

N. 00057/2025 REG.PROV.COLL.

N. 00448/2024 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 448 del 2024, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Serenissima Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi, PEC andreamanzi@ordineavvocatiroma.org, e Giangiorgio Macdonald, PEC giangiorgiomacdonald@ordineavvocatiroma.org, domiciliata ai sensi dell'art. 82 R.D. n. 37/1934 presso la Segreteria di questo Tribunale;

contro

Comune di Potenza, in persona del Sindaco p.t., non costituito in giudizio;

nei confronti

Cooperativa Sociale Multiservice Sud, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Romano, PEC avvgiuseppe@pec.studiolegaleromanopz.it, con domicilio fisico in Potenza Via Sanremo n. 28;

per l'annullamento:

- della Determinazione n. 2007 del 29.8.2024 (notificata il 29.8.2024), con la quale il con la quale il Dirigente del Settore Servizi alla Persona del Comune di Potenza, nella qualità di Responsabile Unico del Procedimento, in attuazione della Sentenza TAR Basilicata n. 383 del 18.7.2024, ha aggiudicato la procedura aperta telematica, per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica, in favore della Cooperativa Sociale Multiservice Sud;
- dell'atto prot. n. 87801 del 28.8.2024, citato nella predetta Determinazione n. 2007 del 29.8.2024, con la quale la stazione appaltante avrebbe accertato il possesso da parte della Cooperativa Sociale Multiservice Sud dei requisiti di ammissione alla gara; nonché per l'accertamento:
- del diritto della Serenissima Ristorazione S.p.A. ad essere aggiudicataria della suddetta procedura aperta, previa declaratoria dell'inefficacia del contratto, stipulato il 13.9.2024 tra il Comune di Potenza e l'aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud, con subentro della Serenissima Ristorazione S.p.A.;
- del diritto della Serenissima Ristorazione S.p.A. ad accedere a: 1) tutti i verbali di gara, redatti dalla Commissione giudicatrice; 2) a tutta la documentazione amministrativa, all'offerta tecnica ed all'offerta economica, unitamente a tutti i documenti, allegati alle predette offerte tecnica ed economica, presentate dalla Cooperativa Sociale Multiservice Sud; 3) a tutta la documentazione, presentata dalla Cooperativa Sociale Multiservice Sud, "relativa ad eventuali procedure di verifica dell'anomalia dell'offerta", che non risultano indicate nella suddetta Determinazione n. 2007 del 29.8.2024 (l'accesso a tali documenti è stato già chiesto con istanza del 18.9.2024);

Visto il ricorso introduttivo ed i relativi allegati;

Visto l'atto di motivi aggiunti, notificato l'11.11.2024 e depositato nella stessa giornata dell'11.11.2024, con il quale sono state dedotte ulteriori censure avverso il predetto provvedimento di aggiudicazione ex Determinazione n. 2007 del 29.8.2024;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Cooperativa Sociale Multiservice Sud;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2025 il Cons. Pasquale Mastrantuono e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando, pubblicato il 30.6.2023, il Comune di Potenza ha indetto la procedura aperta telematica, per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione delle Scuole dell'Infanzia, di cui 5 dotate di centro di cottura, delle Scuole Primarie, di cui 3 dotate di centro di cottura, e delle Scuole Secondarie di Primo Grado, site nel Comune di Potenza, per due anni scolastici, avente l'importo a base di gara di € 6,00, soggetto a ribasso, per ognuno dei 524.000 pasti presunti, pari a complessivi € 3.144.000,00 oltre € 2.000 per oneri di sicurezza da interferenza, non soggetti a ribasso, ed il canone, soggetto a rialzo, per l'utilizzo dei predetti centri cottura, di € 78.300,00 ed il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui massimo 70 punti per l'offerta tecnica e massimo 30 punti per l'offerta economica, di cui massimo 25 punti per il suddetto ribasso percentuale e di massimo 5 punti per l'offerta del predetto canone.

Entro il termine perentorio di presentazione delle ore 10,00 del 31.8.2023, hanno presentato l'offerta 4 ditte.

La Commissione giudicatrice:

-nelle sedute del 19.10.2023, del 26.10.2023, del 13.11.2023, del 20.11.2023, 24.1.2024, del 25.1.2024, del 31.1.2024, del 20.2.2024 e del 29.2.2024 ha esaminato e valutato le offerte tecniche, attribuendo: alla Cooperativa Sociale Multiservice Sud il punteggio massimo di 70 punti; alla Serenissima Ristorazione S.p.A. 61,07 punti; ed alle altre due ditte i punteggi inferiori di 59,18 punti e di 46,84 punti;

-nella seduta del 20.3.2024, alla quale è stato presente anche il rappresentante della Cooperativa Sociale Multiservice Sud: 1) ha aperto le buste, contenenti le offerte economiche, da cui risultava che avevano offerto: A) la Cooperativa Sociale Multiservice Sud il ribasso più alto del 10,50% ed il canone di € 78.500,00; B) la Serenissima Ristorazione S.p.A. il ribasso del 10,00% ed il canone di € 80.000,00; C) le altre due ditte il ribasso del 2,23% ed il canone di € 79.000,00 ed il ribasso dell'8,00% ed il canone di € 93.960,00; 2) ma ha escluso dalla gara la Cooperativa Sociale Multiservice Sud ed un'altra ditta, perché non avevano allegato all'offerta economica il Piano Economico Finanziario, come previsto dal paragrafo 17 del disciplinare di gara, disciplinante il contenuto della busta dell'offerta economica, nella parte in cui prescrive che “nella busta dovrà inoltre essere contenuto il Piano Economico Finanziario che dovrà dimostrare la copertura dei costi di gestione per tutta la durata della concessione”, specificando che “tale Piano dovrà indicare tutti i costi/ricavi previsti per l'espletamento dei servizi indicati nel progetto di gestione, gli incassi ipotizzati e gli oneri per gli interventi di manutenzione”, classificandosi, così, al 1° posto la Serenissima Ristorazione S.p.A. con il punteggio complessivo di 91,07 punti, per aver riportato, oltre ai predetti 61,07 punti per l'offerta tecnica, anche il punteggio massimo di 30 punti per l'offerta economica.

La Cooperativa Sociale Multiservice Sud ha impugnato con Ric. n. 207/2024 il predetto provvedimento di esclusione e con atto di motivi aggiunti il successivo provvedimento di aggiudicazione in favore della Serenissima Ristorazione S.p.A..

Con Sentenza n. 383 del 18.7.2024 (appellata dalla Serenissima Ristorazione S.p.A. con Ric. n. 7684/2024, senza chiedere la sospensione dell'efficacia della Sentenza di primo grado, con giudizio di appello tuttora pendente) questo Tribunale ha:

1) disatteso l'eccezione, di inammissibilità del ricorso introduttivo e dell'atto di motivi aggiunto, per l'omessa notifica all'altra ditta offerente, non esclusa dalla gara, sollevata dall'aggiudicataria Serenissima Ristorazione S.p.A., in quanto, poiché tale altra ditta non aveva impugnato il provvedimento di aggiudicazione ex Determinazione n. 1082 del 16.5.2024, non occorre integrare il contraddittorio nei suoi confronti;

2) annullato il provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente Cooperativa Sociale Multiservice Sud, previa declaratoria della nullità ex art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016 del paragrafo 17 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l'obbligo, a pena di esclusione, di allegare all'offerta economica il Piano Economico Finanziario "che dovrà dimostrare la copertura dei costi di gestione per tutta la durata della concessione" ed "indicare tutti i costi/ricavi previsti per l'espletamento dei servizi indicati nel progetto di gestione, gli incassi ipotizzati e gli oneri per gli interventi di manutenzione", ed anche la successiva Determinazione n. 1082 del 16.5.2024, con la quale il Responsabile del procedimento aveva approvato l'esclusione della ricorrente dalla gara ed emanato il provvedimento di aggiudicazione in favore della Serenissima Ristorazione S.p.A., accogliendo la censura, con la quale era stato dedotto che la stazione appaltante aveva erroneamente qualificato il servizio biennale di ristorazione scolastica come

“concessione”, anziché come appalto di servizi, per l’assenza del rischio economico, in quanto: A) il discrimine tra concessione e appalto dipende dalla presenza o meno del rischio di impresa e/o gestionale, cioè del rischio economico connesso alla gestione del servizio (cfr. Sentenze della Corte di Giustizia dell’Unione Europea nella causa n. 274/2009, del 15.10.2009 nella causa n. 196/2008, del 10.9.2009 nella causa n. 206/2008, del 13.11.2008 nella causa n. 437/2007 e del 18.7.2007 nella causa n. 382/2005; orientamento giurisprudenziale formalmente recepito prima dal Legislatore Comunitario con l’art. 5, lett. b), della Direttiva n. 23 del 26.2.2014 e poi dal Legislatore nazionale con l’art. 3, lett. vv) e zz), del D.Lg.vo n. 50/2016, di attuazione della predetta Direttiva), cioè più esattamente, il rapporto può essere qualificato concessione di servizio, quando si verifica il trasferimento al gestore del rischio legato allo svolgimento del servizio e/o della mancata copertura integrale dei costi di gestione di tale servizio, fermo restando che i rischi legati a una cattiva gestione o ad errori di valutazione da parte dell’operatore economico non sono determinanti ai fini della qualificazione di un contratto come concessione di servizi, dal momento che rischi del genere sono insiti in qualsiasi contratto di appalto (cfr. Sentenza Corte di Giustizia Unione Europea del 10.11.2011 nella causa n. 348/2010); B) il predetto art. 3, lett. zz), D.Lg.vo n. 50/2016 definisce “rischio operativo” quello “legato alla gestione sul lato della domanda o sul lato dell’offerta o di entrambi, trasferito all’operatore economico”, specificando che non deve essere “garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti” e che “la parte del rischio trasferita all’operatore deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita non sia puramente nominale o trascurabile”; C) le circostanze evidenziate dalla controinteressata Serenissima Ristorazione S.p.A. (poiché il numero di 524.000 pasti

presunti era stato rilevato dalle presenze dell'anno 2019, anteriore all'emergenza sanitaria Covid, l'art. 4, comma 6, del Capitolato Speciale aveva precisato che il Comune "non assume alcun impegno in ordine all'effettivo numero dei pasti" e che "la ditta affidataria rinuncia a qualsiasi richiesta di compenso ed indennizzo"; l'art. 5 del Capitolato Speciale aveva stabilito che il 65% dell'attuale costo del servizio era a carico degli utenti, specificando che "rimane a carico del concessionario ogni onere inerente la riscossione delle quote a carico degli utenti" e che "in nessun caso il concessionario potrà rivalersi sul concedente per le quote non riscosse"; gli artt. 34 e 71 del Capitolato prevedono che gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria degli 8 centri di cottura e la sostituzione della relativa attrezzatura era a totale carico del concessionario, "senza nulla a pretendere da parte del concessionario) non integrano il predetto "rischio operativo" ex art. 3, lett. zz), D.Lg.vo n. 50/2016, perché non comportano una reale esposizione alle fluttuazioni della domanda e/o dell'offerta del servizio di ristorazione scolastica in questione; D) se la finalità della prescrizione dell'obbligo, di allegare all'offerta economica il Piano Economico Finanziario, era quella di consentire all'Amministrazione di valutare la capacità dell'offerente di eseguire la prestazione, cioè di verificare la sostenibilità e/o la congruità economica dell'offerta, va rilevato che una clausola della lex specialis di una gara d'appalto, che prevede l'obbligo di allegare all'offerta economica una relazione di giustificazione dei costi, è nulla, perché l'art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016, statuisce la nullità delle prescrizioni a pena di esclusione, contemplate dalle lex specialis di gara, "ulteriori" rispetto a quelle previste dal Codice degli Appalti e dalle altre vigenti disposizioni di legge, e nel vigente ordinamento giuridico italiano non esiste alcuna norma che prevede la facoltà della stazione appaltante di obbligare i partecipanti ad un procedimento di

evidenza pubblica ad allegare all'offerta economica una relazione a giustificazione del prezzo offerto (sul punto cfr. TAR Basilicata Sent. n. 193 del 20.3.2018); E) la circostanza, evidenziata dalle controparti, che la ricorrente non aveva formalmente impugnato il contestato paragrafo 17 del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l'obbligo, a pena di esclusione, di allegare all'offerta economica il Piano Economico Finanziario "che dovrà dimostrare la copertura dei costi di gestione per tutta la durata della concessione" ed "indicare tutti i costi/ricavi previsti per l'espletamento dei servizi indicati nel progetto di gestione, gli incassi ipotizzati e gli oneri per gli interventi di manutenzione", non risulta ostativa all'accoglimento del ricorso, in quanto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la Sentenza n. 22 del 16.10.2020 ha statuito che il Giudice Amministrativo può dichiarare la nullità ex art. 83, comma 8, ultimo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016 di una clausola della lex specialis di gara, cioè la nullità parziale della lex specialis di gara, se, come nella specie, i provvedimenti successivi, adottati dall'Amministrazione, che fanno applicazione o comunque si fondano sulla clausola nulla, come il provvedimento di esclusione dalla gara o il provvedimento di aggiudicazione, sono stati impugnati entro il termine di decadenza di impugnazione ex art. 120 cod. proc. amm. di 30 giorni, anche per far valere l'illegittimità, derivante dall'applicazione della clausola nulla;

3) accolto la domanda di risarcimento in forma specifica, in quanto era stata restituita alla ricorrente la chance dell'aggiudicazione dell'appalto in questione, dopo l'esecuzione della presente Sentenza da parte della stazione appaltante, tenuto conto delle circostanze che: 1) nella valutazione dell'offerta tecnica la ricorrente aveva ottenuto il punteggio massimo di 70 punti, mentre la controinteressata Serenissima Ristorazione S.p.A. aveva riportato 61,07 punti (e le altre due ditte i punteggi

inferiori di 59,18 punti e di 46,84 punti); 2) per quanto riguarda le offerte economiche, la ricorrente aveva offerto il ribasso più alto del 10,50% sull'importo a base di gara di € 6,00 a pasto ed il canone di € 78.500,00 per l'utilizzo degli 8 centri cottura (canone a base di gara, soggetto a rialzo, di € 78.300,00), mentre la controinteressata aveva offerto il ribasso del 10,00% ed il canone di € 80.000,00 (e le altre due ditte il ribasso del 2,23% ed il canone di € 79.000,00 ed il ribasso dell'8,00% ed il canone di € 93.960,00); 3) il disciplinare di gara aveva prestabilito l'attribuzione di massimo 25 punti per il ribasso sull'importo a base di gara di € 6,00 a pasto e di massimo 5 punti per il canone di utilizzo degli 8 centri cottura.

Con Determinazione n. 2007 del 29.8.2024 (notificata il 29.8.2024) il Dirigente del Settore Servizi alla Persona del Comune di Potenza, nella qualità di Responsabile Unico del Procedimento, in attuazione della Sentenza TAR Basilicata n. 383 del 18.7.2024, ha aggiudicato la procedura aperta telematica, per l'affidamento in concessione del servizio di ristorazione scolastica, in favore della Cooperativa Sociale Multiservice Sud, in quanto aveva riportato il punteggio complessivo di 99,90 punti (precisamente: il punteggio massimo di 70 per l'offerta tecnica; il punteggio massimo di 25 punti per il ribasso sull'importo a base di gara di € 6,00 a pasto; e 4,90 punti per il canone di l'utilizzo degli 8 centri cottura), mentre la ricorrente Serenissima Ristorazione S.p.A. aveva conseguito il punteggio complessivo di 89,87 punti (precisamente: 61,07 punti per l'offerta tecnica; 28,80 punti per il ribasso sull'importo a base di gara di € 6,00 a pasto; ed il punteggio massimo di 5 punti per il canone di l'utilizzo degli 8 centri cottura), evidenziando che con atto prot. n. 87801 del 28.8.2024 era stato accertato il possesso da parte della Cooperativa Sociale Multiservice Sud dei requisiti di ammissione alla gara.

La Serenissima Ristorazione S.p.A.:

-con istanza del 18.9.2024 ha chiesto di accedere a: 1) tutti i verbali di gara, redatti dalla Commissione giudicatrice; 2) a tutta la documentazione amministrativa, all'offerta tecnica ed all'offerta economica, unitamente a tutti i documenti, allegati alle predette offerte tecnica ed economica, presentate dalla Cooperativa Sociale Multiservice Sud; 3) a tutta la documentazione, presentata dalla Cooperativa Sociale Multiservice Sud, "relativa ad eventuali procedure di verifica dell'anomalia dell'offerta", che non risultano indicate nella suddetta Determinazione n. 2007 del 29.8.2024; poiché in data 11.10.2024 il Comune di Potenza aveva trasmesso alla ricorrente tutta la documentazione, richiesta con la predetta istanza di accesso del 18.9.2024, questo Tribunale con Ordinanza del 20.11.2024 ha dichiarato, ai sensi dell'art. 34, comma 5, cod. proc. amm., la cessazione della materia del contendere, con riferimento alla predetta domanda, di accertamento del diritto della ricorrente ad accedere ai documenti richiesti;

-con il ricorso introduttivo, notificato il 2.10.2024 e depositato il 16.10.2024, ha impugnato la suddetta Determinazione n. 2007 del 29.8.2024, di aggiudicazione dell'appalto in questione in favore della Cooperativa Sociale Multiservice Sud, unitamente all'atto prot. n. 87801 del 28.8.2024, di accertamento del possesso dei requisiti di ammissione alla gara in capo alla predetta aggiudicataria, deducendo: 1) che il Comune di Potenza non aveva tenuto conto dell'appello della ricorrente alla suddetta Sentenza TAR Basilicata n. 383 del 18.7.2024; 2) la stazione appaltante aveva aggiudicato il servizio di ristorazione scolastica, senza verificare il rispetto da parte dell'aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud dei minimi salariali retributivi, indicati nelle Tabelle Ministeriali ex art. 23, comma 16, D.Lg.vo n. 50/2016, come prescritto dall'art. 95, comma 10, secondo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016; 3) la violazione dell'art. 97, comma 3, D.Lg.vo n. 50/2016, in quanto,

poiché l'aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud aveva riportato punteggi per l'offerta tecnica e per l'offerta economica superiori ai 4/5 dei punteggi massimi, prestabiliti dalla lex specialis di gara, il Comune di Potenza avrebbe dovuto accertare la congruità dell'offerta economica dell'aggiudicataria; 4) la violazione dell'art. 32, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016, nella parte in cui statuisce che "il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione", in quanto, nella specie, l'impugnato provvedimento di aggiudicazione ex Determinazione n. 2007 del 29.8.2024 era stato notificato il 29.8.2024 ed il contratto di appalto era stato stipulato il 13.9.2024;

-con l'atto di motivi aggiunti, notificato l'11.11.2024 e depositato nella stessa giornata dell'11.11.2024, ha dedotto: 1) la contraddittorietà della proposta di riassorbimento del personale dell'aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud, in quanto: A) nell'offerta tecnica aveva dichiarato che, "in caso di aggiudicazione, andrà a confermare l'attuale organico" e poi che "ferma restando la necessaria armonizzazione con le esigenze tecnico organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, si impegna ad assorbire prioritariamente nel proprio organico tutto il personale già impiegato nel servizio", cioè che il riassorbimento del personale era solo prioritario, perché era subordinato alla necessità di armonizzarlo con le esigenze tecnico organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto; B) non aveva indicato nell'elenco del personale, che sarebbe stato impiegato nell'appalto, il Tecnologo Alimentare; C) aveva violato l'art. 16 del Disciplinare di gara, nella parte in cui prescrive che nel progetto di riassorbimento del personale, da allegare all'offerta tecnica, dovevano essere illustrate "le concrete applicazione della clausola sociale con particolare riferimento al modello organizzativo di gestione del

servizio”, perché la Cooperativa Sociale Multiservice Sud si era limitata a trascrivere i dati, indicati nell’Allegato 7 al Capitolato Speciale; 2) violazione dell’Allegato 7 al Capitolato Speciale, in quanto in tale Allegato: A) gli 11 Cuochi in servizio avevano lavorato per 336 ore settimanali, mentre la Cooperativa Sociale Multiservice Sud li avrebbe utilizzati per 251 ore settimanali; B) 1 Aiutocuoco aveva lavorato per 24 ore settimanali, mentre la Cooperativa Sociale Multiservice Sud lo avrebbe utilizzato per 20 ore settimanali; C) i 6 Autisti Addetti alla consegna dei pasti avevano lavorato per 116 ore settimanali, mentre la Cooperativa Sociale Multiservice Sud li avrebbe utilizzati per 97 ore settimanali; D) i 2 Addetti alla Cucina avevano lavorato per 54 ore settimanali, mentre la Cooperativa Sociale Multiservice Sud li avrebbe utilizzati per 44 ore settimanali; E) i 70 Addetti alla Mensa avevano lavorato per 834 ore settimanali, mentre la Cooperativa Sociale Multiservice Sud li avrebbe utilizzati per 937 ore settimanali; F) 1 Impiegato per la gestione del software e del ticketing aveva lavorato per 61 ore, mentre la Cooperativa Sociale Multiservice Sud lo avrebbe utilizzato per 101 ore settimanali; G) non si era impegnata ad assorbire 1 Tecnologo Alimentare, che nel precedente appalto era stato impiegato 25 ore settimanali; 3) l’omessa indicazione da parte dell’aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud nell’offerta tecnica delle ore settimanali svolte dai suoi dipendenti, aventi le mansioni di coordinamento, controllo e direzione dell’appalto di cui è causa, precisamente 1 Responsabile dell’appalto, 1 Direttore Tecnico, 1 Vice Direttore Tecnico, 2 Referenti Centrale Operativa/Call Center (reperibili h24), 1 Dietista, 1 Tecnologo Alimentare, 2 Addetti all’Ufficio Controllo e Produzione e 1 Referente dei Centri di Cottura Esterni; 4) il costo della manodopera, indicato dall’aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud nell’offerta tecnica,

ammonta a € 1.910.652,44, ma la Cooperativa Sociale Multiservice Sud ha dichiarato il costo del lavoro di € 1.613.029,30, pari ad una differenza di € 297.623,14.

Si è costituita in giudizio l'aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud, sostenendo l'infondatezza del ricorso introduttivo e dell'atto di motivi aggiunti.

Con Ordinanza n. 585 del 21.11.2024 questo Tribunale ha dichiarato la cessazione della materia del contendere, con riferimento alla domanda, di accertamento del diritto della ricorrente ad accedere ai documenti richiesti con l'istanza di accesso del 18.9.2024, in quanto dopo la notifica del ricorso in epigrafe del 2.10.2024 (ma prima del deposito del ricorso del 16.10.2024), precisamente in data 11.10.2024, il Comune di Potenza aveva trasmesso tutta la documentazione, richiesta con la predetta istanza di accesso.

La ricorrente Serenissima Ristorazione S.p.A.:

-prima con istanza del 3.1.2025 ha chiesto il rinvio dell'Udienza Pubblica del 22.1.2025 ad una "data successiva a quella di trattazione dell'appello al Consiglio di Stato Ric. n. 7684/2024" (con tale ricorso non è stata chiesta la sospensione dell'efficacia della Sentenza di primo grado) alla Sentenza TAR Basilicata n. 383 del 18.7.2024, specificando che in data 2.1.2025 aveva chiesto al Consiglio di Stato la fissazione "quanto prima possibile" dell'Udienza Pubblica di merito di discussione del predetto appello;

-e poi con memoria dell'11.1.2025 ha insistito per l'accoglimento sia della predetta istanza di rinvio, sia del ricorso introduttivo e dell'atto di motivi aggiunti.

La controinteressata Cooperativa Sociale Multiservice Sud con memoria dell'11.1.2025 ha chiesto nuovamente il rigetto del ricorso introduttivo e dell'atto di motivi aggiunti.

All'Udienza Pubblica del 22.1.2025 il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti sono passati in decisione, dopo che il Collegio ha rilevato, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., l'inammissibilità dell'atto di motivi aggiunti, in quanto le relative censure avrebbero dovuto essere proposte nell'ambito del giudizio di primo grado, conclusosi con la citata Sentenza TAR Basilicata n. 383 del 18.7.2024.

In via preliminare, va disattesa l'istanza di rinvio del 3.1.2025, sia perché ai sensi dell'art. 73, comma 1 bis, secondo periodo, cod. proc. amm. "il rinvio della trattazione della causa" può essere "disposto solo per casi eccezionali", sia perché il Consiglio di Stato non ha ancora fissato l'Udienza Pubblica di trattazione nel merito dell'appello Ric. n. 7684/2024 alla Sentenza TAR Basilicata n. 383 del 18.7.2024.

Nel merito, il ricorso introduttivo è fondato, con riferimento alla seconda e terza censura.

Infatti, poiché l'aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud aveva riportato punteggi per l'offerta tecnica e per l'offerta economica superiori ai 4/5 dei punteggi massimi, prestabiliti dalla lex specialis di gara, il Comune di Potenza, ai sensi dell'art. 97, comma 3, D.Lg.vo n. 50/2016, avrebbe dovuto accertare la congruità dell'offerta economica dell'aggiudicataria.

Inoltre, il Comune di Potenza avrebbe dovuto verificare il rispetto da parte della controinteressata Cooperativa Sociale Multiservice Sud dei minimi salariali retributivi, indicati nelle Tabelle Ministeriali ex art. 23, comma 16, D.Lg.vo n. 50/2016, come prescritto dall'art. 95, comma 10, secondo periodo, D.Lg.vo n. 50/2016.

Al riguardo, va precisato che, poiché la stazione appaltante non ha verificato l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria e poiché tale attività è di tipo ampiamente discrezionale, pure connotata da elementi di tecnicismo frammisti a valutazioni di

opportunità non direttamente sindacabili dal Giudice Amministrativo, salvo che non trasmodino nella manifesta erroneità e/o illogicità, la predetta verifica non può essere svolta direttamente dal Giudice Amministrativo, anche mediante la nomina di un Verificatore e/o CTU, sia perché il Giudice Amministrativo non può sostituirsi alla Pubblica Amministrazione nell'esercizio del potere discrezionale, sia perché l'art. 34, comma 2, primo periodo, cod. proc. amm. statuisce che "in nessun caso" il Giudice Amministrativo "si può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati" (sul punto cfr. le Sentenze di questo Tribunale n. 710 del 24.10.2022, n. 114 dell'11.2.2022 e n. 811 dell'11.8.2016, confermata dalla III[^] Sezione del Consiglio di Stato con la Sentenza n. 793 del 21.2.2017).

Invece, va disattesa la prima censura del ricorso introduttivo, relativa all'omessa considerazione da parte del Comune di Potenza dell'appello alla suddetta Sentenza TAR Basilicata n. 383 del 18.7.2024, in quanto la ricorrente non ha chiesto nemmeno chiesto la sospensione dell'efficacia della predetta Sentenza di primo grado.

Mentre, deve essere assorbita la quarta censura del ricorso introduttivo, con la quale è stata dedotta la violazione dell'art. 32, comma 9, D.Lg.vo n. 50/2016, nella parte in cui statuisce che "il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione", perché l'impugnato provvedimento di aggiudicazione ex Determinazione n. 2007 del 29.8.2024 era stato notificato nella stessa data del 29.8.2024 ed il contratto di appalto era stato stipulato il 13.9.2024, in quanto, nella specie, non può essere dichiarata l'inefficacia del predetto contratto di appalto ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., perché dall'accoglimento del ricorso introduttivo la Serenissima Ristorazione S.p.A. non ottiene l'aggiudicazione e/o l'affidamento dell'appalto di cui è causa.

Invece, tutte le censure dell'atto di motivi aggiunti sono inammissibili, in quanto avrebbero dovuto essere proposte con ricorso incidentale nell'ambito del giudizio di primo grado, conclusosi con la citata Sentenza TAR Basilicata n. 383 del 18.7.2024, tenuto conto del principio di certezza del diritto nei rapporti amministrativi, tutelato dal breve termine decadenziale di impugnazione stabilito dall'ordinamento giuridico, perché tali censure si riferiscono all'offerta dell'aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud, già conoscibile da parte della ricorrente Serenissima Ristorazione S.p.A. nell'ambito del giudizio di primo grado.

A quanto sopra consegue l'accoglimento del ricorso introduttivo e per l'effetto l'annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione ex Determinazione n. 2007 del 29.8.2024, fatta salva l'ulteriore attività amministrativa del Comune di Potenza, e l'inammissibilità dell'atto di motivi aggiunti.

Al riguardo, va precisato che l'accoglimento del ricorso introduttivo costituisce risarcimento in forma specifica, in quanto restituisce alla ricorrente Serenissima Ristorazione S.p.A. la chance, di potersi aggiudicare l'appalto di cui è causa e di subentrare nel contratto di appalto, stipulato il 13.9.2024 tra il Comune di Potenza e l'aggiudicataria Cooperativa Sociale Multiservice Sud.

Ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 26, comma 1, e 29 cod. proc. amm. e artt. 91 e 92, comma 2, c.p.c. il Comune di Potenza va condannato al pagamento delle spese di lite, liquidate in dispositivo, mentre sussistono eccezionali motivi per compensarle nei confronti della controinteressata Cooperativa Sociale Multiservice Sud.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata accoglie il ricorso introduttivo e per l'effetto annulla l'impugnato provvedimento di aggiudicazione ex Determinazione n. 2007 del 29.8.2024, fatta salva l'ulteriore attività amministrativa del Comune di Potenza, e dichiara inammissibile l'atto di motivi aggiunti.

Condanna il Comune di Potenza al pagamento, in favore della ricorrente Serenissima Ristorazione S.p.A., delle spese di giudizio, liquidate in € 3.000,00 (tremila), oltre rimborso forfettario ex art. 2, comma 2, D.M. n. 55/2014, IVA, CPA e spese a titolo di Contributo Unificato nella misura versata; spese compensate nei confronti della controinteressata Cooperativa Sociale Multiservice Sud.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2025 con l'intervento dei magistrati:

Pasquale Mastrantuono, Presidente FF, Estensore

Benedetto Nappi, Consigliere

Paolo Mariano, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Pasquale Mastrantuono

IL SEGRETARIO