

Publicato il 11/03/2020

N. 00668/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01874/2019 REG.RIC.

N. 01905/2019 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1874 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da C.O.T. Soc. Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Scuderi Ignazio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ersu - Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario di Catania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, ed ivi domiciliato in via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

Elior Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Anania Riccardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 1905 del 2019, proposto da Pellegrini S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Tricamo Gabriele, Favale Antonietta e Valente Matteo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario Catania -Ersu, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, ed ivi domiciliato in via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti

Elior Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Anania Riccardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

C.O.T. Soc. Cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Scuderi Ignazio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

D'Anna Giampiero, non costituito in giudizio;

quanto al ricorso n. 1874 del 2019:

per quanto riguarda il ricorso introduttivo,

per l'annullamento

a) del diniego opposto dalla stazione appaltante in ordine all'istanza di accesso formulata dalla ricorrente per ottenere la documentazione tecnica dell'aggiudicataria scevra da obliterazioni;

b) del Decreto del Direttore dell'ERSU di Catania del 18 ottobre 2019, n. 769/2019, col quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della ELIOR Ristorazione s.p.a. dell'appalto relativo all'“...affidamento del servizio di

ristorazione agli studenti universitari, dipendenti e utenti esterni presso le mense universitarie "centro" e "cittadella" di Catania...", CIG 77846375C, per l'importo complessivo di €. 9.750.000,00, oltre IVA;

c) di tutti i verbali di gara ed in particolare il verbale di seduta riservata n. 2 del 20 giugno 2019 e n. 9 del 6 agosto 2019, il verbale di seduta pubblica n. 6 del 29 agosto 2019, il verbale di seduta riservata n. 10 del 19 settembre 2019 ed il n. 12 dell'8 ottobre 2019;

nonché, in subordine, per la condanna

dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da ELIOR RISTORAZIONE S.P.A. il 16\12\2019 :

per l'annullamento

- in parte qua, degli atti della gara indetta da ERSU di Catania, con bando stato spedito per la pubblicazione sulla GUUE in data 13 febbraio 2019, per l'affidamento del servizio di ristorazione agli studenti universitari dipendenti e utenti esterni presso le mense universitarie "centro " e "cittadella" di Catania... " CIG 77846375C, nella parte in cui la S.A. ha ammesso o comunque non ha disposto l'esclusione della ricorrente principale COT Soc. Cooperativa;

- in parte qua, dei verbali di gara ed in particolare dei verbali della Commissione n. 1 del 21/5/2019, n. 2 del 29/5/2019, n. 3 del 4/6/2019, n. 4 del 4/6/2019, n. 5 del 20/6/2019, n. 6 del 29/6/2019, nonché dei verbali riservati di gara n. 1 del 4/6/2019, n. 2 del 20/6/2019, n. 3 del 4/7/2019, n. 4 del 4/7/2019, n. 5 del 5/7/2019, n. 6 del 5/7/2019, n. 7 del 2/8/2019, n. 8 del 2/8/2019, n. 9 del 6/8/2019, n. 10 del 19/8/2019, n. 11 del 30/9/2019, n. 12 del 8/10/2019, sempre nella parte in cui la S.A. ha ammesso o comunque non ha disposto l'esclusione della ricorrente principale COT Soc. Cooperativa.

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da C.O.T. SOC. COOPERATIVA il 8\1\2020 :

- per l'annullamento degli atti e dei provvedimenti già impugnati col ricorso introduttivo, iscritto al numero 1874/2019 di Ruolo Generale;
 - nonché, per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente a conseguire l'aggiudicazione e la stipula del contratto;
 - nonché, in subordine, per la condanna dell'Amministrazione appaltante al diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento per equivalente, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica, con condanna al pagamento delle relative somme con interessi legali e rivalutazione da quantificarsi nella misura che si indica nel 15% dell'importo a base d'asta del contratto (di cui 12% per lucro cessante e 3% per perdita di qualificazione e di chances), ovvero nella maggiore o minore somma che risulterà in corso di giudizio;
 - nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto sottoscritto il 30 dicembre 2019, come comunicato con la nota trasmessa a mezzo pec il medesimo giorno.=.
- quanto al ricorso n. 1905 del 2019:

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

- del Decreto n. 0000769/2019 del 18/10/2019 del Direttore dell'ERSU Catania recante “aggiudicazione procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione agli studenti universitari dipendenti e utenti esterni presso le mense universitarie “Centro” e “Cittadella” di Catania – CIG: 77846375AC”;
- dell'avviso dell'esito di gara del 18/10/2019, pubblicato sul sito istituzionale dell'Ente, con cui si è resa nota l'aggiudicazione della procedura di gara suddetta;
- dei verbali di gara n. 1 del 21/5/2019, n. 2 del 29/5/2019, n. 3 del 4/6/2019, n. 4 del 4/6/2019, n. 5 del 20/6/2019, n. 6 del 29/6/2019, nonché dei verbali riservati di gara n. 1 del 4/6/2019, n. 2 del 20/6/2019, n. 3 del 4/7/2019, n. 4 del

4/7/2019, n. 5 del 5/7/2019, n. 6 del 5/7/2019, n. 7 del 2/8/2019, n. 8 del 2/8/2019, n. 9 del 6/8/2019, n. 10 del 19/8/2019, n. 11 del 30/9/2019, n. 12 del 8/10/2019;

- del decreto del Commissario straordinario n. 17/2019 del 17/04/2019 di nomina del Presidente della commissione giudicatrice;

- della nota UREGA del 13 maggio 2019, prot. n. 0100602, di comunicazione dell'accettazione dell'incarico da parte dei due commissari di gara;

- del bando di gara spedito per la pubblicazione in GUCE in data 13/02/2019;

- del disciplinare di gara;

- del DDG dell'Assessorato delle infrastrutture e della mobilità dipartimento regionale tecnico n. 2032 del 13 luglio 2012;

- del DDG dell'Assessorato delle infrastrutture e della mobilità dipartimento regionale tecnico n. 2877 del 22 ottobre 2012;

- del provvedimento di aggiornamento annuale dell'albo alla data del 28/2/2019 del 12/03/2019 e del provvedimento, non conosciuto, di iscrizione dell'arch. Giampiero D'Anna alla sotto-sezione B2.19 dell'albo dei commissari di gara;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai precedenti ancorché non cognito, ivi compresi ulteriori atti interni di perfezionamento della nomina dei commissari di gara.

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da ELIOR RISTORAZIONE S.P.A. il 18\12\2019 :

per l'annullamento

- in parte qua, degli atti della gara indetta da ERSU di Catania, con bando stato spedito per la pubblicazione sulla GUUE in data 13 febbraio 2019, per l'affidamento del servizio di ristorazione agli studenti universitari dipendenti e utenti esterni presso le mense universitarie "centro " e "cittadella" di Catania... "

CIG 77846375C, nella parte in cui la S.A. ha ammesso o comunque non ha disposto l'esclusione della ricorrente principale PELLEGRINI S.p.a.

- in parte qua, dei verbali di gara ed in particolare dei verbali della Commissione n. 1 del 21/5/2019, n. 2 del 29/5/2019, n. 3 del 4/6/2019, n. 4 del 4/6/2019, n. 5 del 20/6/2019, n. 6 del 29/6/2019, nonché dei verbali riservati di gara n. 1 del 4/6/2019, n. 2 del 20/6/2019, n. 3 del 4/7/2019, n. 4 del 4/7/2019, n. 5 del 5/7/2019, n. 6 del 5/7/2019, n. 7 del 2/8/2019, n. 8 del 2/8/2019, n. 9 del 6/8/2019, n. 10 del 19/8/2019, n. 11 del 30/9/2019, n. 12 del 8/10/2019, sempre nella parte in cui la S.A. ha ammesso o comunque non ha disposto l'esclusione della ricorrente principale PELLEGRINI S.p.a..

per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da PELLEGRINI SPA il 23\12\2019 :

- del Decreto n. 0000769/2019 del 18/10/2019 del Direttore dell'ERSU Catania recante "aggiudicazione procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione agli studenti universitari dipendenti e utenti esterni presso le mense universitarie "Centro" e "Cittadella" di Catania – CIG: 77846375AC”;

- dell'avviso dell'esito di gara del 18/10/2019, pubblicato sul sito istituzionale dell'Ente, con cui si è resa nota l'aggiudicazione della procedura di gara suddetta;

- dei verbali di gara n. 1 del 21/5/2019, n. 2 del 29/5/2019, n. 3 del 4/6/2019, n. 4 del 4/6/2019, n. 5 del 20/6/2019, n. 6 del 29/6/2019, nonché dei verbali riservati di gara n. 1 del 4/6/2019, n. 2 del 20/6/2019, n. 3 del 4/7/2019, n. 4 del 4/7/2019, n. 5 del 5/7/2019, n. 6 del 5/7/2019, n. 7 del 2/8/2019, n. 8 del 2/8/2019, n. 9 del 6/8/2019, n. 10 del 19/8/2019, n. 11 del 30/9/2019, n. 12 del 8/10/2019;

- del decreto del Commissario straordinario n. 17/2019 del 17/04/2019 di nomina del Presidente della commissione giudicatrice;

- della nota UREGA del 13 maggio 2019, prot. n. 0100602, di comunicazione dell'accettazione dell'incarico da parte dei due commissari di gara;
- del bando di gara spedito per la pubblicazione in GUCE in data 13/02/2019;
- del disciplinare di gara;
- del DDG dell'Assessorato delle infrastrutture e della mobilità dipartimento regionale tecnico n. 2032 del 13 luglio 2012;
- del DDG dell'Assessorato delle infrastrutture e della mobilità dipartimento regionale tecnico n. 2877 del 22 ottobre 2012;
- del provvedimento di aggiornamento annuale dell'albo alla data del 28/2/2019 del 12/03/2019 e del provvedimento, non conosciuto, di iscrizione dell'arch. Giampiero D'Anna alla sotto-sezione B2.19 dell'albo dei commissari di gara;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso ai precedenti ancorché non cognito, ivi compresi ulteriori atti interni di perfezionamento della nomina dei commissari di gara;

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ersu - Ente Regionale per il Diritto Allo Studio Universitario di Catania, di Elixir Ristorazione S.p.A. e di C.O.T. Soc. Cooperativa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2020 il dott. Gustavo Giovanni Rosario Cumin e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara spedito per la pubblicazione sulla GUUE in data 13 febbraio 2019, l'Ente Regionale per il Diritto allo Studio Universitario, sede di Catania, (d'ora in avanti: ERSU) ha indetto una procedura aperta per l'affidamento del *“servizio di ristorazione agli studenti universitari, dipendenti e utenti esterni presso le mense universitarie “Centro” e “Cittadella” di Catania”*.

Alla suddetta procedura partecipavano 7 concorrenti, tra i quali la Elior Ristorazione s.p.a., la C.O.T. Società Cooperativa e la Pellegrini s.p.a. All'esito delle operazioni di gara l'offerta economicamente più vantaggiosa è risultata essere quella presentata dalla società Elior Ristorazione S.P.A., seguita in graduatoria dall'offerta della C.O.T. Società Cooperativa (quindi in seconda posizione), e da quella della Pellegrini s.p.a.(quindi in terza posizione); l'offerta prima classificata è stata poi positivamente sottoposta alla verifica dell'anomalia, sicchè l'aggiudicazione del servizio sopra indicato è avvenuta in via definitiva in favore di Elior Ristorazione s.p.a. con Decreto n. 0000769/2019 del 18/10/2019 del Direttore dell'ERSU Catania.

La Pellegrini s.p.a. ha dubitato della regolare formazione della graduatoria che la vedeva terza a causa del – postulato - mancato rispetto dell'art. 16 del Disciplinare di Gara (il quale prevedeva che la Commissione preposta all'esame delle offerte presentate avrebbe dovuto essere *“composta da un numero dispari pari a n. 3 membri, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. Il Presidente sarà nominato dall'ERSU ed i restanti 2 Commissari saranno selezionati previo sorteggio ai sensi dell'articolo 8, L.R. 12/2011, dall'UREGA provinciale di Catania”*), in quanto sarebbe difettata la (invece necessaria) esperienza *“nello specifico settore”* dei soggetti nominati quali commissari. Quelle doglianze, quanto a forma giuridica, assumevano quella del ricorso principale proposto dalla Pellegrini s.p.a., che dava avvio al procedimento contenzioso rubricato a n. 1905/2019 di R.G. Ferma restando comunque, da parte della Pellegrini s.p.a., la riserva della proposizione di ulteriori censure con ricorso

per motivi aggiunti, in base agli elementi che essa avrebbe potuto ritrarre dal positivo esito di una richiesta di ostensione, non ancora soddisfatta dall'Amministrazione intimata al tempo della proposizione del ricorso principale.

Si costituivano in giudizio tanto l'Amministrazione intimata, a mezzo del competente ufficio dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, quanto le controinteressate società Elior Ristorazione s.p.a. e C.O.T. società cooperativa.

A fronte del diniego – da parte dell'Amministrazione intimata - dell'ostensione completa degli atti richiesti in visione per il (quantomeno affermato) sussistere di un segreto commerciale, il Collegio, con ordinanza n. 784/2019 pronunciata nell'ambito del procedimento contenzioso menzionato da ultimo, accoglieva la richiesta di accesso della ricorrente e disponeva che l'Amministrazione fornisse la versione integrale delle offerte tecniche dell'aggiudicataria e della seconda classificata nel termine di giorni cinque dalla comunicazione in via amministrativa della presente decisione, ovvero dalla sua notifica su istanza di parte se anteriore.

In seguito all'adempimento prestato dall'Amministrazione intimata come da nota prot. n. 0029249 del 09/12/2019, la Pellegrini s.p.a. acquisiva (a suo dire) *ex novo* contezza di criticità relative alle offerte sia di Elior Ristorazione s.p.a. che di C.O.T. società cooperativa. Ed in conformità quindi alla propria riserva, con atto notificato il 23/12/2019, proponeva un ricorso per motivi aggiunti tanto nei confronti di C.O.T. società cooperativa (con i primi cinque motivi di ricorso), che di Elior Ristorazione s.p.a. (con i restanti ulteriori quattro motivi di ricorso).

Ma ancor prima di ciò la stessa Elior Ristorazione s.p.a. si era attivata con la proposizione di un ricorso incidentale nei confronti della Pellegrini s.p.a., ritenendo esserne doverosa la esclusione da parte della stazione appaltante in base ad una forte sottostima del costo della manodopera – a rilevare, oltre ch  in s , come indice di una scarsa seriet  e sostenibilit  dell'offerta economica presentata dalla Pellegrini s.p.a. nel suo complesso.

Le parti scambiavano fra loro ulteriori scritti defensionali.

Ma anche la C.O.T. società cooperativa individuava delle criticità nella decisione finale assunta dalla stazione appaltante, in particolare laddove essa aveva ritenuto non anomala l'offerta presentata dal Elior Ristorazione s.p.a. con riguardo ai costi del personale direttivo ed all'affidamento in subappalto delle prestazioni migliorative oggetto di punteggio premiante in base ai sub criteri 6 e 8 del disciplinare di gara.

Con ricorso principale notificato il 20/11/2019, che dava vita al procedimento contenzioso rubricato a n. 1874/2019 di R.G., C.O.T. quindi proponeva tre distinte censure: la prima delle quali, però, volta esclusivamente a vincere le resistenze della Amministrazione intimata nel concedere l'accesso integrale richiesto all'offerta presentata da Elior Ristorazioni s.p.a.

Si costituivano in giudizio tanto l'Amministrazione intimata, a mezzo del competente ufficio dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, quanto la controinteressata società Elior Ristorazione s.p.a.

Ma anche in questo caso, con ordinanza n. 778/2019 - simile, tanto per ratio che per contenuto, a quella adottata nel procedimento contenzioso n. 1905/2019 di R.G. -, il Collegio consentiva un accesso integrale all'offerta di Elior Ristorazioni s.p.a., Ed in esito a ciò, le censure nei confronti del soggetto menzionate da ultimo venivano implementate da C.O.T. società cooperativa con un ricorso per motivi aggiunti notificato il 07/01/2019.

La Elior Ristorazioni s.p.a. proponeva un ricorso incidentale nei confronti della ricorrente principale, ivi postulando il dovere della sua esclusione in capo alla stazione appaltante per criticità relative al costo della manodopera da impiegare per lo svolgimento del servizio.

Le parti scambiavano fra loro ulteriori scritti defensionali.

In data 26 febbraio 2020 si svolgeva l'udienza pubblica tanto per l'esame del ricorso n. 1905/2019 di R.G., quanto del ricorso n. 1874/2019: entrambi i quali, dopo la loro riunione disposta a norma dell'art. 70 c.p.a, venivano trattenuti in decisione.

DIRITTO

1 - Dopo la disposta riunione dei procedimenti rubricati a nn. 1874/2019 e 1905/2019 di R.G., il Collegio, nel passare al loro distinto esame, principierà da quello rubricato a n. 1905/2019 di R.G., in quanto con esso sono state proposte censure a carattere demolitorio dell'intera procedura di gara, per vizi attinenti alla regolare costituzione dell'organo che ha proceduto alla valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici interessati. Nell'ambito poi di ciascuno dei suddetti procedimenti, nel rispetto di quanto stabilito più di recente dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con sentenza della Sez. X, 5 settembre 2019, in C – 333/18 e per le ragioni ivi indicate, non si procederà sempre e comunque al prioritario esame dei proposti ricorsi incidentali - ov'anche ad effetto escludente -, onde poter omettere la pronuncia nel merito sul ricorso principale (o sugli ulteriori eventuali ricorsi per motivi aggiunti) per ragioni di ordine processuale (legate alla carenza di interesse in capo a chi quello – o quelli - abbia proposto), ma distintamente allo scrutinio di ciascuno dei proposti atti di gravame, secondo l'ordine che apparirà nell'uno e nell'altro caso più opportuno in base al contenuto specifico delle censure al loro interno proposte.

Ricorso n. 1905/2019 R.G.

2 – Con il ricorso principale la società ricorrente ha lamentato una non corretta costituzione della Commissione aggiudicatrice, a causa della mancanza di una competenza specifica di ciascuno dei suoi componenti con riguardo alla tipologia delle prestazioni costituenti oggetto del contratto da aggiudicare. Più in particolare le relative doglianze vengono articolate secondo i tre distinti motivi di ricorso:

2.1- Con il primo motivo di ricorso la società ricorrente ha lamentato la violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 77 D. Lgs. n. 50/2016, dell'art. 16 del disciplinare di gara, dell'art. 8 L. R. n. 12/2011, dell'art. 97 Cost. in relazione al principio dell'autovincolo e del buon andamento dell'azione amministrativa, nonché vizi di difetto di ragionevolezza e logicità, ingiustizia manifesta e sviamento. E ciò perché, malgrado in base l'art. 16 del disciplinare di gara la Commissione Giudicatrice avrebbe dovuto essere “composta da un numero dispari pari a n. 3 membri, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto”, a dire della società ricorrente sarebbe stata “ictu oculi rilevabile l'incompetenza dei commissari non solo con riferimento allo specifico settore (appalto di ristorazione), ma soprattutto in relazione alle specifiche tecniche previste dal capitolato prestazionale”.

2.2 - Con il secondo motivo di ricorso la società ricorrente ha lamentato la violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 77 e 216 D. Lgs. n. 50/2016, dell'art. 16 del disciplinare di gara, dell'art. 8 L. R. n. 12/2011, dell'art. 97 e 117 Cost., dell'art. 14 RDL n. 455/1946, nonché vizi di difetto di illogicità ed ingiustizia manifesta, stavolta tenendo più specificatamente conto della disciplina regionale relativa alla formazione degli albi dei soggetti aspiranti al conferimento dell'incarico di componenti di Commissione aggiudicatrice, in particolare con riguardo all'art. 12 del Decreto Presidenziale 31 gennaio 2012, n. 13, il quale costituisce Regolamento di esecuzione ed attuazione della legge regionale 12 luglio 2011, n. 12 .

2.3 - Con il terzo motivo di ricorso la società ricorrente ha lamentato la violazione e falsa applicazione dell'art. 95 D. Lgs. n. 50/2016, dell'art. 15.1 del disciplinare di gara, delle Linee Guida ANAC n. 2, dell'art. 3 L. n. 241/1990, nonché dei principi di trasparenza, imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità, adeguata istruttoria, efficienza ed efficacia, in quanto “gran parte dei parametri di valutazione dovevano

valutarsi con il metodo del confronto a coppie che, come noto, consiste nella registrazione in un'apposita "matrice triangolare" delle preferenze accordate da ciascun commissario a ciascun progetto in confronto con tutti gli altri, secondo i parametri contenuti nei documenti di gara"; mentre "i verbali delle operazioni dalla Commissione giudicatrice, rilasciati all'esito del primo accesso della Pellegrini, non contenevano in allegato le tabelle del confronto a coppie"; e "solo con un successivo accesso è stato possibile visionare tali tabelle".

2.4 – Il Collegio ritiene di poter esaminare in modo unitario le doglianze prospettate con i primi due motivi di ricorso, perché tutte condividono un medesimo approccio critico alle scelte della stazione appaltante circa la costituzione della Commissione. La società ricorrente, infatti, ha ritenuto che la mancanza di competenze specifiche in capo ai nominati Commissari dovesse viziare comunque l'operato della stazione appaltante: prescindendo, quindi, in modo assoluto dalla dimostrazione di come quel deficit conoscitivo avesse potuto negativamente impattare sulla valutazione della propria offerta.

Ma contrariamente a quell'opinare, la giurisdizione amministrativa non è una giurisdizione di diritto oggettivo. L'accesso alla stessa non è dato per tutelare la astratta legalità dell'azione amministrativa, od, in modo parimente non correlato a specifiche posizioni giuridiche soggettive, i principi di efficacia e buon andamento della P.A.: ma al contrario è dato soltanto per la tutela di specifiche posizioni giuridiche soggettive di interesse legittimo o, nei casi di giurisdizione esclusiva, (anche) di diritto soggettivo (cfr. art. 103 e 113 Cost.). Ne consegue che le censure concretamente proposte dalla società ricorrente, nella deliberata scelta di lasciare totalmente in ombra la incidenza della (postulata) carenza di competenza specifica dei nominati Commissari sulla valutazione della propria offerta, non consentono di individuare in capo alla stessa alcuna posizione giuridica soggettiva astrattamente meritevole di tutela; con la conseguenza che il ricorso principale deve essere

dichiarato inammissibile in relazione ai primi suoi due motivi per carenza di una legittimazione processuale attiva in capo al soggetto che ne è stato autore - e che, in base al contenuto delle relative doglianze, per non altri si palesa che come un *quisque de populo*. E ciò malgrado esistano precedenti, ed autorevoli, di segno opposto – così come la sentenza, menzionata negli scritti difensivi della società Pellegrini, del Consiglio di Stato, Sez. V, 5 novembre 2019, n. 7557, alla cui stregua *“l’impugnazione della nomina della commissione, incidendo di per sé sugli atti da questa compiuti, non abbisogna di (né ammette) prova di resistenza circa la collocazione in graduatoria che la ricorrente avrebbe ricevuto in mancanza del vizio fatto valere; dall’altro l’illegittimità della nomina della commissione determina la caducazione della gara e in particolare delle valutazioni e degli altri atti posti in essere dai commissari illegittimamente nominati, perciò imponendo la riedizione di tali operazioni?”* -: cui il Collegio non ritiene però di potersi uniformare, oltre che per la necessità di accedere ad una interpretazione costituzionalmente orientata della normativa vigente, onde evitare altrimenti di incorrere in una indebita trasmutazione dello stesso DNA del giudizio amministrativo.

2.5 – Con riguardo invece alle censure prospettate con il terzo motivo di ricorso, deve escludersi che la mancanza, fra i verbali delle operazioni dalla Commissione giudicatrice rilasciati all’esito del primo accesso della Pellegrini, delle tabelle del confronto a coppie in allegato, possa viziare l’operato della stazione appaltante. Infatti, ove specifici elementi critici si fossero rilevati dall’esame delle tabelle allegate al verbale che compendia gli esiti del confronto a coppie soltanto dopo l’ostensione completa della documentazione originariamente richiesta dalla società Pellegrini, quest’ultima avrebbe potuto e dovuto coltivare autonome doglianze al riguardo con un ricorso per motivi aggiunti. Per contro, la mancata conoscenza, al momento della proposizione del ricorso principale da parte della società Pellegrini, delle tabelle allegate al verbale che compendia gli esiti del confronto a coppie, non nuoce alla legittimità dell’operato della stazione appaltante. Come da condivisa

giurisprudenza, deve infatti ritenersi che, nell'ipotesi di valutazione secondo il metodo del confronto a coppie, la motivazione si risolva interamente nel giudizio di preferenza accordato all'uno od all'altro offerente. Rispetto al relativo giudizio di preferenza, la conoscenza più analitica, attraverso appunto le tabelle che compendiano i passaggi attraverso cui si è passati per giungere ad esso, può soltanto, ove mai, spostare in avanti il momento della integrale conoscenza della lesività delle decisioni assunte dalla stazione appaltante. Si deve escludere, per converso, che ciò possa ridondare in autonomo vizio di quelle. A fronte, quindi, di un ricorso principale tempestivamente proposto, nessuno dei vizi lamentati con il suo terzo motivo può ritenersi sussistente, giacché *“in tema di valutazione dell'offerta, nell'attribuzione del punteggio numerico in applicazione del metodo del confronto a coppie, la motivazione può ritenersi insita nei punteggi purché il bando contenga a monte criteri di valutazione sufficientemente dettagliati che consentano di risalire con immediatezza dalla ponderazione numerica alla valutazione ad essa sottesa”* (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III quater, Sent. 7 giugno 2019, n. 7468; Consiglio di Stato, Sez. III, sent. 1 giugno 2018, n. 3301). E poiché nel caso in esame l'art. 15.1 del Disciplinare di gara conteneva dettagliati criteri per la valutazione dell'offerta tecnica, anche il terzo motivo del ricorso principale deve essere respinto.

2.6 – In conclusione viene quindi in parte dichiarato inammissibile, ed in parte rigettato il ricorso principale.

3.1 – Preliminarmente deve essere esaminata la eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso per motivi aggiunti proposta da C.O.T., in quanto l'accesso a tutta la documentazione di gara sarebbe stato consentito alla società Pellegrini dalla stazione appaltante dalla sin dal 7 novembre 2019.

Più in particolare la C.O.T. ha depositato copia della propria offerta oscurata ed acquisita dalla società Pellegrini in data 8 novembre 2019, a riprova della veridicità della seguente affermazione in memoria del 10/02/2020: *“gli unici omissis posti dalla*

COT riguardavano parte dell'offerta tecnica, (che) tuttavia, non riguardano la descrizione degli interventi migliorativi, come risulta dalle parti evidenziate in giallo".

Dall'esame comparativo dell'offerta tecnica di C.O.T. in versione integrale, così come acquisita al giudizio in base a produzione documentale in allegato al proposto ricorso per motivi aggiunti, e di copia del medesimo atto, però parzialmente oscurato, che la società Pellegrini aveva acquisito l'8 novembre 2019, non risultano discordanze tali da far ritenere posposta al termine indicato da ultimo la conoscenza, da parte della società ricorrente, delle criticità inerenti agli *"investimenti per il miglioramento degli ambienti di consumazione dei pasti"*. Infatti l'oscuramento riguarda unicamente alcune foto a corredo dell'atto menzionato da ultimo, la mancanza delle quali non era tale da impedire alla società ricorrente di comprendere, *illic et immediate*, che la proposta migliorativa di C.O.T. comportava la esecuzione di interventi sugli immobili dove il servizio di mensa avrebbe dovuto essere espletato: in particolare con riguardo ad *"una nuova pavimentazione in gress porcellanato"*, *"una risistemazione del prospetto esterno (allegato SO 05) razionalizzando le parti che lo compongono ed inserendo una facciata continua in vetro a sostituzione dei serramenti presenti"*, a *"pareti vegetali verticali realizzate con l'utilizzo di muschio colorato e stabilizzato"* e ad un *"sistema di controsoffittatura (mediante) l'applicazione di materiali fonoassorbenti"*.

Da ciò consegue che il ricorso per motivi aggiunti, che nei suoi primi quattro motivi censura, a vario titolo, giustappunto il consistere degli interventi migliorativi previsti da C.O.T. nella realizzazione di interventi edilizi, risulta irricevibile per tardività *in parte qua*, poiché la notifica del relativo atto di gravame è avvenuta il 23 dicembre 2019 – ovvero: dopo 46 giorni dalla data di avvenuta conoscenza dell'offerta parzialmente oscurata di C.O.T., in violazione del termine massimo decadenziale prefigurato dal quinto comma dell'art. 120 c.p.a.

3.2 – In secondo luogo deve essere esaminata la eccezione di inammissibilità proposta da C.O.T. con riguardo al quinto motivo del ricorso per motivi aggiunti.

Secondo C.O.T. la Pellegrini sarebbe a sé accomunata quanto al (postulato) vizio di mancata indicazione del costo del personale per l'affidamento in subappalto – epperò: nel caso della seconda non in base ad una apposita dichiarazione formale, ma *substantialiter* – di parte delle prestazioni oggetto delle presentata offerta; sicchè *“sarebbe eventualmente doverosa l'esclusione dalla gara non soltanto della C.O.T. ma anche della Pellegrini. Ed allora, poiché “...per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse...” (articolo 100 c.p.c.) e poiché dall'accoglimento del motivo in esame la Pellegrini non ricaverebbe alcun risultato utile, la doglianza in questione va ritenuta inammissibile”*.

Osserva in contrario il Collegio che la eventuale riedizione della gara è tutt'altro che un risultato inutile per la società ricorrente. In base alla eventuale fondatezza delle ulteriori censure sviluppate nei confronti alla ELIOR Ristorazioni s.p.a. essa infatti può ambire, ov'anche fosse essa stessa nelle condizioni di dovere essere esclusa dalla gara, alla ripetizione del confronto concorrenziale con altri operatori economici per l'aggiudicazione dell'appalto: potendo quindi sovvertire una classifica che oggi la vede in terza posizione, anzicchè in prima.

Si rigetta pertanto la eccezione di inammissibilità del quinto motivo del ricorso per motivi aggiunti, e si passa allo scrutinio nel merito delle censure con esso proposte.

3.3 - Con il quinto ed ultimo motivo del ricorso per motivi aggiunti la società ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione dell'art. 95, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016, dell'art. 13.3 del disciplinare, nonché un difetto di istruttoria, in quanto *“COT ... ha inteso offrire una lunga ed onerosa lista di lavori, per l'esecuzione dei quali, nell'ambito del DGUE, ha dichiarato di voler ricorrere al subappalto”*, ma senza indicare *“il costo della manodopera relativo alle prestazioni subappaltate, in violazione dell'art. 13.3 del disciplinare di gara e dell'art. 95, comma 10, del Codice ivi richiamato”*.

Ma il Collegio non ritiene che, in punto di fatto, risulti necessario verificare se, secondo quanto affermato da C.O.T. in memoria del 10/02/2020, *“tali costi sono stati (invece) debitamente indicati”*.

Infatti, ancor più a monte e contrariamente a quanto affermato dalla società ricorrente, nessuna norma del capitolato onera i soggetti che intendano ricorrere al subappalto di rappresentare il *“costo della manodopera delle prestazioni subappaltate”*. Il punto 13.1 del capitolato, infatti, nulla dice esso stesso, operando piuttosto un (mero) rinvio al precedente punto 9, dove del subappalto specificamente si tratta. Ma in base al contenuto del terzo paragrafo del punto indicato da ultimo, ciò che è richiesto ai fini del valido ricorso al subappalto è soltanto che *“i subappaltatori (possiedano) i requisiti previsti dall’art. 80, Codice dei Contratti Pubblici”*, e che ciò dichiarino all’interno di un proprio DOGUE. Mentre per le dichiarazioni relative al costo del personale, il fatto che delle stesse non sia la ditta che ricorre al subappalto a doversi onerare discende pianamente dalle previsioni del comma 10 dell’art. 95 D. Lgs. n. 50/2016, alla cui stregua ciascun operatore economico che partecipi ad una gara pubblica *“deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”*; e non certo (fors’anche con il ricorso a capacità divinatorie...?) gli altrui.

3.4 – Il mancato accoglimento delle censure proposte avverso la C.O.T. società cooperativa – e poco importa se per ragioni di ordine processuale, che ne abbiano impedito lo scrutinio nel merito, o per loro sostanziale infondatezza -, impone di dichiarare improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il proposto ricorso per motivi aggiunti, nella parte relativa alle censure proposte in relazione all’offerta presentata da ELIOR Ristorazioni s.p.a,

Infatti, a differenza dell’ipotesi in cui versa la impresa terza classificata che non abbia indirizzato il proprio atto di gravame anche nei confronti dell’impresa seconda classificata – quale circostanza che rende il proposto ricorso comunque

inammissibile *ab origine* per mancato “*superamento della cd. prova di resistenza, mediante il doveroso esame dei vizi di illegittimità cui sarebbero affette le singole imprese che precedono in graduatoria (il ricorrente) medesimo*”(Consiglio di Stato, Sez. IV - sentenza 13 dicembre 2013 n. 6008; Consiglio di Stato, Sez. V - sentenza 28 febbraio 2013 n. 1204; Consiglio di Stato, Sez. IV – sentenza 12 febbraio 2007, n. 587) -, qui la carenza di interesse dell’impresa ricorrente risulta soltanto *ex post*, dopo l’avvenuto esame, da parte del Collegio, delle censure proposte contro l’impresa seconda classificata, ed in conseguenza della loro reiezione (che determina, anche dove si fosse invece dovuto procedere all’esclusione di ELIOR Ristorazioni s.p.a. dalla pubblica gara qui in specifica considerazione, il collocamento – non utile - della ricorrente al secondo posto della graduatoria; comunque dietro C.O.T. società cooperativa).

4 – Con il proprio ricorso incidentale ELIOR Ristorazioni s.p.a. ha ritenuto fallace l’operato della stazione appaltante nel non avere proceduto alla esclusione della società Pellegrini in relazione al costo del personale indicato all’interno della propria offerta, articolando più dettagliatamente censure con riguardo alla sua esclusione necessaria ex art. 97, comma quinto, lettera d) del D. Lgs. n. 50/2016 (con i primi due motivi di ricorso), ed a quella comunque possibile per l’incidere dei (ritenuti) sottostimati costi del personale sulla complessiva serietà e sostenibilità dell’offerta presentata dalla società Pellegrini.

Tuttavia ragioni di ordine processuale escludono che il giudice adito debba passare a scrutinare nel merito tutte le proposte doglianze.

4.1 - Con riguardo alle censure proposte con i primi due motivi di ricorso, come correttamente fatto rilevare dalla società Pellegrini all’interno della memoria depositata in segreteria il 10/02/2020, ad una indagine specifica circa il rispetto dei “*minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all’articolo 23, comma 16*” ex art. 97, comma 5, lettera d), D. Lgs. n. 50/2016 la stazione appaltante deve

provvedere, a norma del comma 10 dell'art. 95 del medesimo D. Lgs, soltanto *“prima dell'aggiudicazione”*. Il modo secondo cui tale norma deve essere interpretata, non può poi prescindere dai canoni che improntano l'operato di un soggetto, quale ERSU, a pieno titolo rientrante nella categoria delle PP.AA. Il principio di buon andamento ex art. 97 Cost. esclude, infatti, l'onere di verifiche prive di utilità concreta per il soggetto pubblico/stazione appaltante. Se pertanto il generale potere di esclusione delle offerte presentate in gara pubblica è funzionale ad estromettere dalla stessa operatori economici ritenuti non affidabili – in particolare, perché autori di una offerta che decampi dalla doverosa sua *“congruita', serietà', sostenibilità' e realizzabilità”* a norma del primo comma dell'art. 97 del D. Lgs. n. 50/2016 -, con riguardo invece allo scrutinio circa l'osservanza dei *“minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”* prevista dalla lettera d) del quinto comma dell'art. 97 del D. Lgs. n. 50/2016, la specifica sua contestualizzazione *sub specie temporis* al momento *“prima dell'aggiudicazione”*, impone di avere riguardo esclusivamente all'offerta presentata dall'operatore economico risultato aggiudicatario (in termini T.A.R. Puglia – Lecce, Sez. III, Sent. 18 giugno 2019, n. 1065, secondo cui *“le stazioni appaltanti devono verificare il rispetto, da parte dell'offerta vincitrice, dei minimi salariali indicati nelle tabelle ministeriali”*). E poiché quel risultato la società Pellegrini non ha mai conseguito, le censure proposte con il ricorso incidentale da ELIOR Ristorazioni s.p.a., avendo carattere ipotetico e astratto, impingono, oltre che in una palese carenza di interesse in capo a chi le ha proposte circa il loro esame (in particolare, dopo il venir meno della preclusione all'esame del proposto ricorso principale in esito all'accoglimento del ricorso incidentale a carattere escludente), più in radice nel divieto per il giudice adito ex art. 34, comma secondo, c.p.a. di estendere il proprio sindacato ad atti – quali la verifica del costo della manodopera in relazione all'offerta presentata dalla società Pellegrini – mai concretamente posti in essere dalla stazione appaltante.

4.2 - – Con riguardo al terzo motivo di ricorso, non può poi ragionarsi in un modo diverso, tenuto conto che la stazione appaltante non ha mai attivato in concreto alcun subprocedimento per la verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta presentata dalla società PELLEGRINI – neppure in considerazione della sua complessiva serietà e sostenibilità, piuttosto che della correttezza della voce specifica relativa al costo della manodopera.

4.3 - In conclusione viene dunque dichiarato inammissibile il proposto ricorso incidentale.

Ricorso n. 1874/2019 di R.G.

5.1 – Con il ricorso principale la società cooperativa C.O.T. ha inteso agire su due fronti. In primo luogo, con la proposizione del primo motivo di ricorso, censurando la parzialità delle informazioni comunicate dalla stazione appaltante circa l'offerta presentata dalla ditta risultata aggiudicataria, e chiedendo, conseguentemente, al giudice adito di provvedere a norma dell'art. 116 c.p.c. con apposita ordinanza adottata in corso di causa. Venendo però in ciò soddisfatta già pel tramite dell'ordinanza collegiale n. 778/2019, con il quale la richiesta ostensione completa di una tale documentazione è stata concessa.

5.2 - Con il secondo motivo del ricorso principale la società ricorrente si duole del fatto che la stazione appaltante – in violazione e/o falsa applicazione degli articoli 83 e 95 del decreto legislativo numero 50/2016, dell'articolo 4 del Capitolato Speciale di Appalto, dell'articolo 97 della

Costituzione, ed altresì incorrendo in vizi di eccesso di potere per erroneità, illogicità, incoerenza,

contraddittorietà, sviamento, travisamento e carenza dei presupposti di fatto e diritto ed ingiustizia manifesta difetto di motivazione e di istruttoria e violazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficienza dell'azione amministrativa – non abbia rilevato e negativamente apprezzato il fatto che la ditta

risultata aggiudicataria non abbia indicato nella propria offerta alcunchè per il costo del personale direttivo impiegato nello svolgimento del servizio circa la cui corretta aggiudicazione qui si controverte.

Alle perplessità ingenerate da una tale lacuna, ELIOR Ristorazioni s.p.a. ha risposto in sede di giustificazioni affermando che “, *il Gruppo Elio è capillarmente presente su tutto il territorio, pertanto, tutti i costi delle figure di staff (Funzionario della Direzione Labour Planning & Engineering; Direttore di mercato BGI; Coordinatore local accounts, Regional, dietista, Responsabile della Qualità, ecc.) sono da ritenersi ricompresi nei costi generali dell'azienda ...*”.

Ciò tuttavia non appare persuasivo al Collegio, per almeno due ordini di ragioni.

In primo luogo, ove dovesse ritenersi corretta l'opinione manifestata dalla ditta risultata aggiudicataria, ne verrebbe leso gravemente il principio di parità fra operatori economici privati interessati all'affidamento di commesse pubbliche. Accadrebbe infatti che imprese già presenti sul mercato potrebbero usufruire di una rendita di posizione, rappresentata dai minori costi per il personale che ad esse farebbero capo in confronto a soggetti entrati *ex novo* nello stesso segmento di mercato. Ma ciò, oltre che ad urtare in modo assai grave con il principio di eguaglianza sostanziale garantito dall'art. 3 Cost., e con il principio di piena concorrenzialità dei mercati desumibile dall'art. 101 del Trattato UE, significa accedere ad una interpretazione in assoluta controtendenza rispetto all'intento del legislatore nazionale di favorire l'accesso al mercato di nuovi operatori economici. Senza volere allargare a dismisura il panorama d'indagine, basti aver riguardo, per quanto più specificatamente attiene al “mercato” delle commesse pubbliche, all'art. 49 del D.L. n. 124/2019 (parzialmente modificativo del testo dell'art. 95 del D. Lgs. n. 50/2016), alla cui stregua “*compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito i criteri*

premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggiore rating di legalità e di impresa, alla valutazione dell'impatto generato di cui all'articolo 1, comma 382, lettera b), della legge 28 dicembre 2015, n. 208, anche qualora l'offerente sia un soggetto diverso dalle società benefit, nonché per agevolare la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione alle procedure di affidamento”.

In secondo luogo, come del resto già rilevato nella ordinanza n. 778 della Sezione, *“secondo ... la prospettazione dell'aggiudicataria e dell'Amministrazione, un'impresa che già gestisce un consistente numero di affidamenti potrebbe persino duplicare o triplicare le commesse semplicemente utilizzando il personale di staff già impiegato in altri servizi; (ma) tale ragionamento, tuttavia, sembra in primo luogo collidere con l'elementare rilievo che il personale tende a richiedere un incremento retributivo a fronte di una crescita del carico di lavoro e delle responsabilità ad esso connesse, (ed) appare, quindi, più ragionevole ritenere che il costo del personale di staff debba essere commisurato all'incidenza percentuale del singolo affidamento in relazione ai vari servizi già gestiti dall'operatore economico”.* In termini più strettamente giuridici, la necessità che la remunerazione del lavoratore dipendente debba sempre essere *“proporzionale alla quantità e qualità del suo lavoro”* ex art. 36 Cost. impone di escludere che l'incremento *ad libitum* del carico di lavoro del soggetto responsabile (non soltanto, ma anche) del servizio oggetto della contestata aggiudicazione, così come di quello gravante sulle figure professionali del dietista e del Responsabile della Qualità, possa avvenire a costo zero per la società risultata aggiudicataria.

Né può avere alcun pregio la considerazione di cui alle memorie difensive di Elixir Ristorazioni s.p.a., secondo cui *“il Direttore del servizio è una figura della quale viene garantita solo una reperibilità e non la presenza continuativa”*: ciò non eliminando in alcun modo né il *vulnus* che quell'interpretazione arrecherebbe alla piena concorrenzialità del mercato, né la mancanza di una corrispondenza della remunerazione garantita alle sopra indicate figure professionali alla *“alla quantità e qualità del (loro) lavoro”*.

Conclusivamente quindi, in base ad una interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata della normativa vigente, deve ritenersi che la mancata indicazione, da parte di ELIOR Ristorazioni s.p.a., di costi specifici per le figure del responsabile del servizio, del dietista e del Responsabile della qualità (anche se soltanto pro-quota, in base al carico aggiuntivo che la commessa pubblica per il cui affidamento qui si contende abbia posto a loro carico), si sia risolta nel mancato rispetto dei minimi salariali stabiliti dalle tabelle ministeriali in vigore al tempo della scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte in relazione a tali dipendenti: con la conseguenza che una tale circostanza, di per sé sola, avrebbe imposto la esclusione di ELIOR s.r.l. a norma dell'art. 97, quinto comma, lettera d) del D. Lgs. n. 50/2016, e senza alcuna necessità di valutare la incidenza del maggior costo invece da sostenere in termini di complessiva, eventuale anomalia dell'offerta presentata da quella.

Viene pertanto accolto il secondo motivo di ricorso.

5.3 – Con il terzo motivo del ricorso principale (e pur tuttavia ivi indicato come secondo), la società cooperativa C.O.T. si duole della mancata esclusione della società risultata aggiudicataria per vizi attinenti ai rapporti intrattenuti dalla stessa con la società PFZ s.r.l. al fine di eseguire delle prestazioni in favore della stazione appaltante, che sarebbero comunque rientrate nell'ambito dei rapporti fra quest'ultima ed ELIOR Ristorazioni s.p.a. in forza di migliorie da quest'ultima proposte ed accettate dalla prima.

Postulando, più in particolare, la violazione e falsa applicazione degli artt. 80, 83, 85 e 105 del

D. Lgs. n. 50/2016, nonché del Decreto Legislativo 159/2011, la società cooperativa C.O.T. sostiene che la società risultata aggiudicataria non sarebbe stata in grado di realizzare essa stessa alcuni interventi oggetto di punteggi premianti,

invece previsti nel presentato atto di offerta, contemplati quali sub criteri 6 e 8 del disciplinare di gara, e relativi a:

- a) *“Investimenti per la sostituzione e/o il potenziamento dei macchinari presenti nella struttura” sub 6.3 max 4 punti*”;
- b) *“Adeguamento degli impianti esistenti per il servizio di distribuzione pasti” sub 6.4 max 4 punti*”;
- c) *“Investimenti per l’allestimento della linea di distribuzione pasti e per la conservazione e manipolazione degli alimenti” sub 6.5 max 6 punti*”;
- d) *“Investimenti per il miglioramento e l’implementazione della zona di consumazione dei pasti” sub 8.1 max 2 punti*”;
- e) *“Investimenti per il miglioramento della zona di consumazione dei pasti per utenti diversamente abili” sub 8.2 max 3 punti*”;
- f) *“Investimento per il miglioramento/ sostituzione degli arredi” sub 8.3 max 3 punti) per quanto concerne gli adeguamenti di attrezzature e impianti delle mense*”.

Ciò in particolare sarebbe avvenuto in ragione del mancato concreto di avvio di attività corrispondenti a quelle che avrebbero consentito alla ELIOR Ristorazione s.p.a.. la realizzazione diretta degli interventi oggetto di punteggio premiante a causa della impossibilità di ricomprendere attività quali, ad esempio, quella concernente *“la sostituzione e/o il potenziamento dei macchinari presenti nella struttura”*, nel novero di quelle ricomprese entro il perimetro dei codici ATECO (n. 56.29.1, relativo alla attività di *“gestione mense”*) e NACE (56.29, relativo a *“mense e catering continuativo su base contrattuale”*) attribuiti alla società risultata aggiudicataria; nonché e comunque, a causa della mancata concreta attivazione da parte della stessa di attività corrispondenti, secondo un argomentare come da giurisprudenza che il collegio condivide, ed in base alla quale *“le indicazioni dell’oggetto sociale individuano solamente i settori, potenzialmente illimitati, nei quali la stessa potrebbe astrattamente venire ad*

operare, esprimendo soltanto ulteriori indirizzi operativi dell'azienda, non rilevanti ove non attivati”(Consiglio di Stato, Sez. V, Sent. 15 novembre 2019, n. 7846).

La società aggiudicataria nega però che i rapporti intercorrenti fra essa stessa e PFZ s.r.l. – risultanti peraltro soltanto in sede di giustificazioni; evidentemente dopo che essa stessa si era persuasa della insostenibilità della tesi secondo cui i predetti interventi sarebbero stati estranei all’oggetto del contratto da aggiudicare - siano riconducibili alla figura del subappalto, trattandosi piuttosto di un rapporto di sub-fornitura, che quindi la avrebbe esonerata dagli oneri dichiarativi previsti dal combinato disposto dei punti 9 e 13.1 del disciplinare di gara. E comunque esclude che i sopra indicati interventi potessero considerarsi oggetto degli obblighi gravanti sull'affidatario del servizio di refezione presso le mense operanti a benefici degli studenti dell'Università di Catania, trattandosi piuttosto di un *quid pluris* offerto da quello stesso soggetto in sede di svolgimento della relativa gara pubblica.

Ma quanto al secondo punto, il Collegio concorda pienamente con quella giurisprudenza secondo cui “...*qualora l'operatore economico offra prestazioni aggiuntive rispetto a quelle imposte dalla stazione appaltante (allo scopo di ottenere un punteggio maggiore) anche tali ultime attività rientrano nell'oggetto del contratto di appalto affidato*”(Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 27 dicembre 2018, n. 7256).

Di conseguenza e passando ora all’esame del primo punto, non può ritenersi che i rapporti fra PFZ s.r.l. ed ELIOR s.r.l. siano riconducibili alla figura della sub-committenza. Ciò infatti esige che l’attività del commissionario si risolva nella realizzazione di un *opus novum*, al quale si assemblino gli o l’elemento realizzato dal sub committente, così come vuole l’art, 1, primo comma, L. n. 192/1998 prevedendo che quest’ultimo si “*impegn(i) a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso*”. Ma nel caso di specie gli interventi realizzati dalla società PFZ s.r.l., per quanto possano astrattamente agevolare

L'attività di refezione svolta da ELIOR Ristorazioni s.p.a., rimangono estranei alla stessa, e si risolvono nella creazione di distinti beni in senso giuridico ex art. 821 c.c. destinati ad essere stabilmente acquisiti dalla stazione appaltante: così come risulta, in modo dirimente, dalle previsioni del Capitolato, il quale a p. 25 espressamente prevede che *“al termine del contratto o in caso di interruzione anticipata dello stesso per recesso o risoluzione per inadempimento delle obbligazioni contrattuali da parte dell'Impresa, le attrezzature e gli arredi sostituiti o integrati, le opere fisse e/o mobili, e gli impianti resteranno di proprietà dell'ERSU”*.

Muovendo da queste premesse – e quindi: dal presupposto che i rapporti fra ELIOR Ristorazioni s.p.a. e PFZ s.r.l. abbiano dato vita ad un sub-appalto -, occorre ora passare a considerare la diversità di prospettazione rispetto alla censura, parzialmente analoga nell'oggetto, proposta dalla Pellegrini s.r.l. nei confronti della società attuale ricorrente nel ricorso n. 1908/2019.

In quell'ambito, la Pellegrini s.r.l. aveva lamentato la mancata indicazione del costo del lavoro gravante sulla società sub-appaltatrice da parte dell'impresa sub-appaltante. Ma qui, diversamente, si contesta alla società risultata aggiudicataria che *“la PFZ s.r.l. non ha, però, assunto alcun impegno negoziale nei confronti della Stazione appaltante, né ha assolto gli oneri dichiarativi sul possesso dei requisiti di ordine generale e di idoneità professionale, con la conseguenza che nessun tipo di valutazione è stato, conseguentemente, svolto dalla Stazione appaltante rispetto alla sua posizione”*. Il che, in effetti, corrisponde al mancato rispetto del punto 13.1 del capitolato: perché quest'ultimo, rinviando al precedente punto 9, impone che *“i subappaltatori (possiedano) i requisiti previsti dall'art. 80, Codice dei Contratti Pubblici”*, e che ciò dichiarino all'interno di un proprio DOGUE.

Altra questione, però, è se la una tale circostanza abbia determinato, per la stazione appaltante, l'obbligo di escludere senz'altro ELIOR s.r.l. per la consequenziale, inemendabile incompletezza della propria offerta, ovvero e più limitatamente, la

impossibilità di prendere in considerazione gli interventi realizzati da PFZ s.r.l. ai fini della attribuzione alla stessa di un maggior punteggio ai sensi dei sub criteri 6 e 8 del disciplinare di gara.

La società ricorrente, nello sposare la prima tesi, si richiama ad una sentenza di altra Sezione di questo stesso TAR (in particolare, quella dell'11 Giugno 2015, n. 2087, della IV[^] Sezione). Il Collegio però ritiene che il riferimento al consistente costo delle previste migliorie nell'ambito di quella sentenza non consenta di appellarsi ad essa per risolvere in senso analogo la questione anche nel caso di specie. E piuttosto a guidare, nella ricerca della soluzione da individuarsi, può essere la considerazione del carattere legittimamente ristretto del "mercato" delle pubbliche commesse. Stante infatti il carattere generale dell'interesse alla cui cura è strumentale la erogazione delle prestazioni acquisite per tramite del contratto da aggiudicare, la necessità di garantire la affidabilità di tutti gli operatori economici privati che concorrano per la sua aggiudicazione è certamente esistente; e ad essa si oppone la possibilità che, nel caso di specie, per quanto attiene a beni in senso giuridico che la stazione appaltante è comunque in grado di stabilmente acquisire tramite le migliorie offerte, quel risultato possa divenire di incerta realizzazione, a causa della totale assenza di informazioni circa il sussistere o meno delle cause di cui all'ex art. 80 D. Lgs. n. 50/2016 in capo al sub-appaltatore. Richiamandosi pertanto ancora una volta a quella giurisprudenza secondo la quale "*qualora l'operatore economico offra prestazioni aggiuntive rispetto a quelle imposte dalla stazione appaltante (allo scopo di ottenere un punteggio maggiore) anche tali ultime attività rientrano nell'oggetto del contratto di appalto affidato*" (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 27 dicembre 2018, n. 7256)), - nonché alle ulteriori, condivise ragioni per le quali, in relazione a criticità afferenti a proposte migliorative, "*la sanzione per tale evenienza è l'esclusione dalla gara, in quanto il relativo vizio non è circoscritto alle sole proposte migliorative (vitiatur sed non vitiat, come sottintende l'appellante), ma si comunica all'intera offerta tecnica,*

viziando la partecipazione del concorrente (vitiatur ed vitiat, come sostiene l'appellata)” (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 11 giugno 2018, n. 3613) -, il Collegio ritiene che la violazione del combinato disposto dei punti 13.1 e 9, paragrafo 3, del disciplinare di gara da parte di ELIOR s.r.l., avrebbe determinato l'obbligo – inosservato in concreto - di procedere alla esclusione della stessa da parte della stazione appaltante, piuttosto che quello di limitarsi ad una rideterminazione del punteggio complessivamente attribuito alla stessa, con esclusione di quella parte corrispondente ai punteggi premianti attribuiti in base ai sub criteri 6 e 8 del disciplinare di gara.

5.4 – Per quanto infine riguarda la domanda risarcitoria proposta con il ricorso principale, deve osservarsi come il risarcimento per equivalente pecuniario sia stato chiesto dalla C.O.T. soltanto in via subordinata, *“nell'ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica”*. Ma è proprio la forma di tutela menzionata da ultimo che la presente sentenza garantisce a C.O.T., attraverso – come si vedrà a seguire - l'annullamento dell'aggiudicazione intervenuta in favore di ELIOR Ristorazioni s.p.a., la dichiarazione di inefficacia del contratto da quella stipulato con ERSU, e l'ordine impartito alla stazione appaltante di attivare il sub procedimento di verifica della (eventuale) anomalia della propria offerta. Ne consegue che l'espresso vincolo di subordinazione posto dalla ricorrente principale preclude al giudice adito, a fronte di una assicurata tutela in forma specifica delle ragioni della C.O.T., di esaminare la da essa pur proposta domanda di risarcimento del danno per equivalente pecuniario.

6 – Con il ricorso per motivi aggiunti, la società cooperativa C.O.T. ha, da un lato, ulteriormente approfondito le proprie censure, di cui già al ricorso principale, circa la sottostima del costo del personale da parte di ELIOR Ristorazioni s.p.a. per non averne considerato alcuno in relazione al personale direttivo impegnato nello svolgimento del servizio oggetto dell'appalto qui in specifica considerazione; e

dall'altro, prefigurato il sussistere di vizi autonomi – fra gli altri, in particolare, relativi alla stima, all'interno dell'offerta presentata da ELIOR s.r.l., del costo delle attività formative del personale impiegato per lo svolgimento del servizio, e del (non indicato) costo per il pure offerto “piano di educazione alimentare”.

6.1 – Nello stigmatizzare – con il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti - la mancata previsione, da parte di ELIOR Ristorazioni s.p.a., del costo del personale direttivo impiegato nello svolgimento del servizio, C.O.T. si appella (ulteriormente) all'art. 4 del Capitolato, il quale prevede che “...*in caso di assenza, per qualsivoglia motivo, o inadempimento del Responsabile del Servizio, l'Impresa deve provvedere alla sua immediata sostituzione con un altro direttore di uguale professionalità e competenza. Le comunicazioni e gli eventuali disservizi e inadempienze contestate dal DEC al Responsabile del Servizio si intendono come presentate direttamente all'Impresa...*”.

Da ciò C.O.T. fa discendere, come conseguenza, che “*è testuale la richiesta della presenza fisica, giacché il Responsabile dovrà garantire la qualità del Servizio, anche attraverso la verifica della qualità percepita da operatori ed utenza e la rispondenza dello stesso alle prescrizioni di legge ed alla documentazione di Gara. Detta presenza peraltro, viene prevista proprio dalla Elior, allorquando dichiara che i direttori dovranno supervisionare e coordinare l'organizzazione del servizio e fungeranno da collegamento tra la direzione Elior e la direzione ERSU. E ciò, proprio sulla base del combinato disposto dell'articolo 4 citato con il successivo articolo 6, ultimo capoverso, che prevede testualmente che “...deve essere comunque sempre assicurata la presenza costante dell'organico dichiarato in fase di offerta...*”.

La norma invocata non appare però al Collegio offrire argomenti ulteriori e diversi da quelli di cui al punto 5.2) della presente decisione per ritenere il costo della manodopera indicato da ELIOR Ristorazioni s.p.a. nella propria offerta non corrispondente a quello risultante dalle tabelle di cui all'art. 23, comma 6, D. Lgs. n. 50/2016. Infatti, ove anche ELIOR Ristorazioni s.p.a. avesse impiegato il proprio personale direttivo contestualmente per lo svolgimento di servizi oggetto

di una pluralità di commesse (ovvero: nell'ipotesi di un azzeramento del costo specifico del personale direttivo in relazione a ciascun distinto appalto che ELIOR Ristorazioni s.p.a. si fosse aggiudicato), per ciascuna di esse – ove i rispettivi atti di gara lo avessero previsto; così come nel caso di specie a norma dell'art. 4 del Capitolato -, al sopravvenire di una *“assenza, per qualsivoglia motivo, o inadempimento del Responsabile del Servizio”*, l'impresa sarebbe comunque stata onerata di *“provvedere (in quel caso con distinti atti, indirizzati a destinatari diversi, seppur del medesimo contenuto) alla sua immediata sostituzione con un altro direttore di uguale professionalità e competenza”*. Viene quindi respinto il presente motivo di ricorso.

6.2 – Con il secondo motivo (e primo, in quanto autonomo) del ricorso per motivi aggiunti, la società ricorrente lamenta che il costo del personale sia stato sottostimato in relazione ai costi per la formazione del personale impiegato nello svolgimento del servizio. A questo riguardo, posto che, come si evincerebbe dalla tabella n. 7 allegata all'offerta tecnica di ELIOR Ristorazioni s.p.a., ben 12.131,80 delle complessive 16.283 ore dedicate all'attività formativa ivi indicate sarebbero state erogate mediante lezioni in aula, ovvero in e-learning, ciò avrebbe reso necessario l'impiego di personale per un monte ore eccedente quello proposto da ELIOR Ristorazioni s.p.a.: vuoi perché la formazione è erogata fuori dall'ordinario orario di lavoro; vuoi perché è necessario sostituire il soggetto impiegato nella formazione da parte di un soggetto terzo.

Questa circostanza, tuttavia, deve tener conto di quanto puntualmente rappresentato da ELIOR s.r.l.: ovvero che la insussistenza di costi specifici a riguardo sarebbe stata la conseguenza del poter essa accedere, per lo svolgimento di attività formativa, al *“For.te. Fondo Paritetico Interprofessionale”*; ovvero ad un fondo *“istituito ai sensi dell'art. 118 (Interventi in materia di formazione professionale nonché disposizioni in materia di attività svolte in fondi comunitari e di Fondo sociale europeo) della Legge 388/2000 al fine di promuovere “..lo sviluppo della formazione professionale continua, in*

un'ottica di competitività delle imprese e di garanzia di occupabilità dei lavoratori...”, ed in base al cui terzo comma “i datori di lavoro che (vi) aderiscono effettuano il versamento del contributo integrativo di cui all'articolo 25, quarto comma, della legge 21 dicembre 1978, n. 845, in favore dell'INPS che poi provvede a trasferirlo al fondo indicato dal datore di lavoro stesso”.

In assenza di puntuali contestazioni di C.O.T. a fronte di tale specifica causa della rappresentata insussistenza di costi a carico di ELIOR s.r.l. per lo svolgimento di attività formativa, il Collegio ritiene infondato anche il secondo motivo del ricorso per motivi aggiunti.

6.3 – Con il terzo motivo (e secondo, in quanto autonomo) del ricorso per motivi aggiunti, la società cooperativa C.O.T. lamenta che, malgrado *“a pagina 28 del progetto tecnico la Elior si è impegnata a fornire a tutti gli studenti ed alle future matricole una BOTTIGLIA IN ALLUMINIO “IO PLASTIC FREE BOTTLE” ... non risulta alcuna specifica voce in seno ai giustificativi”.* Tuttavia, come da documentazione depositata da ELIOR Ristorazioni s.p.a. in segreteria il 05/02/2020, la mancanza di costi specifici per l'acquisizione di tali oggetti discende pianamente da accordi commerciali intercorsi fra essa e la società General Beverage s.r.l., che si è impegnata a cederli gratuitamente – *“in quanto incluse nel servizio freebeverage”* - alla prima così come da lettera del 12/03/2019. Viene pertanto respinto anche il presente motivo di ricorso.

6.4 - Con il quarto motivo (e terzo, in quanto autonomo) del ricorso per motivi aggiunti la società cooperativa ricorrente lamenta che ELIOR Ristorazioni s.p.a. abbia, altresì, sottostimato anche il proprio piano di educazione alimentare: avendo dichiarato che esso incide per meno di € 14.000,00, malgrado dall'esame delle pagine 24 e 25 dell'offerta tecnica emerga che la ELIOR Ristorazioni s.p.a. abbia considerato un elenco particolarmente ampio di figure professionali, enti e associazioni coinvolte nella redazione o nel conseguimento del piano proposto.

Premesso che in concreto le critiche di C.O.T. si risolvono nell'affermazione secondo cui la incongruità dei costi indicati discenderebbe dal fatto che il proposto piani di educazione alimentare abbia previsto il *“coinvolgimento di chef stellati”*, a fronte della genericità dell'argomentazione proposta il Collegio esclude di potersi sostituire in modo specifico ad una attività valutativa di esclusiva spettanza della stazione appaltante, in base al principio, saldo nella giurisprudenza amministrativa, secondo cui *“in materia di procedure di gara ad evidenza pubblica, il giudice amministrativo non può procedere a verificare autonomamente la congruità dell'offerta e delle singole voci, in quanto ciò rappresenterebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica Amministrazione, potendo solo verificare il giudizio sulle offerta sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza”* (ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. V, sent. 26 novembre 2018, n.6689). Sicchè (anche) il presente motivo di ricorso deve essere rigettato.

6.5 – In base al risultato delle censure già esaminate – e per chiarezza d'esposizione: con riguardo esclusivamente a quelle ulteriormente proposte con il ricorso per motivi aggiunti; e non (anche) per quelle proposte con il ricorso principale –, deve essere respinto il quinto motivo (e quarto, in quanto autonomo) del ricorso per motivi aggiunti proposto dalla società cooperativa ricorrente, con il quale essa ha ritenuto che l'offerta presentata da ELIOR Ristorazioni s.p.a. *“computando anche le voci di costo relative alle migliori offerte non considerate in sede di giustificazione determina un'offerta in “perdita”, atteso che il computo dei predetti costi erode completamente l'utile preventivato determinando una perdita d'esercizio”*.

6.6 - Quanto, infine, alla censura proposta con il sesto motivo (e quinto, in quanto autonomo) del ricorso per motivi aggiunti, tanto per il suo oggetto, quanto per le ragioni che determinano la sua reiezione, si rinvia interamente al punto 3.2.1) della presente sentenza.

7 – Con il proprio ricorso incidentale ELIOR Ristorazioni s.p.a. ha ritenuto fallace l'operato della stazione appaltante nel non avere proceduto alla esclusione della società cooperativa C.O.T. in relazione al costo del personale indicato all'interno della propria offerta, articolando più dettagliatamente censure con riguardo alla sua esclusione necessaria ex art. 97, comma 5, lettera d) D. Lgs. n. 50/2016 (con i primi due motivi di ricorso), ed a quella comunque possibile per l'incidere dei (ritenuti) sottostimati costi del personale sulla complessiva serietà e sostenibilità dell'offerta presentata da C.O.T.

7.1 – Il Collegio innanzitutto non ritiene di poter condividere la tesi di cui agli atti difensivi di C.O.T. circa la inammissibilità del ricorso incidentale, postulata in quanto, come anche da richiamata giurisprudenza, *“il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione”*.

Infatti l'ostacolo ad una diretta verifica della *“congruità dell'offerta”* da parte del giudice adito sussiste senz'altro con riguardo alla valutazione della complessiva sostenibilità economica della stessa: ma non laddove un suo elemento sia stato espressamente previsto dal legislatore come tale da condizionare la possibilità di valutazione della presentata offerta da parte della stazione appaltante. E ciò è quanto esattamente accade per il costo della manodopera, che comporta *ex se* la esclusione dell'offerta a norma della lettera d) del quinto comma dell'art. 97 D. Lgs. n. 50/2016, se *“il costo del personale e' inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”*.

7.2 – Passando all'esame nel merito, i primi due motivi di ricorso – che più analiticamente propongono censure di violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95, comma 10, e 97, comma 5, lettera d) del D. Lgs. n. 50/2016, di violazione

dell'art. 13.1 del disciplinare di gara con riguardo al contenuto della busta "C", nonché di contraddittorietà ed indeterminatezza economica dell'offerta della ricorrente principale e di difetto d'istruttoria da parte della stazione appaltante – possono essere esaminati congiuntamente, riguardando critiche al modo in cui C.O.T. ha stimato il costo della manodopera per il servizio circa il cui affidamento è qui controversia.

In premessa il Collegio osserva che qui, come nel caso della Pellegrini, la stazione appaltante non ha mai proceduto all'avvio del (sub)procedimento amministrativo per la verifica della (eventuale) anomalia dell'offerta presentata da C.O.T.

Infatti ad una indagine specifica circa il rispetto dei “*minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16*” ex art. 97, comma 5, lettera d), D. Lgs. n. 50/2016 la stazione appaltante deve provvedere, a norma del comma 10 dell'art. 95 del medesimo D. Lgs, soltanto “*prima dell'aggiudicazione*”. Il modo secondo cui tale norma deve essere interpretata, non può poi prescindere dai canoni che improntano l'operato di un soggetto, quale ERSU, a pieno titolo rientrante nella categoria delle PP.AA. Il principio di buon andamento ex art. 97 Cost. esclude, infatti, l'onere di verifiche prive di utilità concreta per il soggetto pubblico/stazione appaltante. Se pertanto il generale potere di esclusione delle offerte presentate in gara pubblica è funzionale ad estromettere dalla stessa operatori economici ritenuti non affidabili – in particolare, perché autori di una offerta che decampi dalla doverosa sua “*congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità*” a norma del primo comma dell'art. 97, comma primo, D. Lgs. n. 50/2016 -, con riguardo invece allo scrutinio circa l'osservanza dei “*minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16*” previsti dalla lettera d) del quinto comma dell'art. 97 del D. Lgs. n. 50/2016, la specifica sua contestualizzazione *sub specie temporis* al momento “*prima dell'aggiudicazione*”, impone di avere riguardo esclusivamente all'offerta presentata dall'operatore economico risultato

aggiudicatario (in termini T.A.R. Puglia – Lecce, Sez. III, Sent. 18 giugno 2019, n. 1065, secondo cui “*le stazioni appaltanti devono verificare il rispetto, da parte dell’offerta vincitrice, dei minimi salariali indicati nelle tabelle ministeriali*”). E poiché quel risultato la C.O.T. non ha mai conseguito, le censure proposte con il ricorso incidentale da ELIOR Ristorazioni s.p.a., avendo carattere ipotetico e astratto, impingono, oltre che in una palese carenza di interesse in capo a chi le ha proposte circa il loro esame (in particolare, dopo il venir meno della preclusione all’esame del proposto ricorso principale in esito all’accoglimento del ricorso incidentale), più in radice nel divieto per il giudice adito ex art. 34, comma secondo, c.p.a. di estendere il proprio sindacato ad atti – quali la verifica del costo della manodopera in relazione all’offerta presentata dalla società C.O.T. – mai concretamente posti in essere dalla stazione appaltante.

7.2 - Con riguardo al terzo motivo di ricorso, non può poi ragionarsi in un modo diverso, tenuto conto che la stazione appaltante non ha mai attivato in concreto alcun subprocedimento per la verifica dell’eventuale anomalia dell’offerta presentata dalla società C.O.T. – neppure in considerazione della sua complessiva serietà e sostenibilità, piuttosto che della correttezza della voce specifica relativa al costo della manodopera. E che di conseguenza nessun intervento del G.A. – che sarebbe altrimenti sostitutivo dell’operato della stazione appaltante, piuttosto che correttivo rispetto a delle valutazioni già effettuate dalla stessa – risulta ammissibile.

7.3 - In conclusione viene dunque dichiarato inammissibile il proposto ricorso incidentale.

8 – Conclusivamente il Collegio ritiene illegittima l’aggiudicazione del servizio di “*ristorazione agli studenti universitari, dipendenti e utenti esterni presso le mense universitarie “centro” e “cittadella” di Catania - U.O.II “residenze e ristorazione universitaria” dell’E.R.S.U. Catania*” così come avvenuta in favore della ELIOR Ristorazioni

s.p.a., e di conseguenza ordina alla stazione appaltante – ov'essa non intenda altrimenti procedere all'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara - di provvedere entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza all'avvio del sub procedimento per la verifica della (eventuale) anomalia dell'offerta presentata dalla ditta seconda classificata, con adozione degli atti conseguenti ove essa dovesse dare esito positivo. Tenuto conto dei rischi che un annullamento con effetti immediati dell'aggiudicazione potrebbe comportare per la perdurante regolarità nella erogazione del servizio oggetto dell'appalto, il Collegio, in conformità alla più recente ed attenta giurisprudenza del Consiglio di Stato favorevole ad una modulazione degli effetti demolitori delle sentenze del G.A. (cfr. Consiglio di Stato Sez., VI, Sent. 10 maggio 2011, n. 2755), ritiene di potersi e doversi muovere secondo quei parametri: e di conseguenza pospone il principiare dell'efficacia dell'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore di ELIOR Ristorazioni s.p.a. – onde evitare una pericolosa soluzione di continuità nella gestione del servizio di mensa fra l'operatore economico già (male) individuato e quello (ancora) da individuarsi – a far data dal momento della conclusione del sub procedimento per la verifica della (eventuale) anomalia dell'offerta presentata dalla ditta seconda classificata; od altrimenti, dall'inutile decorso del termine di 30 per procedere al suo avvio fissato in sentenza.

Considerata la durata (6 anni) del servizio sopra indicato, il Collegio ritiene che le ragioni dell'avente diritto all'aggiudicazione possano essere adeguatamente tutelate attraverso il subentro nel contratto erroneamente stipulato dalla stazione appaltante con la ELIOR Ristorazioni s.p.a. Di conseguenza, nell'esercizio dei poteri di cui al primo comma dell'art. 121 c.p.a., dichiara la inefficacia del contratto stipulato fra i predetti soggetti; fermo restando che, in considerazione della posposta efficacia dell'annullamento dell'aggiudicazione dal quale la inefficacia del predetto negozio trae origine, quest'ultima opererà parimenti soltanto a far data

dalla conclusione del sub procedimento per la verifica della (eventuale) anomalia dell'offerta presentata dalla ditta seconda classificata - od altrimenti, dall'inutile decorso del termine di 30 per procedere al suo avvio fissato in sentenza -, piuttosto che dal momento della "*pubblicazione del dispositivo*" (o come qui del caso: della presente sentenza nella sua interezza).

Le spese seguono come da formale soccombenza, e vengono liquidate in dispositivo, avuto riguardo alla relativa complessità dei due giudizi e ai parametri, pur non rigidamente vincolanti, di cui alla Tabella A del decreto ministeriale n. 140/2012.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza): nel procedimento contenzioso n. 1905/2019 di R.G., come da motivazione:

in parte dichiara inammissibile ed in parte rigetta il ricorso principale;

in parte dichiara irricevibile per tardività, in parte rigetta ed in parte dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse il ricorso per motivi aggiunti;

dichiara inammissibile il ricorso incidentale;

nel procedimento contenzioso n. 1874/2019 di R.G., come da motivazione:

4) accoglie il ricorso principale;

5) rigetta il ricorso per motivi aggiunti;

6) dichiara inammissibile il ricorso incidentale;

e di conseguenza:

dichiara la illegittimità del provvedimento con cui è stata disposta l'aggiudicazione in favore di ELIOR Ristorazioni s.p.a., ed ordina alla stazione appaltante – ov'essa non intenda altrimenti procedere all'annullamento in autotutela dell'intera procedura di gara - di provvedere, entro trenta giorni dalla comunicazione o notificazione della presente sentenza, all'avvio del sub procedimento per la verifica

della (eventuale) anomalia dell'offerta presentata dalla ditta seconda classificata, con adozione degli atti conseguenti ove essa dovesse dare esito positivo.

dispone che il conseguente annullamento del provvedimento con cui è stata disposta l'aggiudicazione in favore di ELIOR Ristorazioni s.p.a. abbia efficacia a far data dalla conclusione del sub procedimento per la verifica della (eventuale) anomalia dell'offerta presentata dalla ditta seconda classificata - od altrimenti, dall'inutile decorso del termine di 30 per procedere al suo avvio fissato in motivazione;

dichiara la inefficacia del contratto stipulato fra ERSU e ELIOR Ristorazioni s.p.a., a far data dalla conclusione del sub procedimento per la verifica della (eventuale) anomalia dell'offerta presentata dalla ditta seconda classificata - od altrimenti, dall'inutile decorso del termine di 30 per procedere al suo avvio fissato in motivazione;

Condanna ERSU, la ELIOR Ristorazioni s.p.a. e la Pellegrini s.p.a. alla refusione delle spese di lite in favore della C.O.T. società cooperativa, che liquida nell'importo complessivo di 9.900,00 (novemilanovecento/00) euro - più accessori così come per legge -, e che pone nella misura di 1/3 a carico di ciascuno dei soggetti soccombenti, ma con vincolo di solidarietà passiva fra gli stessi.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Daniele Burzichelli, Presidente

Giuseppa Leggio, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gustavo Giovanni Rosario Cumin

IL PRESIDENTE
Daniele Burzichelli

IL SEGRETARIO