

**APPALTI - BANDI - CLAUSOLE CONTENUTE NEI BANDI - INTERPRETAZIONE - PREVALENZA DEL CRITERIO LETTERALE**

L'interpretazione degli atti di gara soggiace alle regole ermeneutiche di cui agli artt. 1362 e ss. del c.c., con prevalenza del criterio letterale, escludendosi il ricorso a criteri interpretativi ulteriori quando il significato delle espressioni sia inequivoco. Di conseguenza, è legittima e di stretta interpretazione la clausola che vieti espressamente agli operatori economici di indicare, a pena di esclusione, in modo diretto o indiretto, qualsiasi elemento economico al fine di garantire l'imparzialità del giudizio nella valutazione della qualità dell'offerta tecnica.

**Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 7057/2018**

Publicato il 14/12/2018

**N. 07057/2018REG.PROV.COLL.**

**N. 04185/2018 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente  
**SENTENZA**

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 4185 del 2018, proposto da:  
Ristobest S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Cocchi, Silvio Quaglia, Gerolamo Taccogna, Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone 44;

***contro***

Berio Ristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Masetti e Stefano Santarelli, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Santarelli in Roma, via Asiago 8; Comune di Genova, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato

e difeso dall'avvocato Aurelio Domenico Masuelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

*per la riforma della sentenza del T.A.R. LIGURIA – GENOVA, Sez. II, n. 466/2018, resa tra le parti.*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Berio Ristorazione S.r.l. e del Comune di Genova;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Luigi Cocchi, Giovanni Corbyons e Andrea Masetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria, sezione seconda, ha accolto il ricorso proposto dalla società Berio Ristorazione s.r.l, gestore uscente del servizio, per l'annullamento degli atti e delle operazioni relativi alla procedura aperta indetta dal Comune di Genova per l'assegnazione in concessione, per la durata di sette anni decorrenti dalla data della stipula del contratto, del servizio di bar e ristorazione del complesso Biblioteca Berio (lotto 1), nella parte in cui si è pervenuti all'ammissione e, con determinazione dirigenziale del 2 agosto 2017, n. 15, all'aggiudicazione definitiva della concessione del servizio alla controinteressata Ristobest s.r.l.

1.2. La società ricorrente, seconda classificata della gara con due sole concorrenti ammesse, aveva formulato quattro motivi di ricorso.

Si erano costituiti in giudizio il Comune di Genova e la società controinteressata Ristobest s.r.l., resistendo e chiedendo il rigetto del ricorso.

1.3. La sentenza ha accolto il primo motivo -concernente la violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara, con riguardo alla prescrizione che "*la documentazione tecnica deve essere priva, a pena di esclusione, di qualsiasi indicazione (diretta e/o indiretta) di carattere economico*" - affermando quanto segue:

- la controinteressata Ristobest s.r.l. ha allegato all'offerta tecnica sia un preventivo di spesa recante il costo dei lavori di miglioramento dei locali (€ 63.480,00) sia un accordo con la dietista, contenente anche il costo del suo intervento (€ 3.000,00 per il primo semestre);

- attesa la chiarezza del disciplinare "*che sanziona di esclusione "qualsiasi" indicazione anche "indiretta" di carattere economico*" l'ammissione alla gara dell'offerta della controinteressata integra un'indebita disapplicazione delle norme della *lex specialis*;

- trattandosi di procedura di affidamento da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la clausola costituisce applicazione del principio generale di segretezza dell'offerta;

- l'obiezione del Comune di Genova e della Ristobest s.r.l. secondo cui il divieto di commistione dell'offerta tecnica e di quella economica non va inteso in senso assoluto e nel caso di specie non sarebbe stato possibile ricostruire l'offerta economica dai dati presenti nell'offerta tecnica, non tiene conto della lettera del disciplinare, laddove la giurisprudenza citata a supporto dalle parti resistenti concerne fattispecie in cui non veniva in questione una specifica disposizione in tal senso della *lex specialis*;

- si tratta inoltre di obiezione non pertinente, in quanto non rileva tanto stabilire se l'indicazione degli elementi economici in questione consentisse di ricostruire la complessiva offerta economica, quanto verificare se l'indicazione contenuta nell'offerta tecnica avrebbe potuto condizionare l'operato della commissione,

alterando o rischiando di alterare l'imparzialità dell'attività valutativa, dovendosi concludere che nel caso di specie essa fosse “*potenzialmente in grado di sviare sul punto il giudizio della commissione (cfr. Tar Abruzzo, I, 12 marzo 2018, n. 90)*”;

- a quanto sopra va aggiunto che il PEF piano economico finanziario faceva espressamente parte -a pena di esclusione- dell'offerta economica e doveva obbligatoriamente evidenziare, tra l'altro, i costi sostenuti dal concessionario;

- la previsione dell'art. 7 del disciplinare appare coerente con il principio di tassatività delle clausole di esclusione, laddove impone l'esclusione dei concorrenti che hanno violato il principio di segretezza delle offerte, di cui il divieto di commistione dell'offerta economica nell'offerta tecnica costituisce corollario, come da giurisprudenza indicata in sentenza.

1.4. Accolto perciò il primo motivo del ricorso, con assorbimento dei restanti, è stato annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva del 2 agosto 2017, n. 15 e si è provveduto sulla domanda della ricorrente di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato il 19 settembre 2017, facendo applicazione dell'art. 122 cod. proc. amm., con dichiarazione di inefficacia, decorrente dal trentesimo giorno dalla comunicazione della sentenza (pubblicata il 21 maggio 2018).

1.5. E' stata altresì accolta la domanda di risarcimento dei danni per il trascorso periodo di efficacia del contratto, determinando, secondo i criteri dettagliatamente esposti in motivazione, la somma di € 3.050,00 a titolo di danno emergente (spese di trasporto degli arredi e materiali presenti *in loco*) e la somma di € 847,11 per ogni mese di mancata assegnazione del servizio, a titolo di lucro cessante, con condanna al pagamento del dovuto, nel termine di novanta giorni dalla pubblicazione della sentenza, da parte del Comune di Genova e condanna di quest'ultimo e della controinteressata, in solido, anche al pagamento delle spese di lite.

2. Per ottenere la riforma della sentenza, la società Ristobest s.r.l. ha avanzato appello con due motivi, l'uno sull'annullamento dell'aggiudicazione e l'altro sulla declaratoria di inefficacia del contratto.

La Berio Ristorazione s.r.l. si è costituita per resistere al gravame ed ha riproposto i tre motivi assorbiti in primo grado.

Si è costituito anche il Comune di Genova, prestando adesione alle ragioni dell'appellante, limitatamente al primo motivo.

2.1. Con ordinanza cautelare del 14 giugno 2018 è stata sospesa l'esecutività della sentenza impugnata.

2.2. Le parti hanno depositato memorie conclusive e repliche.

Alla pubblica udienza dell'8 novembre 2018 la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

3. Col primo articolato motivo di gravame (*Violazione della lex specialis, correttamente interpretata. Violazione dei canoni di interpretazione della lex specialis. Difetto e/o irragionevolezza della motivazione, anche in rapporto alle risultanze documentali rilevanti. Violazione del principio di proporzionalità. Violazione del principio di favor participationis e del principio di separazione dell'offerta economica da quella tecnica, correttamente inteso*), l'appellante -richiamate le disposizioni rilevanti della legge di gara e riprodotta la prima parte della motivazione della sentenza impugnata- formula nuovamente le ragioni difensive rappresentate in primo grado, nei seguenti termini:

- gli atti amministrativi, compresi quelli costituenti legge di gara, vanno interpretati avendo riguardo a ciò che la stazione appaltante ha inteso prevedere, al di là del significato letterale delle espressioni impiegate;
- tenuto conto di ciò e dei canoni della proporzionalità e del *favor participationis*, è da ritenere che con la clausola dell'art. 7 del disciplinare la stazione appaltante volesse impedire che l'organo di gara, esaminando l'offerta tecnica, si trovasse di fronte a

risultanze idonee a rivelare, in modo diretto o indiretto, l'entità dell'offerta economica, a garanzia della segretezza delle offerte economiche;

- nel caso di specie, i dati economici contenuti nell'offerta tecnica di Ristobest s.r.l. non avrebbero consentito di conoscere alcunché dell'offerta economica, consistente in un rialzo sul canone dovuto al Comune dal concessionario.

3.1. Dato atto della giurisprudenza richiamata in primo grado a sostegno delle deduzioni appena esposte e riprodotta altresì la parte della motivazione con la quale queste deduzioni sono state superate dalla sentenza qui gravata, l'appellante formula i seguenti ulteriori profili di censura:

- l'art. 7 del disciplinare non avrebbe potuto essere letto in modo del tutto avulso dal quadro dei principi nei quali deve inserirsi (*favor participationis* e proporzionalità) e della funzione da assolvere (segretezza dell'offerta economica), poco importando se detti principi sono stati elaborati in precedenti giurisprudenziali resi in casi in cui la legge di gara era più o meno esplicita, mentre la sentenza non è andata oltre la lettera del disciplinare;

- l'ulteriore *ratio* della clausola del disciplinare, che la sentenza ha individuato nell'esigenza di assicurare la serenità di giudizio dell'organo di gara, è incompatibile con i detti principi, che impongono che il giudizio sull'offerta tecnica, che pur non deve essere sviato da suggestioni inerenti l'offerta economica, debba comunque tenere conto di ogni rilevante profilo inerente la qualità (tra cui nel caso di specie - essendo elementi di valutazione contemplati nella legge di gara l'aspetto estetico e l'accoglienza dei locali - andava annoverata l'entità degli investimenti sui locali medesimi, in quanto altamente sintomatica della qualità);

- inconsistente è, infine, l'argomento basato sul fatto che i costi di gestione del concessionario avrebbero dovuto essere esposti nel piano economico-finanziario previsto come allegato all'offerta economica, dal momento che “*ciò non toglie che i*

*costi indicativi della qualità dell'offerta tecnica (e non rivelatori del livello dell'offerta economica) ben potessero essere forniti anche in seno alla stessa offerta tecnica'.*

3.2. In via subordinata, l'appellante evidenzia “*una complessiva contraddittorietà intrinseca della sentenza*”, per avere ripreso, a proposito del principio di tassatività delle clausole di esclusione, il tema della segretezza dell'offerta economica, da tutelare per ragioni di imparzialità, in luogo del tema della serenità di giudizio dell'organo di gara, precedentemente posto a fondamento della decisione di accoglimento.

4. Il motivo è infondato.

La sentenza ha dato conto delle deduzioni difensive svolte, oltre che dal Comune di Genova, dall'aggiudicataria Ristobest e da questa riproposte nella prima parte del motivo in esame.

Le ragioni che in primo grado hanno condotto al superamento di tali deduzioni vanno qui ribadite, essendo perfettamente in linea con gli indirizzi giurisprudenziali secondo cui:

- il bando di gara costituisce un vincolo al quale la stazione appaltante non si può sottrarre, essendo inderogabilmente tenuta ad applicare le disposizioni che essa stessa si è data per la procedura di affidamento (cfr. Cons. Stato, V, 13 settembre 2016, n. 3859, citata in sentenza, anche per il richiamo fatto a Cons. Stato, Ad. plen., 25 aprile 2014, n. 9);
- l'interpretazione degli atti di gara va condotta secondo i criteri dell'ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e seg. cod. civ., dovendosi dare preminenza alla regola dell'interpretazione letterale, quindi dovendosi preferire le espressioni letterali del bando di gara, quando il loro significato sia inequivoco, escludendosi perciò il ricorso ai criteri interpretativi diversi da quello letterale al fine di rintracciare pretesi significati ulteriori (cfr. Cons. Stato, V, 12 settembre 2017, n. 4307).

La clausola dell'art. 7 del disciplinare sopra riportata non può avere significato letterale diverso da quello ritenuto nella sentenza qui gravata, nel senso che era vietato l'inserimento nell'offerta tecnica, a pena di esclusione, di "qualsiasi" indicazione, anche "indiretta", di carattere economico.

4.1. La critica a tale argomento, contenuta nella seconda parte dell'atto di appello, oltre a riproporre il criterio interpretativo che fa leva sulla ricostruzione della volontà della stazione appaltante in ragione delle finalità da questa perseguite nel dettare la disciplina di gara (che peraltro, come si dirà, se correttamente applicato, nel caso di specie corrobora la portata letterale del divieto), torna ad invocare i principi del *favor participationis* e di proporzionalità, in coerenza con la finalità di garantire la segretezza dell'offerta economica riconosciuta al divieto di commistione dell'offerta tecnica con l'offerta economica (cfr., tra le altre Cons. Stato, VI, 22 novembre 2012, n. 5928).

Non vi è dubbio che questa sia, in via prioritaria, la finalità del divieto, da declinarsi altresì nel senso che esso è funzionale ad evitare che l'offerta tecnica contenga elementi che consentano di ricostruire, nel caso concreto, l'entità dell'offerta economica.

Coerente perciò con tale finalità è l'indirizzo giurisprudenziale fatto proprio dai precedenti richiamati dall'appellante, per i quali il divieto non va inteso in senso assoluto, bensì relativo, con indagine da condurre in concreto ed in riferimento alla detta funzione (cfr., tra le altre, Cons. Stato, III, 3 aprile 2017, n. 1530 e *id.*, V, 12 novembre 2015, n. 5181, cui *adde*, di recente, *id.*, V, 24 settembre 2018, n. 5499).

Tuttavia, come già rilevato nella sentenza di primo grado, detti precedenti riguardano casi nei quali non era oggetto di giudizio una clausola specifica e perentoria, quale quella dell'art. 7 del disciplinare in esame.

La previsione esplicita del divieto di qualsiasi indicazione (diretta e/o indiretta) di carattere economico, che la stazione appaltante ha ritenuto di inserire nel

disciplinare -malgrado il divieto di commistione sia immanente al sistema della procedura aperta da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa- sta allora a significare che essa intendeva raggiungere una finalità ulteriore, vietando l'indicazione, nelle offerte tecniche dei concorrenti, di "qualsiasi" dato economico, quindi anche se non rilevante al fine di individuare il contenuto dell'offerta economica (inteso quest'ultimo come entità della percentuale di rialzo offerta rispetto alla base d'asta).

Tale ultima interpretazione della *ratio* della previsione della *lex specialis* trova riscontro nei restanti due argomenti validamente spesi nella sentenza per superare le obiezioni del Comune e di Ristobest. Essi vanno qui ribaditi poiché non inficiati dalle critiche mosse dall'aggiudicataria nel presente grado, per le ragioni di cui appresso.

4.2. Si tratta, in primo luogo, dell'affermazione che la finalità perseguita dalla stazione appaltante fosse (anche) quella di assicurare la serenità di giudizio dell'organo di gara nel valutare l'offerta tecnica.

Rispetto a questa finalità il divieto di commistione nei termini rigorosi espressi dall'art. 7 del disciplinare risulta proporzionato ed, in concreto, non lesivo del *favor participationis*.

Sostiene l'appellante che l'offerta tecnica prevedeva elementi -come quello relativo all'aspetto estetico ed all'accoglienza degli ambienti- per la cui valutazione il dato economico degli investimenti da effettuare per i locali è rilevante, in quanto sintomatico della qualità stessa degli investimenti e analogamente si dovrebbe dire anche quanto alla qualità della ristorazione, garantita dall'assistenza della dietista, della quale era reso noto il compenso; ne seguirebbe che, impedendo alla commissione di gara di conoscere l'uno e l'altro di tali dati, ne sarebbe stato compromesso proprio il giudizio qualitativo.

Si tratta di una petizione di principio che trova smentita nella esplicita previsione dell'art. 7 del disciplinare.

Questa sta a significare che la stazione appaltante intendesse appunto evitare qualsivoglia condizionamento di tipo economico -compreso quello evidenziato dall'appellante- in capo ai componenti della commissione di gara nella valutazione dei progetti di organizzazione aziendale dei servizi, presentati dai concorrenti.

Riguardo a questi ultimi, infatti, il disciplinare specificava, sì, che sarebbero stati valorizzati, tra l'altro, l'aspetto estetico ed il profilo dell'accoglienza dei locali, nonché le caratteristiche soggettive dei dipendenti da impiegare (elemento qualitativo sub B – B.1.1. Modello organizzativo e gestione degli spazi e B.2.3. Elementi migliorativi, nonché B2-2. Varietà del menù/piatti del servizio di cucina *in loco*), ma evidentemente si voleva che il relativo giudizio fosse reso tenendo conto soltanto del progetto e delle indicazioni di carattere tecnico, (quindi dei lavori di miglioramento dei locali e delle prestazioni aggiuntive, come la consulenza della dietista, inserita nello sviluppo del progetto tecnico), senza attribuire alcuna incidenza -né in positivo né in negativo- ai relativi costi (così come bene esemplificato nella motivazione della sentenza, laddove è detto che si è voluto evitare che la commissione di gara fosse indotta “*a premiare il modello organizzativo e di gestione degli spazi (elemento qualitativo B.1.1) non già per la sua bontà intrinseca, ma –in maniera sviata- in virtù dell'ammontare economico degli investimenti in arredi che l'offerente si è detto disposto a fare*”).

4.2.1. Giova precisare che tale conclusione non è in contrasto con i precedenti citati dall'appellante -oltre che per il dato decisivo, su evidenziato, del vincolo auto-imposti dalla stazione appaltante con l'art. 7 del disciplinare- perché, come dedotto negli scritti difensivi dell'appellata Berio Ristorazione:

- per un verso, seppure si sia ritenuto che possano essere inseriti nell'offerta tecnica “*alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali*

*elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica*” (Cons. Stato, III, 20 gennaio 2016, n. 193), non è certo questo il caso in esame: i costi degli investimenti e del personale aggiuntivo non costituiscono affatto elementi necessari e, men che meno, indispensabili per valutare la “bontà intrinseca” dei progetti organizzativi;

- per altro verso, si è confermata la legittimità dell’esclusione da una gara di un concorrente che aveva indicato nella propria offerta tecnica un elemento (franchigia per servizi di manutenzione aggiuntivi) da indicare obbligatoriamente in sede di offerta economica (Cons. Stato, III, 3 aprile 2017, n. 1530), evidenziandosi come l’applicazione del divieto di commistione vada effettuata in concreto (e non in astratto), con riguardo alla conclusione degli elementi economici esposti o desumibili dall’offerta tecnica.

4.3. Rileva, pertanto, nel caso in esame, anche l’ulteriore argomento su cui è basata la decisione di annullamento dell’aggiudicazione, che fa leva su altra previsione contenuta nello stesso art. 7 del disciplinare.

Si tratta della previsione riguardante il contenuto dell’offerta economica, per la quale questo non consisteva soltanto nell’indicazione della percentuale di rialzo rispetto alla base d’asta ma doveva contenere, a pena di esclusione, anche un piano economico finanziario (PEF), idoneo a permettere alla stazione appaltante di verificare la sostenibilità economica dell’offerta tecnica.

Il PEF avrebbe dovuto esporre, perciò, tutti i costi sostenuti dal concessionario, vale a dire anche quei costi, per investimenti e remunerazione personale aggiuntivo, che Ristobest ha inserito nell’offerta tecnica.

Contrariamente a quanto assume l’appellante, criticando l’argomentare della sentenza, non è affatto vero che il contenuto obbligatorio dell’offerta economica - quale delineato nel contesto dello stesso art. 7 del disciplinare che sanciva il divieto di commistione- non impedirebbe che i costi predetti ben potessero essere forniti

anche in seno all'offerta tecnica, in quanto "*indicativi della qualità dell'offerta tecnica (e non rivelatori del livello dell'offerta economica) [...]*".

All'opposto, anche questa previsione del disciplinare confuta *per tabulas* l'assunto della stessa appellante, oltre che del Comune di Genova, secondo cui i dati relativi ai costi degli investimenti (e del compenso della dietista) non sarebbero entrati nel contenuto dell'offerta economica. Piuttosto, avendo scelto la stazione appaltante di renderli valutabili nel contesto dell'offerta economica, mediante l'inserimento nel PEF, contestualmente –nello stesso art. 7- ne ha limitato la valutazione solo a questi fini, esplicitamente escludendola ai fini del giudizio di qualità dell'offerta tecnica.

Attesa siffatta esclusione, è inconsistente l'argomento –riproposto in appello dalla stazione appaltante- secondo cui, in concreto, l'indicazione contenuta nell'offerta tecnica di Ristobest sarebbe stata influente ai fini del condizionamento dei commissari perché per l'elemento qualitativo in contestazione ha avuto attribuito un punteggio inferiore a quello di Berio Ristorazione: la valutazione di cui è detto nella giurisprudenza richiamata dall'appellata (su citata) attiene al rapporto, in concreto, rinvenibile tra gli elementi economici resi noti e la composizione dell'offerta economica secondo la specifica legge di gara, non certo al condizionamento dei membri della commissione; peraltro, questo, rileva "anche solo in astratto" (come detto in sentenza) senza che occorra la prova dell'effettivo sviamento nel giudizio, e comunque detto condizionamento rileva -sempre potenzialmente- in termini assoluti, e non relativi, di comparazione tra concorrenti (per come fatto palese dalla circostanza, evidenziata dalla difesa di Berio Ristorazione, che solo le offerte tecniche che avessero conseguito almeno 50 punti avrebbero potuto essere ammesse alla successiva fase comparativa, e l'offerta tecnica di Ristobest ha conseguito tale obiettivo).

5. Per rispondere, infine, alla critica –formulata, in subordine, dall'appellante- di contraddittorietà intrinseca della sentenza, è sufficiente evidenziare che non è contraddittoria la motivazione così come non lo è la scelta operata dal Comune di Genova nel dettare la legge di gara.

La contraddittorietà non sussiste semplicemente perché non è incompatibile con la finalità di garantire la segretezza delle offerte economiche, generalmente riconosciuta al principio del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica, l'ulteriore finalità -che la stazione appaltante discrezionalmente ha ritenuto di perseguire nel dettare la legge di gara- di non compromettere la genuinità del giudizio dei commissari nella fase di valutazione dell'offerta tecnica rendendo noti elementi propri dell'offerta economica o, come nel caso di specie, destinati ad essere valutati nel contesto dell'offerta economica.

5.1. I requisiti, le condizioni ed i criteri dell'offerta vanno fissati dalla stazione appaltante nel bando di gara e l'osservanza degli stessi è imposta ai concorrenti dall'art. 94, comma 1, lett. a, del d.lgs. n. 50 del 2016.

Conseguentemente, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante sanzionarne l'inosservanza a pena di esclusione, purché nel rispetto dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità.

Non risulta, peraltro, nemmeno violato il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 83, comma 8, ult. inc., del d.lgs. n. 50 del 2016 per le ragioni già ritenute dal primo giudice quanto alla coerenza sistematica -quindi alla ragionevolezza ed alla proporzionalità- di una clausola quale quella esaminata, che non fa che corroborare il divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica insito nel sistema, a presidio, tra l'altro, del principio dell'autonomia dell'apprezzamento discrezionale della prima rispetto a quello della seconda (il cui rispetto è garantito dall'antioriorità della prima valutazione e dalla necessità che

dall'offerta tecnica esulino elementi e valori propri dell'offerta economica: cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 27 novembre 2014, n.5890).

Al riguardo, si deve perciò concludere che è legittima e di stretta interpretazione la clausola della legge di gara che vieti espressamente, a pena di esclusione, l'inserimento nell'offerta tecnica, per via diretta o indiretta, di elementi economici o da valutarsi nel contesto dell'offerta economica, onde mantenere segreta quest'ultima, in quanto previsione finalizzata ad impedire la ricostruzione dell'entità dell'offerta economica ma anche a garantire l'imparzialità del giudizio nella valutazione della qualità dell'offerta tecnica.

Il primo motivo di appello va quindi respinto.

6. Col secondo motivo (*Violazione dell'art. 122 c.p.a. Difetto di motivazione*), l'appellante censura la declaratoria di inefficacia del contratto, ribadendo quanto esposto nella memoria conclusionale del primo grado, e precisamente che:

- il ricorso con la domanda cautelare era stato proposto solo dopo la scadenza del termine di *stand still* e la liberazione dei locali da parte di Berio Ristorazione, quindi senza la necessaria diligenza nella tutela delle ragioni (presunte) della stessa ricorrente;
- il contratto era stato già legittimamente stipulato ed in corso di esecuzione;
- in questo periodo di esecuzione la Ristobest aveva effettuato degli investimenti, rinnovando locali ed attrezzature, con esborsi destinati ad essere ammortizzati lungo tutto il previsto arco della gestione;
- la possibilità di Berio Ristorazione di subentrare nel contratto non è certa, dovendo o potendo il Comune ancora verificare la sostenibilità economica della sua offerta e, prima ancora, dovendo “*valutare discrezionalmente se mantenerla in graduatoria [...]*”, visto il pessimo stato in cui ha lasciato i locali, che darebbe luogo ad un errore professionale e ad un'inaffidabilità soggettiva, incompatibili con la riaggiudicazione del servizio;

- la possibilità di subentro è inoltre esclusa dall'impossibilità per il subentrante di eseguire gli investimenti indicati nella propria offerta (incompatibili con quelli effettuati da Ristobest) e dalla non convenienza economica di tale subentro per il Comune, esposto per di più all'azione di arricchimento di Ristobest per gli interventi già realizzati.

6.1. L'appellante denuncia il vizio di motivazione su tutti tali aspetti della valutazione rimessa al giudice dall'art. 122 cod. proc. amm., norma applicabile nel caso di specie, e violata, a suo dire, perché nella sentenza gravata non si sarebbe tenuto conto degli interessi di entrambe le parti (ma soltanto di quello della ricorrente, odierna appellata), dello stato di esecuzione del contratto (in particolare, dello stato di avanzamento degli investimenti, da ammortizzare nell'arco di sette anni), della possibilità di subentro nel contratto (preclusa o, quanto meno, dubbia, per le ragioni di cui sopra).

7. Il motivo è infondato.

Va premesso che nel caso in esame è scontato che il vizio dell'aggiudicazione, consistito nella mancata esclusione dell'aggiudicataria, non comporta l'obbligo di rinnovare la gara e che la collocazione utile in graduatoria della ricorrente Berio Ristorazione presuppone comunque la previa verifica delle condizioni di legge per l'aggiudicazione nei suoi confronti, compresa l'eventuale verifica di anomalia.

7.1. Passando ad esaminare le deduzioni dell'appellante in merito allo stato di esecuzione del contratto, tenuto conto che tale parametro normativo va riferito all'oggetto della gara ed alle prestazioni reciprocamente dedotte in contratto, rileva che si tratti dell'assegnazione in concessione del servizio di bar e ristorazione del complesso Biblioteca Berio, per la durata di sette anni decorrenti dalla data di stipula del contratto. Poiché questo è stato stipulato il 19 settembre 2017, l'esecuzione del servizio è in uno stadio decisamente iniziale, tale da consentire, per

la tipologia del contratto, l'agevole subentro del nuovo concessionario (cfr., tra le altre, Cons. Stato, V, 25 giugno 2014, n. 3220).

Ed invero, l'interesse pubblico precipuo da perseguire nella verifica dello stato di esecuzione del contratto al fine di scegliere tra conservazione e caducazione, quando si tratti di affidamento di servizi frazionabili, concerne appunto l'esigenza di garantire la continuità del servizio per il tempo residuo. Gli investimenti effettuati dall'aggiudicataria -su cui è in gran parte fondato il motivo di appello- non rilevano quindi al fine di ritenere che l'esecuzione del contratto sia in stato avanzato (perciò ostativo alla caducazione), ma potrebbero al più rilevare in riferimento ai diversi parametri -di cui all'art. 122 cod. proc. amm.- dell'interesse delle parti e della possibilità di subentro.

7.2. Quest'ultima si configura, in primo luogo, come possibilità *giuridica* del concorrente vittorioso di conseguire l'aggiudicazione, pur se non si può escludere la ricorrenza di situazioni *di fatto* che impediscano il subentro.

Nel caso di specie, secondo l'appellante, la possibilità *giuridica* dell'aggiudicazione in favore di Berio Ristorazione sarebbe messa in dubbio dalla condotta tenuta dall'appellata, in qualità di gestore uscente, in occasione del rilascio dei locali oggetto di concessione (sia per il ritardo di tale rilascio, seguito dopo diverse diffide da parte del Comune di Genova; che per lo stato dei luoghi, che avrebbe richiesto significativi, e non preventivati, interventi edilizi di ripristino); la possibilità *materiale* del subentro, sarebbe, a sua volta, compromessa dal tipo e dall'entità degli investimenti già effettuati da Ristobest, che, per un verso, sarebbero incompatibili con quelli proposti nell'offerta tecnica del gestore uscente (secondo quanto detto nell'atto di appello) e, per altro verso, finirebbero per favorire quest'ultimo (secondo quanto detto nella memoria conclusiva).

Le due obiezioni non meritano apprezzamento:

- la prima fa leva su fatti sopravvenuti alla gara *de qua*, perciò non costituenti legittima causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c, del d.lgs. n. 50 del 2016 (norma a cui allude l'appellante);

- la seconda si fonda su affermazioni che -oltre a presentare profili di reciproca contraddittorietà- sono, per un verso, tutte da dimostrare (quale l'asserita incompatibilità tra lo stato di fatto attuale e quello necessario all'attuazione dell'offerta tecnica di Berio Ristorazione); per altro verso, irrilevanti (quali i vantaggi che la subentrante conseguirebbe per gli investimenti asseritamente compiuti dall'aggiudicataria esclusa) poiché di certo non impeditive dell'esecuzione del servizio, ma tutt'al più incidenti sugli interessi economici delle parti.

7.3. Resta da dire quindi di tali interessi, cui l'art. 122 cod. proc. amm. pure fa esplicito riferimento.

Nella loro valutazione non si può, peraltro, prescindere dallo stato soggettivo dell'aggiudicataria (la cui buona fede si dovrebbe desumere -secondo la difesa di Ristobest- dalla proposizione del ricorso da parte di Berio Ristorazione oltre il termine di *stand still*, quindi dalla stipulazione del contratto prima della notificazione del ricorso) né dalle ragioni di tutela della concorrente vittoriosa in primo grado (valorizzate nella sentenza perché "*la ricorrente era il gestore uscente e si è classificata seconda in una gara con due sole concorrenti ammesse*", sicché "*alla luce del vizio riscontrato (concernente l'illegittima ammissione in gara della controinteressata), aveva la certezza di conseguire l'aggiudicazione*").

Premesso che la valutazione richiesta al giudice dall'art. 122 cod. proc. amm. per effettuare la scelta tra mantenimento e caducazione del contratto è fondata sui predetti elementi a rilevanza giuridica, e non su ragioni di opportunità amministrativa, nel contemperamento dei contrapposti interessi, va data preminenza all'interesse pubblico all'aggiudicazione nei confronti dell'impresa

concorrente che abbia rispettato le regole di gara e va esclusa una situazione di buona fede rilevante in capo all'impresa che, invece, tali regole abbia violato.

Tenuto conto di ciò, nonché di quanto detto a proposito dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentro dell'appellata, va confermata la scelta di caducazione del contratto effettuata con la sentenza qui impugnata.

8. Entrambi i motivi di appello vanno respinti.

Il rigetto del gravame comporta che restino definitivamente assorbiti i motivi del ricorso principale non esaminati in primo grado e riproposti in appello.

8.1. L'appellata Berio Ristorazione ha riproposto la domanda risarcitoria, con la richiesta di ristoro di voci di danno non liquidate con la decisione di primo grado.

Tale richiesta è stata subordinata all'accoglimento dell'appello avversario e, quindi, all'accoglimento dei motivi riproposti dalla stessa Berio Ristorazione ai sensi dell'art. 101 cod. proc. amm., o comunque al solo accoglimento del secondo motivo dell'appello avversario. Perciò, essendo stato respinto l'appello, risulta superata l'eccezione sollevata dalla difesa del Comune di Genova, secondo cui la riproposizione di detta domanda risarcitoria da parte di Berio Ristorazione avrebbe dovuto formare oggetto di apposita impugnazione.

Giova tuttavia precisare che il rigetto dell'appello comporta la conferma della sentenza impugnata anche quanto agli importi risarcitori ivi liquidati a titolo di danno emergente e di lucro cessante. Ed invero la Berio Ristorazione, che pure non è soccombente in primo grado quanto alla domanda di annullamento e di subentro nel contratto, lo è stata per la parte delle pretese risarcitorie che non sono state accolte dal Tribunale amministrativo regionale. Per tale parte, perciò, le domande della ricorrente principale si devono intendere respinte, e non rientrano tra quelle che, "*dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado*", l'art. 101, comma 2, ultimo inciso, cod. proc. amm. consente alla parte non appellante di riproporre con la memoria di costituzione; per contestarne il mancato

accoglimento, meglio il rigetto, e chiedere la rideterminazione del *quantum* risarcitorio, Berio Ristorazione avrebbe dovuto proporre appello autonomo o incidentale ai sensi dell'art. 96 cod. proc. amm.

In mancanza, come detto, la sentenza va confermata anche in punto di *quantum debeat*.

9. In conclusione, l'appello va respinto, con conferma integrale della sentenza impugnata.

9.1. Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese del grado d'appello, in ragione della variegata casistica giurisprudenziale relativa alle applicazioni concrete del divieto di commistione tra offerta tecnica ed offerta economica.

P.Q.M.

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

Compensa interamente tra le parti le spese del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Giuseppina Luciana Barreca**

**IL PRESIDENTE**  
**Giuseppe Severini**

## IL SEGRETARIO