

Pubblicato il 13/12/2017

**N. 05870/2017REG.PROV.COLL.**

**N. 04549/2017 REG.RIC.**



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4549 del 2017, proposto da:  
Elior Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dall'avvocato Riccardo Anania, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza del Popolo, n. 18;

***contro***

Azienda Regionale per il Diritto allo Studio Universitario - ESU Venezia, in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dagli avvocati Ezio Zanon, Francesco Zanlucchi, Tito Munari e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Federico Confalonieri, n. 5;

***nei confronti di***

Sarca Catering s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentato e difeso dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertolon, n. 26/b;

Italia Chef S.r.l., non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. VENETO -VENEZIA, SEZIONE I, n. 492/2017, resa tra le parti e concernente: procedura di evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di gestione di una mensa universitaria;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2017, il consigliere Bernhard Lageder e uditi, per le parti, gli avvocati Anania, Brugnoletti e Luigi Manzi, quest'ultimo in dichiarata delega dell'avvocato Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La presente controversia inerisce alla gara d'appalto, indetta dall'Azienda Regionale per il Diritto allo Studio Universitario - ESU Venezia con bando pubblicato il 22 giugno 2016, per l'affidamento della gestione, presso la mensa universitaria di 'Rio Novo' a Venezia, del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale e dei servizi accessori della esecuzione di *«opere di miglioria inerenti i locali e le attrezzature della mensa di Rio Novo»* e della *«erogazione pasti presso i Poli universitari di Treviso e Mestre attraverso convenzione con altri operatori o tramite gestione diretta»*, per la durata di anni otto, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al prezzo base d'asta di euro 8.277.580,00, sfociata nell'aggiudicazione in favore dell'originaria controinteressata ed odierna appellata a.t.i. Sarca Catering s.r.l., prima classificata con 99,4 punti (di cui 70 punti per l'offerta tecnica e 29,4 punti per l'offerta economica) davanti all'odierna appellante Elixir Ristorazione S.p.A., affidataria uscente e seconda classificata con 77,9 punti (di cui 47,9 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per l'offerta economica).

2. Il T.a.r. per il Veneto, con la qui appellata sentenza, pronunciava definitivamente sul ricorso n. 1462 del 2016, proposto dalla seconda classificata avverso gli atti di gara e l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata, provvedendo come segue:

(i) dichiarava irricevibile il ricorso in relazione ai primi due motivi – con i quali era stata censurata l'ammissione della controinteressata a.t.i. Sarca Catering s.r.l. alla gara, in quanto la stessa, a fronte

della indicazione di voler subappaltare due distinte attività (*facility management* e manutenzione), aveva indicato i nominativi di soli tre subappaltatori anziché di sei (cioè tre per ciascuna delle due attività), con ciò violando le specifiche prescrizioni del disciplinare di gara che richiamavano le previsioni di cui all'art. 105 del d.lgs. n. 50/2016, nonché per l'asserita genericità del contratto di avvalimento, il cui oggetto non sarebbe determinabile, anche tenuto conto della mancata assunzione di responsabilità solidale dell'ausiliaria in favore della stazione appaltante –, per violazione del termine d'impugnazione di trenta giorni di cui all'art. 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm., rilevando che:

- sebbene non risultasse l'avvenuta pubblicazione del provvedimento di ammissione alla gara dei concorrenti con le modalità previste dall'art. 29 d.lgs. n. 50/2016 sul profilo informatico del committente, l'ammissione della controinteressata era ben nota alla ricorrente fin dal 26 settembre 2016, data in cui nel corso della prima seduta pubblica, in presenza del signor Paolo Burato in rappresentanza di Elior S.p.A., a seguito dell'apertura della busta "A - Documentazione amministrativa" l'a.t.i. Sarca era stata espressamente ammessa alla gara dalla commissione, ed erano divenute note alla ricorrente anche quelle circostanze (dichiarazione di subappalto e contratto di avvalimento) su cui erano incentrati i primi due motivi di ricorso;

- anche dopo la novella apportata all'art. 120 cod. proc. amm. dal d.lgs. n. 50/2016, doveva ritenersi applicabile il principio giurisprudenziale per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto e nel caso in cui il ricorrente ne avesse avuto contezza prima della sua comunicazione formale, il termine di impugnazione decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto purché fossero percepibili quei profili che ne rendessero evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica dell'interessato;

- pertanto, nel caso di specie il *dies a quo* del termine d'impugnazione contro l'atto di ammissione *ex art.* 120, comma 2-*bis*, cod. proc. amm. andava individuato al 26 settembre 2016, con conseguente tardività del ricorso proposto in data 24 novembre 2016;

(ii) dichiarava inammissibile per genericità e, comunque, infondato nel merito il terzo motivo – con il quale la ricorrente aveva censurato l'illegittimità del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, al cui esito l'a.t.i. Sarca avrebbe dovuto essere esclusa per asserita incongruità dell'offerta –, essendosi la ricorrente limitata a dedurre genericamente l'insostenibilità di alcune voci di costo, senza tuttavia corroborare la propria tesi con la prospettazione di parametri di riferimento concreti per ciascuno di tali costi, tanto più che, alla luce di un confronto delle due offerte di Elior e a.t.i. Sarca, i prezzi indicati dalle due concorrenti erano più o meno equivalenti ed allineati alla basa d'asta, così come gli utili dichiarati erano pressoché equivalenti;

(iii) condannava la parte ricorrente a rifondere alla controinteressata e all'Amministrazione resistente le spese di causa.

3. Avverso tale sentenza interponeva appello l'originaria ricorrente, censurando l'erronea declaratoria di irricevibilità del ricorso in relazione ai primi due motivi di primo grado, chiedendone quindi la riforma e riproponendo espressamente i due motivi in questione. Censurava, altresì, l'erronea reiezione del terzo motivo di ricorso, concernente l'asserita incongruità dell'offerta dell'impresa aggiudicataria in relazione ad una serie di voci di costo ed agli utili.

L'appellante chiedeva pertanto, in riforma dell'impugnata sentenza, l'accoglimento del ricorso di primo grado.

4. Si costituivano in giudizio sia l'originaria controinteressata a.t.i. Sarca Catering s.r.l. sia l'ESU Venezia, contestando la fondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione.

5. All'udienza pubblica del 16 novembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

6. L'appello è infondato.

6.1. Destituito di fondamento è il primo motivo d'appello, proposto avverso la statuizione di irricevibilità *sub* 2.(i).

Sebbene il comma 2-*bis* dell'art. 120 cod. proc. amm., inserito dall'art. 204, comma 1, lett. b), d.lgs. n. 50/2016 (a decorrere dal 19 aprile 2016, ai sensi di quanto disposto dall'art. 220 d.lgs. n. 50/2016), nella disciplina del c.d. rito super-speciale previsto per l'impugnazione degli atti di esclusione e di ammissione (d)alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, faccia riferimento, ai fini della decorrenza dell'ivi previsto termine d'impugnazione di trenta giorni, esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo telematico della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, ritiene il Collegio che ciò non implichi l'inapplicabilità del generale principio sancito dall'art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell'art. 120 cod. proc. amm., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto – o, per quanto qui interessa, in difetto di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematico della stazione appaltante –, il termine decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso, purché siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale. In altri termini, in difetto di un'espressa e univoca correlativa espressa previsione legislativa a valenza derogatoria e in assenza di un rapporto di incompatibilità, deve escludersi che il comma 2-*bis* dell'art. 120 cod. proc. amm. abbia apportato una deroga all'art. 41, comma 2, cod. proc. amm. e al principio generale della decorrenza del termine di impugnazione dalla conoscenza completa dell'atto. La piena conoscenza dell'atto di

ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso.

Il T.a.r., a fronte della (pacifica) mancata pubblicazione dell'atto di ammissione della controinteressata sulla piattaforma telematica della stazione appaltante, ha pertanto correttamente individuato il *dies a quo* nella data di svolgimento della prima seduta della commissione di gara del 26 settembre 2016, alla quale, in rappresentanza di Elixir Ristorazione S.p.A., aveva partecipato il signor Paolo Burato, munito di regolare delega dell'amministratore delegato della società, allegata al verbale della seduta e recante il mandato «*a presenziare all'apertura delle buste relative alla gara in oggetto, conferendogli ogni potere e facoltà di intervento in merito*» (v. doc. 1 prodotto dall'ESU il 25 ottobre 2017, nonché il verbale di seduta del 26 settembre 2016 *sub* doc. 2 prodotto dall'appellante il 26 ottobre 2017). Si osserva al riguardo che, a fronte di tali risultanze istruttorie documentali, comprovanti il conferimento di apposito mandato al signor Paolo Burato, irrilevante è l'erronea qualificazione del predetto, nell'impugnata sentenza, come «*amministratore e legale rappresentante della ricorrente*», censurata dall'appellante.

Dall'esame del verbale della seduta destinata all'apertura delle buste "A" relativa alla documentazione amministrativa si evince che, in sede di vaglio della documentazione presentata dall'a.t.i. Sarca Catering s.r.l., erano, tra l'altro, stati esaminati i documenti costituiti (i) dalla dichiarazione di avvalersi delle tre imprese subappaltatrici ivi indicate in relazione alle attività ivi specificate, e (ii) dal contratto di avvalimento intercorso tra la capogruppo Sarca Catering s.r.l. e la mandante Italia Chef s.r.l. (v. i documenti specificati nel verbale di seduta con i numeri 13. e 10.). Nello stesso verbale di seduta risulta inoltre precisato che il documento di riepilogo della documentazione contenuta nella busta "A" dell'a.t.i. Sarca «*viene siglato anche dai Sigg. Paolo Burato [...]*», e viene dato atto che la commissione, «*dopo aver attentamente esaminato l'intera documentazione amministrativa [...] dichiara l'ammissione alla gara dell'A.T.I. formata da Sarca Catering S.r.l. e Italia Chef S.r.l.*».

Pertanto, tutti gli elementi inerenti ai requisiti di ammissione della controinteressata, poi contestati in sede giudiziale, sin dalla prima seduta di gara avevano trovato ingresso nella piena ed effettiva sfera di conoscenza dell'originaria ricorrente, con conseguente corretta individuazione della data della seduta quale *dies a quo* del termine di impugnazione dell'atto di ammissione della controinteressata alla gara e declaratoria di irricevibilità del ricorso, notificato il 24 novembre 2016 (data di spedizione), e dunque ampiamente oltre il termine di trenta giorni decorrente dal 26 settembre 2016.

Ad ogni modo, i due motivi di ricorsi dichiarati irricevibili nell'impugnata sentenza, sono anche infondati nel merito, in quanto, per un verso, le attività subappaltate di 'facility' e 'manutenzione' sono accorpabili in un'unica macro-prestazione, con conseguente sufficiente indicazione di una sola terna di subappaltatori ai sensi dell'art. 105, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, e, per altro verso, il contratto di avvalimento del 2 agosto 2016 risulta sufficientemente determinato quanto al suo contenuto, tenuto conto sia dei rapporti intercorrenti tra le società contraenti (il socio unico dell'ausiliaria Sarca è anche socio di maggioranza dell'ausiliata Italia Chef; entrambe le imprese sono raggruppate in a.t.i.), sia della natura di c.d. avvalimento di garanzia avente ad oggetto il requisito di fatturato, sia, infine, della specificazione puntuale delle risorse messe a disposizione dall'ausiliaria (v. doc. 15 del fascicolo di primo grado dell'originaria ricorrente).

6.2. Infondato è, altresì, il secondo motivo d'appello proposto avverso la statuizione sub 2.(ii).

Infatti, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, la valutazione di anomalia di un'offerta costituisce un giudizio ampiamente discrezionale, espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, desumibili, tra l'altro, non da singole voci bensì da una verifica complessiva inerente l'attendibilità e l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso in funzione della garanzia di una corretta esecuzione dell'appalto, nel senso che l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'Amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere (v., *ex plurimis*, Ad. Plen. 29 novembre 2012, n. 36).

Come correttamente rilevato dal T.a.r., l'originaria ricorrente si è limitata a dedurre genericamente l'incongruità di alcune voci di costo e degli utili, senza tuttavia suffragare le correlative censure di elementi concreti cui parametrare le singole voci di costo censurate e senza essere in grado di dimostrare l'incongruità dell'offerta nel suo complesso, a prescindere dal rilievo che da un raffronto delle offerte presentate rispettivamente da Elio e Sarca emerge la sostanziale equivalenza dei costi ed utili ivi indicati, in rapporto alle condizioni economiche previste nella *lex specialis*.

6.3. Per le esposte ragioni l'appello è da respingere, con assorbimento di ogni altra questione, ormai irrilevante ai fini decisori.

7. Tenuto conto di ogni circostanza connotante la presente controversia, si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 4549 del 2017), lo respinge e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza; dichiara le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2017, con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

Francesco Mele, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Bernhard Lageder**

**IL PRESIDENTE**

**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**