

**APPALTI - OFFERTA - ANOMALIA - VERIFICA - GIUDIZIO TECNICO - DISCREZIONALITA' AMMINISTRATIVA - DISCREZIONALITA' TECNICA - COMPARAZIONE CON ALTRE OFFERTE- NON E' POSSIBILE**

La verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa - tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne - di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse.

**Consiglio di Stato, sez. V sentenza n. 5626 del 2024**

Publicato il 26/06/2024

**N. 05626/2024REG.PROV.COLL.**

**N. 00263/2024 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 Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 263 del 2024, proposto da [REDACTED] [REDACTED] in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura [REDACTED], rappresentata e difesa dall'avvocato [REDACTED], con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

██████████, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

***nei confronti***

██████████ in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato ██████████, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia:

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per ██████████  
(Sezione Seconda) n. ██████████;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero ██████████ e di Ditta ██████████;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2024 il Cons. Diana Caminiti e uditi per le parti gli avvocati ██████████, ██████████ e ██████████;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. ██████████ (di seguito per brevità anche ██████████) ha interposto appello avverso la sentenza del Tar per ██████████ con cui è stato respinto il ricorso da essa proposto avverso il Decreto di aggiudicazione n. ██████████ del 29.8.2023 con cui è stato riaggiudicato il Lotto 1 per “*l'affidamento del servizio di fornitura, previa programmazione, di generi alimentari necessari all'Amministrazione per il confezionamento del vitto (pasti giornalieri completi - colazione, pranzo e cena) per i ristretti*”

di Istituti Penitenziari della Regione Emilia-Romagna” per la durata di 48 mesi in favore della società [REDACTED] dopo che con sentenza del 14 giugno 2023 n.370/2023 - avverso la quale pendeva appello - il Tribunale Amministrativo per l’Emilia Romagna aveva annullato il precedente decreto di aggiudicazione n. 22 del 18 gennaio 2023.

2. Dagli atti di causa risulta che con determina a contrarre n. 531 del 30 maggio 2022 il Ministero [REDACTED] aveva indetto una gara con procedura aperta, in ambito europeo, per l’affidamento del servizio di fornitura di generi alimentari presso gli Istituti Penitenziari della regione Emilia-Romagna, destinati al confezionamento del vitto dei detenuti e internati, ai sensi dell’art. 9 della legge 26 luglio 1975, n. 354, inteso quale preparazione dei pasti (colazione, pranzo e cena) nelle cucine interne, gestite in economia dalle singole Direzioni, con l’impiego di manodopera detenuta.

Il bando di gara era stato pubblicato sulle Gazzetta europea, n. GU 2022/S 107-296480 del 6 giugno 2022 e nazionale, n. 65 del 6 giugno 2022 e nazionale e prevedeva la suddivisione dell’appalto su tre lotti funzionali, su base territoriale, tra i quali il lotto n. 1, di cui qui si tratta, relativo agli Istituti Penitenziari di Bologna e Castelfranco Emilia.

La procedura era stata, appunto, aggiudicata alla Ditta [REDACTED], con decreto n. 22 del 18 gennaio 2023 annullato con la suindicata sentenza n.370/2023 che, in parziale accoglimento della sesta censura, ha disposto la riapertura del procedimento di verifica dell’anomalia ex art. 97 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, avuto riguardo alla circostanza che, quanto al costo della manodopera la società aveva posto a base delle giustificazioni le tabelle ministeriali anno 2010 e non le tabelle aggiornate e all’insufficiente giustificazione dei costi del trasporto.

All’esito della sentenza di annullamento del Tar, tenuto conto dei rilievi espressi nella sentenza sul raffronto dei costi della manodopera con le tabelle ministeriali

aggiornate (par. 6.7 della sentenza 370/2023) e sugli oneri di trasporto (par. 6.11 lett. b della sentenza 370/2023) il R.U.P., quale autorità di gara individuata, dal paragrafo 9.2 del disciplinare di gara per la verifica di congruità delle offerte, con il supporto della Commissione giudicatrice, ha ritenuto di acquisire dall'operatore economico ulteriori elementi che potessero giustificare il costo del personale e il costo del trasporto.

Quanto al primo aspetto, in particolare, l'amministrazione ha ritenuto di *“dover chiedere giustificazione ulteriore, circa la voce “Costo del Personale”, poiché non è chiaro come da un importo lordo di €. 1.511,02 si arrivi ad un costo orario di €. 16,99, che inoltre risulta essere inferiore agli importi compresi tra €. 17,10 e 19,03 fissati a seguito degli adeguamenti contrattuali intervenuti fino al 2022 come indicato dal TAR di Bologna”*.

All'esito, la procedura di rinnovazione della verifica si è conclusa con l'esito di congruità dell'offerta, a seguito della quale la Commissione giudicatrice ha proposto, nella seduta del 29 agosto 2023, l'aggiudicazione del Lotto 1 in favore della Ditta XXXXXXXXXX approvata dalla Stazione Appaltante, con il decreto di aggiudicazione n. 1016 del 29 agosto 2023.

3. Il giudice di *prime cure* ha in primo luogo, con l'indicata sentenza, rigettato la domanda con cui parte ricorrente aveva lamentato, ex art. 116 comma 2 c.p.a., l'illegittimità del silenzio - diniego opposto dall'amministrazione rispetto all'istanza di parte ricorrente di ottenere i dati circa i consumi effettivi ed il costo dell'energia, proposta con nota prot.1017/is del 20.09.2023, prescindendo dalla verifica dell'interesse all'ottenimento dei dati richiesti, avuto riguardo al rilievo che *“L'istanza di accesso di cui alla L. n. 241/1990 deve avere ad oggetto specifici documenti e non può comportare per il soggetto destinatario della richiesta, come nel caso in esame, un'attività di elaborazione di dati (ex multis: T.A.R. Lazio Roma Sez. IV bis, 11/11/2022, n. 14750; T.A.R. Campania Napoli Sez. VI, 05/04/2022, n. 2333). L'art. 22, co. 1 della L. n. 241 del 1990, definisce infatti come “documento amministrativo”, accessibile sulla base di tale*

*normativa, il documento già formato ed esistente, non potendo quindi le istanze di accesso afferire a notizie e/o a informazioni che, per poter essere fornite, presuppongono lo svolgimento di attività di ricerca e di elaborazione da parte dell'Amministrazione (T.A.R. Lazio Roma Sez. III bis, 26/01/2023, n. 1438; Cons. Stato Sez. VI, 16/05/2022, n. 3798; T.A.R. Emilia-Romagna Bologna Sez. I, 23/06/2022, n. 514)''.*

3.1. Ha inoltre ritenuto inammissibile la riproposizione di censure del tutto analoghe a quelle articolate con il precedente ricorso NGR 113/2023 avverso il primo provvedimento di aggiudicazione, vagliate con la sentenza n. 370 del 2023, ivi compreso il secondo e terzo motivo di ricorso.

3.2. Peraltro, in disparte da tali considerazioni, ha ritenuto comunque infondato il primo motivo di ricorso, volto ad ottenere nuovamente l'esclusione della controinteressata per non avere dichiarato un procedimento avviato da AGCM per accertare intese anticoncorrenziali ex art. 101 del TFUE (poi conclusosi con un provvedimento di archiviazione), richiamando le medesime motivazioni della sentenza n. 370 del 2023.

3.3. Il primo giudice ha per contro ritenuto infondato il quarto motivo di ricorso con cui la ██████ aveva lamentato violazione degli artt. 95, comma 10, e 97 del d.lgs. 50/2016, dolendosi del fatto che, come emergerebbe in particolare dal verbale dell'11 agosto 2023, nella rinnovata valutazione il PRAP avrebbe illegittimamente ricalcolato il costo del lavoro della Ditta Domenico ██████, aumentando l'importo dichiarato da € 170.927,50 a € 189.519,62, mentre avrebbe dovuto disporre l'esclusione dell'offerta a causa dello scostamento ingiustificato dai valori tabellari e dai valori individuati dall'Amministrazione stessa.

Parte ricorrente lamentava pertanto che l'amministrazione, ritenendo sostanzialmente incongrua e violativa dei minimi retributivi l'offerta dell'aggiudicataria rispetto al costo del personale per un importo, a suo parere rilevante, pari ad € 19.000,00 circa, pur di salvaguardare l'offerta dell'aggiudicataria,

avesse illegittimamente ricalcolato in via autoritativa il costo del lavoro e ritenuto la differenza di costi assorbita dagli utili, senza che la Ditta Domenico [REDACTED] avesse mai fatto riferimento, in sede di giustificativi, alla volontà di diminuire l'utile d'impresa stimato per colmare le lacune inerenti il costo del personale.

Il primo giudice ha al riguardo ritenuto che, risultando rispettato il costo minimo tabellare, ma venendo in rilievo il solo costo medio del lavoro, l'Amministrazione ben potesse procedere alla compensazione del maggior costo del lavoro con l'utile di impresa.

3.4. Il primo giudice ha rigettato anche il quinto motivo di ricorso, con cui la società ricorrente aveva lamentato la violazione degli art. 97 e 95, comma 10, del d.lgs. 50/2016, in relazione al principio di immodificabilità dell'offerta, sotto il duplice profilo della modifica del costo della manodopera e della modifica della modalità di trasporto, in quanto la Ditta [REDACTED] aveva dichiarato nella propria offerta di eseguire in proprio il trasporto, mentre in sede di giustificiche aveva fatto riferimento al preventivo di un soggetto terzo e quindi all'esternalizzazione del servizio, evidenziando peraltro che, quanto al costo della manodopera, non era stata neppure la controinteressata a rimodulare il costo del lavoro, avendo al riguardo provveduto l'Amministrazione appaltante.

Il primo rilievo, riferito al costo della manodopera è stato disatteso dal Tar alla luce di quanto in precedenza indicato, non venendo in rilievo una modifica dell'offerta, ma una mera verifica della congruità della stessa, avuto riguardo alla possibilità di compensazione del maggior costo del lavoro con l'utile di impresa, mentre il secondo rilievo è stato disatteso in quanto, in sede di giustificativi, la ditta Domenico [REDACTED] non aveva affatto modificato le modalità di trasporto, ma giustificato la congruità del costo da essa stimato per tale voce alla luce di un preventivo fornito da una Ditta esterna per il medesimo servizio.

3.5. Il giudice di *prime cure* ha inoltre ritenuto inammissibili le censure articolate nel sesto motivo di ricorso, per la parte riferita alle censure già disattese o non esaminate nella sentenza n. 370 del 2023, che peraltro erano state riproposte con l'atto di appello avverso la medesima sentenza.

3.6. Ha inoltre disatteso la censura riferita alla sottostima dei costi del trasporto nel rinnovato procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, evidenziando che la stessa non aveva tenuto conto delle modalità di svolgimento di tale attività, descritte dalla relazione tecnica prodotta in sede di presentazione dell'offerta che prevedeva una parte consistente con rifornimenti (prodotti freschi) effettuati direttamente dai fornitori presso la sede degli istituti penitenziari mentre una percentuale nettamente inferiore, che riguardava i prodotti secchi, conservati e i surgelati (pari a circa il 23%), tramite la piattaforma centrale presso l'interporto di Nola, rimanendo nel primo caso il costi del trasporto a carico dei subfornitori, mentre in relazione ai costi di trasporto che ricadevano direttamente sulla società aggiudicataria, la stessa, a giustificazione della congruità dell'offerta, aveva prodotto anche un preventivo di una ditta esterna.

3.7. Ha disatteso poi il settimo motivo di ricorso, riferito alla violazione dei minimi salariali, in quanto fondato su meri calcoli ipotetici.

3.8. Ha infine giudicato inammissibile l'ottavo motivo di ricorso, con cui parte ricorrente lamentava che la contro interessata avrebbe dovuto essere esclusa perché non iscritta nell'elenco dei fornitori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa (c.d. "white list"), di cui non vi era traccia nel ricorso n.113/2023 e che avrebbe dovuto essere proposto, eventualmente, avverso il primo provvedimento di esclusione (*rectius* di aggiudicazione), giudicandolo comunque infondato sulla base del rilievo che il servizio di rifornimento di vitto di cui all'appalto in contestazione non sarebbe equiparabile a quello di ristorazione e mensa che, ai

sensi dell'art.1 comma 53 lett. i ter della legge n.190/2012 rientra tra i settori a rischio.

Inammissibile è stato ritenuto anche il nono motivo, con cui la parte ricorrente tornava a chiedere in via subordinata l'annullamento dell'intera gara, trattandosi di questione già affrontata e ritenuta infondata nella sentenza n.370/2023.

4. Avverso la sentenza di *prime cure* la società █████ ha formulato, in dodici motivi, articolati anche in ulteriori sub-motivi, le seguenti censure:

1) *Error in procedendo* – Violazione artt. 73 e 116, comma 2, c.p.a. - Sulla manifesta irragionevolezza della mancata concessione del rinvio dell'udienza di merito – Sulla violazione dei termini in materia di accesso in corso di causa – Sull'applicazione dell'art. 105 c.p.a.;

2) *Error in procedendo* – Sulla violazione dell'art. 73 c.p.a. - Sulla manifesta irragionevolezza della mancata concessione del rinvio dell'udienza di merito – Sulla sussistenza di una questione di pregiudizialità-dipendenza tra la definizione del giudizio di appello pendente in Consiglio di Stato RG 6560/2023 e del ricorso di primo grado pendente dinanzi al TAR Bologna RG 647/2023 – Sull'applicazione dell'art. 105 c.p.a..

3) *Error in iudicando* - Sulla violazione dell'art. 79 c.p.a. e 295 c.p.c. – Sulla sussistenza di una fattispecie di sospensione del giudizio – Sulla sussistenza di una questione di pregiudizialità-dipendenza tra la definizione del giudizio di appello pendente in Consiglio di Stato RG 6560/2023 e del ricorso di primo grado pendente dinanzi al TAR Bologna RG 647/2023;

3.1) *Error in iudicando* - Sulla violazione dell'art. 79 c.p.a. e 337, comma 2, c.p.c. – Sulla sussistenza di una fattispecie di sospensione del giudizio;

4) *Error in iudicando* - Violazione (art. 80, comma 5, lett c e c-bis d.lgs. 50/2016) – Sull'inaffidabilità dell'aggiudicataria – Violazione dell'art. 34, comma 2, c.p.a.;

- 5) *Error in iudicando* - Violazione (art. 97 e 95, comma 10, d.lgs. 50/2016) – Sull’illegittima conduzione della fase di verifica dell’anomalia – Sulla contraddittorietà dell’offerta dell’aggiudicataria;
- 6) *Error in iudicando* - Sulla violazione del principio di immodificabilità dell’offerta economica – Violazione (art. 97 e 95, comma 10, d.lgs. 50/2016);
- 6.1.) *Error in iudicando* - Sulla violazione del principio di immodificabilità dell’offerta economica – Violazione (art. 97 e 95, comma 10, d.lgs. 50/2016) - Ulteriori profili.;
- 7) *Error in iudicando* - Violazione (art. 97 e 95, comma 10, d.lgs. 50/2016) – Sull’illegittima conduzione della fase di verifica dell’anomalia – Sull’incongruità dell’offerta dell’aggiudicataria
- 8) *Error in iudicando* - Violazione (artt. 23, comma 16, 95, comma 10, 97, comma 5 e 6, D.lgs 50/2016) – Violazione e falsa applicazione dell’art. 24 del Disciplinare di gara – Sull’ulteriore violazione dei minimi retributivi inderogabili;
- 9) *Error in iudicando* - Violazione (art. 1, comma 52 e 53, L 190/2012; DPCM 18.4.2013) – Sull’assenza di iscrizione alla *White list* da parte dell’aggiudicataria – Sull’assenza di controlli antimafia da parte della SA – Sulla violazione del disciplinare di gara nella parte in cui prevede i controlli antimafia – Sulla eterointegrazione della *lex specialis*.
- 10) *Error in iudicando* - Violazione dell’art. 7.3 del disciplinare di gara;
- 11) *Error in iudicando* - Violazione (art. 32, comma 4, d.lgs. 50/2016);
- 12) In via subordinata – *Error in iudicando* – *Error in procedendo* - Violazione (art. 95, comma 10 bis, d.lgs. 50/2016) - Sull’illegittimità della *lex specialis* nella parte in cui ha previsto l’assegnazione dell’intero punteggio tecnico secondo il sistema tabellare *on/off*.

5. Si sono costituiti in resistenza il Ministero della Giustizia e la società Domenico [REDACTED], deducendo in ordine all'inammissibilità e all'infondatezza delle articolate doglianze.

6. Nelle more della celebrazione dell'udienza pubblica le parti hanno depositato documenti ed articolate memorie difensive, ex art. 73 comma 1 c.p.a, insistendo nei rispettivi assunti.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza pubblica del 22 febbraio 2024, nel corso del quale il collegio ha rilevato d'ufficio, ex art. 73 comma 3 c.p.a., il superamento dei limiti massimi dell'atto di appello e l'inammissibilità del primo motivo di appello.

## DIRITTO

8. In *limine litis* va precisato che, come da avviso di udienza, ex art. 73 comma 3 c.p.a., risultano inammissibili le doglianze articolate oltre i limiti massimi consentiti per la stesura dell'atto di appello, alla stregua di quanto di seguito precisato.

8.1. Il d.P.C.S. n. 167/2016, emanato sulla base dell'art. 13-*ter* disp. att. c.p.a., stabilisce, per gli atti processuali di parte nel rito appalti il limite dimensionale di 70.000 caratteri, spazi esclusi, calcolati al netto delle parti di atto che non si computano (epigrafe, sintesi dei motivi, petitum, etc.), corrispondenti a circa 35 pagine nel formato di cui all'art. 8.

Sempre il citato d.P.C.S. consente deroghe ai limiti dimensionali, subordinate alla richiesta di una autorizzazione "preventiva", ossia anteriore alla notificazione del ricorso (art. 6 d.P.C.S.), autorizzazione che può essere espressa o *per silentium* decorso un brevissimo lasso temporale dalla richiesta (tre giorni). E' eccezionalmente consentita una autorizzazione "successiva" ossia dopo la notifica del ricorso, per gravi e giustificati motivi (art. 7 d.P.C.S.).

L'art. 13-*ter* disp. att. c.p.a. dispone che il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei limiti massimi, mentre l'omesso esame

delle questioni contenute nelle pagine successive non è motivo di impugnazione; secondo la più corretta esegesi, tale previsione non lascia al giudice la facoltà di esaminare o meno le questioni trattate nelle pagine successive al limite massimo, ma, invece, in ossequio ai principi di terzietà e imparzialità, obbliga il giudice a non esaminare le questioni che si trovano oltre il limite massimo di pagine, con l'effetto, ad es., di non poter pronunciare su domande di misure cautelari monocratiche collocate dopo il numero massimo consentito di pagine (CGARS, decr. 4.4.2023 n. 104, richiamata da Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2023, n. 847).

8.2. Nel caso di specie l'appello consta al lordo, di circa 89.080 caratteri, avendo tra l'altro parte appellante fatto ampio ricorso all'utilizzo di fotografie per riportare tabelle o parti della sentenza gravata- rendendo peraltro difficoltosa la lettura dell'atto di appello - per cui sono da considerarsi inammissibili le censure articolate da pag. 45, a partire dalla frase "*i detti costi rendono l'offerta in perdita, con la conseguente doverosa esclusione*", riferita al settimo motivo di appello, non essendo stata richiesta autorizzazione preventiva alla deroga al limite dimensionale.

8.3. Vi è infatti al riguardo da evidenziare che il superamento dei limiti è questione di rito afferente all'ordine pubblico processuale, stabilito in funzione dell'interesse pubblico all'ordinato, efficiente e celere svolgimento dei giudizi ed è rilevabile d'ufficio a prescindere da eccezioni di parte. Il rigoroso rispetto dei limiti dimensionali costituisce attuazione del fondamentale principio di sinteticità (art. 3 c.p.a.), a sua volta ispirato ai canoni di economia processuale e celerità.

8.4. Il Collegio non ritiene pertanto di poter autorizzare postumamente il superamento dei limiti dimensionali, perché presupposto imprescindibile per l'adozione dell'autorizzazione postuma è la prova della oggettiva impossibilità o estrema difficoltà di chiedere e conseguire l'autorizzazione preventiva (Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2023, n. 847 cit.) oltre che la prova, già richiesta per

l'autorizzazione preventiva, di non poter osservare il limite dimensionale ordinariamente prescritto. Nel caso di specie, anzitutto non è stata richiesta detta autorizzazione postuma, neanche a seguito dell'avviso di rito in udienza, né sono state indicate ragioni in ordine alla impossibilità di rispettare il limite dimensionale prescritto. Soprattutto, non sono state indicate le ragioni che hanno reso oggettivamente impossibile la richiesta di autorizzazione preventiva in deroga, tanto più che, come già rimarcato, alla richiesta di autorizzazione preventiva deve essere data dall'ufficio giudiziario una risposta tempestiva, in difetto della quale l'autorizzazione si forma per *silentium* decorsi tre giorni dal deposito della richiesta. Nel caso di specie, alla data di notifica del ricorso (11 gennaio 2024) la parte ben avrebbe potuto chiedere l'autorizzazione preventiva, che si sarebbe formata non più tardi del 14 gennaio 2024, quando la parte era ancora ampiamente in termini per proporre appello. In conclusione, difettando plausibili ragioni per non chiedere la deroga in via preventiva, la deroga postuma non è autorizzabile.

8.5. Né la parte si è premurata, come pure era sua facoltà, di indicare in udienza, a seguito dell'avviso di rito, i motivi di ricorso o comunque le parti di atto a cui intendesse rinunciare (art. 7 d.P.C.S. citato).

Ne consegue che, in applicazione dell'art. 13-*ter* disp. att. c.p.a. come sopra interpretato, il Collegio non può (*recte*: non deve) esaminare le parti di atto che si collocano dopo i 70.000 caratteri calcolati come sopra indicato.

9. Peraltro, come evidenziato nelle memorie difensive della Domenico [REDACTED] e dallo stesso Tar con la sentenza odiernamente appellata, i motivi disattesi dal Tar per l'Emilia Romagna con la precedente sentenza n. 370 del 2023, che ha solo in parte accolto il ricorso avverso il primo provvedimento di aggiudicazione, dando luogo al rinnovato procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e conseguentemente al nuovo provvedimento di aggiudicazione in favore della stessa ditta Domenico [REDACTED], non potevano essere riproposti con l'impugnativa

avverso il nuovo provvedimento di aggiudicazione, come del pari non potevano essere riproposti i motivi non esaminati nella cennata sentenza n. 370 del 2023.

9.1. Ed invero le censure disattese o non esaminate nella sentenza n. 370 del 2023 non potevano infatti che essere oggetto dell'appello avverso tale sentenza.

9.2. Del pari non potevano essere proposti avverso il nuovo provvedimento di aggiudicazione quei motivi che avrebbero dovuto essere *ab origine* formulati contro il primo provvedimento di aggiudicazione, non potendo il nuovo procedimento di verifica dell'anomalia, scaturito dalla necessità di ottemperare, in sede di riesercizio del potere, ai vincoli conformativi derivanti dalla sentenza di annullamento n. 370 del 2023, cui è conseguito il nuovo provvedimento di aggiudicazione determinare una rimessione in termini, atta a consentire alla ■■■■■ di formulare per la prima volta censure che avrebbero dovuto essere formulate avverso il primo provvedimento di aggiudicazione.

9.3. Pertanto, avuto riguardo a tali principi, a prescindere dalla disamina di merito effettuata *ad abundantiam* da parte del giudice di *prime cure*, vanno dichiarati inammissibili, in quanto relativi a censure che non potevano essere formulate avverso il nuovo provvedimento di aggiudicazione:

- i motivi *sub* 4 e 4.1. relativi all'asserita illegittima mancata esclusione della Domenico ■■■■■ per avere reso una falsa informazione, sottacendo l'avvio da parte del AGCM di un procedimento per illecito anticorrenziale (oggetto peraltro in seguito di archiviazione), *sub* 7 (nella parte riferita alla sottostima del costo del personale sotto altri profili - erroneo inquadramento dei magazzinieri, mancato computo dei costi per il personale aggiuntivo -, alla sottostima delle spese generali e del costo delle imposte), *sub* 8 (relativo al mancato rispetto dei minimi retributivi, con riferimento al personale soggetto al passaggio di cantiere), *sub* 10 (relativo all'esclusione dell'aggiudicataria per avere la stessa caricato erroneamente per il lotto n. 1 l'offerta del lotto n. 2, *sub* 11 (relativa alla presentazione di una doppia

offerta, avuto riguardo al diverso costo per la diaria indicato in sede di giustizie, *sub* 12 (relativo all'illegittimità della *lex specialis* di gara), trattandosi di censure formulate avverso il primo provvedimento di aggiudicazione e disattese o non oggetto di scrutinio da parte del Tar con la sentenza n. 370 del 2023 ed oggetto del ricorso in appello della ██████ avverso tale sentenza;

- il motivo *sub* 9, riferito all'asserita illegittimità del nuovo provvedimento di aggiudicazione, avversato in *prime cure*, per mancata iscrizione della ditta Domenico ██████ nella *White List*, trattandosi di censura che avrebbe dovuto essere formulata con l'impugnativa avverso il primo provvedimento di aggiudicazione.

10. Peraltro, a prescindere da tali rilievi, *ad abundantiam* si evidenzia che le censure formulate avverso la sentenza n. 370 del 2023 sono state poi disattese da questa Sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 18 gennaio 2024 n. 602, alla quale si fa rinvio.

11. Del pari *ad abundantiam* si evidenzia come la censura articolata al motivo *sub* 9, riferita alla mancata iscrizione della ditta Domenico ██████ nella *White list*, peraltro inammissibile anche per superamento dei limiti di cui al d.P.C.S. n. 167/2016, sia comunque infondata, dovendo condividersi le conclusioni cui è giunto il giudice di *prime cure*.

11.1. Ed invero secondo quanto già ritenuto da questa sezione, con le sentenze del 18 gennaio 2024, n. 605 e n. 606, con cui sono stati decisi gli appelli proposti dalla ██████ avverso le decisioni del T.A.R. per il Veneto n. 1134/23 e n. 1135/23 “*Secondo l'art. 1, comma 53, della legge n. 190 del 2012, l'iscrizione nell'«elenco di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa» di cui al comma 52 della medesima legge, è richiesta – tra l'altro – per le imprese che svolgono attività di «ristorazione, gestione delle mense e catering» [lettera i-ter) del comma 53 cit.]. Come si evince dalla descrizione dell'oggetto dell'appalto sopra riferita (di cui all'art. 3) il servizio di cui trattasi ha per oggetto unicamente l'approvvigionamento e la fornitura delle derrate alimentari necessarie*

*al confezionamento dei pasti giornalieri per i detenuti; non, dunque, la preparazione dei pasti (che rientrerebbe nella ristorazione o nel catering) né il servizio mensa. La norma, comportando - secondo la dominante giurisprudenza (ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 30 settembre 2022, n. 8432) - la configurazione di una speciale causa di esclusione, applicabile anche in mancanza di una specifica menzione nella lex specialis di gara e non contrastante col principio di tassatività delle cause di esclusione, impone comunque una interpretazione legata allo stretto significato letterale della prescrizione. Per cui non è ammissibile estendere il riferimento alle attività di «ristorazione, gestione delle mense e catering» fino a comprendervi anche le attività meramente preparatorie (quali sono l'approvvigionamento e la fornitura delle derrate alimentari che dovranno essere utilizzate nelle successive fasi di preparazione dei pasti)».*

12. Del pari inammissibile, come da avviso dato in udienza, è il primo motivo di appello, relativo al rigetto dell'istanza ex art. 116 comma 2 c.p.a. relativamente ai costi delle utenze elettriche ed idriche sulle strutture oggetto di affidamento.

L'appellante ritiene errata, innanzitutto in rito, la decisione che aveva rigettato l'istanza, essendo stata la domanda ex art. 116 comma 2 c.p.a. definita con la stessa sentenza che aveva deciso nel merito il ricorso, mentre, in tesi attorea avrebbe dovuto fissarsi una camera di consiglio nel rispetto dei termini previsti per il rito camerale, ovvero nell'ipotesi di specie 30 giorni, essendo i termini dimezzati, laddove la causa era stata trattenuta in decisione dopo appena 28 giorni dalla presentazione dell'istanza, ex art. 116 comma 2 c.p.a..

Parte appellante lamenta di non avere potuto neanche beneficiare dei termini per il deposito delle memorie e repliche ex art. 73 c.p.a., così risultando leso il diritto di difesa.

Pertanto stante la lesione del diritto di difesa richiede la rimessione al primo giudice ex art. 105 c.p.a.

Inoltre, in tesi di parte appellante, la decisione sarebbe errata anche nel merito, laddove aveva ritenuto l'istanza di accesso infondata, perché avrebbe comportato

un'attività di elaborazione dei dati in quanto ■■■ con l'istanza prot. 1017/is del 20.9.2023 si era limitata a chiedere testualmente *“i documenti che attestano i consumi relativi alle utenze elettriche in Kwh ed idriche in mc ed i relativi costi per l'anno 2022 e l'anno 2023 delle strutture oggetto di affidamento, a prescindere da quanto addebitato al gestore”*; pertanto non era stata richiesta alcuna elaborazione da parte del PRAP, il quale avrebbe dovuto semplicemente trasmettere le fatture connesse alle utenze elettriche ed idriche delle strutture a gara che l'art. 8 CSA poneva interamente a carico dell'appaltatore.

12.1. Il motivo è inammissibile per difetto di interesse, in quanto la domanda ex art. 116 comma 2 c.p.a. doveva infatti essere ritenuta inammissibile non solo e non tanto per le ragioni evidenziate dal Tar, ma per il difetto di interesse ad avere la suddetta documentazione, avuto riguardo al difetto di strumentalità della stessa con le censure da ritenersi ammissibili, venendo in rilievo un accesso in corso di causa, ex art. 116 comma 2 c.p.a., rispetto al quale non poteva prescindere dalla disamina di detta strumentalità, laddove la motivazione articolata nella sentenza di *prime cure* circa la non necessità di indagine dell'interesse all'ostensione della documentazione andava riferita semmai ai giudizi autonomi di accesso, ex art. 116 comma 1 c.p.a..

12.1. L'istanza di accesso aveva infatti ad oggetto documentazione tendente a dimostrare l'incongruità dei costi generali, che in alcun modo avrebbe potuto e dovuto essere presa in considerazione dell'amministrazione nel rieditare nuovamente il potere per la verifica dell'anomalia dell'offerta, posto che la verifica doveva avere ad oggetto il solo discostamento dal costo orario medio delle tabelle ministeriali ed il costo dei trasporti e non i costi generali, essendo stata la relativa censura disattesa con la sentenza n. 370 del 2023.

Pertanto in alcun modo la ■■■ avrebbe potuto riaprire i termini per impugnare l'aggiudicazione, facendo valere vizi che avrebbe dovuto dedurre con la prima

impugnativa, avendo tra l'altro il primo giudice con la sentenza n. 370 del 2023 esaminato la doglianza riferita alla sottostima dei costi generali, disattendendola, alla stregua dei seguenti rilievi. *“Il fatto che nelle spese generali dichiarate siano comprese solo la polizza (48.061,77 €) e l'utilizzo software (3.155,57 €), è smentito nella relazione dell'amministrazione che riporta le voci enunciate dalla controinteressata ossia spese amministrative, costo polizza, polizza responsabilità civile, costi per il consulente del lavoro, altre spese connesse alla stipula e alla gestione dell'appalto (il totale è infatti di 72.578,12 €). In effetti, nella scomposizione dei costi delle giustificazioni (pag. 7 di 9) [REDACTED] specifica l'ammontare unitario dal quale estrapola “alcune delle sue componenti nel dettaglio”, che evidentemente non esauriscono l'elenco delle sotto-voci nelle quali le spese generali si articolano. Il dedotto deficit per oneri di personale amministrativo, utenze e analisi di laboratorio, consulenze, pulizie e spese contrattuali, con aggravio calcolato in 73.112,50 € si risolve in un'asserzione indimostrata, sia con riguardo alla necessità (ad esempio rispetto al capitolato) che con riguardo al peso economico. A titolo di esempio, per il personale amministrativo la Società [REDACTED] ha dato conto di una piattaforma unitaria che lavora per tutti gli appalti (che sono numerosissimi) con logico ampio contenimento dei costi. Ne deriva l'inconsistenza della censura”.*

12.2. *Ad abundantiam* si evidenzia peraltro come il motivo sia anche infondato, avuto riguardo al profilo in rito, in quanto, stante l'opposizione delle controparti sul rinvio dell'udienza, quale risultante dal verbale di udienza, ben poteva il giudice decidere l'istanza di accesso in uno al merito in sede di udienza pubblica, essendo stata la stessa introitata dopo che erano decorsi i termini dimezzati per il deposito delle memorie previste sia per il rito camerale, che per il rito appalti (ovvero 15 giorni per la memoria diretta e 10 giorni per la memoria di replica), per cui non era stato affatto leso il diritto di difesa, mentre la decisione in udienza pubblica, anziché in camera di consiglio, oltre ad essere prevista dall'art. 116 comma 2 c.p.a., secondo cui *“L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero*

*con la sentenza che definisce il giudizio*”, come noto, in base ai principi generali, non è causa di nullità.

13. Il secondo e terzo motivo di appello, stante la loro stretta connessione oggettiva, possono essere esaminati congiuntamente.

13.1. In particolare con il secondo motivo di appello la società appellante lamenta che il primo giudice non aveva scrutinato la richiesta di rinvio formulata a verbale d’udienza, finalizzata al rinvio della trattazione della causa in attesa della decisione ad opera di questa sezione del Consiglio di Stato dell’appello sulla sentenza n. 370 del 2023, che non si era rilevata completamente soddisfacente per la ██████.

In tesi di parte appellante, comportando l’eventuale accoglimento dell’appello avverso la sentenza n. 370 del 2023, con cui erano state riproposte le censure – anche di carattere immediatamente escludente – disattese o non esaminate dal primo giudice, un travolgimento del secondo provvedimento di aggiudicazione, il primo giudice avrebbe dovuto concedere il richiesto rinvio, essendo il giudizio avverso il primo provvedimento di aggiudicazione, pendente innanzi a questo Consiglio di Stato, pregiudiziale rispetto al giudizio relativo al secondo provvedimento di aggiudicazione.

Il rinvio della trattazione della causa, in tesi attorea, sarebbe stato necessario al fine di evitare un contrasto tra statuizioni.

Ad avviso di parte appellante la smania di decidere ad opera del primo giudice avrebbe violato il principio del doppio grado di giudizio, poiché era stato confermato il “secondo” provvedimento di aggiudicazione, fondato su presupposti ancora incerti in ragione della pendenza del giudizio di appello sul primo provvedimento di aggiudicazione.

La condotta del primo giudice avrebbe dunque, in tesi, vanificato la proposizione del giudizio di appello RG 6560/2023, privando parte appellante del diritto di difesa relativo ai due gradi di giudizio.

Pertanto andrebbe annullata la sentenza di *prime cure*, con rimessione al Tar, ex art. 105 c.p.a., essendo stato violato il diritto di difesa.

13.2. Con il terzo motivo parte appellante lamenta che il primo giudice non avrebbe considerato che nell'ipotesi di specie ricorreva un'ipotesi di sospensione del giudizio obbligatoria, stante il rapporto di pregiudizialità dipendenza fra le due cause, in quanto se la "prima" aggiudicazione fosse stata annullata sotto ulteriori profili, sarebbe venuta meno tutta la successiva valutazione del PRAP che aveva condotto alla "seconda" aggiudicazione; in subordine con il motivo sub 3.1. assume che doveva comunque censurarsi la scelta del primo giudice di non sospendere in via facoltativa il giudizio ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c..

14. I suindicati motivi, come evidenziato dalla difesa erariale nella memoria di replica e dalla società Domenico [REDACTED] con la memoria diretta, sono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse, atteso che l'appello avverso la sentenza n. 370 del 2023 è stato respinto da questa Sezione con l'indicata sentenza n. 602 del 2024, pubblicata prima della discussione del presente appello, per cui alcuna utilità potrebbe ricevere parte appellante dalle censure formulate, fondate sul richiesto rinvio del giudizio o sulla richiesta sospensione, in attesa del giudicato relativo all'impugnativa della prima aggiudicazione, essendo nelle more della celebrazione del presente giudizio intervenuta la sentenza della sezione, di conferma della sentenza del Tar da cui è scaturito il rinnovato procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta ed il nuovo provvedimento di aggiudicazione oggetto del presente contenzioso.

14.1. Ciò in disparte dalla considerazione che le censure articolate in alcun modo avrebbero potuto determinare una rimessione al primo giudice, non essendosi al cospetto di alcuna lesione del diritto di difesa, essendo stati assicurati i due gradi di giudizio sia rispetto all'impugnativa del primo provvedimento di aggiudicazione,

oggetto infine della suindicata sentenza di questa Sezione n. 602 del 2024, che avverso il secondo provvedimento di aggiudicazione, oggetto dell'odierno appello.

14.2. Al riguardo devono infatti applicarsi i consolidati principi elaborati dalla giurisprudenza dell'Adunanza plenaria che si è pronunciata sui limiti applicativi dell'art. 105 c.p.a. (cfr. sentenza 30 luglio 2018, n. 10; sentenza 30 luglio 2018, n. 11; sentenza 5 settembre 2018, n. 14; sentenza 28 settembre 2018, n. 15), ripetutamente osservando che le disposizioni che prevedono le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado previste dall'art. 105 c.p.a. hanno carattere eccezionale e tassativo e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazioni analogiche o estensive.

14.3. Peraltro la richiesta di parte ricorrente non dava luogo ad alcuna ipotesi di sospensione necessaria del giudizio, né alla necessità di rinvio, venendo in rilievo due distinti provvedimenti di aggiudicazione, il primo oggetto dell'annullamento di cui alla sentenza n. 370 del 2023, in esecuzione della quale si è proceduto al rinnovo, nei termini indicati dalla sentenza, del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta e dunque al secondo provvedimento di aggiudicazione, ipotesi questa semmai astrattamente riconducibile al rinvio facoltativo di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c., rimesso all'apprezzamento del collegio giudicante.

Pertanto la mancata concessione della sospensione, sebbene non oggetto di esplicita delibazione da parte del primo giudice, non rende *ex se* la sentenza di *prime cure* necessitante di riforma, posto che alla mancanza di motivazione sul punto può sopperirsi in grado di appello, avuto riguardo al principio devolutivo che consente al giudice di appello di integrare o modificare la sentenza gravata nei limiti delle censure formulate.

14.4. Va al riguardo precisato che l'art. 79, comma 1, c.p.a., dispone che “*la sospensione del processo è disciplinata dal codice di procedura civile, dalle altre leggi e dal diritto dell'Unione europea*”. In disparte la disciplina specifica che il c.p.a. reca della

sospensione del processo in caso di incidente di falso (artt. 77 e 78 c.p.a.), esso non reca una disciplina generale dei casi di sospensione del processo, ma si limita ad operare un triplice rinvio, di tipo mobile, al c.p.c., alle altre leggi, e al diritto eurounitario.

Il c.p.a. recepisce pertanto i seguenti casi di sospensione del processo contemplati dal c.p.c.:

- la sospensione necessaria di cui all'art. 295 c.p.c., in ragione della necessità della previa risoluzione di una “controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa”;
- la sospensione facoltativa di cui all'art. 296 c.p.c., “*su istanza di tutte le parti, ove sussistano giustificati motivi (...) per un periodo non superiore a tre mesi*” e con fissazione dell’ “*udienza per la prosecuzione del processo*”;
- la sospensione facoltativa di cui all'art. 337, secondo comma, c.p.c., quando in un processo è invocata l'autorità di una sentenza che è oggetto di impugnazione;
- la sospensione discrezionale di cui all'art. 367, primo comma, c.p.c., in pendenza del regolamento preventivo di giurisdizione;
- la sospensione necessaria in pendenza di un regolamento di competenza ai sensi dell'art. 48 c.p.c.

Un rilievo specifico, quanto alla sospensione disposta dalle leggi speciali, ha l'art. 23 della legge 11.3.1953 n. 87, sulla rimessione alla Corte costituzionale, da parte di un giudice, di una questione di legittimità costituzionale, con contestuale sospensione del giudizio *a quo*.

Quanto al richiamo del diritto eurounitario operato dall'art. 79, comma 1, c.p.a., il par. 25 delle Raccomandazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea ai giudici nazionali (2019/C 380/01), in connessione con il rinvio pregiudiziale alla CGUE previsto dall'art. 267 TFUE, dispone che il giudizio a quo venga sospeso.

14.4.1. L'Adunanza Plenaria (sent. 13 febbraio 2023 n. 7) al riguardo ha chiarito che i casi di sospensione del processo sono tassativi, poiché *“la sospensione (...) determina una potenziale lesione del principio di ordine costituzionale della ragionevole durata del processo (oggi sancito per il processo amministrativo dall'art. 2, comma 2, c.p.a.)”*.

14.4.2. Ciò posto, nell'ipotesi di specie pertanto poteva configurarsi l'ipotesi di sospensione facoltativa di cui all'art. 337, secondo comma, c.p.c., il cui apprezzamento non poteva che essere rimesso al primo giudice; detta sospensione peraltro non era opportuna, potendosi neutralizzare il possibile contrasto di giudicati in applicazione del principio dell'effetto espansivo esterno del giudicato sulla causa pregiudicante, secondo quanto di seguito precisato.

14.5. Parimenti non dovuto era il richiesto rinvio della trattazione della causa, in disparte dalla circostanza che le difese delle parti appellate, come risultante dal verbale di udienza, si erano motivatamente opposte al richiesto rinvio.

14.5.1. Ed invero va al riguardo precisato che in forza dell'art. 73 comma 1-bis c.p.a. *“Il rinvio della trattazione della causa è disposto solo per casi eccezionali, che sono riportati nel verbale di udienza”*.

La giurisprudenza amministrativa, interpretando la predetta disposizione, ne ha effettuato un'interpretazione restrittiva, limitandone la portata specialmente in talune materie quali, ad esempio, le cause in materia di appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 gennaio 2024, n.50). In linea generale, la domanda di rinvio deve fondarsi quindi su "situazioni eccezionali".

Nel caso di specie le ragioni condotte a fondamento del rinvio non erano qualificabili come eccezionali, in quanto i collegamenti esistenti tra le vicende riguardanti la prima aggiudicazione e la seconda aggiudicazione erano facilmente risolvibili mediante il ricorso alla categoria degli effetti espansivi esterni del giudicato (art 336 primo e secondo comma c.p.c.) per cui la pendenza dell'appello

avverso la sentenza n. 372 del 2022 investiva semmai l'eventuale interesse al ricorso relativo all'impugnativa del secondo provvedimento di aggiudicazione.

14.6. L'ipotetico contrasto tra i giudicati derivanti dai due giudizi, all'esito della definizione dell'appello avverso la sentenza n. 372 del 2022 – invero non verificatosi, per effetto della conferma di tale sentenza ad opera della sentenza di questa Sezione n. 604 del 2024 – sarebbe stato infatti risolvibile, come innanzi accennato ed evidenziato dalla difesa erariale, mediante il ricorso alla categoria degli effetti espansivi esterni (art 336 primo e secondo comma c.p.c.), applicabile anche al processo amministrativo in forza del rinvio esterno di cui all'art. 39 comma 1 c.p.a..

14.6.1. Ed invero secondo la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione nella sua massima composizione (sentenza S.U. 21763/2021) l'effetto espansivo esterno del giudicato è “meccanismo di coordinamento” "a posteriori" anche nei casi di pregiudizialità tecnica, che garantirebbe, comunque, la celerità nella definizione del giudizio dipendente, altrimenti esposto ad una sospensione necessaria di durata non predeterminabile”. L'art 336, secondo comma c.p.c., svolge dunque una funzione di valvola di sicurezza, atteso che la sentenza passata in giudicato, resa sulla causa pregiudicata (nella presente vicenda, quella resa sulla seconda aggiudicazione) sarebbe colpita di riflesso, in forza dell'effetto espansivo esterno conseguente alla riforma della sentenza che definisce la causa pregiudiziale, ristabilendosi – ancorché *ex post* – l'armonia tra i giudicati.

Pertanto, alla luce di quanto indicato, ricorreva al più un'ipotesi di sospensione facoltativa del giudizio, rimessa all'apprezzamento del collegio giudicante, il cui mancato accoglimento in alcun modo avrebbe pregiudicato gli interessi di parte appellante, in applicazione del principio dell'effetto espansivo esterno del giudicato, secondo quanto innanzi precisato, come chiarito dalla giurisprudenza delle S.U. della Suprema Corte di Cassazione con l'indicata sentenza n. 21763 del

2021, secondo la quale “salvi i casi in cui la sospensione del giudizio sulla causa pregiudicata sia imposta da una disposizione normativa specifica, che richieda di attendere la pronuncia con efficacia di giudicato sulla causa pregiudicante, quando fra due giudizi esista un rapporto di pregiudizialità tecnica e quello pregiudicante sia stato definito con sentenza non passata in giudicato, la sospensione del giudizio pregiudicato non può ritenersi obbligatoria ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (e, se sia stata disposta, è possibile proporre subito istanza di prosecuzione in virtù dell'art. 297 c.p.c., il cui conseguente provvedimento giudiziale è assoggettabile a regolamento necessario di competenza), ma può essere adottata, in via facoltativa, ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c., applicandosi, nel caso del sopravvenuto verificarsi di un conflitto tra giudicati, il disposto dell'art. 336, comma 2 c.p.c.”.

15. Ciò posto, può passarsi alla disamina degli unici motivi ammissibili e procedibili, quali articolati al quinto, al sesto, ed in parte al settimo motivo di appello, concernenti il rinnovato procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, con riferimento alla ritenuta congruità dell'offerta dell'aggiudicataria Domenico ██████, quanto ai costi del personale, limitatamente al discostamento delle tabelle ministeriali riferite al costo medio del lavoro, e quanto ai costi del trasporto.

16. Prima di procedere alla disamina di tali motivi, giova peraltro richiamare i principi elaborati dalla giurisprudenza amministrativa relativamente ai limiti del sindacato giurisdizionale sulla verifica della congruità dell'offerta.

16.1. Come più volte affermato dalla giurisprudenza, il procedimento di verifica dell'anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di

prezzo (tra le tante, Cons. di Stato, sez. V, 2 maggio 2019, n. 2879; sez. III, 29 gennaio 2019, n.726; sez. V, 23 gennaio 2018, n. 430; 30 ottobre 2017, n. 4978).

L'esito della gara può infatti essere travolto solo quando il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza ed incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economicamente non plausibile e insidiata da indici strutturali di carente affidabilità a garantire la regolare esecuzione del contratto volta al perseguimento dell'interesse pubblico.

D'altro canto, va anche rammentato che la formulazione di un'offerta economica e la conseguente verifica di anomalia si fondano su stime previsionali e dunque su apprezzamenti e valutazioni implicanti un ineliminabile margine di opinabilità ed elasticità, essendo quindi impossibile pretendere una rigorosa quantificazione preventiva delle grandezze delle voci di costo rivenienti dall'esecuzione futura di un contratto e per contro sufficiente che questa si mostri *ex ante* ragionevole ed attendibile (così espressamente Cons. di Stato, sez. V, n. 3480 del 2018).

Pertanto la valutazione di congruità costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 17 maggio 2018 n. 2953; 24 agosto 2018 n. 5047; sez. III, 18 settembre 2018 n. 5444; sez. V, 23 gennaio 2018, n.230).

16.2. Giova poi anche richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la verifica di congruità di un'offerta non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa – tenuto conto della propria organizzazione aziendale e, se del caso, della comprovata esistenza di particolari condizioni favorevoli esterne – di eseguire le prestazioni contrattuali al prezzo proposto, essendo ben possibile che

un ribasso sostenibile per un concorrente non lo sia per un altro, per cui il raffronto fra offerte differenti non è indicativo al fine di dimostrare la congruità di una di esse (Cons. St., sez. III, 9 ottobre 2018, n. 5798).

16.3. Si è inoltre affermato che la motivazione del giudizio di non anomalia non deve essere specifica ed estesa, potendo essere effettuata anche mediante rinvio per relationem alle risultanze procedimentali e alle giustificazioni fornite dall'impresa.

16.4. La stazione appaltante non è poi tenuta a chiedere chiarimenti su tutti gli elementi dell'offerta e su tutti i costi, anche marginali, ma può legittimamente limitarsi alla richiesta di giustificativi con riferimento alle voci di costo più rilevanti, in grado di incidere sulla complessiva attendibilità dell'offerta sì da renderla non remunerativa e inidonea ad assicurare il corretto svolgimento del servizio (Cons. Stato, Sez. III, 14.11.2018, n. 6430).

Inoltre, in sede di procedimento di verifica dell'anomalia, è pacificamente ammessa la progressiva ripermetrazione, nella dialettica della fase giustificativa, dei parametri di costo, con compensazione delle precedenti sottostime e sovrastime, sia per porre rimedio a originari errori di calcolo, sia, più in generale, in tutti i casi in cui l'entità dell'offerta economica rimanga immutata, (Cons. Stato, sez. V, n. 1874 del 2020; n. 4400 del 2019; n. 4680 del 2017).

16.4.1. Inoltre, secondo la giurisprudenza, condivisa dalla Sezione, in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, salvo il caso in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è dato stabilire una soglia di utile al di sotto della quale l'offerta va considerata anomala - potendo anche un utile modesto comportare un vantaggio significativo (Cons. Stato Sez. V, 22/03/2021, n. 2437; Cons. Stato Sez. III, Sent., 13-07-2021, n. 5283).

16.5. Si è altresì affermato il condivisibile orientamento giurisprudenziale secondo il quale le giustificazioni addotte dal concorrente per la comprova della congruità e

serietà della propria offerta ben possono fare riferimento a situazioni esistenti al momento in cui si svolge la verifica di anomalia, per cui può certamente tenersi conto di sopravvenienze, sia fattuali che normative, che dimostrino la concreta affidabilità dell'offerta.

In tale contesto deve ritenersi consentita la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo anche in relazione a “sopravvenienze di fatto o normative”, (Cons. Stato, sez. V, n. 4400 del 2019), potendosi sempre valorizzare “economie sopravvenienti, in grado di refluire sull'affidamento del contratto” (Cons, Stato, sez. V, n. 1874 del 2020; n. 3502 del 2019; in senso analogo n. 4272 del 2020 secondo cui è *“ammisibile non solo la modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo, rispetto alle giustificazioni già fornite, come pure l'aggiustamento delle singole voci di costo, sia in correlazione a sopravvenienze di fatto o normative, sia per porre rimedio a originari e comprovati errori di calcolo, sempre che resti ferma l'entità originaria dell'offerta economica, nel rispetto del principio dell'immodificabilità, che presiede la logica della par condicio tra i competitori (Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2019, n. 4400); ma anche la rimodulazione degli elementi economici dell'offerta in sede di giustificazioni sull'anomalia, con il solo limite di non alterarne il quantum iniziale o l'equilibrio economico e purché si accerti in concreto, sulla base di un apprezzamento globale e sintetico, che la proposta economica risulti nel suo complesso affidabile e attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1071)”*).

16.6. Infine, in base ai consolidati principi della giurisprudenza, se in sede giurisdizionale il ricorrente deduce l'inattendibilità dell'offerta per aspetti non specificatamente presi in considerazione dalla stazione appaltante, legittimamente l'aggiudicataria può difendersi in giudizio provvedendo a giustificare tali voci in sede processuale (Cons. Stato, Sez. III, 14 novembre 2018, n. 6430; Cons. Stato, sez. III, 15 febbraio 2021 n. 1361).

16.7. In ogni caso va rimarcato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in termini generali, con i necessari distinguo ove la dedotta anomalia riguardi i trattamenti salariali minimi per il personale, l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica Amministrazione (Cons. Stato Sez. III, 20 giugno 2022, n. 5022), con la conseguente necessità di annullamento del giudizio di verifica dell'anomalia ai fini della sua ripetizione da parte della stazione appaltante.

17. A tali principi si è invero ispirato il Tar pe l'Emilia Romagna sia con la sentenza n. 370 del 2023, con cui ha disposto la rinnovazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta in relazione alle due voci, del costo del personale, con riferimento al discostamento dalle tabelle ministeriali pro tempore vigenti quanto al costo medio del lavoro, e del costo del trasporto, sia con la sentenza n. 769 del 2023 oggetto dell'odierno appello, per cui le censure articolate con l'odierno atto di appello vanno disattese, secondo quanto di seguito precisato.

18. La ■■■ con il quinto motivo di appello la ■■■ assume che con il secondo motivo di ricorso era stata lamentata l'errata conduzione della fase di verifica dell'anomalia ed il grave scostamento dai valori ritenuti minimi dalla SA.

Il Tar aveva ritenuto infondata la censura sulla base del rilievo che :  
*“L'amministrazione, infatti, non ha affatto ritenuto “violativa dei minimi retributivi” l'offerta dell'aggiudicataria né ha rimodulato la stessa, semplicemente ritenendo che il maggior costo del costo del personale, pari a circa 19,000 euro, potesse essere assorbito dagli utili dell'impresa, ritenendo quindi la stessa seria e sostenibile”*, riproducendo testualmente le valutazioni

espresse dal PRAP per sottolineare come la █████ fosse incorsa in un equivoco tra i valori medi tabellari ed i minimi retributivi e come l'Amministrazione potesse procedere a compensare le sottostime dei costi del personale con gli utili.

In tesi di parte appellante il Tar aveva frainteso la censura, poiché la ricorrente aveva lamentato come l'Amministrazione, pur di salvaguardare l'offerta dell'aggiudicataria, avesse autonomamente ricalcolato in via autoritativa il costo del lavoro di █████, rilevando uno scostamento dai valori tabellari per un importo in tesi rilevante pari a circa € 19.000,00 mai giustificato, passando da un costo di € 170.927,50, quantificato dall'aggiudicataria, ad un costo pari a € 189.519,62, stimato dalla stazione appaltante.

█████ non aveva lamentato con tale motivo una violazione dei minimi retributivi *tout court*, bensì aveva evidenziato la sussistenza di uno scostamento significativo dagli importi minimi, quantificati dal PRAP stesso.

Tale operazione era stata eseguita ricalcolando il costo del lavoro: il Ministero aveva deciso al posto della ditta Domenico █████ a quanto ammontasse il costo per il personale e per coprire tale costo più alto del personale aveva autonomamente deciso che la ditta potesse coprire tali maggiori costi erodendo gli utili, volontà mai manifestata dall'aggiudicataria.

Ad avviso di parte appellante il *modus procedendi* da seguire doveva essere un altro, ossia il PRAP avrebbe dovuto individuare il costo del lavoro reale del personale impiegato dalla ditta █████ e consentire all'aggiudicataria di dimostrare le economie di spesa per raggiungere il livello di costo più basso offerto.

Dato che la ditta non era riuscita in tale dimostrazione, la stessa, in tesi di parte appellante, avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto la giurisprudenza in tema di compensazione tra sovrastime e sottostime delle singole componenti del prezzo offerto non potrebbe trovare applicazione poiché non potrebbe essere la stazione

appaltante a rideterminare autonomamente il costo della manodopera, né l'aggiudicataria aveva mai dichiarato di voler procedere in tal senso.

19. Con il sesto motivo di appello l'appellante assume di avere censurato in *prime cure* la mancata esclusione dell'aggiudicataria, nonostante la stessa avesse modificato la propria offerta sotto i seguenti due aspetti:

1) in sede di gara ██████ aveva quantificato il costo della manodopera in circa € 170.000,00, modificato dalla sola stazione appaltante in sede subprocedimento di verifica dell'anomalia, nel corso in un importo pari a circa € 189.000,00;

2) ██████ in sede di offerta tecnica aveva dichiarato di eseguire in proprio i trasporti ed in sede di giustifiche aveva giustificato il costo indicato mediante la produzione di un preventivo di un soggetto terzo.

La sentenza di *prime cure* sarebbe pertanto erronea laddove aveva rigettato tali censure, in quanto nella materia degli appalti pubblici vige il principio generale della immodificabilità dell'offerta, al fine di tutelare l'imparzialità e la trasparenza dell'agire della stazione appaltante, nonché il principio della concorrenza e della parità di trattamento tra gli operatori economici che prendono parte alla procedura concorsuale.

La modifica, durante la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, del costo della manodopera pertanto, in tesi di parte appellante, dovrebbe comportare l'immediata esclusione del concorrente, tant'è vero che sarebbe pacifico che compensazioni tra voci di costo sottostimate e sovrastimate sono consentite *“purché l'offerta non sia sostanzialmente modificata o stravolta nei suoi elementi essenziali, fra i quali rientra anche la voce relativa al costo del lavoro per il personale impiegato nell'esecuzione dell'appalto”*.

Rispetto alla modifica delle modalità di trasporto, il primo giudice aveva affermato che la produzione dei preventivi di un trasportatore terzo era avvenuta solo per evidenziare la sostenibilità dei propri costi, laddove in realtà, in sede di offerta ██████ aveva affermato di eseguire in proprio i trasporti.

La motivazione addotta dal primo giudice sarebbe, in tesi di parte appellante, erronea, in quanto la ditta ██████, in quanto attuale gestore dell'analogo Lotto 1, non aveva alcun bisogno di produrre un preventivo di terzi per comprovare il costo dei trasporti, potendo lo stesso essere desunto dai dati già in suo possesso.

Con il motivo sub 6.1. la ██████ lamenta che la stazione appaltante non avrebbe potuto autonomamente sostituirsi a Venuta nel disporre una modifica del costo della manodopera e compensare i maggiori costi con gli utili, in assenza di una manifestazione di volontà espressa dal concorrente, con riferimento peraltro ad una voce, in tesi immodificabile, quale il costo del lavoro.

Con il settimo motivo di appello ██████, oltre a reiterare le censure inammissibili, in quanto già disattese con la sentenza n. 370 del 2023, secondo quanto innanzi precisato, fa invero riferimento – peraltro nella parte dell'atto di appello successiva ai 70.000 caratteri, secondo quanto innanzi evidenziato, anche alle doglianze relative al costo per il trasporto, evidenziando di avere lamentato la genericità delle giustifiche rese, dato che ██████ si era limitata a produrre in data 3.7.2023 un preventivo della New Serena Trasporti srl per spostare le merci dal deposito di Nola agli Istituti penitenziari emiliani per circa € 700,00 per viaggio, evidenziando di avere comprovato la non credibilità di tali costi facendo riferimento ai costi dei trasporti cristallizzati nella Relazione FAI (Federazione Autotrasportatori Italiani) relativa al Lotto 1, secondo cui il costo da sostenere sarebbe pari ad € 1,90/km.

Il costo stimato per ogni viaggio, in base a tale parametro, sarebbe pertanto pari ad € che moltiplicato

€ 2.274,87, che moltiplicato per i 36 viaggi darebbe luogo a un costo totale pari € 81.895,32.

Sottraendo dal costo totale calcolato secondo i parametri del FAI in € 81.895,32, il costo stimato da ██████ pari ad € 28.320,00, si otterrebbe che l'aggiudicataria avrebbe sottostimato il costo dei trasporti per un importo pari ad € 53.575,32.

La decisione del Tar, in ordine alla ritenuta congruità dei costi del trasporto sarebbe pertanto, ad avviso di parte appellante, erronea, in quanto se è vero che la relazione FAI prevedeva un costo indicativo in ragione della liberalizzazione del mercato, tuttavia il detto costo risultava il triplo di quello stimato da [REDACTED].

Inoltre alcun elemento concreto era stato fornito dall'aggiudicataria, la quale si era limitata a produrre un preventivo mai suffragato da dati reali.

Inoltre, il Tar aveva sottolineato che non era stato comprovato che gli istituti sarebbero privi di adeguate celle frigorifere, laddove [REDACTED], in quanto gestore uscente era conscia di tale rilievo ed il CSA aveva elencato le attrezzature, assolutamente insufficienti per conservare per giorni il cibo di centinaia di detenuti. Peraltro se era vero che parte dei costi relativi al trasporto erano a carico dei sub-fornitori, come sostenuto dal Tar, allora la stazione appaltante, avrebbe dovuto approfondire il costo delle derrate poiché chiaramente i sub-fornitori avrebbero incluso tali costi nell'attività di fornitura. Inoltre, [REDACTED], in quanto gestore uscente del Lotto 1 avrebbe dovuto dimostrare i costi sostenuti rispetto ai dati già in suo possesso.

Ad avviso di parte appellante se il Tar avesse analizzato tutti i maggiori costi evidenziati da [REDACTED] avrebbe dovuto riscontrare che l'offerta era in perdita per oltre euro 1000.000.

20. Le censure vanno esaminate partitamente, avendo riguardo per un verso a quelle riferite al costo del lavoro, per altro verso quelle riferite ai costi di trasporto.

21. Quanto ai costi del lavoro, vista l'equivocità delle espressioni utilizzate da parte appellante, va rimarcato vieppiù quanto evidenziato dal primo giudice, ovvero che il parametro dal quale si discostava l'offerta della Ditta Domenico [REDACTED], era rappresentato dal "costo medio orario del lavoro", che risulta dalle tabelle, redatte dal Ministero competente, che esprimono un costo del lavoro medio, ricostruito su basi statistiche, per cui esse non rappresentano un limite inderogabile per gli

operatori economici partecipanti a procedure di affidamento di contratti pubblici, ma solo un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che lo scostamento da esse, specie se di lieve entità, non legittima di per sé un giudizio di anomalia (ex multis Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 6 febbraio 2017, n. 501; sez. III, 13 marzo 2018, n. 1609; III, 21 luglio 2017 n. 3623; 25 novembre 2016, n. 4989).

E' infatti al riguardo consolidato nella giurisprudenza il principio in base al quale l'automatica esclusione, prevista dall'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016, a cui rinvia l'art. 95, comma 10, opera quando l'offerta non rispetti i minimi salariali, in quanto considerata *ex lege* anormalmente bassa. Ciò richiama la distinzione tra "*costo orario medio del lavoro*" risultante dalle tabelle ministeriali e i trattamenti "*minimi salariali*" inderogabili desunti dal pertinente contratto collettivo (cd. trattamento retributivo minimo) (Cons. Stato, Sez. III, 21 settembre 2018, n. 5492; T.A.R. Piemonte, 23 novembre 2020, n. 754, confermata da Cons. Stato, sez. V, 9 agosto 2022, n. 5795)

Ciò posto l'eventuale discordanza delle voci di costo del personale da quelle riassunte nelle tabelle ministeriali, affinché possa assumere il rilievo di causa escludente, deve pertanto essere sia considerevole, che palesemente ingiustificata e tale da incidere sull'affidabilità dell'offerta, alla luce di una valutazione globale e sintetica. Ovvero, che gli "*scostamenti del costo del personale, salvi i trattamenti retributivi minimi contrattuali, non trovino compensazione, o copertura sotto il profilo economico-finanziario, in altre voci (quali quelle per spese generali, fondi accantonamenti rischi, utile d'impresa)*" (Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 2022, n. 9861).

Ragionevoli, giustificate e proporzionate modificazioni e rimodulazioni possono infatti interessare anche la struttura dei costi per il personale (Cons. Stato Sez. III, Sent19-10-2021, n. 7036).

21.1. Pertanto nell'ipotesi di specie la stazione appaltante non ha affatto proceduto alla modifica dell'offerta della ditta aggiudicataria quanto al costo del lavoro, ma ha ritenuto che il costo da essa indicato non fosse giustificato quanto al discostamento dal costo medio risultante dalle tabelle ministeriali, ma cionostante ha ritenuto che l'offerta non potesse *ex se* ritenersi incongrua, potendo il maggiore costo essere compensato con gli utili di impresa, avuto riguardo alla circostanza che il maggiore costo pari a circa euro 19.000,00 non poteva considerarsi di importo elevato, a fronte del complessivo importo aggiornato di circa euro 170.000,00.

Ed invero alcuna modifica del costo del lavoro è stata operata, ma – ribadito che nell'offerta presentata risultava assolutamente rispettato il trattamento retributivo minimo – la Stazione Appaltante, sviluppando i valori indicati dall'operatore economico, era semplicemente pervenuta ad un parametro di riferimento che, nell'ambito della rivalutazione sintetica e globale dell'offerta, le aveva consentito di apprezzare la sostenibilità e realizzabilità della stessa, in adesione al cristallizzato orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'offerta non va esclusa se non risulti nel complesso in perdita.

Pertanto, nonostante la maggiore stima del costo del lavoro operato dalla stazione appaltante, con riferimento al costo orario medio, nell'ambito del giudizio sintetico, l'offerta complessivamente è risultata congrua; né la stima del costo medio del lavoro operata dalla stazione appaltante ha inciso in maniera rilevante sul costo del lavoro indicato nell'offerta dell'aggiudicataria.

22. Parimenti da disattendere, a prescindere dal rilievo della loro inammissibilità per la parte collocata oltre ai 70.000 caratteri dell'atto di appello, sono le censure riferite ai costi di trasporto, atteso che nelle giustifiche rese nell'ambito del subprocedimento di verifica dell'anomalia, ritenute condivisibili da parte della stazione appaltante, la ditta ████████ ha precisato: “*Occorre premettere che nella relazione*

*tecnica presentata all'atto della partecipazione alla gara è stato da noi dettagliato specificamente che i rifornimenti di tutte le materie prime occorrenti per la realizzazione del servizio sarebbero stati svolti seguendo 2 direttrici distinte; la prima, per quanto attiene ai prodotti freschi, con rifornimenti effettuati direttamente dai fornitori presso gli istituti penitenziari da servire ed in questo caso il costo del trasporto delle merci è a totale carico del fornitore in quanto incluso nei costi fatturati dei prodotti forniti. La seconda modalità di fornitura è tramite la nostra piattaforma centrale sita presso l'interporto di Nola alla quale, come da progetto, è stato riservato l'incarico di effettuare esclusivamente la fornitura dei prodotti secchi, conservati e dei surgelati.*

*Orbene, tanto premesso, per procedere alla determinazione dei costi del trasporto che incidono dalla piattaforma centrale agli istituti penitenziari, si è proceduto alla determinazione delle quantità complessive dei generi tabellari su media annua da trasportare. Bisogna altresì comunicare, per inciso, che la scrivente ditta ha effettuato già dal 1/6/2021 al 29/5/2023, in associazione temporanea d'impresa con altra società, esattamente lo stesso servizio per il Lotto 1 con la stessa tipologia di separazione di fornitura, ipotizzata nell'attuale progetto di offerta, e cioè la fornitura di prodotti "Freschi" riservata all'altra azienda in Ati, con rifornimenti effettuati direttamente dai fornitori presso gli istituti penitenziari da servire ed in questo caso il costo del trasporto delle merci è a totale carico del fornitore in quanto incluso nei costi fatturati dei prodotti forniti; mentre la fornitura dei prodotti secchi, conservati e surgelati riservata alla Ditta Domenico [REDACTED] srl, da effettuarsi da Nola.*

*Tanto si comunica perché oltre ad effettuare delle ipotesi di consumi sulla scorta della nostra esperienza e delle presenze presunte da bando di gara, si è potuto contare anche su dati consuntivi certi provenienti dalla gestione in essere; le prescrizioni tabellari risultano essere le medesime per tutti i lotti cambiando esclusivamente il numero delle presenze da servire.*

*Tutto quanto premesso ci ha consentito di determinare con grande accuratezza le reali necessità in merito ai trasporti necessari. Dall'analisi dettagliata della diaria e della sua composizione risulta inequivocabilmente che la fornitura dei prodotti freschi è pari al 77,3567% e che la che la fornitura dei prodotti secchi, conservati e dei surgelati è pari al 22,6433%.*

*Partendo da tale dato, sono stati sviluppati i quantitativi totali medi annui da trasportare per il Lotto 3 suddividendoli per le quantità utili al raggiungimento “a pieno” che ogni singolo trasporto (automezzo) può veicolare, riducendo al minimo il numero dei viaggi e quindi i consumi in termini sia energetici che di inquinamento.*

*A questo punto, pur utilizzando in alcuni casi mezzi in dotazione dell'azienda ma anche in alcuni casi avvalendoci di ditte trasporto esterne, ci siamo basati per l'elaborazione dei costi di trasporto sull'offerta di una società di trasporto esterno la quale, come può apparire intuitivo, rappresenta sicuramente un costo maggiore rispetto all'utilizzo delle ns. risorse interne. Ciò per considerare il maggior costo possibile ipotizzabile per lo svolgimento del servizio. Il costo che si trasmette per ogni singolo viaggio tiene conto della distanza e della quantità trasportata prevedendo un carico massimo a trasporto di 160 quintali per il lotto in questione. Si allegano pertanto, il prospetto che sviluppa inequivocabilmente il costo del trasporto (Allegato 4) e l'offerta della società di trasporto New Serena srl (Allegato 5)”.*

22.1. Ciò posto le censure di parte appellante non colgono nel segno, essendo fondate sul mero rilievo del discostamento dei costi stimati in sede di giustifiche dalla ditta Domenico [REDACTED] con i costi stimabili in base alle indicazioni date dalla FAI nella relazione prodotta all'esito della richiesta della stessa [REDACTED], riferita al presente lotto n. 1 ma relativa peraltro anche ai prodotti freschi – che per contro sarebbero oggetto di trasporto ad opere dei subfornitori secondo le giustifiche, congruenti con l'offerta tecnica, prodotte dalla Ditta Domenico [REDACTED] - che aveva stimato il costo per viaggio di andata e ritorno in circa euro 2.274,87.

Risulta pertanto immune dalle articolate censure la motivazione della sentenza di *prime cure* che ha al riguardo evidenziato come nella stessa relazione la Fai abbia precisato che, in materia di costi dei trasporti vige oggi la liberalizzazione, sicchè nessun autotrasportatore può ritenersi vincolato agli stessi (costituendo detti costi un mero parametro, a fini diversi da quelli di cui si tratta) ma soprattutto che tale Relazione rispondeva ad uno specifico quesito formulato dall'odierna appellante

con riferimento al “costo medio del trasporto di merci deperibili (merce fresca a 4 gradi e congelati a 23 gradi) da Nola fino a Bologna”, senza considerare affatto, quindi, la specificità del caso concreto, concernendo i costi dei trasporti a carico delle ditta Domenico [REDACTED] i soli prodotti secchi, conservati e surgelati e riguardando i surgelati una parte minima di prodotti.

Né parte appellante ha comprovato ed allegato in maniera idonea, con concreto e puntuale riferimento a specifici dati, come suo onere, la dedotta insufficienza dei congelatori presenti negli istituti penitenziari, con la conseguente necessità di acquisto di nuovi congelatori, essendosi fatto generico rinvio alle prescrizioni del capitolato.

Del tutto generiche ed inammissibili sono poi le doglianze, che avrebbero peraltro dovuto essere articolate già *in prime cure*, avendo riguardo alle giustifiche fornite dalla ditta Domenico [REDACTED], relative alla sottostima dei costi afferenti l'acquisto dei prodotti freschi da parte dei subfornitori in quanto comprensivi anche dei costi di trasporto, con la conseguente inammissibilità delle stesse, in quanto formulate in violazione del divieto dei *nova*, ex art. 104 comma 1 c.p.a..

Né si può ritenere che parte appellante abbia comprovato la dedotta non veridicità del preventivo prodotto in sede di giustifiche dall'aggiudicataria e comunque la stima dei costi per viaggio dalla stessa operata, non avendo neppure indicato, come suo onere, a fronte della ritenuta congruità del costo di trasporto da parte della stazione appaltante, quali sarebbero i presumibili costi ad es. per carburante o per pagamento degli autisti, essendosi limitata ad operare un riferimento alla relazione della FAI.

22.2. Del pari da rigettare è la censura riferita all'asserita modifica dell'offerta con riferimento al costo del trasporto, in quanto la società Domenico [REDACTED] ha allegato il preventivo di una società specializzata nel settore al fine di convalidare i dati che la stessa società aveva utilizzato in sede di quantificazione del costo

riferito al trasporto delle merci con mezzi e personale propri, seppure nelle giustificiche, al fine di spiegare la presentazione del preventivo di ditta terza si fa riferimento alla possibilità di ricorso a ditte esterne, ma all'evidente fine di elaborazione del dato (“*ci siamo basati per l'elaborazione dei costi di trasporto sull'offerta di una società di trasporto esterno*”).

Irrilevante pertanto è il richiamo contenuto nella memoria di replica di parte appellante alla sentenza di questa Sezione, secondo cui andrebbe escluso il concorrente che in sede di offerta abbia dichiarato di esternalizzare delle prestazioni ed in sede di giustificiche abbia dichiarato di eseguirle in proprio (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2020, n. 7752); ciò in disparte della considerazione che nell'ipotesi di specie ricorrerebbe l'ipotesi inversa, in cui lo svolgimento in proprio del servizio indicato nell'offerta tecnica genera minori costi e la Domenico [REDACTED] ha inteso dimostrare che, anche esternalizzandolo, ovvero con maggiori costi, l'offerta sarebbe giustificata *in parte qua*.

23. L'appello, alla luce di quanto dianzi evidenziato, è pertanto in parte inammissibile ed in parte da respingere, dovendo essere disattesa, avuto riguardo all'infondatezza (oltre che all'inammissibilità) delle censure riferite alla sottostima dei costi di trasporto e all'inammissibilità delle censure riferite all'incongruità di altri costi, secondo quanto in precedenza indicato, la censura secondo la quale i maggiori costi sarebbero in grado di erodere il costo del personale, che in tesi risulterebbe pertanto al di sotto dei minimi retributivi.

24. Le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta all'esame del Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995, n. 3260, e, per quelle più recenti, Cass.

civ., Sez. V, 16 maggio 2012, n. 7663, e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3176).

Gli argomenti di difesa non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

25. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante alla refusione delle spese di lite in favore del Ministero ██████████ e della società ██████████ liquidate in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00) a favore di ciascuna parte, oltre oneri accessori, se dovuti, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere

Sara Raffaella Molinaro, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Diana Caminiti, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Diana Caminiti**

**IL PRESIDENTE**  
**Diego Sabatino**

## IL SEGRETARIO