

Pubblicato il 23/04/2019

N. 02248/2019 REG.PROV.COLL.  
N. 04792/2018 REG.RIC.  
N. 00156/2019 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 della Campania**

**(Sezione Ottava)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4792 del 2018, proposto da E.P. s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese “E.P. s.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l.”, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Armando Profili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via San Giacomo, n. 40;

*contro*

Comune di Mondragone, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Scalfati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Luciana Pacifici, n. 6;

*nei confronti*

Centrale Unica di Committenza Asmel Consortile s.c.a.r.l. - non costituita in giudizio;

G.F.I. Food s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Ciro Micera, con domicilio digitale come da PEC da Registri di

Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Marco Aurelio Severino, n. 30 (ricorrente incidentale);

sul ricorso numero di registro generale 156 del 2019, proposto da G.F.I. Food s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Mondragone, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Scalfati, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Luciana Pacifici, n. 6;

Centrale Unica di Committenza Asmel Consortile s.c.a.r.l. - non costituita in giudizio;

*nei confronti*

E.P. s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese “E.P. s.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l.”, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Armando Profili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via San Giacomo, n. 40;

*per l'annullamento,*

*previa sospensione dell'efficacia,*

quanto al ricorso n. 4792 del 2018:

per quanto concerne il ricorso introduttivo:

“- Della Determinazione n. 1222 del 12.09.2018 del Comune di Mondragone, con cui è stata nominata la Commissione di gara costituita da professionisti sorteggiati da apposito elenco di ASMEL Consortile s.c.a.r.l.;

Di tutti i verbali di gara, e segnatamente del “Verbale di gara n. 1 del 14 Settembre 2018 – Seduta Pubblica; Verbale di gara n. 2 del 14 Settembre 2018

- Seduta Riservata; Verbale di gara n. 3 del 28 Settembre 2018 – Seduta Pubblica – Offerta economica.”;
  - Della Determinazione n. 1305 del 04.10.2018 del Comune di Mondragone, con cui sono stati approvati i “verbali nn. 1, 2 del 14.09.2018 e n. 3 del 28.09.2018 [...] redatti dalla Commissione di gara nominata con Determinazione n. 1222 del 12.09.2018 [...]”;
  - Della Determinazione n. 1506 del 02.11.2018 con cui il Comune di Mondragone ha determinato l’aggiudicazione definitiva della gestione del “[...] servizio di refezione scolastica per gli alunni frequentanti le scuole dell’infanzia e primarie del Comune di Mondragone. A.S. 2018/2019 [...]” alla società “G.F.I. Food s.r.l.”, ha approvato il relativo esito di gara ed ha dato atto che “[...] l’importo di aggiudicazione, in applicazione del ribasso offerto dalla su richiamata ditta (ndr. G.F.I. Food s.r.l.) risulta essere pari ad € 316.575,00 (Euro trecentosedicimilacinquecentosettantacinque/00) [...]”;
  - Della Nota Prot. n. 51878 del 06.11.2018 del Comune di Mondragone, con cui la Stazione appaltante ha rigettato le istanze contenute nella diffida, inoltrata dalla ricorrente in data 15.10.2018, atta ad ottenere l’annullamento dell’intero procedimento di gara per “manifesta inconferenza tra le professionalità della commissione di gara rispetto all’oggetto dell’appalto” e la “rivalutazione dei punteggi delle offerte tecniche”;
  - Dell’intera procedura di gara e/o di ogni altro atto a questi presupposto, connesso e conseguente ancorché non conosciuto;
- e per la declaratoria
- Di inefficacia dell’eventuale contratto sottoscritto nelle more del presente procedimento;
  - Del diritto della ricorrente a conseguire l’aggiudicazione definitiva del servizio e, nel caso di affidamento del servizio, del diritto al subentro;”
- per quanto concerne il ricorso incidentale presentato da G.F.I. Food s.r.l. il 18 dicembre 2018:

“- di tutti i verbali di gara relativi alla procedura di gara negoziata per l'affidamento del servizio di “Refezione scolastica per gli alunni frequentanti le scuole dell'infanzia e primarie del Comune di Mondragone – a.s. 2018/2019” – CIG 7588417FCB, verbale di gara n. 1 del 14/09/2018 in seduta pubblica, verbale di gara n. 2 del 14 settembre 2018 in seduta riservata, verbale di gara n. 3 del 28 settembre 2018 in seduta pubblica, della determinazione del Comune di Mondragone n. 1305 del 04/10/2018 con cui sono stati approvati i verbali di gara n. 1, 2 del 14/09/2018 e n. 3 del 28/09/2018, e comunque di ogni altro atto e/o provvedimento di gara, ivi compresi quelli impugnati dalla ricorrente principale, nella parte in cui hanno omesso di escludere dalla gara la ricorrente principale E.P. S.p.A. in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese “E.P. S.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l.” e comunque nella parte in cui hanno assegnato alla ricorrente principale un punteggio maggiore rispetto a quello che avrebbe dovuto esserle legittimamente assegnato. Con la conseguente conferma della classificazione della società G.F.I. Food S.r.l. al primo posto della graduatoria e la conferma dell'aggiudicazione della gara alla stessa G.F.I. Food S.r.l.”

quanto al ricorso n. 156 del 2019:

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

“- Della Determinazione n. 1869 del 20.12.2018 del Comune di Mondragone, avente ad oggetto: “Procedura di gara negoziata per l'affidamento del “servizio di refezione scolastica per gli alunni frequentanti le scuole dell'infanzia e primarie del Comune di Mondragone – a.s. 2018/2019”. CIG 7588417FCB. Revoca determinazione dirigenziale n. 1506 del 2.11.2018 di aggiudicazione definitiva.”.

- Della nota prot. n. 59521/2018 del 20.12.2018 con la quale si è provveduto a comunicare l'adozione della determinazione n. 1869 del 20.12.2018 del Comune di Mondragone;

e per la declaratoria

- di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 cpa.

nonchè per la condanna

del Comune di Mondragone al risarcimento del danno in forma specifica, condannandolo a dare seguito alla precedente determinazione dirigenziale n. 1506 del 2.11.2018 di aggiudicazione definitiva o per equivalente, nella misura che si quantificherà in corso di causa;

in subordine, per la condanna

del Comune di Mondragone all'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies della L. n. 241/1990 o di cui all'art. 109 del d.Lgs. n. 50/2016.”

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visto il ricorso incidentale presentato da G.F.I. Food s.r.l. nel ricorso numero di registro generale 4792 del 2018;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Mondragone, di G.F.I. Food s.r.l. e di E.P. s.p.a;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2019 la dott.ssa Rosalba Giansante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

E.P. s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese “E.P. s.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l.”, espone in fatto che il Comune di Mondragone, con Determinazione n. 957 del 16 luglio 2018, ha indetto una gara per l'affidamento del “*servizio di refezione scolastica per gli alunni frequentanti le scuole dell'infanzia e primarie del comune di Mondragone - a.s. 2018/2019 – C.I.G. 7588417FCB*”, con procedura negoziata secondo il criterio qualità/prezzo, ed ha stabilito di avvalersi della “Centrale di Committenza ASMEL Consortile s.c.a.r.l.” e della sua

piattaforma telematica "ASMECOMM" per l'espletamento della relativa procedura in modalità telematica.

Riferisce che con Determinazione n. 1081 del 7 agosto 2018 è stata approvata la "lettera di invito/disciplinare di gara", poi trasmessa alle ditte partecipanti, e con Determinazione n. 1222 del 12 settembre 2018 è stata nominata la Commissione di gara.

Alla gara hanno partecipato solo n. 2 concorrenti, essa ricorrente e G.F.I. Food s.r.l.; alla luce dell'esito delle valutazioni tecniche e delle offerte economiche, con Determinazione n. 1305 del 4 ottobre 2018 è stata approvata la proposta di aggiudicazione provvisoria in favore delle G.F.I. Food s.r.l. e con Determinazione n. 1506 del 2 novembre 2018 è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore della odierna controinteressata.

E.P. s.p.a. espone, infine, che all'esito dell'accesso agli atti di gara, avendo rilevato che i tre membri della Commissione, a suo avviso, non erano esperti nello specifico "*settore cui afferisce l'oggetto del contratto*", così come previsto nell'ultimo capoverso dell'art. 6 alla pagina n. 10 della lettera di invito, in data 15 ottobre 2018 ha inviato un atto di diffida e costituzione in mora alla Stazione appaltante, al fine di ottenere, in autotutela, l'annullamento dell'intero procedimento di gara per la ritenuta inconferenza tra le professionalità della Commissione di gara rispetto all'oggetto dell'appalto di cui trattasi e, in via subordinata, una rivalutazione dei punteggi attribuiti per le offerte tecniche presentate in gara. Con nota prot. n. 51878 del 6 novembre 2018 il Comune di Mondragone ha rigettato la suddetta istanza di autotutela e ha allegato in copia i curricula dei componenti della Commissione di gara ritenendo insussistenti gli elementi "*che giustificassero l'annullamento dell'intera procedura di gara o la revoca dell'aggiudicazione provvisoria del servizio [...]*", aggiudicazione divenuta poi definitiva in data 2 novembre 2018 in favore della società G.F.I. Food s.r.l..

La E.P. s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese "E.P. s.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l."

ha, quindi, proposto il ricorso, assunto al numero di registro generale 4792 del 2018, notificato il 27 e 28 novembre 2018 e depositato il 29 novembre 2018, con il quale ha chiesto l'annullamento della determinazione n. 1222 del 12 settembre 2018, con la quale il Comune di Mondragone ha nominato la Commissione di gara, di tutti i verbali di gara e della relativa determinazione di approvazione n. 1305 del 4 ottobre 2018, della determinazione n. 1506 del 2 novembre 2018 di aggiudicazione definitiva della gestione del servizio di refezione scolastica per cui è causa alla G.F.I. Food s.r.l., della nota prot. n. 51878 del 6 novembre 2018 del Comune di Mondragone, con cui la Stazione appaltante ha rigettato l'istanza di autotutela presentata da essa società ricorrente in data 15 ottobre 2018. Ha chiesto infine la declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto, sottoscritto nelle more, e del suo diritto a conseguire l'aggiudicazione definitiva del servizio e, nel caso di affidamento del servizio, del diritto al subentro.

A sostegno del gravame sono state dedotte le seguenti censure:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016, della *lex specialis* di gara, inesistenza dei presupposti di fatto, contraddittorietà, eccesso di potere, difetto del giusto procedimento.

Parte ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di nomina della Commissione di gara e, di conseguenza, di tutti gli atti della procedura, in quanto composta da tre membri che non sarebbero esperti "*nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*" e, quindi, in contrasto con quanto previsto dalla *lex specialis* di gara e dall'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

II) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, del d.m. 24 settembre 2013 del Ministero del Lavoro, difetto di istruttoria, violazione del giusto procedimento.

a) Sull'illegittima mancata verifica della Commissione sulla congruità dell'offerta tecnica presentata in gara dalla G.F.I. Food s.r.l..

Ad avviso di parte ricorrente la Commissione di gara avrebbe erroneamente ritenuto di superare l'obbligo di verifica della congruità delle offerte, previsto

dall'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, avendo determinato la soglia di anomalia “*con riferimento ai punteggi conseguiti prima della riparametrazione*” (cfr. verbale n. 2 del 14 settembre 2018).

b) Sull'illegittima mancata verifica della Commissione sulla sostenibilità dei minor costi della manodopera offerti in gara dalla G.F.I. Food s.r.l.

Parte ricorrente lamenta che la Commissione di gara avrebbe violato la *lex specialis* che all'art. 17 (“Conclusione dell'aggiudicazione e stipula del contratto”, pagina n. 38), prescrive testualmente quanto segue: “*Prima dell'aggiudicazione, la Stazione appaltante relativamente ai costi della manodopera provvede a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97 co. 5 lett d) del D.Lgs. 50/2016, qualora non ne abbia già verificato la congruità nell'ambito dell'indagine dell'anomalia dell'offerta, richiedendo a tal fine il dettaglio del costo della manodopera dichiarato dall'operatore economico all'interno della propria offerta.*”. La E.P. s.p.a., premesso che la G.F.I. Food s.r.l. nella propria offerta tecnica ha indicato un costo della manodopera pari a € 161.805,00, sostiene che tale costo sarebbe nettamente inferiore rispetto ai costi minimi del personale previsti dalle tabelle ministeriali, da applicarsi nel rispetto della *lex specialis* nonché della normativa di cui agli artt. 97, comma V, lett. d) e 23, comma 16, del D.Lgs. n. 50/2016 e al C.C.N.L., settore “Turismo”, applicabile alla refezione scolastica. Tale erroneo costo della manodopera porterebbe la gestione dell'appalto in perdita, con la conseguente insostenibilità dell'offerta presentata dalla società controinteressata.

III) Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, contraddittorietà, eccesso di potere, violazione del giusto procedimento di legge, irrazionalità.

a) Sull'illegittima attribuzione dei punteggi assegnati alla G.F.I. Food s.r.l. per la fornitura di prodotti a Km 0, di cui alla scheda n.3.

Parte ricorrente, premesso che la *lex specialis* di gara all'art. 6, segnatamente alla scheda di attribuzione dei punteggi n. 3, prevede per l'offerta di “*alimenti a Km 0 con riferimento alle quantità utilizzate dettagliando i prodotti*” il punteggio di 6, 5 e 2 punti per l'offerta di alimenti provenienti da produttori certificati



rispettivamente entro 10, 30 e 50 km dal centro di cottura, rappresenta che a tal fine la medesima *lex specialis* richiedeva di allegare le schede tecniche dei fornitori che consentissero di “[...] individuare i produttori, per ciascun prodotto, la qualificazione dei prodotti stessi ed i relativi produttori. La distanza sarà calcolata con il sito [google.it/maps](https://www.google.it/maps) [...]”. Lamenta che ad alla controinteressata sarebbero stati assegnati 6 punti come ad essa ricorrente nonostante dalla lettura dell’offerta tecnica presentata dalla G.F.I. Food s.r.l. non risulterebbe l’indicazione delle ditte fornitrici dei prodotti a Km 0, onde poterne calcolare la distanza dal centro di cottura mediante l’utilizzo del sito web “*google maps*”.

b) Sull’illegittima attribuzione dei punteggi assegnati alla G.F.I. Food s.r.l. per il piano di organizzazione e formazione del personale, di cui alla scheda n. 2.

L’R.T.I. ricorrente, premesso di avere ottenuto il punteggio massimo attribuibile (5 punti) mentre alla società G.F.I. Food s.r.l. è stato conferito il punteggio di 4,38, lamenta tuttavia che la Commissione di gara avrebbe dovuto attribuire un punteggio inferiore all’offerta presentata dalla G.F.I. Food s.r.l.; ciò in quanto esso R.T.I. ricorrente ha offerto un “monte ore” complessivo pari a 280 ore per ogni operatore mentre la società controinteressata ha offerto un “monte ore” complessivo pari solo a 68 ore (come si evince dalle relative offerte tecniche).

c) Sull’illegittima attribuzione dei punteggi assegnati alla G.F.I. Food s.r.l. per il centro di cottura “alternativo”, di cui all’art. 8.

Parte ricorrente sostiene che Commissione di gara avrebbe illegittimamente attribuito un punteggio pari a 2,71 alla società controinteressata per il centro di cottura “alternativo” in quanto, all’esito dell’accesso agli atti effettuato dalla R.T.I. ricorrente presso il Comune di Cellole, è emerso che la G.F.I. Food s.r.l. ha prodotto una SCIA alla S.U.A.P. del predetto Comune dalla quale risulta che la P.A. non ha mai potuto trasmettere la documentazione all’ A.S.L. competente stante la mancanza dei certificati di agibilità dei locali, della master list, dell’indicazione del preposto abilitato e del Contratto di fornitura di acqua potabile. Pertanto, da tali risultanze documentali, a causa delle

irregolarità amministrative sopra elencate, il centro di cottura “alternativo” da questa indicato non avrebbe potuto essere considerato operativo e nemmeno disponibile, come richiesto dalla *lex specialis*.

Conclusivamente parte ricorrente rappresenta che, alla luce della censurata illegittima attribuzione dei punteggi, la graduatoria andrebbe corretta con la conseguenza che la differenziazione dei punteggi riassegnati, in accoglimento di almeno una delle censure sollevate con il presente ricorso, comporterebbe l'aggiudicazione in favore dell'R.T.I. ricorrente.

Si è costituito a resistere in giudizio il Comune di Mondragone ed ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per genericità e/o contraddittorietà e/o impossibilità del *petitum* per essere la domanda ambigua e contraddittoria in quanto parte ricorrente da un lato ha impugnato i provvedimenti soprarichiamati con conseguente caducazione integrale di tutti gli atti conseguenti, mentre dall'altro lato pretende che tale travolgimento non coinvolga tutta la procedura ma solo l'aggiudicazione della controinteressata, chiedendo il “subentro”. Ha altresì dedotto l'infondatezza del gravame ed ha chiesto, pertanto, il rigetto.

In data 18 dicembre 2018 la G.F.I. Food s.r.l. ha proposto ricorso incidentale avverso tutti i verbali relativi alla procedura di gara per cui è causa e della determinazione del Comune di Mondragone n. 1305 del 4 ottobre 2018 di approvazione dei verbali stessi, nella parte in cui hanno omesso di escludere dalla gara la ricorrente principale E.P. s.p.a. in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese “E.P. s.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l.” e comunque nella parte in cui hanno assegnato alla ricorrente principale un punteggio maggiore rispetto a quello che legittimamente avrebbe dovuto esserle assegnato; con la conseguente conferma della classificazione di essa società al primo posto della graduatoria e la conferma dell'aggiudicazione della gara in suo favore.

La ricorrente incidentale deduce le seguenti censure:

I Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, eccesso di potere, omessa valutazione dell'insussistenza dei requisiti dell'offerta economica della ricorrente, contraddittorietà, difetto del giusto procedimento, disparità di trattamento, violazione del principio della *par condicio* tra i concorrenti.

G.F.I. Food s.r.l. sostiene che la Stazione appaltante avrebbe illegittimamente omesso di escludere dalla gara la società E.P. s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese "E.P. s.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l.", in quanto la relativa offerta economica sarebbe carente del piano economico-finanziario di copertura delle spese per tutto l'arco temporale dell'appalto, espressamente previsto dall'art. 6 della lettera d'invito e dall'art. 7 del Capitolato.

Sotto altro profilo, la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale concreterebbe una disparità di trattamento e la violazione del principio generale della *par condicio* tra i concorrenti, posto che essa ricorrente incidentale, conformemente a quanto richiesto dalla *lex specialis*, ha correttamente presentato il PEF in allegato all'offerta economica.

II Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, eccesso di potere, carenza di istruttoria, contraddittorietà, difetto del giusto procedimento.

Ad avviso della ricorrente incidentale il monte ore indicato nel piano di formazione/aggiornamento professionale - 280 ore per ogni operatore - sarebbe abnorme a fronte di un appalto che prevede una durata complessiva di 150 giorni di servizio (come previsto dall'art 1 del capitolato); in particolare, tenendo conto che il numero di giorni di servizio per l'intero appalto è di 150 giorni, E.P. s.p.a. afferma di effettuare circa due ore (1,86) al giorno di formazione per ogni operatore.

Quanto sopra determinerebbe una generale e complessiva inaffidabilità ed inattendibilità dell'offerta tecnica ed economica della ricorrente principale che avrebbe dovuto essere, pertanto, esclusa dalla gara e, comunque, avrebbe dovuto ottenere un punteggio di gran lunga inferiore rispetto a quello assegnato nei verbali di gara; ciò sia per l'offerta tecnica che per l'offerta

economica, con la conseguente conferma della classificazione al primo posto della graduatoria di essa aggiudicataria.

In riferimento al ricorso principale la G.F.I. Food s.r.l. eccepisce l'inammissibilità per tardività dell'impugnazione della determinazione n. 1222 del 12 settembre 2018, con cui è stata nominata la Commissione di gara, in quanto il ricorso sarebbe stato notificato oltre il termine di cui all'art. 120 c.p.a.; ha, comunque, concluso per l'infondatezza di tutte le censure dedotte e ne ha chiesto, pertanto, il rigetto.

Alla camera di consiglio del 20 dicembre 2018 le parti hanno rinunciato alla domanda cautelare e hanno chiesto un rinvio al merito. Il Presidente ha preso atto della rinuncia e ha rinviato la trattazione del ricorso all'udienza pubblica del 27 marzo 2019.

Tutte le parti hanno prodotto documentazione; parte ricorrente ha prodotto una memoria per l'udienza di discussione e parte controinteressata e ricorrente incidentale ha depositato una memoria di replica.

Nelle more, e specificatamente in data 20 dicembre 2018, stessa data in cui è stata celebrata l'udienza camerale del ricorso numero di registro generale 4792 del 2018 proposto da E.P. s.p.a., il Comune di Mondragone con determinazione n. 1869 ha revocato la precedente determinazione di aggiudicazione definitiva n. 1506 del 2 novembre 2018, oggetto di impugnazione con il suddetto gravame.

La G.F.I. Food s.r.l. ha, quindi, proposto il ricorso, assunto al numero di registro generale 156 del 2019, ritualmente notificato e depositato il 10 gennaio 2019, con il quale ha chiesto l'annullamento della suddetta determinazione n. 1869 del 20 dicembre 2018 del Comune di Mondragone, di revoca della aggiudicazione definitiva in suo favore; ha chiesto altresì la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., nonchè la condanna del Comune di Mondragone al risarcimento del danno in forma specifica e a dare seguito alla precedente determinazione dirigenziale n. 1506 del 2 novembre 2018 di

aggiudicazione definitiva o per equivalente, nella misura che si è riservata di quantificare in corso di causa; in subordine ha chiesto la condanna del medesimo Comune all'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies della L. n. 241/1990 o di cui all'art. 109 del D.Lgs. n. 50/2016.

A sostegno del gravame sono state dedotte le seguenti censure:

1 Violazione degli artt. 7, 8 e 10 della L. n. 241/1990, violazione del giusto procedimento.

Parte ricorrente lamenta la mancata comunicazione di avvio del procedimento precisando che nel caso di specie sarebbero del tutto inesistenti i presupposti per ritenere superflua la comunicazione stessa, non sussistendo e/o comunque non avendo motivato le ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di necessità ed essendo da escludere il carattere vincolato della deliberazione oggetto di impugnazione. Di conseguenza nella fattispecie per cui è causa non potrebbe trovare applicazione l'art. 21 octies della L. n. 241/1990 e, quindi, non sarebbe dimostrabile che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

2 Violazione e falsa applicazione degli artt. 21 quinquies, octies e nonies della L. n. 241/1990, carenza assoluta dei presupposti di fatto e di diritto, violazione e falsa applicazione dell'art. 8 della lettera d'invito, dell'art. 6 del capitolato speciale d'appalto, dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., difetto di motivazione, omessa indicazione e quantificazione dell'indennizzo spettante *ex lege* per effetto della lesione subita con il provvedimento di ritiro, violazione degli artt. 7, comma 5, 30 e 133 n. 4) c.p.a., ovvero, in alternativa, indennizzo spettante ex art. 109 D.Lgs n. 50/2016 per effetto del recesso contrattuale.

Parte ricorrente lamenta che, sebbene il provvedimento impugnato sia stato qualificato come provvedimento di revoca, difetterebbero i presupposti prescritti dall'art. 21 quinquies della L. n. 241/1990; in particolare sarebbero insussistenti i necessari ed indispensabili presupposti afferenti i "sopravvenuti motivi di interesse pubblico", il "mutamento della situazione di fatto" e la

“nuova valutazione dell’interesse pubblico originario”, tali da giustificare la revoca della determinazione n. 1506 del 2 novembre 2018; in secondo luogo perché difetterebbe qualsivoglia motivazione in ordine all’interesse pubblico sopravvenuto, al mutamento della situazione di fatto e alla nuova valutazione dell’interesse pubblico originario e il provvedimento non contemplerebbe il relativo indennizzo.

Inoltre, pur volendo riqualificare il provvedimento impugnato, non sussisterebbero neppure i presupposti di cui all’art. 21 octies della L. 241/1990 e cioè i vizi di incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere che legittimerebbero l’adozione di un provvedimento di annullamento in via di autotutela, come si evincerebbe dal contenuto del provvedimento impugnato.

3 Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della L. n. 241/1990, dell’art. 8 della lettera d’invito, dell’art. 6 del capitolato speciale d’appalto, dell’art. 120, comma 2 bis, c.p.a., difetto di istruttoria e di motivazione, violazione e falsa applicazione dell’art. 19 della L. 241/1990, mancanza dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto, eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà, sviamento, violazione dei principi di efficacia, efficienza, economicità dell’azione amministrativa, inopportunità, non convenienza, violazione art. 97 della Cost..

Parte ricorrente lamenta il difetto di motivazione in quanto quest’ultima sarebbe stata completamente omessa, non essendo state esplicitate le ragioni giuridiche che hanno determinato il Comune di Mondragone ad adottare il provvedimento impugnato.

In primo luogo il Comune di Mondragone avrebbe erroneamente considerato che il “centro di cottura alternativo”, da utilizzare soltanto in caso di emergenza, sarebbe requisito di partecipazione, mentre sarebbe solo un’eventuale modalità di esecuzione dell’appalto.

Inoltre la G.F.I. Food s.r.l. rappresenta che l’avvio delle attività del centro di cottura alternativo, nella sua disponibilità, è avvenuto mediante SCIA

presentata al Comune di Cellole il 6 settembre 2018 e, pertanto, antecedentemente la presentazione dell'istanza partecipativa alla procedura di gara per cui è causa, avente scadenza il successivo 7 settembre 2018 e che il suddetto Comune non ha mai disposto la sospensione dell'attività stessa. In ogni caso G.F.I. Food s.r.l. evidenzia di avere tempestivamente provveduto ad integrare tutta la documentazione richiesta dal Comune di Cellole con la nota del 7 novembre 2018, ivi compreso il contratto di fornitura di acqua potabile intestato al comodante, confermando la funzionalità dello stabilimento in questione.

4 Violazione dell'art. 24 e dell'art. 97 Cost. e dei principi di buon andamento, trasparenza, neutralità e imparzialità della P.A., eccesso di potere per disparità di trattamento, violazione dei canoni di buona fede, affidamento e correttezza.

Ad avviso di parte ricorrente la determinazione impugnata in realtà avrebbe fatto proprie, in maniera acritica ed immotivata, le finalità demolitorie del ricorso n. 4792/2018.

Nel caso di specie l'atto di ritiro sarebbe illegittimo in quanto assunto in presenza del citato contenzioso giurisdizionale, sia perché tale operato avrebbe di fatto comportato una violazione della tutela dei diritti e degli interessi dei soggetti, principio garantito dall'art. 24 della Costituzione - e ciò in un campo ove la velocizzazione dei processi amministrativi negli ultimi anni (rito appalti art. 120 c.p.a.) non giustifica l'adozione di atti di ritiro in autotutela che precedano la pronunzia giurisdizionale - e sia perché una diversa interpretazione, e cioè una diffusa pratica dell'autotutela, potrebbe portare facilmente ed assurdamente ad una continua elusione di qualsiasi forma di tutela giurisdizionale.

Si è costituita in giudizio E.P. s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese "E.P. s.p.a. - Ristorante Er Più s.r.l.", con mero atto di stile ed ha prodotto documentazione.

Con decreto presidenziale n. 79 del 14 gennaio 2019 “*Vista la memoria di costituzione del RTI controinteressato dalla quale emerge che “il Comune di Mondragone ha aggiudicato il servizio di refezione all’ATI – E.P. S.p.A – Ristorante Er Più s.r.l con decorrenza dal 14.01.2019 ... e il servizio è già stato avviato...”*”, è stata rigettata l’istanza *ex art. 56 c.p.a.* ed è stata fissata per la trattazione collegiale della domanda cautelare la camera di consiglio del 30 gennaio 2019.

Si è altresì costituito a resistere in giudizio il Comune di Mondragone deducendo l’infondatezza del ricorso e chiedendone, pertanto, il rigetto. Ha chiesto altresì la riunione di entrambi i ricorsi n. 4792/2018, proposto da E.P. s.p.a. e n. 156/2019, proposto da G.F.I. Food s.r.l., per connessione soggettiva ed oggettiva.

Tutte le parti hanno prodotto documentazione e E.P. s.p.a. ha depositato una memoria per l’udienza camerale deducendo l’infondatezza del ricorso e chiedendone, di conseguenza, il rigetto.

Alla camera di consiglio del 30 gennaio 2019 l’avvocato di parte ricorrente ha dichiarato di rinunciare alla domanda cautelare e il Presidente ha fissato la trattazione del ricorso all’udienza pubblica del 27 marzo 2019.

All’udienza pubblica del 27 marzo 2019 entrambe le cause sono state chiamate ed assunte in decisione.

In via preliminare, va precisato che, in tema di contenzioso relativo alle procedure di affidamento di pubblici servizi, la sentenza è redatta “in forma semplificata” potendo, quindi, la motivazione anche consistere “in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo” (artt. 120, comma 6, e 74 c.p.a.).

Si dispone in via prioritaria, anche in accoglimento della richiesta sul punto formulata dal Comune di Mondragone, la riunione dei ricorsi n. 4792/2018, proposto da E.P. s.p.a. e n. 156/2019, proposto da G.F.I. Food s.r.l., per connessione oggettiva e soggettiva, avendo ambedue ad oggetto l’impugnazione di atti della medesima procedura di gara, l’appalto del servizio di refezione scolastica per gli alunni frequentanti le scuole dell’infanzia e



primarie del Comune di Mondragone, ed essendo stati proposti dalle medesime parti, uniche due concorrenti della suddetta procedura di gara.

Il Collegio, dovendo in primo luogo stabilire l'ordine di priorità dei ricorsi, ritiene di accordare la precedenza, per ragioni di economia processuale, all'esame del ricorso R.G. n. 4792/2018, proposto da E.P. s.p.a.; ove, infatti, questo fosse fondato, il suo accoglimento, comportando la necessità della rinnovazione della procedura, renderebbe superflua l'analisi del ricorso R.G. n. 156/2019, proposto da G.F.I. Food s.r.l.; invece, l'eventuale accertamento della fondatezza di quest'ultimo non esonererebbe il Collegio dal dover poi esaminare il ricorso R.G. n. 4792/2018.

Passando ad esaminare il ricorso n. 4792/2018, il Collegio deve in via preliminare precisare che, quanto al rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale in materia di appalti pubblici, nel caso in cui siano rimasti in gara unicamente due concorrenti, come nel caso di specie, deve essere esaminato prioritariamente il ricorso incidentale escludente, mentre l'esame del ricorso principale si impone comunque, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale che deve essere assicurata a cittadini ed imprese alla luce dei principi sanciti dalla giurisprudenza comunitaria, laddove il ricorso principale contenga motivi che, come nel caso di specie (con il primo motivo di ricorso è censurata l'illegittimità del provvedimento di nomina della Commissione di gara e, di conseguenza, di tutti gli atti della procedura), se accolti, comporterebbero il rinnovo della procedura, in modo tale da tutelare l'*“interesse strumentale alla ripetizione della procedura”*, in conformità al rilievo attribuito al concetto di tale interesse dalle statuizioni della Corte di Giustizia (cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, ordinanza, 11 maggio 2018, n. 6).

Al riguardo occorre rilevare che il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata G.F.I. Food s.r.l. è di tipo cosiddetto escludente o paralizzante, e, pertanto, va scrutinato in via prioritaria, in quanto il primo motivo di ricorso è volto a contestare la mancata esclusione dalla gara della

ricorrente principale, E.P. s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese “E.P. s.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l.”, in quanto la relativa offerta economica sarebbe carente del piano economico-finanziario di copertura delle spese per tutto l’arco temporale dell’appalto, espressamente previsto dall’art. 6 della lettera d’invito e dall’art. 7 del Capitolato. Sotto altro profilo G.F.I. Food s.r.l. sostiene che la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale concreterebbe una disparità di trattamento e la violazione del principio generale della par condicio tra i concorrenti, posto che essa ricorrente incidentale, conformemente a quanto richiesto dalla *lex specialis*, ha correttamente presentato il PEF in allegato all’offerta economica.

Il motivo è fondato.

Al riguardo la condivisibile giurisprudenza ritiene che il Piano Economico Finanziario (PEF) è volto a dimostrare la concreta capacità del concorrente di eseguire correttamente la prestazione per l’intero arco temporale prescelto attraverso la responsabile prospettazione di un equilibrio economico - finanziario di investimenti e connessa gestione, nonché il rendimento per l’intero periodo: il che consente all’amministrazione concedente di valutare l’adeguatezza dell’offerta e l’effettiva realizzabilità dell’oggetto della concessione stessa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2013, n. 4760, III, 22 novembre 2011, n. 6144). È un documento che giustifica la sostenibilità dell’offerta e non si sostituisce a questa ma ne rappresenta un supporto per la valutazione di congruità, per provare che l’impresa va a trarre utili tali da consentire la gestione proficua dell’attività (Cons. Stato, Sez.V, 10 febbraio 2010, n. 653).

Il PEF non può essere tenuto separato dall’offerta e non assurge a mero supporto dimostrativo della semplice fondatezza dell’offerta stessa (sì che un’eventuale sua imprecisione non inficerebbe quella e sarebbe sanabile con il soccorso istruttorio). In realtà, invece, il PEF rappresenta un elemento significativo della proposta contrattuale perché dà modo all’amministrazione,

che ha invitato ad offrire, di apprezzare la congruenza e dunque l'affidabilità della sintesi finanziaria contenuta nell'offerta in senso stretto (Consiglio di Stato Sez. V, 13 aprile 2018, n. 2214).

Pertanto anche un vizio intrinseco del PEF - come quello che ha un riferimento temporale diverso da quello stabilito dalla *lex specialis* di gara - non è sanabile mediante il soccorso istruttorio perché non configura una mera irregolarità formale o un errore materiale e si riflette fatalmente sulla qualità dell'offerta medesima e la inficia determinando l'esclusione dell'offerta irregolare dalla procedura ad evidenza pubblica, ai sensi dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016 (cfr. sentenza T.A.R. Venezia, Sez. I, 26 maggio 2017, n. 519, confermata da Consiglio di Stato Sez. V, 13 aprile 2018, n. 2214 cit.).

Passando ad analizzare la fattispecie oggetto di gravame, alla luce della sopra richiamata giurisprudenza, occorre premettere che è pacifico in atti, in quanto ammesso dalla stessa E.P. s.p.a. nella memoria dell'11 marzo 2019, che parte ricorrente non ha presentato il PEF.

Considerato che risulta in atti che sia l'art. 7 del capitolato speciale d'appalto che l'art. 6 della lettera di invito prevedono che "*L'offerta economica dovrà essere corredata dal piano economico-finanziario di copertura delle spese per tutto l'arco temporale dell'appalto ...*" deve ritenersi che la Commissione di gara avrebbe dovuto escludere l'offerta economica della ricorrente E.P. s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese "E.P. s.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l.", in quanto carente del piano economico finanziario richiesto dalla *lex specialis* di gara. Il ricorso incidentale deve, pertanto, essere accolto.

Alla luce di quanto sopra rappresentato in ordine al rapporto tra ricorso principale del ricorso incidentale nella ipotesi di due solo concorrenti rimasti in gara, come nella fattispecie concreta oggetto di esame, l'accoglimento del ricorso incidentale escludente proposto da G.F.I. Food s.r.l., impone al Collegio di esaminare il primo motivo del ricorso principale proposto da E.P. s.p.a., (con il quale è censurata l'illegittimità del provvedimento di nomina

della Commissione di gara e, di conseguenza, di tutti gli atti della procedura), tenuto conto che contiene censure che, se accolte, comporterebbero il rinnovo della procedura.

Ed invero, secondo il condivisibile orientamento giurisprudenziale, nei casi nei quali i motivi di ricorso ineriscano all'illegittima composizione della commissione di gara o alla sua non idoneità tecnica, il loro eventuale accoglimento e il conseguente annullamento ha effetto caducante degli atti dell'intera gara (TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 27 maggio 2017, n. 231, Cons. Stato, n. 4514 del 2014; TAR Bari, n. 4183 del 2010).

Occorre, tuttavia, preliminarmente esaminare l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale per genericità e/o contraddittorietà e/o impossibilità del *petitum*, sollevata dal Comune di Mondragone, per essere la domanda ambigua e contraddittoria; in particolare parte ricorrente da un lato avrebbe impugnato i provvedimenti sopra richiamati con conseguente caducazione integrale di tutti gli atti conseguenti, mentre dall'altro lato pretenderebbe che tale travolgimento non coinvolga tutta la procedura ma solo l'aggiudicazione della controinteressata, chiedendo il "subentro" della stessa. Il *petitum* è volto da un lato (motivo n. 1) all'annullamento del provvedimento di nomina della commissione di gara e, pertanto, dell'aggiudicazione e dei verbali di gara nella loro interezza (non essendo gli stessi stati impugnati in via gradata e/o nella sola parte assunta lesiva per il ricorrente) con conseguente inevitabile travolgimento dell'intera procedura di gara e, dall'altro lato (motivi nn. 2 e 3) poi, in maniera del tutto contraddittoria, si adducono altri motivi di merito riguardanti le successive fasi procedurali, con l'evidente scopo di ottenere l'aggiudicazione e, quindi, chiedere il subentro alla controinteressata per l'espletamento del servizio.

L'eccezione è infondata.

La domanda di parte ricorrente non può ritenersi contraddittoria per la sola circostanza che parte ricorrente con il ricorso principale ha dedotto sia censure che possono portare alla caducazione della procedura di gara e sia

censure che le consentirebbero di diventare aggiudicataria. Ed invero nel processo amministrativo impugnatorio di legittimità in primo grado, non vale a graduare i motivi di ricorso o le domande di annullamento il mero ordine di prospettazione degli stessi.

Ciò che è mancato è solo una espressa graduazione dei motivi, ma questo rientra nella legittima scelta della parte, spettando in tal caso al giudice stabilire l'ordine di trattazione dei motivi (e delle domande di annullamento) sulla base della loro consistenza oggettiva nonché del rapporto corrente fra le stesse sul piano logico - giuridico e diacronico procedimentale ed applicando il principio di economia dei mezzi processuali.

Deve altresì ritenersi infondata l'eccezione di irricevibilità del ricorso per tardività, sollevata da G.F.I. Food s.r.l., avverso l'impugnazione della determinazione n. 1222 del 12 settembre 2018 con cui è stata nominata la Commissione di gara, e delle relative censure di cui al primo motivo di ricorso, in quanto sarebbe stato notificato oltre il termine di cui all'art. 120 c.p.a..

Ed invero il Collegio, pur non ignorando l'esistenza di precedenti che affermano l'immediata impugnabilità della nomina della Commissione giudicatrice, ritiene di condividere il prevalente indirizzo giurisprudenziale secondo cui nelle gare pubbliche detto provvedimento, al pari degli atti compiuti dalla Commissione nel corso del procedimento di gara, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere della immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale; di conseguenza la nomina dei componenti può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima, solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni di gara, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (Cons. Stato, Sez. V, 9 gennaio 2019, n. 193, Sez. III, 11 maggio 2018, n. 2835, Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 92).

Coglie nel segno il primo motivo di ricorso con il quale E.P. s.p.a. deduce le seguenti censure: violazione e falsa applicazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 e della *lex specialis* di gara, inesistenza dei presupposti di fatto, contraddittorietà, eccesso di potere, difetto del giusto procedimento.

Parte ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di nomina della Commissione di gara e, di conseguenza, di tutti gli atti della procedura, in quanto composta da tre membri che non sarebbero esperti "*nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*" e, quindi, in contrasto con quanto previsto dalla *lex specialis* di gara e dall'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016.

In punto di diritto l'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016 al comma 1 prevede: "*1. Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.*".

Al riguardo la condivisibile giurisprudenza ritiene che la competenza della Commissione potrà ritenersi concretamente soddisfatta allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare (Consiglio di Stato, Sezione V, 25 giugno 2018, n. 3921).

Passando ad esaminare il caso di specie occorre innanzitutto evidenziare che, come prospettato da E.P. s.p.a., l'art. 6 della lettera di invito ha previsto, in modo ancor più restrittivo rispetto alla suddetta disposizione normativa, la presenza di tutti membri esperti prescrivendo, segnatamente alla pagina n. 10, che: "*La Commissione di gara sarà composta da tre membri esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto e sarà nominata nel rispetto dell'art. 77 del Codice e delle Linee Guida A.N.A.C. a seguito del termine previsto per la scadenza della presente procedura. I membri, ivi compreso il Presidente, saranno individuati a seguito di*

*valutazione dei curricula sulla base delle competenze possedute e delle esperienze maturate. I compiti della Commissione sono quelli indicati al presente articolo e al successivo art. 15.”.*

Al riguardo, se è pur vero che, secondo la giurisprudenza richiamata dal Comune resistente, la commissione di gara deve essere composta da esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, ma non necessariamente in tutte e ciascuna delle materie tecniche e scientifiche o addirittura nelle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla *lex specialis* a fini valutativi, dovendo vieppiù ritenersi che la composizione plurale dell'organo è finalizzata a garantire proprio la presenza al suo interno di uno spettro ampio di competenze e ciò senza esigere necessariamente che l'esperienza professionale copra tutti gli aspetti oggetto della gara (TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 27 maggio 2017, n. 231), è altrettanto vero che nel caso di specie, alla luce di quanto di seguito esposto, nessuno dei componenti della commissione può essere definito esperto nello specifico settore di refezione scolastica sia alla luce del titolo di studio - in disparte se trattasi di diploma di laurea o altro titolo - sia per l'assenza di esperienza nello specifico settore.

Ed invero, seppure la giurisprudenza ritiene che non sia necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente della commissione di gara copra tutti gli aspetti oggetto della medesima gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrarsi reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, occorre tuttavia che sia idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea (Cons. Stato Sez. V, 11 dicembre 2017, n. 5830, Sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5670, TAR Toscana, Sez. I, 21 marzo 2016, n. 506).

Al riguardo occorre preliminarmente rilevare che non sono stati prodotti in giudizio i curricula dei commissari di gara che parte ricorrente sostiene essere stati allegati alla nota 51878 del 6 novembre 2018 di rigetto della propria istanza di autotutela, oggetto di impugnazione, essendosi limitata a produrre

un parere *pro veritate* di un Professore ordinario dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II" – Sezione di ispezione alimenti Dipartimento di Medicina Veterinaria e produzioni animali che, a sostegno della illegittimità della nomina, ha ritenuto che i titoli di studio in possesso dei componenti della commissione di gara non consentivano di poterli qualificare esperti nel settore della refezione scolastica.

Tuttavia nella memoria del 17 dicembre 2018 il Comune di Mondragone elenca i nominativi e le relative competenze. Rappresenta in particolare che nella composizione della Commissione vi erano: - il dott. ing. Vito Di Mella, Presidente della Commissione, professionista abilitato alla professione di ingegnere, che è stato ripetutamente componente di commissioni giudicatrici e, pertanto, esperto nella materia delle gare d'appalto; - il geom. Antonello Pesa, componente, anch'egli professionista abilitato e quindi esperto in gare d'appalto; - la dott.ssa Franca Nubifero, componente e segretario verbalizzante, funzionario amministrativo con esperienza nel settore delle procedure di gara.

L'ente locale resistente, pertanto, evidenzia che tutti i componenti della commissione sono esperti nella materia delle gare d'appalto, ma in tal modo sostanzialmente ammette che nessuno di loro può essere definito esperto nello specifico settore di refezione scolastica.

Né può accogliersi la tesi del medesimo Comune secondo la quale occorre vedere la specificità del bando di gara in quanto, contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, la peculiare griglia di valutazione predisposta dalla *lex specialis* non presupponeva affatto una competenza dell'organo valutativo in materia igienico-sanitaria e nutrizionale e ciò, considerando soprattutto la circostanza che, nella fattispecie in esame, il piano alimentare è predisposto dall'ASL e non dai singoli operatori economici i quali sono, altresì, strettamente vincolati alle tabelle dietetiche dei menu, alle tabelle dietetiche delle grammature ed alle caratteristiche merceologiche delle derrate alimentari previste ed allegate alla medesima *lex specialis*. Quindi, nessun riferimento ad



aspetti nutrizionistici, a tabelle dietetiche, alla biologia degli alimenti, come asserito dalla ricorrente in quanto tali aspetti sarebbero curati dalla competente ASL, che ha predisposto “a monte” le tabelle dietetiche (poi allegate al CSA di cui fanno parte integrante) e che, poi, effettuerà i dovuti controlli nel corso dell'appalto.

La prospettazione della Comune resistente non può essere condivisa per la risolutiva circostanza che allora non si comprenderebbe perché la stessa lettera di invito all'art. 6 ha previsto che la Commissione di gara avrebbe dovuto essere “*composta da tre membri esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto e sarà nominata nel rispetto dell'art. 77 del Codice*” e lo specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto non può essere sicuramente ritenersi la generica materia delle gare d'appalto, come sostanzialmente prospettato dal Comune.

In conclusione, la composizione della Commissione giudicatrice, ove la si consideri - come dovuto - nel suo complesso e non secondo un approccio atomistico, tenuto conto dei limiti del sindacato consentito al giudice amministrativo in questa materia, non appare adeguata ad assicurare la presenza delle competenze richieste dalla suddetta disposizione normativa del codice dei contratti e dalla *lex specialis* e dunque deve ritenersi, nell'insieme, che fosse sprovvista delle cognizioni necessarie a valutare le offerte pervenute e, quindi, illegittima.

Conclusivamente, per i suesposti motivi, il ricorso incidentale deve essere accolto e, conseguentemente, deve essere dichiarata l'esclusione dell'offerta di E.P. s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese “E.P. s.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l.” dalla procedura di gara per cui è causa. Deve essere accolto, altresì, il ricorso principale e, conseguentemente, deve essere annullata la determinazione n. 1222 del 12 settembre 2018 del Comune di Mondragone di nomina della Commissione di gara; tale annullamento, alla luce del sopra richiamato

condivisibile orientamento giurisprudenziale, ha effetto caducante degli atti dell'intera procedura di gara.

Considerato che la suddetta conclusione obbliga, come effetto conformativo, la ripetizione della procedura di gara, ne discende l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso assunto al numero di registro generale 156 del 2019, proposto dalla G.F.I. Food s.r.l. avverso la determinazione n. 1869 del 20 dicembre 2018 con cui il Comune di Mondragone ha disposto la revoca della aggiudicazione definitiva disposto in suo favore.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Quanto alle spese si ritiene che, tenuto conto anche della reciproca soccombenza, sussistano giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, così provvede :

- ne dispone la riunione;
- quanto al ricorso R.G. n. 4792 del 2018, accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, dichiara l'esclusione dell'offerta di E.P. s.p.a., in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese "E.P. S.p.a. – Ristorante Er Più s.r.l."; accoglie il ricorso principale e, per l'effetto,

annulla la determinazione n. 1222 del 12 settembre 2018 del Comune di Mondragone di nomina della Commissione di gara e, per l'effetto caducante, tutti gli atti di gara, nei sensi di cui in motivazione;

- quanto al ricorso R.G. n. 156 del 2019, lo dichiara improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Michelangelo Maria Liguori, Consigliere

Rosalba Giansante, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Rosalba Giansante**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Gaudieri**

IL SEGRETARIO