utili quanto al “risparmio energetico introdotto rispetto allo status quo”(come provato dalla perizia tecnica di parte depositata in primo grado). Contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, poi, nemmeno la documentazione tecnica (in particolare, le schede tecniche delle attrezzature) prodotta dalla Elior sarebbe idonea a comprovare il basso consumo e il risparmio energetico delle attrezzature offerte.

9. L’appello è infondato.

10. In particolare, non possono essere accolte le argomentazioni prospettate con il primo motivo di appello.

10.1. Correttamente la sentenza appellata ha respinto il primo motivo di ricorso sul condivisibile rilievo per cui non ricorre qui un’ipotesi di ricorso al sub-appalto sì che le prestazioni relative alle analisi microbiologiche e chimiche, nonché quelle attinenti alla lotta agli infestanti, potranno essere svolte sulla base di contratti continuativi di cooperazione ai sensi dell’art. 105, comma 3, lett. c-bis, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (previsione inserita dall’art. 69, comma 1, lett. c) del d.lvo. 19 aprile 2017, n. 56) a mente del quale “le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto: (...) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell’appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto”.

10.2. Osserva al riguardo il Collegio che, nella fattispecie in esame, alla luce delle previsioni della lex specialis di gara, lo strumento predisposto dalla disposizione citata risulta idoneo all’esecuzione delle prestazioni in questione e non si risolve nel paventato aggiramento della disciplina del subappalto.

Giova al riguardo evidenziare che l’art. 28, comma 4, del Capitolato speciale dispone che l’appaltatore ha l’obbligo di “predisporre e applicare sistematicamente un piano di analisi microbiologica, chimica e fisica per il controllo: - delle materie prime alimentari, dei semilavorati

e dei prodotti finiti; - dell'acqua potabile utilizzata presso il centro di cottura e di quella microfiltrata erogata dagli specifici dispenser installati presso l'Istituto; - dello stato di pulizia delle attrezzature e delle superfici di lavoro; dell'eventuale presenza di residui di detergenti e sanificanti su piatti, bicchieri e posateria destinata all'utenza. Il piano di analisi dovrà indicare chiaramente la tipologia del campione, la frequenza del campionamento e le analisi effettuate".

Per quanto qui rileva, l'art. 28, comma 4, del Capitolato precisava poi che "le analisi dovranno essere effettuate da laboratorio di analisi accreditato da ACCREDIA".

Analogamente, l'art. 52 del Capitolato ha previsto l'obbligo per l'appaltatore di predisporre un "piano di difesa dalle specie nocive", nell'ambito del quale le attività di disinfestazione dovranno essere condotte da ditta specializzata.

10.3. Alla luce di tali previsioni bene la sentenza appellata ha, dunque, ritenuto che la prestazione diretta in favore della stazione appaltante è solo quella della predisposizione ed applicazione del piano di analisi microbiologica e chimica e che nell'ambito di tale prestazione si annoverano le attività di analisi da eseguirsi a favore dell'appaltatore stesso da parte di un laboratorio di analisi accreditato e legato al primo da un contratto di collaborazione di cui al citato comma 3 dell'art. 105.

Parimenti, per l'attività di disinfestazione, la prestazione diretta richiesta all'appaltatore è l'approntamento del piano di lotta agli infestanti, mentre l'esecuzione degli interventi previsti dal piano rientra nelle prestazioni che devono essere eseguite da ditte specializzate in favore dell'appaltatore.

Il Capitolato speciale consentiva dunque l'intervento di soggetti terzi rispetto all'appaltatore per prestazioni qualificate già dalla lex specialis di gara come non direttamente rivolte alla stazione appaltante, considerato che l'oggetto del contratto è l'attività di ristorazione e, rispetto ad esso, spetta all'appaltatore soltanto l'elaborazione e l'attuazione dei piani su indicati.

10.4. In tale contesto, bene la sentenza appellata ha attribuito rilievo dirimente agli accordi quadro, entrambi sottoscritti (nell'anno 2016) in data antecedente all'indizione della presente gara, dalla Elior con Chelab s.r.l. e con Indaco s.r.l. per l'effettuazione, a favore dell'aggiudicataria, del servizio di prelievo ed analisi di campioni, da parte della prima società, e di sanificazione ambientale nelle cucine e negli ambienti simili da parte della seconda.

10.5. Non sono dunque suscettibili di favorevole considerazione le argomentazioni spese dall'appellante sull'impossibilità del ricorso ai contratti continuativi di cooperazione ex art. 105 comma 3-bis del D.Lgs. n. 50 del 2016 per l'esecuzione di prestazioni contenute nel capitolato e dunque dedotte nell'oggetto contrattuale.

A tale riguardo si osserva anzitutto che l'oggetto espresso dell'appalto è unicamente quello della produzione dei pasti per il servizio di ristorazione, sicché la prestazione di analisi chimiche e gli interventi di disinfestazione, pur comprese nel complessivo oggetto del contratto

in quanto necessarie per la corretta esecuzione della prestazione principale, appaiono di carattere complementare ed aggiuntivo: sicché, fermo restando l'obbligo a carico dell'appaltatore di predisposizione e attuazione dei piani di analisi e disinfestazione, dette attività materiali (di laboratorio e di intervento contro gli infestanti) ben possono essere svolte da imprese cooperanti con l'appaltatore.

In proposito, va altresì evidenziato che, come bene dedotto dalla difesa dell'appellata Elior, si tratta di attività di valore economico modesto (pari nel complesso a circa 4.000,00) rispetto al valore del contratto ed inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate: il che certamente è elemento che consente di escludere la ricorrenza nella specie di un subappalto a norma dell'art. 105 del Codice dei contratti pubblici.

10.6. Inoltre, a prescindere dalla natura ancillare, sussidiaria e secondaria di quelle attività rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto, ciò che rileva al fine di escludere la ricorrenza di un affidamento (non dichiarato né autorizzato) in subappalto, è la direzione delle prestazioni in esame a favore dell'appaltatore e non direttamente della Stazione appaltante.

Contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, la sentenza impugnata ha correttamente applicato i principi della giurisprudenza ivi richiamata (Cons. di Stato, III, 18 luglio 2019 n. 5068). In tale pronuncia, il giudice amministrativo di appello ha infatti sostenuto un'interpretazione non restrittiva della norma, osservando, con statuizioni che la Sezione condivide e a cui intende dare continuità, che: "Deve invero osservarsi che la necessità di garantire l'effetto utile della previsione, recentemente introdotta, non consente di attribuire ad essa, ai fini della delimitazione del suo perimetro applicativo, un significato tale da abbracciare prestazioni che, in mancanza della stessa, sarebbero state comunque acquisibili dal soggetto affidatario (...). A tale risultato si perverrebbe, ad avviso della Sezione, qualora si ritenesse di circoscrivere l'utilizzazione dell'istituto, come preteso dalla parte appellante, con riferimento alle prestazioni "secondarie" e/o "sussidiarie", ovvero a quelle non direttamente rivolte alla stazione appaltante e non coincidenti contenutisticamente con la prestazione dedotta in contratto: prestazioni che, anche a prescindere dalla previsione suindicata, sarebbero state comunque e legittimamente acquisibili ab externo dal soggetto affidatario, rivolgendosi ai propri fornitori, indipendentemente dall'epoca di stipula dei relativi contratti e senza essere tenuto al deposito degli stessi presso la stazione appaltante. Del resto, l'istituto de quo, proprio perché si configura come derogatorio rispetto alla generale disciplina del subappalto, è evidentemente ancorato ai medesimi presupposti applicativi, a cominciare dalla determinazione contenutistica della prestazione eseguibile mediante il ricorso all'impresa "convenzionata". In tale ottica, il riferimento della disposizione alle "prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari" non assume valenza restrittiva (della portata applicativa della previsione), come avverrebbe se si ritenesse che esso implica la necessità che l'utilità della prestazione ridondi ad esclusivo vantaggio, in senso materiale, dell'impresa affidataria (piuttosto che dell'Amministrazione), ma allude alla direzione "giuridica" della prestazione, ovvero al fatto che l'unica relazione giuridicamente rilevante, anche agli effetti della connessa responsabilità, è quella esistente tra stazione appaltante e soggetto affidatario".

10.7. Orbene, applicando tali coordinate ermeneutiche alla fattispecie oggetto di giudizio, non

può dubitarsi che, in disparte la natura secondaria ed accessoria delle analisi di laboratorio e degli interventi di disinfestazione rispetto all'oggetto del contratto, tali attività sono certamente rivolte a favore dell'operatore economico affidatario (come avviene nei contratti continuativi di cooperazione servizio e fornitura) e non direttamente a favore del soggetto pubblico committente (come nel caso di subappalto): pertanto, di eventuali inadempimenti in fase esecutiva di tali prestazioni risponde sempre, nei confronti della stazione appaltante, il soggetto affidatario.

10.8. Le ragionevoli conclusioni cui è pervenuta la sentenza appellata non sono poi sovvertite dal richiamo ai principi affermati nella decisione richiamata da parte appellante (di cui a Cons. di Stato, V, 27 dicembre 2018, n. 7256): tale pronuncia, infatti, riguardava il diverso caso in cui l'aggiudicataria, pur avendo dichiarato di non voler ricorrere all'avvalimento ovvero al subappalto, si era impegnata nella propria offerta ad eseguire talune prestazioni aggiuntive rispetto all'oggetto dell'appalto che risultavano "inequivocabilmente dirette a favore dell'amministrazione committente", con la conseguenza che i relativi contratti non potevano essere qualificati come "contratti continuativi di cooperazione" ma come contratti di subappalto, laddove nel caso oggetto di giudizio le prestazioni in questione risultano certamente dirette all'appaltatore già in base alle rammentate previsioni della lex specialis di gara (che espressamente ammettevano il ricorso da parte dell'affidatario del servizio di ristorazione a soggetti terzi, quali laboratori di analisi accreditati e ditte specializzate).

10.9. È infine infondato anche l'ulteriore assunto dell'appellante secondo cui gli accordi quadro di cooperazione oggetto di causa scadrebbero nel corso della durata dell'appalto.

Va al riguardo osservato che correttamente la sentenza appellata ha rilevato che entrambe le imprese cooperanti hanno presentato ad Elicor le loro offerte per l'intera durata dell'appalto di cui è causa, dimostrando così la disponibilità all'esecuzione per tutto il rapporto contrattuale.

Gli accordi-quadro stipulati dalla Elicor con le imprese cooperanti non vietano infatti proroghe della loro durata agli stessi patti e condizioni; né l'art. 105, comma 3, lett. c-bis) del D.Lgs. n. 50 del 2016 prevede, come requisito necessario, che i contratti continuativi di cooperazione debbano avere durata pari a quella dell'appalto.

Pertanto, alla scadenza prevista, le parti ben potevano prorogarne la durata, in assenza di divieti convenzionali, come in effetti avvenuto.

Per le ragioni esposte, il primo motivo di appello va dunque respinto.

11. Non può trovare accoglimento neppure il secondo motivo di censura.

11.1. In primo luogo, si osserva che dal rigetto del primo mezzo di censura si trae anche l'infondatezza delle critiche rivolte alla sentenza in ordine all'attribuzione dei punteggi: Elicor potrà infatti svolgere le attività di analisi di laboratorio e la lotta agli infestanti per il tramite dei suoi fornitori stabili in forza dei contratti di cooperazione continuativa con gli stessi stipulati ai sensi e per gli effetti dell'art. 105, comma 3 lett. c-bis) D.Lgs. n. 50 del 2016.

11.2. Per quanto, invece, attiene al secondo profilo inerente all'asserita erroneità nell'assegnazione del punteggio, si osserva anzitutto che la legge di gara (punto 17.5 del Disciplinare) non prevedeva l'attribuzione del punteggio con criteri di tipo meramente matematico- quantitativo (ovvero soltanto in proporzione alla quantità dei campionamenti previsti dai concorrenti), ma anche sulla base di criteri di valutazione qualitativi: occorre, infatti, prendere in considerazione non soltanto il numero delle analisi effettuate, ma anche la "tipologia dei campioni", la "frequenza del campionamento" ed il "numero di determinazioni che verrà eseguito per ogni singolo campione".

11.3. Ogni commissario ha quindi espresso un "coefficiente variabile tra zero ed uno in relazione a ciascun sub-parametro", formulando un giudizio di natura discrezionale sull'intero piano di analisi microbiologiche offerto in gara. Il coefficiente 0,80 che corrisponde al giudizio di "buono", attribuito al piano di analisi di entrambe le ditte, equivale "a contenuti esaurienti e/o quantitativamente consistenti".

11.4. Ebbene sul punto correttamente la sentenza appellata ha escluso che l'attribuzione del punteggio tecnico per il parametro sopra indicato risulti manifestamente illogica, irrazionale ed erronea: ciò in piena coerenza con il consolidato orientamento giurisprudenziale in base al quale "la valutazione delle offerte nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice, rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, sicché le censure che impingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica (Cons. Stato, V, 11 dicembre 2015, n. 5655). Ne deriva che, come da ripetuta affermazione giurisprudenziale, per sconfessare il giudizio della commissione di gara non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto, cosa che nel caso di specie non è affatto accaduta, né, come detto, sono emersi travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non condivisibilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dal seggio di gara"(Cons. di Stato, V, 8 gennaio 2019, n. 173).

11.5. Correttamente poi la sentenza appellata ha evidenziato che le censure da esaminare erano volte a sostenere l'irragionevolezza del medesimo giudizio e dell'attribuzione di un identico punteggio alle offerte della Pellegrini e di EIOR, senza avvedersi delle palesi differenze che connotavano le due offerte: in definitiva, l'appellante ha lamentato soprattutto l'erronea sottovalutazione della propria offerta tecnica (per ciò che concerne il parametro 6) che avrebbe dovuto ricevere un punteggio maggiore rispetto a quella dell'aggiudicataria.

11.6. Così delineato dunque il contenuto della censura formulato nel ricorso di primo grado, gli atti di gara consentono di escludere la lamentata irragionevolezza e illogicità delle valutazioni effettuate dalla Commissione.

In primo luogo, non è contestato che nella propria offerta l'aggiudicataria abbia dichiarato che i propri fornitori effettuano annualmente un numero elevatissimo (pari a 5771) di controlli analitici sulle materie prime fornite.

È poi dirimente osservare, come ben fa la sentenza appellata, che il parametro 6 è diviso in due sub-parametri che fanno riferimento sia alla frequenza sia alla tipologia dei campionamenti annuali e che, inoltre, l'art. 17.5 prevede che il criterio di valutazione n. 6 abbia un carattere qualitativo per cui il mero dato numerico dei campionamenti non può di per sé solo implicare una migliore valutazione delle offerte.

11.7. In definitiva, le argomentazioni dell'appellante non sovvertono il giudizio di sostanziale equivalenza, per tipologia e frequenza, dei livelli di analisi offerti dalle due concorrenti, risultando perciò esente dai vizi dedotti la sentenza appellata laddove ha affermato l'insussistenza di profili di irragionevolezza nel punteggio attribuito all'offerta di Pellegrini per il criterio di valutazione in questione.

11.8. Non può ritenersi poi incomprensibile, come vorrebbe parte appellante, il percorso logico seguito dalla Commissione esaminatrice. Il parametro n. 6 della tabella di cui al punto 17.4 del disciplinare individua infatti un criterio di valutazione sufficientemente preciso e dettagliato relativo a: "1. Tipologia e frequenza campionamenti annuali chimico, fisico e microbiologico per il controllo delle materie prime, dei semilavorati, dei prodotti finiti e delle attrezzature e delle superfici di lavoro" e "2. Tipologia e frequenza dei campionamenti annuali per il controllo dell'acqua potabile del centro di cottura e di quella microfiltrata distribuita presso i reparti". Pertanto, in presenza di una dettagliata articolazione dei criteri di valutazione, risulta esaustiva l'espressione del punteggio in forma numerica.

11.9. Pertanto, anche il secondo motivo di appello non merita accoglimento.

12. Infine, risulta infondato anche il terzo motivo di appello inerente alla valutazione delle offerte rispetto alla fornitura di elettrodomestici.

12.1. Anche a tale riguardo, risultano corrette e non censurabili le statuizioni di prime cure non emergendo dagli atti di causa (ed in particolare dall'esame dell'offerta aggiudicataria) elementi idonei a ritenere irragionevole la valutazione effettuata dalla commissione.

12.2. La sentenza appellata ha bene evidenziato che l'aggiudicataria ha riportato l'elenco delle "attrezzature a basso consumo energetico di nuovo inserimento con indicazione della potenza richiesta". Tanto premesso, non è stata raggiunta la prova neppure a livello indiziario circa il fatto che i beni proposti da Elior non siano a basso contenuto energetico per le ragioni di seguito evidenziate.

12.3. In primo luogo, è condivisibile il rilievo della difesa dell'Azienda Speciale secondo cui l'assorbimento energetico (e quindi il consumo) dipende dalla potenza per un determinato periodo di tempo. Ad ogni modo, non corrisponde al vero che Elior si sia limitata alla mera indicazione della potenza delle attrezzature offerte: la tesi dell'appellante è, infatti, frutto di un'incompleta descrizione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria oltre che di un'erronea interpretazione della stessa legge di gara.

12.4. La descrizione completa delle caratteristiche tecniche delle attrezzature, anche in termini di risparmio energetico rispetto allo status quo ante, è contenuta sia nell'offerta tecnica di Elior

sia nell'Allegato 1 "Documentazione consumi energetici attrezzature", come previsto dalla lex specialis di gara.

12.5. Alle pag. 11-12, punti 5.1. e 5.2, della propria relazione tecnica Elier ha, infatti, descritto le "Migliorie apportate al centro di cottura", ivi indicando anche le caratteristiche tecniche utili per la valutazione della prestazione energetica delle attrezzature offerte, non essendo perciò necessario riportare le stesse indicazioni anche nel successivo paragrafo 5.3. relativo all'"Inserimento di attrezzature a basso consumo energetico". Le indicazioni contenute nella relazione tecnica sono poi ricavabili anche dall'Allegato 1 "Documentazione consumi energetici attrezzature" contenente la documentazione a comprova richiesta espressamente dalla lex di gara.

12.6. Il disciplinare prevedeva infatti (art. 17) che il concorrente dovesse produrre documentazione a comprova di quanto indicato nell'offerta tecnica per il parametro 5.3 che veniva così descritto "3. Inserimento di attrezzature a basso consumo energetico ed evidenziazione, comprovata da documentazione tecnica, del risparmio introdotto rispetto allo status quo".

Pertanto, la stessa legge di gara prevedeva la presentazione di documentazione tecnica a comprova che l'aggiudicataria ha allegato direttamente in sede di offerta e che anche la Pellegrini, come osservato dalla sentenza appellata, si era riservata di fornire.

12.7. La Commissione è stata quindi posta nella condizione di valutare compiutamente le attrezzature proposte dall'aggiudicataria anche con riferimento alle prestazioni energetiche, in base alla descrizione complessiva delle stesse contenuta in offerta, poiché le sono stati forniti tutti gli elementi per ricavare l'effettivo risparmio energetico rispetto alle attrezzature già impiegate nell'erogazione del servizio.

12.8. Anche in relazione a tali profili risulta dunque esente dalle critiche appuntate la motivazione della sentenza appellata che, da un lato, ha evidenziato come le indicazioni rilevanti ai fini del risparmio energetico erano certamente contenute nella proposta tecnica dell'aggiudicataria nel limite delle 25 facciate previsto dal disciplinare; dall'altro, ha rilevato che all'offerta vera e propria è poi stato unito l'allegato costituente la documentazione tecnica addotta a comprova del basso consumo e del risparmio energetico ottenuto con le attrezzature offerte in gara.

12.9. Muovendo da tali corrette premesse il primo giudice è approdato ad altrettanto condivisibili conclusioni nel ritenere immune l'operato della commissione dai dedotti profili di contrasto con le regole di gara e di manifesta erroneità ed illogicità, rilevando altresì correttamente che la valutazione ampiamente discrezionale della commissione non può neppure essere sostituita da una perizia tecnica di parte (come quella depositata da Pellegrini nel giudizio di primo grado e richiamata nel ricorso di appello).

13. In conclusione, l'appello va respinto.

14. Sussistono giusti motivi, per la complessità e la novità delle questioni trattate, per

compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2020.