



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 in appello iscritto al numero di registro generale 4981 del 2022, proposto da XXXXXX. società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 88362407EB, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Giuseppe Mazzini, 33;

contro

Comune di YYYY di YYYY, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Mastrolia, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

AAAAA, non costituito in giudizio;

nei confronti

XXXXXXX Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Di Pardo, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia- Sezione staccata di YYYY (Sezione Seconda) n. 00930/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di YYYY di YYYY e di XXX Coop. Sociale;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2023 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Di Ienno, Di Pardo, Mastrolia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso integrato da motivi aggiunti la società cooperativa sociale XXXXX, seconda classificata nella procedura di affidamento e gestore uscente del servizio, impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo per la Puglia- Sezione Staccata di YYYY, in uno agli atti di gara e alla *lex specialis* (bando, disciplinare e capitolato), la determina n. 201 del 10 dicembre 2021 con cui il Comune di YYYY di YYYY aveva approvato la proposta di aggiudicazione alla società XXXX della concessione quinquennale del Polo per l'infanzia servizi "*Asili Nido*" (art. 53 R.R. Puglia n. 4/2007) e "*Centro Ludico Prima Infanzia*" (art. 90 R.R. Puglia n. 4/2007) presso un immobile di proprietà comunale in comodato d'uso, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con la totalità del punteggio (100 punti) alla qualità dell'offerta.

1.1. Con i primi due motivi del ricorso introduttivo XXXXX formulava censure essenzialmente incentrate sulla violazione della normativa in materia di conflitto di interessi di cui all'art. 42 del d.lgs. 50/2016, lamentando che la cooperativa

aggiudicataria non fosse stata esclusa dalla procedura di gara ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett. d) del d.lgs. n. 50/2016 che prevede l'esclusione se *“la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile”*.

1.1.1. Nella specie, il potenziale conflitto di interessi sarebbe stato configurabile in ragione degli incarichi politici rivestiti dalla vicepresidente (nonché sorella del Presidente della stessa cooperativa) nell'ente comunale e nell'Unione dei Comuni che aveva indetto la gara, identificandosi *“nella più possibile, anzi più che probabile, minaccia di non imparzialità e indipendenza di giudizio nella valutazione dei progetti, e nella possibile influenza esercitata sulla valutazione qualitativa dei progetti che notoriamente ha la caratteristica di essere altamente discrezionale”* e risultando avvalorato anche dal fatto che la controinteressata aveva in effetti conseguito tutti i 100 punti disponibili per l'offerta.

1.1.2. La ricorrente sosteneva, inoltre, che la controinteressata andava esclusa anche ai sensi del comma 5 lett. c-bis e f -bis) del medesimo articolo 80, per non aver segnalato l'esistenza di una causa di incompatibilità e di conflitto di interessi e per aver fornito informazioni false o fuorvianti alla stazione appaltante, tentando di influenzarne indebitamente il processo decisionale.

1.2. Deduceva altresì la violazione del disposto dell'art. 63 del D. Lgs. n. 267/2000, disciplinante le cause di incompatibilità nell'assunzione di cariche elettive negli enti locali, oltretutto dell'art. 16 del Regolamento del Comune di YYYY e del Piano Triennale della Corruzione e Trasparenza adottato dalla stessa Amministrazione comunale, con particolare riferimento all'art. 6, rubricato *“Situazioni di conflitto di interesse”* di cui all'allegato *“Codice di Comportamento Integrativo”*.

1.3. Con un terzo ordine di doglianze, la ricorrente lamentava, invece, la violazione degli artt. 95 e 97 del D. Lgs. 50/2016, nonché della *lex specialis*, censurando il difetto

della verifica di congruità del costo della manodopera e degli oneri di sicurezza aziendale da parte della Stazione appaltante.

1.4. Con i motivi aggiunti, ritualmente notificati dopo aver avuto accesso alla documentazione di gara, la ricorrente arricchiva le censure dedotte, oltre a contestare con altra doglianza l'inattendibilità dell'offerta tecnica che avrebbe indicato per alcune figure professionali (personale aggiuntivo) alcuni soggetti dipendenti di altre Amministrazioni, del Comune di YYYY o della stessa ricorrente.

1.5. Sulla base di tali doglianze XXXX domandava al TAR adito l'annullamento degli atti gravati e il risarcimento dei danni, in forma specifica o, in subordine, per equivalente monetario.

2. Con la sentenza in epigrafe indicata il Tribunale amministrativo ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti con le connesse domande risarcitorie, ritenendo infondate tutte le censure.

3. L'appello della società originaria ricorrente ha domandato la riforma della sentenza di prime cure per quattro motivi con cui ha sostanzialmente riproposto le doglianze dedotte in primo grado.

3.1. Si sono costituiti anche nel presente giudizio il Comune di YYYY e la controinteressata XXXX cooperativa sociale, insistendo per il rigetto dell'appello in quanto inammissibile sotto vari profili e, comunque, infondato.

3.2. Non si è costituita invece l'Unione dei Comuni YYYY, sebbene ritualmente evocata.

3.3. Con decreto presidenziale n. 2991 del 28 giugno 2022 la richiesta di misure cautelari monocratiche è stata respinta, ritenendosi insussistenti i presupposti per la loro concessione.

3.4. Disposto l'abbinamento al merito dell'istanza cautelare in sede collegiale, all'udienza pubblica del 26 gennaio 2023 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

4. Viene in decisione l'appello proposto dalla seconda classificata avverso la sentenza di rigetto del ricorso di prime cure e dei motivi aggiunti per l'annullamento dell'aggiudicazione del servizio concernente la gestione, per cinque anni educativi, degli asili comunali.

4.1. Tali statuizioni, secondo l'appellante, sarebbero inficcate da plurimi *errores in iudicando*, oltre che da omessa pronuncia sulle censure dedotte.

5. In particolare, con il primo motivo di gravame l'appellante sostiene che la sentenza sarebbe erronea e meritevole di riforma (per: *“incongrua, errata e inadeguata valutazione in merito alla violazione degli artt. 42 e 80, comma 5, lett. c-bis) - d) e f-bis) del d.lgs. 50/2016, violazione delle Direttive UE 2014/23, 24 e 25. Violazione del Protocollo di legalità del 2012 per la Provincia di YYYY. Violazione del principio della par condicio e del buon andamento della Pubblica Amministrazione. Violazione dell'art. 97 Cost. Errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato”*) nella parte in cui ha respinto i primi due motivi di ricorso trattati congiuntamente, omettendo anche di pronunciarsi rispetto ai profili di illegittimità sollevati con il primo motivo di ricorso originario, come integrato dai motivi aggiunti.

5.1. Con tale mezzo si ripropongono, quindi, le doglianze con cui si è lamentata la mancata esclusione della cooperativa aggiudicataria per l'omessa segnalazione di una situazione di conflitto di interessi sussistente in ragione delle cariche istituzionali ricoperte, all'interno del Comune e della Centrale di Committenza che ha indetto ed espletato la procedura, dalla signora XXXXXX, vicepresidente con poteri di rappresentanza, nonché sorella del Presidente della medesima cooperativa, la quale era, contemporaneamente, consigliere comunale, vicepresidente del Consiglio comunale, titolare di numerose deleghe amministrative e consigliere delegato dell'ente nell'Unione dei Comuni “XXXX”.

5.2. La controinteressata, pur avendo sottoscritto il Patto di integrità, impegnandosi al rispetto dei principi di lealtà, trasparenza e correttezza, avrebbe non solo taciuto

tali circostanze, tutte preesistenti all'indizione della gara, omettendo così *di fornire informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura selettiva*, ma anche reso *dichiarazioni non veritiere* (sia nell'istanza di ammissione- Allegato A) pagg. 3 e 4- che nella corrispondente sezione C del DGUE, pag. 14), così impedendo alla stazione appaltante di compiere le valutazioni di sua esclusiva competenza.

5.3. Secondo l'appellante la sentenza avrebbe quindi errato nell'escludere la contestata violazione degli obblighi dichiarativi, ritenendo di conseguenza pure insussistenti in capo alla controinteressata le cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, del d.lgs. 50/2016, e segnatamente quelle di cui alla lettera *c-bis* (in cui incorre l'operatore economico che abbia *"tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante"* anche per aver *"fornito informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione"*), d (che sussiste qualora *"la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile"*) ed *f-bis* (concernente la presentazione nella procedura di gara in corso di *"documentazione o dichiarazioni non veritiere"*).

5.4. La sentenza di prime cure non si sarebbe poi conformata ai consolidati principi giurisprudenziali in materia di conflitto di interessi, secondo cui la norma di cui all'art. 42, comma 2, d.lgs. 50/2016 è *lato sensu* di pericolo ed esige che la concorrente rappresenti alla stazione appaltante tutti gli aspetti anche solo *potenzialmente* implicanti una situazione di conflitto di interessi, tale essendo non solo quello realmente accertato ma anche quello potenzialmente esistente, da apprezzare dunque in astratto, sul piano della mera potenzialità, e non in concreto.

5.5. Con il secondo motivo (rubricato *"Errores in iudicando. Incongrua, errata e inadeguata valutazione in merito alla violazione dell'art. 42 del D.Lgs. 50/2016. Violazione del d.P.R. 62/2013 e del D.Lgs. 165/2001. Violazione dell'art. 63 del D.Lgs. 267/2000. Violazione dell'art. 16 del Regolamento del Consiglio Comunale e del Piano triennale della prevenzione della corruzione e trasparenza del Comune. Violazione del principio della par condicio e del buon*

andamento della pubblica amministrazione. Violazione dell'art. 97 Cost.”) l'appellante assume che la sentenza di prime cure sarebbe errata anche laddove ha ritenuto insussistenti i presupposti della violazione della normativa in materia di conflitto di interesse.

5.6. Infatti, secondo l'appellante, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza impugnata, le cause di incompatibilità e conflitto di interessi, con i conseguenti obblighi di astensione imposti *ex lege*, andrebbero riferite non solo al personale dipendente, ma anche a coloro che, a vario titolo, collaborano con l'amministrazione: e ciò soprattutto, allorquando, come nel caso di specie, per le ridotte dimensioni dell'ente locale e il contesto ambientale, la rilevanza della carica politica rivestita e la posizione imprenditoriale del soggetto interessato, è più che probabile che quest'ultimo possa esercitare, anche in via indiretta, un'influenza sugli uffici amministrativi, lesiva del principio della *par condicio* che la norma intende tutelare.

5.7. La sentenza avrebbe poi:

a) erroneamente trascurato le previsioni di cui all'art. 16 del Regolamento del Comune di YYYY, a mente del quale *“I Consiglieri Comunali devono astenersi dal prendere parte direttamente od indirettamente in servizi, esazioni, forniture e somministrazioni continuative o ricorrenti, appalti, concessioni di lavori e gestione di servizi, incarichi professionali riguardanti il Comune e le istituzioni, aziende, società ed organismi dallo stesso dipendenti”*, con l'ulteriore precisazione per cui *“Tale obbligo sussiste sia quando si tratti di interesse proprio dei Consiglieri, sia dei loro congiunti od affini fino al quarto grado civile”*;

b) omesso di pronunciarsi sulla censura di violazione del Piano Triennale della Corruzione e Trasparenza con l'allegato *“Codice di Comportamento Integrativo”* adottato dal Comune di YYYY, laddove, in specifica ottemperanza dell'art. 54 del D.lgs. 165/2001 nonché delle Delibere ANAC, ha previsto all'art. 6 (*“Situazioni di conflitto di interesse (artt. 6 e 7 DPR 62/2013 - art. 35-bis D.lgs. 165/2001)”*) che, anche in

recepimento della *ratio* dell'art. 42 del D.lgs. 50/2016, è configurabile come ipotesi di conflitto di interessi *“una situazione, costituita da una condizione giuridica o di fatto, in cui viene a trovarsi un soggetto titolare di una funzione pubblica (quali, ad esempio: l'incaricato di una carica politica o di governo, un dipendente pubblico, un collaboratore o incaricato esterno di una p.a., un operatore economico o suo collaboratore), la quale ne potrebbe impropriamente influenzare l'attività, anche endoprocedimentale (pareri, valutazioni tecniche, atti endoprocedimentali e il provvedimento finale)...”*.

5.8. Sulla base di tale articolato normativo, inopinatamente obliterato dal primo giudice, non potrebbero sorgere dubbi riguardo alla esistenza, nella specie, di una situazione (perlomeno potenziale) di conflitto di interessi che possa aver influenzato, ancorché in via di mero di fatto o anche solo indirettamente, la procedura competitiva, mettendo in pericolo l'imparzialità e l'indipendenza di giudizio dell'Amministrazione appaltante.

5.9. Secondo l'appellante tale situazione, a prescindere dalla concreta dimostrazione dell'atto distorsivo della *par condicio*, avrebbe quindi irrimediabilmente viziato gli esiti del confronto concorrenziale.

6. Le riassunte censure, pur pregevolmente argomentate, non sono fondate.

7. Importa anzitutto delineare il quadro normativo di riferimento.

7.1. L'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016, n. 50 (*Conflitto di interesse*) al comma 2 prevede che *“Si ha conflitto di interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della Stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato, ha direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62”*.

7.1.1. A sua volta, il richiamato art. 7 d.P.R. n. 62 del 2013 (*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*), rubricato “*Obbligo di astensione*”, stabilisce che “*Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza*”.

7.1.2. La fattispecie descritta dall'art. 42, comma 2, del d.lgs. 50 del 2016 ha portata *generale*, come emerge dall'uso della locuzione “*in particolare*”, riferita alla casistica di cui al richiamato art. 7 d.P.R. n. 62 del 2013, avente dunque mero carattere esemplificativo.

7.1.3. Per quanto non esista, all'interno del quadro normativo appena richiamato, una definizione univoca, il conflitto di interessi può definirsi quale condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario contestualmente titolare di *interessi personali o di terzi*, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento *dell'interesse funzionalizzato*: in una siffatta situazione sorge, quindi, l'obbligo del dipendente di informare l'Amministrazione e di astenersi (Consiglio di Stato, Sezione VI, 22 marzo 2022, n. 2069).

7.1.3. La definizione normativa appare coerente, del resto, con lo *ius receptum* per cui le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte a tutelare il prestigio della Pubblica Amministrazione,

ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o meno un risultato illegittimo.

7.1.4. L'art. 42 contempla poi tre diversi obblighi che incombono, rispettivamente, sulla stazione appaltante (comma 1) e sul personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2, ovvero:

- quello di prevedere *«misure adeguate a contrastare le frodi e la corruzione, nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici»* (comma 1);
- quello di segnalazione e di (eventuale) astensione dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione;
- infine quello di vigilare sul rispetto degli adempimenti di cui ai commi 3 e 4.

7.1.5. Il quadro normativo è poi completato dall'art. 80, comma 5 lett. d) del d.lgs. cit., in base al quale va esclusa la partecipazione dell'operatore economico che *«determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile»*.

7.1.6. Nondimeno, se il conflitto di interessi è poi evidenziato in una fase più avanzata del procedimento di gara, o addirittura successivamente all'aggiudicazione, non può che trovare applicazione la misura demolitoria, che, secondo la regola generale, colpisce il provvedimento conclusivo della procedura, viziato in via derivata dal conflitto di interessi (Cons. Stato, V, 28 ottobre 2019, 7389).

7.1.7. Occorre altresì rammentare che l'art. 24 della direttiva 2014/24/UE (cui il predetto art. 42, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 dà attuazione), non sembra dettare una disciplina univoca del *“conflitto di interesse”*, ma indica solamente una soglia minima di contenuto e tutela: *“Gli Stati membri provvedono affinché le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace*

a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura o ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto”.

7.2. Sul piano della individuazione dei presupposti applicativi della norma, va anzitutto evidenziato come per costante orientamento giurisprudenziale la disposizione di cui al citato art. 42 cit. è da intendersi come norma *lato sensu "di pericolo"*, in quanto le misure che essa contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare (così Cons. Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355; Sez. V, 14 maggio 2020, n. 3048).

7.2.1. Le ipotesi ivi previste (in termini generali ed astratti) si riferiscono, infatti, a situazioni in grado di compromettere, anche solo *potenzialmente*, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale: tale è, ad esempio, l'ipotesi in cui il dipendente pubblico (il Rup o i dirigenti degli uffici competenti ad adottare gli atti della procedura) oppure colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto siano portatori di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle funzioni.

7.2.2. Sul versante probatorio, come chiarito dalla giurisprudenza, l'ipotesi di conflitto d'interessi “*deve essere supportata da elementi concreti, specifici ed attuali*” (Consiglio

di Stato, Sez. III, 26 marzo 2021, n. 2581; Consiglio di Stato, III, 20 agosto 2020, n. 5151 e 29 marzo 2022, n. 2309).

7.2.3. È, pertanto, necessario che risultino provati gli elementi indiziari dai quali è possibile ricavare, in via presuntiva, il conflitto di interessi, ovvero: *a)* l'esistenza di un interesse personale del funzionario e della ditta concorrente in gara; *b)* il ruolo che il primo rivestiva nella procedura di gara e che gli avrebbe potuto consentire di "intervenire" o di "influenzare" il risultato, per le informazioni privilegiate che egli aveva a disposizione e che avrebbe potuto trasferire all'impresa concorrente.

Va conseguentemente esclusa, in una procedura concorrenziale, la sussistenza di un conflitto di interessi ex art. 42, d.lgs. n. 50 del 2016, ove non sia emersa una situazione in cui il personale della stazione appaltante abbia potuto influenzare il risultato della procedura di aggiudicazione, né sia emerso l'interesse che il medesimo personale, a tal fine, avrebbe avuto (Cons. Stato, Sez. III, 12 settembre 2019, n. 6150; Cons. Stato, Sez. III, 5151/2020 cit.).

7.2.4. Va poi anche rammentato che, ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse, è sufficiente anche la sola *potenziale asimmetria informativa* di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, *indebito vantaggio competitivo* conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum* (in tal senso si veda Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, parere n. 667/2019 del 5 marzo 2019, sullo Schema di Linee guida aventi ad oggetto "Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici", in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50; sulla rilevanza di una anche solo potenziale asimmetria informativa di cui un concorrente abbia potuto godere, traendone un indebito vantaggio competitivo nella gara, per il tramite di un soggetto in rapporto

diretto con la stazione appaltante si veda anche Cons. Stato, V, 3 settembre 2018, 5158 che ha ravvisato una situazione di conflitto di interessi per il fatto che il professionista che aveva predisposto gli atti di gara in virtù dell'esistenza di un pregresso rapporto diretto di collaborazione professionale con l'amministrazione appaltante avesse poi, successivamente, confezionato anche l'offerta della concorrente per la medesima gara).

7.3. Tanto premesso, la sentenza appellata, delineato il quadro normativo di riferimento, ha escluso la censurata violazione di cui all'art. 80, comma 5 lett. d), sulla base dei seguenti passaggi argomentativi:

- ha richiamato anzitutto il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui le norme in materia di conflitto di interessi, contenute nel citato art. 42 D. Lgs. n. 50/2016, si applicano solo ai lavoratori subordinati della stazione appaltante e ai soggetti esterni che per conto dell'Amministrazione committente hanno curato la predisposizione degli atti di gara, cioè anche ai dirigenti ed agli amministratori di tali soggetti esterni;
- ha evidenziato poi che la loro violazione non richiede la dimostrazione del vantaggio conseguito, essendo dette norme poste a tutela del pericolo astratto e presunto della potenziale lesione dei principi di imparzialità e/o di parità di trattamento nei procedimenti di affidamento di appalti pubblici;
- ha quindi rilevato che il legislatore ha individuato nel Consiglio comunale (nella sua generalità) l'organo di indirizzo e controllo politico-amministrativo dell'Ente, segnando, però, al contempo, una competenza limitata ad una serie di atti fondamentali annoverati nell'art. 42, co. 2, T.U.E.L., tra i quali non si rinviene alcuna prerogativa del Consiglio medesimo, idonea ad influenzare le scelte degli uffici amministrativi in materia di bandi e gare pubbliche;
- ha quindi concluso che, nonostante le disposizioni in commento siano "*norme di pericolo*", l'applicazione delle stesse non può prescindere dall'accertamento

dell'esistenza di una situazione conflittuale, come si evince dal combinato disposto di cui agli articoli art. 42, comma 2, del Codice dei contratti pubblici e 7 del d.P.R. n. 62 del 2013, da cui emerge che l'obbligo di astensione ricorre per tutti i soggetti chiamati ad intervenire nello svolgimento della procedura di aggiudicazione ove esistano *“gravi ragioni di convenienza”*;

- ha infine escluso che nella specie potesse configurarsi una siffatta situazione conflittuale.

7.4. Alla luce della disciplina di legge e delle sopra indicate coordinate ermeneutiche, il Collegio ritiene che le statuizioni di prime cure sono corrette, dovendo escludersi la ricorrenza, nella specie, di un conflitto di interessi idoneo a viziare gli esiti del confronto concorrenziale e implicante l'esclusione della controinteressata.

7.4.1. Infatti, se non può dubitarsi che la disciplina normativa in materia di conflitto di interessi nelle procedure di gara ha finalità generali di presidio della imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa e che ad essa deve perciò riconoscersi la massima latitudine possibile in via interpretativa, è parimenti comprovato che, nel caso in esame, i valori che la norma mira a tutelare non sono stati, neanche potenzialmente, minacciati, scalfiti o pregiudicati.

7.5. Deve innanzitutto rilevarsi che la norma di cui all'art. 42, comma 2, del d.lgs. 50/2016 fa espresso riferimento al personale della stazione appaltante o di un prestatore di servizi intervenuto nello svolgimento della procedura che possa influenzarne in qualsiasi modo il risultato.

7.5.1. Pertanto, sebbene, come rilevato, la norma deve essere interpretata in senso estensivo (ovvero senza che vengano in rilievo solo situazioni tassative) in quanto massima è l'esigenza di tutela del prestigio e dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione, deve parimenti rilevarsi che il soggetto rispetto al quale può configurarsi la situazione di potenziale conflitto – a prescindere dal fatto che egli sia o meno dipendente della stazione appaltante o che si tratti un soggetto esterno legato

da un rapporto di collaborazione professionale che ne abbia comportato l'intervento, a qualsiasi titolo, nella procedura selettiva – deve aver svolto una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto e, al contempo, esser portatore di interessi, propri o altrui, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni.

7.5.2. Per converso, nel caso in esame non ricorre (né è stata dimostrata in giudizio) alcuna ipotesi di, anche solo *potenziale*, influenza, diretta o indiretta, esercitabile dalla vicepresidente della cooperativa aggiudicataria, in virtù del mandato elettivo conferitole e degli incarichi politici svolti all'interno dell'Amministrazione appaltante, del tutto avulsi dalla gara in discussione.

7.5.3. La procedura è stata, infatti, bandita dagli organi amministrativi (il Responsabile del servizio Socio Assistenziale del Comune e il dirigente della Centrale di Committenza) i quali successivamente hanno predisposto gli atti di gara e nominato i componenti della Commissione, designandoli tra soggetti estranei all'amministrazione comunale e alla stessa CUC XXX.

7.5.4. La vicepresidente della cooperativa aggiudicataria non ha potuto invece svolgere, né in astratto, né in concreto, alcuna funzione nella gestione amministrativa della gara, che, come rilevato dal primo giudice, spetta esclusivamente ai dirigenti comunali:

a) ai sensi dell'art. 107, comma 3, lett. b), D. Lgs. n. 267/2000, a mente del quale *“sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: [...] b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; [...]”*.

b) in applicazione del principio ex art. 4 D. Lgs. n. 165/2001 della separazione tra la funzione di indirizzo politico-amministrativo, di competenza degli organi di governo, e la gestione amministrativa, spettante ai dirigenti, i quali *«sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati»*.

7.5.5. Pertanto, acclarato che una eventuale violazione della norma in questione non può che ricondursi a condotte poste in essere da coloro che a vario titolo si sono occupati della procedura, non vi è alcuna prova in atti, neanche a livello indiziario, che il soggetto in potenziale conflitto abbia potuto, in virtù del ruolo svolto nell'ente, anche solo verosimilmente o probabilmente, condizionare lo svolgimento della gara e influenzarne gli esiti: non vi è, infatti, alcun legame o connessione, neanche indiretta, tra il predetto soggetto e le funzioni attinenti alla procedura in questione, che abbia determinato un pericolo di pregiudizio degli interessi presidiati dalle richiamate disposizioni.

7.5.6. Invero, oltre al dato normativo specifico, valorizzato dal primo giudice, riguardante il personale appartenente alle cooperative quale pacificamente è l'aggiudicataria (art. 63, comma 1, n. 2, del D.Lgs. n. 267/2000), profilo sul quale appresso si dirà, è soprattutto la comprovata estraneità del soggetto in potenziale conflitto con attività connesse alla procedura di affidamento ad escludere, a monte, l'esistenza della situazione conflittuale, con il conseguente rischio di interferenza nella attività amministrativa espletata dagli uffici con riguardo alla specifica gara: rispetto alla quale, come rilevato dalla sentenza e ribadito dalle appellate, con argomentazioni rimaste prive di sostanziale confutazione, il consigliere comunale non ha svolto alcuna funzione, non avendone stabilito le regole (peraltro definite, con gli atti di gara adottati in data 23 aprile 2021 e pubblicati il 28 luglio 2021, in un momento anteriore all'acquisizione dei poteri di amministrazione e rappresentanza della Cooperativa, il 30.07.2021, come da visura camerale) né prescelto i soggetti preposti alla loro concreta applicazione (*i.e.* i componenti della Commissione).

Anche successivamente alla predisposizione della *lex specialis* e all'adozione degli atti preparatori, non si evince dalla documentazione in atti un coinvolgimento del soggetto titolare della carica elettiva nella gara e nelle relative determinazioni dell'Amministrazione appaltante, che possa, in qualche misura, averne influenzato il

processo decisionale, ad esempio mediante l'acquisizione di informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio, che abbiano alterato il legittimo confronto concorrenziale e leso la *par condicio* dei partecipanti alla procedura evidenziale.

7.5.7. In definitiva, avuto riguardo alle circostanze del caso, non è configurabile quella situazione di conflitto di interessi "*non altrimenti risolvibile*" tale da comportare l'esclusione dell'operatore economico partecipante alla procedura selettiva.

La risolvibilità del potenziale conflitto è stata infatti legittimamente realizzata *ex ante* non sul piano esterno, ovvero inibendo comunque la partecipazione alla gara della cooperativa appellata, ma sul piano interno, e cioè evitando ogni "*contatto*" procedimentale tra il soggetto titolare della carica nelle Amministrazioni appaltanti e la specifica gara.

7.5.8. Non sovvertono tali conclusioni, nello specifico *contesto della procedura di concessione*, le circostanze genericamente dedotte dall'appellante quali elementi in grado di amplificare la possibilità di interferenza nella procedura di affidamento, per lo più correlate al ridotto contesto ambientale di riferimento: che, pur potendo, come ben rilevato dal primo giudice, verosimilmente comportare "*rapporti non formalizzati o non formalizzabili tra impiegati degli uffici e amministratori locali*", tuttavia non può essere elevata di per sé a prova "*presuntiva*" della situazione conflittuale, implicante una altrettanto "*presuntiva*" regola di sospetto che oneri l'Amministrazione resistente di fornire la prova negativa opposta (*id est*: sull'inesistenza della situazione conflittuale incidente sulla correttezza del proprio operato).

Nel caso di specie, un siffatto rischio di illegittima commistione, ventilato in astratto dall'appellante, è comunque difficilmente configurabile data la provenienza dei commissari, che non sono dipendenti del Comune né della Centrale di Committenza.

7.5.9. In assenza di elementi concreti a riscontro di un condizionamento ambientale, le asserzioni dell'appellante restano, dunque, relegate al rango di mere indimostrate congetture, inidonee a configurare a carico dell'aggiudicataria la causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. d).

7.6. Sono parimenti infondate le ulteriori censure, proposte in via gradata, di violazione delle lettere *c-bis* e *f-bis* della medesima disposizione, per ragioni analoghe a quelle sopra esposte cui si rinvia.

7.6.1. Al riguardo si deve solo aggiungere che qui non sussiste neanche la lamentata violazione degli obblighi dichiarativi quanto alla mancata segnalazione di un potenziale conflitto di interessi da parte della cooperativa aggiudicataria: non solo per l'inesistenza, a monte, della stessa situazione conflittuale "*non altrimenti risolvibile*", stante l'assenza di qualsivoglia connessione, anche meramente indiretta, del soggetto titolare delle cariche elettive con la specifica gara e la correlata attività amministrativa espletata dagli uffici, ma anche perché la cooperativa aggiudicataria non ha fornito informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione né ha ommesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione e, tantomeno, ha reso una dichiarazione falsa o reticente e incompleta.

7.6.2. Per converso, la cooperativa aggiudicataria ha compiutamente dichiarato, come risulta dalla documentazione di gara, ciò che doveva dichiarare, ossia i ruoli ricoperti all'interno della compagine societaria dalla signora XXXX con i relativi poteri di rappresentanza rivestiti da quest'ultima nell'ambito di una cooperativa senza finalità di lucro.

7.6.3. La stazione appaltante ha quindi potuto compiere con piena cognizione di causa tutte le valutazioni ad essa riservate sull'ammissione della concorrente alla gara, anche per quanto concerne l'esistenza di possibili situazioni di incompatibilità e conflitto di interessi potenzialmente lesive degli interessi pubblici.

7.7. Per analoghe ragioni vanno altresì respinte le doglianze articolate con il secondo motivo di appello.

7.7.1. Infatti, la sentenza appellata, delineata compiutamente la distinzione tra l'ipotesi di *conflitto di interessi* di cui al citato art. 42 e le *cause di incompatibilità* previste dall'art. 63, comma 1, n. 2, del D. Lgs. n. 267/2000, invocato anch'essa dalla ricorrente a sostegno delle proprie tesi, osservando come essi operino su un piano differente poiché *“l'istituto della incompatibilità tende ad impedire, in linea generale, situazioni inconciliabili con il corretto espletamento del mandato elettivo e, dunque, riguardanti l'esercizio delle prerogative proprie della carica politica”*, ha correttamente respinto le censure di violazione dell'art. 63 del Testo Unico degli Enti Locali e dell'art. 16 del regolamento comunale, sollevate congiuntamente in primo grado, sul decisivo rilievo per cui a mente del comma 2 del citato art. 63 *“L'ipotesi di cui al n. 2) del comma 1 non si applica a coloro che hanno parte in cooperative o consorzi di cooperative, iscritte regolarmente nei registri pubblici”*, quale pacificamente è l'aggiudicataria.

7.7.2. Tale deroga normativa, cui non fa eccezione l'invocata norma di cui all'art. 16 del Regolamento comunale, trova fondamento nella funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata, espressamente riconosciuta e tutelata dall'art. 45 della Costituzione.

7.7.3. Nell'appena delineato contesto normativo, non può dunque condividersi la tesi dell'appellante, correttamente disattesa dalla sentenza, secondo cui, sostanzialmente, l'art. 16 del Regolamento del Comune di YYYY o l'art. 6 del *“Codice Integrativo”* adottato dallo stesso Comune ex art. 54 D. Lgs. n. 165/2001 estenderebbero le ipotesi di conflitto e di incompatibilità anche ai dipendenti di una società cooperativa: infatti, per un verso, come ritenuto dal primo giudice tali disposizioni, seppur non interamente riproduttive delle richiamate norme di legge, devono naturalmente intendersi integrate dalla normativa statale, gerarchicamente sovraordinata, che delimita la portata delle cause di esclusione in relazione alla

possibile ipotesi di conflitto o alla causa di incompatibilità; per altro verso il Regolamento comunale non esclude l'applicabilità della speciale disposizione prevista per le cooperative dal citato art. 63, comma 2.

7.8. In ogni caso, anche con riguardo alle specifiche discipline di cui l'appellante assume la violazione con il secondo motivo di gravame, la configurabilità nella vicenda amministrativa di una situazione anche solo astrattamente e potenzialmente riconducibile ad un potenziale conflitto di interessi avrebbe richiesto la prova della imprescindibile connessione tra la specifica gara e la funzione svolta dal soggetto titolare della carica elettiva.

7.8.1. Tuttavia, nella presente vicenda, oltre a generiche supposizioni fondate sulle ridotte dimensioni della cittadina ove deve eseguirsi il servizio e all'argomento concernente l'attribuzione all'offerta tecnica aggiudicataria del massimo punteggio conseguibile, frutto però del meccanismo di riparametrazione previsto dal disciplinare di gara e illustrato dalla sentenza appellata, non sono stati allegati né tantomeno dimostrati elementi che, in ragione delle sole cariche rivestite dal soggetto potenzialmente interessato, abbiano potuto influenzare illegittimamente le determinazioni dell'Amministrazione inerenti allo svolgimento e ai risultati della gara, minandone l'imparzialità di giudizio.

7.9. Le doglianze articolate con i primi due motivi devono essere, pertanto, respinte.

8. Con il terzo motivo l'appellante lamenta *“Errores in iudicando. Incongrua, errata e inadeguata valutazione in merito alla violazione degli artt. 95 e 97 del D.lgs. 50/2016 riguardo il sub procedimento di verifica dell'anomalia. Violazione artt. 8.1.2 e 9 del Disciplinare. Violazione dell'art. 3 della Legge n. 241/1990 ss.mm.ii. Eccesso di potere per difetto di motivazione e istruttoria, per irragionevolezza, travisamento e illogicità. Violazione dell'art. 97 Cost. Errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato”*.

8.1. In particolare, con tali doglianze si critica la sentenza nella parte in cui ha respinto il terzo motivo di ricorso, integrato dai motivi aggiunti, con cui è stata

contestata l'illegittimità dell'aggiudicazione per non aver la stazione appaltante effettuato la verifica dell'anomalia dell'offerta ex art. 97 del decreto legislativo n. 50/2016, oltreché per non aver, quantomeno, verificato la congruità dei costi della manodopera indicati né accertato l'incongruità degli oneri della sicurezza aziendale (che la controinteressata avrebbe indicato in misura irrisoria e insufficiente in rapporto alle prestazioni dedotte e al numero di personale da impiegare per eseguirle).

8.2. Secondo l'appellante la decisione di prime cure sarebbe, infatti, erronea sia per l'inesatta interpretazione della *lex specialis* di gara - le cui previsioni, pur in assenza della necessità di indicare una proposta economica, avrebbero inteso subordinare l'aggiudicazione (all'art. 8.1.2. del Disciplinare di gara) alla verifica della congruità di detti costi e (al successivo art. 9) alla necessità di una verifica anomalia nel caso di "*offerte che superano la soglia di anomalia di cui all'art. 97, comma 3 del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa*" - che per l'assenza di motivazione riguardo ai profili di incongruità denunciati.

8.3. Viceversa, l'opzione interpretativa opposta a quella condivisa dalla sentenza di prime cure terrebbe conto della natura del servizio in questione (ad "*alta intensità di manodopera*") e della generale considerazione per cui anche un'offerta non basata sull'elemento prezzo può essere ugualmente incongrua, rendendo perciò necessaria la verifica di anomalia, onde accertare la complessiva sostenibilità dell'offerta e la capacità dell'impresa partecipante di eseguire regolarmente quanto indicato nella proposta progettuale.

8.4. Anche tali doglianze non possono essere accolte.

8.5. Come correttamente evidenziato dal primo giudice, non vi era alcun obbligo di procedere a verifica di anomalia ma mera *facoltà* nell'ambito di una gara avente ad oggetto l'affidamento di una concessione da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ("*ai sensi dell'art. 95 comma 3 del D.Lgs. declinato*

secondo il rapporto costi/benefici, con l'elemento costo ritenuto fisso (invarianza del fattore economico)" e caratterizzato dall'assunzione del c.d. rischio operativo da parte dell'operatore economico (cfr. art. 165, comma 1, d.lgs. n. 50/2016), in cui il confronto competitivo era poi incentrato totalmente su elementi qualitativi dell'offerta (data l'invarianza del prezzo fisso e l'irrilevanza degli elementi economici, in base alla stessa legge di gara, non impugnata in parte qua dalla ricorrente).

8.6. A tali conclusioni si perviene, come correttamente ha fatto la sentenza impugnata, alla luce delle stesse previsioni della *lex specialis* richiamate da parte appellante, ovvero:

- in primo luogo l'art. 8.1.2. del disciplinare (rubricato "Ribasso percentuale sull'ammontare complessivo stimato dell'appalto") che prevede: "Ai sensi dell'art. 95, comma 7, del D. Lgs. n.2016 e s.m.i. l'elemento relativo al costo assume la forma di un costo fisso, sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi. Pertanto, nella presente procedura di gara non è prevista la produzione di un'offerta economica basata sull'elemento prezzo. Ciò in ragione del fatto che il costo-base dei servizi promana dall'applicazione di tariffe a misura, computate sui giorni di effettiva presenza presso il Centro Diurno dei minori fruitori e, dunque, l'elemento prezzo costituisce un'invariante rispetto alle specificità dei modelli gestionali e dei progetti tecnici sulla cui articolazione i Concorrenti sono chiamati a compararsi. [...]; c) l'offerta può essere comunque corredata dall'indicazione dei costi della art. 95 D. Lgs. n. 50/2016 manodopera e dei costi aziendali interni della sicurezza ai sensi dell'art. comma 10 del D. Lgs. 50/16";

- inoltre, il successivo art. 9.5.5 (rubricato "Verifica di congruità dell'offerta") laddove stabilisce che "Al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, della Commissione, valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse".

8.6.1. Dalle sopra riportate previsioni emerge l'inesistenza di un obbligo per la stazione appaltante di procedere con la verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 3, d.lgs. 50/2016, in mancanza dei parametri sanciti dalla norma per definire la soglia di anomalia, nell'ambito di una procedura di gara incentrata, come rilevato, sui soli aspetti qualitativi dell'offerta e carente del criterio quantitativo del prezzo.

8.6.2. Con la normativa di gara la stazione appaltante non si è dunque autovincolata a una obbligatoria verifica di anomalia, riservandosene la mera facoltà in presenza di specifici elementi sintomatici di anomalia: non avendoli ravvisati, l'Amministrazione non vi ha proceduto, in base a una scelta discrezionale, di cui non è stata dimostrata la manifesta illogicità, contraddittorietà e irragionevolezza.

8.7. Conseguentemente, la stazione appaltante non era neppure tenuta a verificare la congruità dei costi della manodopera indicati dall'aggiudicataria, in assenza di elementi sintomatici della loro inadeguatezza e incongruità in rapporto alle prestazioni oggetto di affidamento, non rilevando la discordanza, non significativa, tra i valori delle tabelle e i costi della manodopera indicati dalla XXXX, in misura peraltro superiore alla stima effettuata dalla stessa Stazione appaltante.

8.7.1. Infatti, la *lex specialis* di gara ha considerato come meramente facoltativa anche l'indicazione dei costi della manodopera, stabilendo all'art. 8.1. del disciplinare che *"l'offerta può essere comunque corredata dall'indicazione dei costi della manodopera e dei costi aziendali interni della sicurezza ai sensi dell'art. 95 comma 10 del D.Lgs. n. 50/16"*, precisando ulteriormente che *"anche gli elementi di cui all'art. 95 comma 10 del Codice diventano sostanzialmente irrilevanti in ipotesi di assenza di offerta economica"*.

8.8. Quanto agli oneri di sicurezza aziendale, che sarebbero stati, a dire dell'appellante, sottostimati dalla aggiudicataria, la censura è infondata, considerato che:

- innanzitutto tali oneri sono stati compiutamente indicati, per cui non potrebbe essere disposta l'esclusione della concorrente (sul punto si veda in tal senso Cons. Stato, IV, 10 luglio 2020, n. 4431); - tale indicazione non appare neanche inadeguata e incongrua in relazione alla natura del servizio in concessione;

- si tratta, infatti, di costi che possono variare a seconda dell'organizzazione aziendale (in base alle misure concretamente adottate, alla capacità di formazione interna, al personale impiegato dall'impresa) e non sono inderogabili, fermo restando il rispetto dei minimi salariali di cui all'art. 97, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016 (*"richiamato anche dall'art. 95, comma 10, e all'art. 23, comma 16 - ma pur sempre nel quadro della congruità degli stessi ai fini dell'apprezzamento di cui all'art. 97, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016..."*): cfr. Cons. Stato, V, 23 febbraio 2021, n. 1571; cfr. anche Consiglio di Stato, V, 18 febbraio 2019, n. 1099), profili rispetto ai quali nulla è stato dedotto dall'appellante;

- avuto riguardo alle difese dell'aggiudicataria (sulla capacità di generare economie di scala in ragione della concreta organizzazione aziendale nonché sulla collocazione di una quota parte degli oneri aziendali della sicurezza nella voce "spese generali") deve richiamarsi il consolidato orientamento della giurisprudenza secondo cui l'"*appostamento*" delle voci di costo "*oneri di sicurezza aziendale*" nella voce "*spese generali*" è operazione che, purché sia garantito il medesimo impiego delle unità di personale, non dà luogo a un'alterazione del contenuto dell'offerta, con rimodulazione *in pejus* dell'organizzazione del personale, risolvendosi piuttosto in una diversa imputazione degli oneri economici necessari per assicurare la sicurezza sul lavoro all'interno dell'organizzazione aziendale dell'aggiudicataria (cfr. Cons. Stato, V, 21 ottobre 2019, n. 7135; id., V, 8 aprile 2019, n. 2281).

- la doglianza non individua specifici indici ed elementi di discordanza anche rispetto ai valori tabellari, che possano indurre a ritenere l'offerta della XXXX inattendibile e insostenibile nel suo complesso;

- le considerazioni che precedono non sono scalfite neanche dal richiamo al massimo punteggio tecnico ottenuto dalla cooperativa aggiudicataria con riguardo alle migliori tecniche che è frutto della riparametrazione effettuata ai sensi dell'art. 9.5.1 del disciplinare, secondo i criteri ivi indicati.

8.9. Le articolate doglianze vanno, dunque, complessivamente respinte.

9. Con il quarto motivo l'appellante censura la sentenza per *“Incongrua, errata e inadeguata valutazione in merito alla violazione dell'art. 57, comma 4, della Direttiva UE 24/2014. Violazione dell'art. 22, 80, comma 5, lett. f bis e/o lett. c-bis del D.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria, per illogicità, irragionevolezza e travisamento di documenti. Violazione del principio della par condicio e del buon andamento dell'Amministrazione. Violazione dell'art. 97 della Cost.”*

9.1. Si sostiene, in particolare, l'erroneità della sentenza appellata laddove ha respinto il motivo di ricorso, introdotto con i motivi aggiunti, con cui è stata contestata la mancata esclusione della cooperativa aggiudicataria per aver reso, nell'offerta tecnica dichiarazioni non veritiere, quanto all'inserimento, tra le figure professionali aggiuntive, di due professioniste e di una istituzione educativa di cui, in realtà, non ha acquisito la disponibilità, in tal modo influenzando la decisione della Stazione appaltante.

9.2. Secondo l'appellante la sentenza avrebbe errato nel non considerare che le figure in discussione di cui si prospettava l'impiego nel progetto tecnico non avrebbero mai potuto prender parte al servizio, perché dipendenti di altre Amministrazioni o finanche della stessa appellante.

9.3. Anche tale motivo è infondato.

9.4. L'erronea indicazione nell'offerta tecnica di personale non più nella disponibilità dell'ente non integra un'ipotesi di falsità della dichiarazione alla luce degli elementi in concreto evidenziati dall'aggiudicataria a spiegazione del contestato inserimento delle due figure professionali aggiuntive nel proprio organigramma, dovuto in un

caso a un mero refuso nel progetto in cui, per mero errore di trascrizione, è stata riportata la scheda precompilata contenente quel nominativo, nell'altro a pregressi documentati rapporti di collaborazione precedentemente intrattenuti con la professionista indicata.

9.5. Pertanto, non venendo in rilievo dichiarazioni e informazione false e fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni della stazione appaltante sulla esclusione o sulla aggiudicazione della gara, sono corrette e vanno confermate le statuizioni della sentenza secondo cui i dati erronei, di cui si duole la ricorrente, attengono a componenti dell'offerta tecnica, che possono influire sulla corretta attribuzione del punteggio di gara, e non già sulla partecipazione del concorrente in gara, non venendo, quindi, in rilievo il disposto dell'art. 80, comma 5, lett. f-*bis* o lett. c-*bis* del D. Lgs. n. 50/2016.

9.6. Inoltre, come correttamente rilevato dalla sentenza appellata, nel caso in esame lo specifico criterio di valutazione previsto dal disciplinare di gara (sub punto "B10") prevedeva l'assegnazione di n. 4 punti, senza tuttavia che la parte ricorrente abbia chiarito quale diverso punteggio avrebbe dovuto conseguire l'aggiudicataria in esito al meccanismo di riparametrazione previsto dalla *lex specialis* di gara.

9.7. Difetta, pertanto, la c.d. *prova di resistenza*.

9.8. Infatti, la decurtazione dei quattro punti previsti per il criterio non consente all'appellante di sopravanzare la controinteressata, sovvertendo gli esiti della gara, e comunque non è dimostrato se - ricalcolato detto punteggio - la ricorrente avrebbe potuto aspirare all'aggiudicazione della concessione.

9.9. Per le sopra esposte considerazioni, anche tali doglianze non sono suscettibili di positivo apprezzamento.

10. Alla infondatezza dei motivi proposti consegue il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata.

11. Considerata la complessità e la novità delle questioni trattate, le spese di lite possono essere compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

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

Compensa tra tutte le parti in causa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Francesco Caringella

IL SEGRETARIO