Pubblicato il 11/07/2023

N. 06797/2023REG.PROV.COLL.

N. 02339/2023 REG.RIC.

N. 02478/2023 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sui seguenti ricorsi in appello:
1) numero di registro generale 2339 del 2023, proposto dalla Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

Serenissima Ristorazione S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Alberico II n. 33,

nei confronti

di Ladisa S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice, Michelangelo Pinto e Pasquale Procacci, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Aldo Loiodice in Roma, via Ombrone, n. 12/B;

2) numero di registro generale 2478 del 2023, proposto da Ladisa S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Aldo Loiodice, Michelangelo Pinto e Pasquale Procacci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

Serenissima Ristorazione S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via Alberico II n. 33,

nei confronti

dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Spataro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

entrambi per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda) n. 279/2023, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Serenissima Ristorazione S.p.a., di Ladisa S.r.l. e dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza;

Visto l'appello incidentale proposto da Serenissima Ristorazione S.p.a. nella causa RG n. 2339/23;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatrice, nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2023, il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con deliberazione n. 412 del 25 maggio 2020, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza ha stabilito di procedere all'affidamento del servizio di ristorazione da rendere ai degenti presso i PP.OO. nell'ambito del servizio dinamico di acquisizione della Pubblica Amministrazione per la prestazione dei servizi di ristorazione. L'A.S.P. di Cosenza ha invitato, quindi, gli operatori in possesso dei requisiti indicati nella documentazione di gara a presentare un'offerta.

Serenissima Ristorazione S.p.a., quale mandataria del costituendo RTI Serenissima Ristorazione - Ce.ri.sa., ha partecipato alla gara. All'esito della valutazione delle offerte pervenute e all'attribuzione dei relativi punteggi, Ladisa S.r.l. è risultata prima classificata con un punteggio totale di 72,65 mentre Serenissima Ristorazione S.p.a. si è classificata al secondo posto della graduatoria provvisoria con un punteggio totale di 70,21.

1.1 - Con deliberazione n. 655 del 14 aprile 2022 è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore di Ladisa S.r.l.

1.2 - Con verbale del 10 maggio 2022, l'Ente appaltante e la società aggiudicataria hanno concordato l'esecuzione anticipata del servizio, atteso che:

"- *vi è l'esigenza di salvaguardare e dare continuità lavorativa alle maestranze oggetto di clausola sociale, come previsto dagli atti di gara, a tutt'oggi forza lavoro sospesa senza retribuzione da diversi mesi, con proteste eclatanti e interventi della Forza Pubblica nonché della Prefettura di Cosenza;*

- è necessario prevedere dei lavori di adeguamento strutturale ed impiantistico con la relativa determinazione degli investimenti che la ditta dovrà sostenere, oltre che tenere conto delle mutate esigenze dell'Ente in ragione degli elementi essenziali del servizio, anche in considerazione del periodo di emergenza Covid e della relativa diffusione in ambito ospedaliero".

È stato quindi previsto che il servizio transitorio sarebbe stato erogato, anche in deroga alle modalità esecutive del capitolato e dell'offerta tecnica, alle stesse condizioni economiche previste dall'offerta di gara.

1.2 - In data 27 maggio 2022, Ladisa S.r.l. ha trasmesso all'A.S.P. di Cosenza il piano per l'avvio d'urgenza del servizio nella fase transitoria, con specifica indicazione della tipologia di servizio prestato presso i singoli PP. OO.

1.3 - In data 1° luglio 2022, Ladisa ha inviato all'A.S.P. di Cosenza il piano dettagliato del servizio a regime, che avrebbe preso avvio a decorrere dal 30 settembre 2023. Nel punto relativo ad "Interventi e forniture", la società ha proposto *"Al fine di garantire la massima tutela occupazionale della manodopera impiegata nel servizio, nonché la migliore efficienza e qualità dello stesso…in termini di variante contrattuale, che dovrà essere oggetto di approvazione specifica ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. b) d. lgs. n. 50/2016, l'utilizzo anche ai fini produttivi del centro di cottura situato all'interno del P.O. di Rossano (secondo la legge di gara deputato al solo confezionamento dei pasti"*. Per rendere il centro cottura di Rossano utilizzabile allo scopo indicato, erano richiesti degli interventi di adeguamento strutturale dell'immobile e di allestimento mediante fornitura e installazione di attrezzature nuove.

1.4 - Con atto pubblico del 18 ottobre 2022, è stato stipulato il contratto di appalto.

2. - Con deliberazione n. 2091 del 20 dicembre 2022, l'A.S.P. di Cosenza ha approvato il piano definitivo di preparazione e somministrazione di pasti veicolati ai degenti presso i PP. OO. redatto da Ladisa S.r.l., autorizzando la variante contrattuale per l'utilizzo a fini produttivi del centro di cottura interno al P.O. di Rossano, con i conseguenti lavori di adeguamento strutturale ed impiantistico proposti dall'impresa, per la somma complessiva di € 1.231.166,66 (IVA inclusa).

È utile precisare che la società Ladisa S.r.l. aveva indicato, nel proprio progetto tecnico, l'erogazione del servizio mediante un "*sistema di produzione dei pasti in regime refrigerato "Cook&Chill", con produzione presso un centro di cottura esterno gestito dalla scrivente, confezionamento dei vassoi personalizzati destinati ai pazienti in regime di ricovero presso i locali dell'Ospedale di Rossano, messi a disposizione dalla Stazione Appaltante, e rinvenimento delle pietanze presso le singole cucine di reparto degli ospedali oggetto di gara*". L'utilizzo del centro di cottura esterno avrebbe comportato il distacco funzionale del personale avente diritto all'assorbimento, ai sensi dell'art. 13 del capitolato speciale, in ottemperanza alla l. reg. n. 26/2007.2.1 - L'A.S.P. di Cosenza ha approvato la variante contrattuale proposta, osservando che:

"- *la proposta dell'aggiudicataria consente l'integrale assorbimento del personale uscente interessato dalla clausola sociale;*

- *la capacità produttiva del centro di cottura di Rossano per il fabbisogno complessivo dell'A.S.P. di Cosenza è tale da rendere superflua e non più necessaria l'attivazione dell'ulteriore centro di cottura di Paola, così consentendo un risparmio di spesa pubblica;*

- *la produzione dei pasti presso il centro di cottura di Rossano e la realizzazione dei lavori comporteranno il miglioramento della qualità del servizio e il miglioramento di un bene pubblico*".

3. - Con il ricorso di primo grado, proposto dinanzi al TAR per la Calabria, sede di Catanzaro, Serenissima Ristorazione S.p.a. ha impugnato la deliberazione n. 2091 del 20 dicembre 2022, relativa all'approvazione delle modifiche al progetto tecnico e la deliberazione di aggiudicazione n. 655 del 14 aprile 2022 con cui Ladisa era stata dichiarata aggiudicataria della procedura di gara.

3.1 - Nel ricorso di primo grado la ricorrente ha dedotto, in estrema sintesi, che con la variante approvata, l'A.S.P. di Cosenza avrebbe sostanzialmente autorizzato una illegittima modifica dell'offerta tecnica ed economica proposta da Ladisa S.r.l. ed oggetto di aggiudicazione, posto che:

- Ladisa S.r.l. aveva indicato nell'offerta tecnica il sistema "Cook&Chill", con utilizzo di un centro cottura esterno sito a Bari, per la produzione dei pasti;

- non erano stati, in conseguenza, indicati nell'offerta economica i costi necessari all'adeguamento dei locali del P.O. di Rossano;

- la realizzazione di tali interventi aveva comportato una ingente variazione della voce relativa ai costi per "Lavori, impianti ed attrezzature" (primo motivo);

- nel prospetto riportante un raffronto dei costi relativi alla "offerta gara 2020" e alla "offerta 2022", era stata rimodulata anche la voce relativa ai costi di sicurezza, in violazione del principio di immodificabilità dell'offerta;

- tale voce, nonostante gli interventi edilizi ulteriori approvati con la deliberazione impugnata, risultava, infatti, diminuita, con violazione dell'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 (secondo motivo);

- con il provvedimento gravato sarebbe stata autorizzata un'ulteriore modifica dell'offerta, ossia quella relativa all'attuazione di parte del servizio tramite subappalto, avendo in sede di gara Ladisa S.r.l. espressamente dichiarato che non intendeva affidare alcuna attività oggetto della presente gara in subappalto (terzo motivo);

- relativamente al piano di riassorbimento del personale, Ladisa S.r.l. aveva previsto l'illegittimo distacco funzionale del personale interessato a Bari (quarto motivo).

3.2 - Nel giudizio di primo grado si sono costituite sia l'A.S.P. di Cosenza che Ladisa S.r.l.; entrambe hanno eccepito:

- il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo rilevando che le censure svolte dalla ricorrente atterrebbero alla fase esecutiva del contratto di appalto stipulato in data 18 ottobre 2022, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario;

- l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, tenuto conto che il suo accoglimento potrebbe condurre soltanto all'annullamento della deliberazione n. 2091/2022 ed al ripristino dell'originario assetto contrattuale tra le parti, e non già all'annullamento del provvedimento di aggiudicazione, con il conseguente subentro di Serenissima Ristorazione S.p.a. nell'aggiudicazione e nel contratto.

3.3 - Nel merito, secondo l'Amministrazione resistente e la società controinteressata, le prestazioni aggiuntive, relative al ripristino della funzionalità del centro di cottura interno al P.O. di Rossano, costituirebbero una legittima variante contrattuale *ex* art. 106 del D. Lgs. n. 50/2016; tali modifiche sarebbero state richieste ed autorizzate dall'A.S.P. di Cosenza per cogenti ragioni di interesse pubblico, rappresentate nella deliberazione n. 2091/2022.

4. - Con la sentenza impugnata n. 279 del 2023, il TAR ha così deciso:

- ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione e di inammissibilità per carenza di interesse sollevata dalla stazione appaltante e dalla controinteressata;

- ha respinto il ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione n. 655 del 14 aprile 2022 ritenendo infondati i motivi di ricorso proposti da Serenissima Ristorazione;

- ha accolto il ricorso avverso la deliberazione prot. n. 2091 del 20 dicembre 2022, ritenendo che la P.A. avrebbe modificato gli assetti posti alla base del confronto concorrenziale, con conseguente affidamento senza gara di un contratto diverso; le modifiche apportate avrebbero avuto una valenza sostanziale, non essendo riconducibili al concetto di variante di cui all'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016, e comunque, le ragioni di opportunità addotte dalla stazione appaltante sarebbero state conosciute prima della stipula del contratto (in particolare, quella relativa all'assorbimento del personale) e, quindi, avrebbero potuto indurre la stazione appaltante a revocare l'aggiudicazione procedendo ad una nuova gara.

In definitiva, il TAR ha ritenuto che, il servizio "*non potrà che essere erogato dalla società aggiudicatrice alle condizioni indicate nell'offerta tecnica ed economica inizialmente presentate*".

5. - Avverso tale decisione hanno proposto appello sia la ASP Cosenza (ricorso RG. 2339/23) che Ladisa (ricorso RG. 2478/23) censurando i capi di sentenza nei quali erano rimaste soccombenti; nel giudizio RG 2339/23 ha spiegato appello incidentale Serenissima Ristorazione impugnando il capo di sentenza che aveva rigettato il proprio ricorso di primo grado, proposto avverso la deliberazione di aggiudicazione della gara in favore di Ladisa (provvedimento n. 655 del 14 aprile 2022).

5.1 - Le due appellanti principali negli atti di appello hanno proposto istanza cautelare.

5.2 - Con ordinanza n. 1287/23 la Sezione ha riunito i due appelli ai sensi dell'art. 96, comma 1, c.p.a., in quanto proposti avverso la stessa sentenza; ha quindi accolto l'istanza cautelare della ASP Cosenza ed ha dichiarato improcedibile l'analoga istanza proposta da Ladisa.

5.3 - Tutte le parti hanno depositato memorie difensive e di replica.

6. - All'udienza pubblica del 22 giugno 2023 gli appelli, riuniti con ordinanza n. 1287/23, sono stati trattenuti in decisione.

7. - Gli appelli principali vanno accolti nei termini indicati in motivazione; l'appello incidentale va respinto.

8. - Ritiene il Collegio di poter esaminare congiuntamente i due appelli principali, tenuto conto che riguardano i medesimi capi di sentenza e si fondano su prospettazioni similari.

9. - Il primo motivo di entrambi gli appelli principali riguarda il capo di sentenza con cui il TAR ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

Il TAR ha trattenuto la giurisdizione sostenendo che: "*La società ricorrente, deducendo la modifica sostanziale del contratto in virtù della deliberazione n. 2091/2022, al di là della ricorrenza delle condizioni legittimanti di cui all'art. 106 del D. lgs. n. 50/2016, ha inteso sostanzialmente far valere l'aggiramento della gara pubblica da parte dell'A.S.P. di Cosenza ai fini dell'affidamento diretto del servizio a Ladisa S.r.l. Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, "la contestazione da parte del terzo sulla sussistenza dei presupposti per la modifica del contratto viene a rientrare nel contenzioso sulle procedure di affidamento, di spettanza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ex art. 133, comma 1, lett. e) cod. proc. amm." (Cassazione civile sez. un., 31 ottobre 2019, n. 28211). Serenissima Ristorazione S.p.A. ha, quindi, correttamente adito questo Tribunale*".

9.1 - Con il primo motivo di appello la ASP Cosenza ha dedotto che il TAR avrebbe frainteso il *petitum* sostanziale del ricorso: la ricorrente in primo grado, infatti, non avrebbe censurato l'affidamento diretto di un servizio, in violazione dei principi della gara pubblica, ma avrebbe sostenuto l'illegittimità della deliberazione n. 2091/2022, relativa alle modalità di esecuzione del servizio.

Secondo l'ASP Cosenza la delibera impugnata riguarderebbe la fase esecutiva dell'appalto e non quella relativa alla scelta del contraente; tale delibera non avrebbe natura autoritativa, bensì paritetica; la delibera in questione, intervenuta svariati mesi dopo l'avvio dell'esecuzione del servizio e dopo la stipula del contratto d'appalto, costituirebbe espressione dello *ius variandi* della Amministrazione: si tratterebbe del mero esercizio di un diritto di cui dispone la P.A. nell'ambito di un rapporto paritetico, non essendo espressione dell'esercizio di un potere autoritativo.

Ha quindi aggiunto che, secondo la giurisprudenza consolidata, le controversie relative alla fase esecutiva del contratto di appalto ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario (cfr. tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, n. 7217/2921; Cass. SS.UU. 26 ottobre 2020, n. 23418; id. 28 febbraio 2020, n. 5594), essendo ormai consolidato il principio secondo cui la stipulazione del contratto costituisce lo spartiacque delle giurisdizioni amministrativa e civile.

Ha quindi precisato che sarebbe inconferente il richiamo alla decisione della Corte di Cassazione SS.UU. n. 28211/2019, richiamata dal TAR a sostegno della giurisdizione amministrativa.

9.2 - Anche Ladisa nel primo motivo dell'appello principale ha sostenuto che la controversia sarebbe relativa alla fase esecutiva del contratto di appalto, stipulato dalle parti in data 18 ottobre 2022 (e quindi prima dell'adozione della delibera ASP n. 2091 del 20 dicembre 2022).

10. - La prospettazione delle appellanti principali non risulta persuasiva.

Correttamente il TAR, richiamando quanto affermato dalla Corte regolatrice in relazione a fattispecie analoga (cfr. Cass. civ., sez. un., 31 ottobre 2019, n. 28211), ha ritenuto che la ricorrente in primo grado ha inteso far valere, nella sostanza, l'aggiramento della gara pubblica per l'affidamento diretto, da ciò conseguendo che la contestazione sulla sussistenza dei presupposti per la modifica del contratto ricade nel contenzioso sulle procedure di affidamento, di spettanza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: nel caso di specie è di chiara evidenza come non

si discuta della mera esecuzione del contratto, in quanto il secondo classificato lamenta che la A.S.P., non sussistendo i requisiti per la modifica del contratto *ex* articolo 106, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, avrebbe illegittimamente proceduto all'affidamento diretto, senza provvedere alla doverosa gara d'appalto, così ledendo l'interesse legittimo della stessa a partecipare alla gara.

Ne deriva che il contratto non viene in rilievo di per sé, ma in quanto, ove risultasse illegittima la modifica contrattuale disposta, verrebbe a configurarsi l'affidamento diretto in violazione dei principi della gara pubblica; ciò comporta che, qualora si faccia valere (da parte di soggetto titolare di una posizione differenziata) la illegittimità del ricorso alla trattativa privata nella scelta del contraente, per contrarietà a norme che avrebbero richiesto il ricorso a procedimenti di evidenza pubblica, trattandosi della legittimità dell'esercizio del potere pubblico, la posizione del privato è di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Da tale ricostruzione, condivisa dal Collegio, deriva che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo.

10.1 - In ogni caso, è opportuno rilevare che, anche ove fosse seguita la prospettazione delle appellanti, la controversia non ricadrebbe, comunque, nella giurisdizione del giudice ordinario.

Occorre innanzitutto considerare che il provvedimento ASP n. 2091 del 20 dicembre 2022, relativo alla "*Approvazione piano definitivo del servizio di preparazione e somministrazione di pasti veicolati ai degenti presso i PP.OO. dell'ASP di Cosenza*" si pone a valle di un lungo procedimento intercorso tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria nell'intervallo di tempo intercorso tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto; la stazione appaltante, in considerazione delle sopravvenienze intervenute tra la data di indizione della gara e l'aggiudicazione (circa 2 anni), ha chiesto a Ladisa di provvedere all'esecuzione anticipata delle prestazioni; in particolare, la ASP aveva necessità di ottenere il riassorbimento, in applicazione della clausola sociale, del personale che svolgeva in precedenza il servizio, che da mesi non riceveva lo stipendio.

Dopo l'aggiudicazione della gara, quindi, era emersa la necessità per la stazione appaltante di modificare le modalità di esecuzione del servizio come delineate nell'offerta dell'aggiudicataria.

Tenuto conto che l'art. 106 del d.lgs. 50/2016 consente, entro certi limiti, di provvedere alla modifica dei contratti durante il periodo della loro efficacia, se sono sopravvenute esigenze tali da necessitare la modifica delle modalità esecutive delle prestazioni oggetto del contratto, la stazione appaltante si è avvalsa di tale potere.

Nel caso di specie, la decisione della stazione appaltante di intervenire sulle modalità esecutive della prestazione era stata assunta molto prima della stipulazione del contratto, già al momento in cui era stata richiesta l'esecuzione anticipata e le parti avevano definito, dapprima in via provvisoria, e poi in via definitiva, le modifiche da apportare allo svolgimento del servizio.

Ne consegue che, sebbene la delibera n. 2091 del 20 dicembre 2022 sia stata adottata dopo la stipulazione del contratto di appalto (18 ottobre 2022), nondimeno tale atto si limita a fotografare quanto già stabilito in precedenza, nella fase anteriore alla stipulazione del contratto (verbale del 10 maggio 2022; piano per l'avvio d'urgenza del servizio del 27 maggio 2022; piano del servizio a regime del 1° luglio 2022): ciò comporta che comunque la scelta dell'Amministrazione è stata assunta nella fase precedente alla stipulazione del contratto, nella quale opera la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e dunque la controversia relativa alla legittimità di tale decisione non può ricadere nella giurisdizione del giudice ordinario.

Pertanto, non risulta persuasiva la tesi delle appellanti principali, in quanto la controversia non attiene alla fase esecutiva, e non assumono valore dirimente, ai fini della giurisdizione, la data di adozione della delibera impugnata o la asserita natura paritetica e non autoritativa dell'atto.

Ne consegue che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo.

11. - Alla stregua di quanto fin qui rilevato, emerge l'infondatezza anche dell'ulteriore motivo di appello con cui è stata riproposta l'eccezione di carenza di interesse all'impugnazione originaria: è chiaro, infatti, che quando il secondo classificato (ma anche qualsiasi altra impresa del settore) impugna una modifica contrattuale assumendone l'insussistenza delle condizioni di legge, fa valere nella sostanza il proprio interesse "concorrenziale" di operatore economico del settore a partecipare alla gara che l'Amministrazione avrebbe dovuto indire a causa dell'insussistenza delle condizioni della modifica.

Sussiste dunque l'interesse della ricorrente in primo grado alla impugnazione della deliberazione n. 2091 del 20 dicembre 2022, tenuto anche conto che Serenissima Ristorazione aveva impugnato congiuntamente anche la deliberazione di aggiudicazione n. 655 del 14 aprile 2022 in favore di Ladisa.

12. - Prima di procedere alla disamina del merito è opportuno evidenziare che spetta al giudice la qualificazione della domanda giudiziale con riguardo sia al *petitum* sostanziale che alla *causa petendi* (cfr., per una fattispecie analoga, T.A.R. Piemonte, sez. I, 28 giugno 2021, n. 667); a maggior ragione ciò vale per la qualificazione giuridica del provvedimento impugnato, il quale certamente configura una modifica del contratto di appalto – indipendentemente dalla sua legittimità con riguardo al *quando* e al *quomodo* – ancorché nel suo contenuto non risulti espressamente richiamato il precitato articolo 106, d.lgs. n. 50/2016.

Pertanto, poco rileva la circostanza – su cui insistono le parti appellanti – che la ricorrente in primo grado non avesse espressamente invocato nelle proprie doglianze l'articolo 106, d.lgs. n. 50/2016, se non per escluderne in radice l'applicabilità al caso di specie.

12.1 - Ritiene, inoltre, il Collegio di poter superare la questione "formale" relativa ad una presunta inapplicabilità dell'articolo 106 del d.lgs. 50/2016, per essere state le modifiche *de quibus* concordate prima ancora della sottoscrizione del contratto di appalto, anziché "*in corso di esecuzione*" dello stesso: come già ricordato, l'Amministrazione aveva chiesto e ottenuto l'avvio dell'esecuzione in via d'urgenza (e, nonostante gli sforzi dell'originaria ricorrente, risulta *per tabulas* che tale esecuzione è iniziata a maggio-giugno 2022, quindi molto prima che le modifiche per cui è causa venissero consacrate nel contratto sottoscritto tra le parti); pertanto, al di là della lettera della norma, principi di economicità ed efficienza impongono di interpretarla come applicabile anche allorché le condizioni da essa prevista si verifichino nel lasso di tempo intercorrente tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto di appalto (cfr., sul punto, T.A.R. Piemonte, n. 667/2021, cit.).

13. - Tanto premesso, può passarsi ad esaminare la questione centrale della presente controversia, relativa alla modifica contrattuale, che costituisce l'oggetto del terzo motivo dell'appello principale di Ladisa e del quarto motivo dell'appello principale dell'ASP Cosenza.

13.1 - Il TAR ha accolto il ricorso della società Serenissima Ristorazione ritenendo che: "*Approvando, successivamente alla stipula del contratto, la modifica delle condizioni contrattuali proposta dalla società aggiudicataria, la Pubblica Amministrazione ha di fatto modificato gli*

assetti posti alla base del confronto concorrenziale, con conseguente affidamento senza gara di un contratto diverso.

È vero che il principio di immodificabilità del contratto non ha carattere assoluto. Tuttavia, come chiarito dalla Corte di Giustizia UE, sez. VIII, nella sentenza del 7 settembre 2016, in C. 549-14, il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che informa la gara ostano a che, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, l'Amministrazione aggiudicatrice e l'aggiudicatario apportino alle disposizioni di tale appalto modifiche tali che le stesse disposizioni presentino caratteristiche sostanzialmente diverse da quelle dell'appalto iniziale. Ciò avviene, ha stabilito la Corte, "quando le modifiche previste hanno l'effetto: a) di estendere l'appalto, in modo considerevole, ad elementi non previsti; b) di alterare l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario; c) di rimettere in discussione l'aggiudicazione dell'appalto, nel senso che, "se esse fossero state previste nei documenti disciplinanti la procedura di aggiudicazione originaria, sarebbe stata accolta un'altra offerta oppure avrebbero potuto essere ammessi offerenti diversi" (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 19 gennaio 2017, n. 222; T.A.R. Toscana sez. I - Firenze, 25 febbraio 2022, n. 228). È quanto verificatosi nel caso in esame. Invero, l'appalto è stato esteso all'esecuzione dei lavori di adeguamento dei locali del P.O. di Rossano ai fini della preparazione e somministrazione di pasti veicolati ai degenti presso i PP. OO., con conseguente modifica dei termini economici del contratto e liquidazione in favore di Ladisa S.r.l. - per queste ulteriori prestazioni - della somma di € 1.231.166,66.

Trattasi di modifiche di carattere senz'altro sostanziale, non riconducibili al concetto di variante di cui all'art. 106 del D. lgs. n. 50/2016. A ciò aggiungasi che le ragioni di opportunità a sostegno del provvedimento impugnato erano note ancor prima della stipula del contratto d'appalto (in particolare, per quel che concerne l'assorbimento del personale senza distacco), di guisa che l'Amministrazione ben avrebbe potuto revocare il provvedimento di aggiudicazione e procedere a una nuova gara. Sulla base di tali considerazioni, il Collegio ritiene che la deliberazione n. 2091/2022 sia stata adottata illegittimamente".

14. - La decisione del TAR sul punto non può essere condivisa, in quanto il Collegio, come già anticipato in sede cautelare, ritiene che la fattispecie in esame ricada nell'ambito delle varianti contrattuali assentibili in base all'art. 106, comma 1, lett. *c*), del D.Lgs. n. 50/2106.

Come si evince dalla documentazione versata in atti, le prestazioni aggiuntive relative al ripristino della funzionalità del centro di cottura interno al P.O. di Rossano sono state previste dall'ASP per cogenti e sopravvenute ragioni di interesse pubblico, correttamente rappresentate dalla delibera n. 2091 del 20 dicembre 2022 e adeguatamente documentate.

14.1 - Innanzitutto è opportuno richiamare la previsione recata dall'art. 106, comma 1, lett. *c*), del codice dei contratti.

Tale disposizione, che ricalca la norma recata dall'art. 72, comma 1, lett. *c*), della direttiva 24/2014/UE consente di apportare modifiche ai contratti in corso di validità, in presenza di entrambe le seguenti circostanze:

"*a) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera*";

"*b) la modifica non altera la natura generale del contratto*".

L'art. 106, sopra citato precisa, inoltre, che le varianti sono ammesse "*fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7*": tale norma prevede che il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento del prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale.

In sintesi, tre sono i presupposti per poter disporre la variante ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. *c*), del d.lgs. n. 50/2016:

- la sopravvenienza di circostanze impreviste ed imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice;

- la mancata alterazione della natura generale del contratto;

- l'eventuale aumento del prezzo nei limiti del 50 per cento del valore del contratto iniziale.

14.2 - Il TAR, come già indicato, ha ritenuto che tali presupposti non fossero congiuntamente sussistenti.

Ha sottolineato, in particolare, che si sarebbe verificata la modifica dei termini economici del contratto, essendo prevista, per l'esecuzione delle prestazioni da rendere presso il P.O. di Rossano, la liquidazione in favore di Ladisa S.r.l. della somma di € 1.231.166,66; ha pertanto qualificato tale variante come sostanziale.

15. – La decisione del TAR su questo specifico punto non è persuasiva.

15.1 - Occorre innanzitutto rilevare che, sebbene l'importo relativo ai lavori aggiuntivi previsti a seguito della modifica contrattuale sia economicamente rilevante, non supera certamente il limite previsto dal comma 7 dell'art. 106 cit.

L'appalto, infatti, ha un valore molto elevato: anche considerando la sola durata triennale indicata nel contratto stipulato il 18 ottobre 2022, supera ampiamente i 7 milioni di euro; se poi si prende in considerazione il periodo di proroga biennale previsto nella *lex specialis*, il valore dell'appalto supera ampiamente i 10 milioni di euro: ne deriva che l'incremento del costo pari ad € 1.231.166,66 è ben al di sotto del 50% del valore dell'appalto iniziale indicato come limite dall'art 106, comma 7, del d.lgs. n 50/2016.

Il dato economico, dunque, non è idoneo a sostenere l'inammissibilità della variante in base alla previsione recata dal combinato disposto del comma 1, lett. *c*), e del comma 7 dell'art. 106 del codice dei contratti.

15.2 - Il TAR ha ritenuto che si sarebbe trattato di una variante sostanziale: tale affermazione non è corroborata da specifiche argomentazioni nella sentenza che tengano conto della specifica previsione recata dall'art. 106 cit.

A questo proposito è opportuno ricordare che la predetta disposizione richiede che la modifica non sia tale da alterare "*la natura generale del contratto*": con tale nozione, infatti, il legislatore vuole impedire che attraverso il ricorso allo *ius variandi* si possa addivenire ad una modificazione radicale del contratto, riuscendo, surrettiziamente, ad eludere la disciplina del codice degli appalti.

La direttiva 24/2014/UE, al paragrafo 109 del "*considerando*", chiarisce tale nozione con alcuni esempi: si verifica "*la variazione della natura generale dell'appalto, sostituendo i lavori, le forniture o i servizi oggetto dell'appalto con qualcosa di diverso*", oppure quando vi sia "*un*

cambiamento sostanziale del tipo di appalto poiché, in una situazione di questo genere, è possibile presumere un'influenza ipotetica sul risultato".

Tale stravolgimento del contratto non è riscontrabile nel caso di specie: la variazione, infatti, non investe la natura complessiva del contratto, che prevedeva, fin dall'inizio, la prestazione di lavori e di servizi (con prevalenza dei secondi); per effetto dello *ius variandi* l'oggetto della prestazione (servizio di ristorazione in favore dei pazienti e del personale sanitario afferenti ai presidi ospedalieri della ASP Cosenza) non è mutato, la variazione si riferisce alle sole modalità di esecuzione del servizio di ristorazione (diverse modalità di preparazione dei pasti, utilizzazione di un punto di cottura differente, modificazione dell'organizzazione relativa ai trasporti dei pasti ai presidi sanitari) che ha richiesto, per la sua attuazione, lo svolgimento di lavori aggiuntivi da quelli che erano stati preventivati in origine, sicuramente più complessi e più onerosi per la stazione appaltante, che hanno comportato, anche, la modificazione dell'assetto organizzativo del servizio che, a sua volta, ha inciso sull'utilizzazione del personale da utilizzare nella sua gestione.

Come ha ricordato lo stesso TAR, la normativa nazionale e quella sovranazionale non impedisce in assoluto la modifica del contratto in sede di esecuzione, in quanto l'eccessivo "ingessamento" del contratto avente durata pluriennale può nuocere all'interesse delle parti, sia pubblica che privata, tenuto conto che è ragionevole ipotizzare che, nel lungo periodo, possono emergere circostanze sopravvenute, non prevedibili al momento dell'indizione della gara, tali da richiedere "aggiustamenti" in corso di esecuzione per garantire la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico.

Lo stesso par. 106 del "*considerando*" della direttiva appalti afferma che "*Le amministrazioni aggiudicatrici si trovano a volte ad affrontare circostanze esterne che non era possibile prevedere quando hanno aggiudicato l'appalto, in particolare quando l'esecuzione dell'appalto copre un periodo lungo. In questo caso è necessaria una certa flessibilità per adattare il contratto a tali circostanze, senza ricorrere a una nuova procedura di appalto*".

15.3 - Tale circostanza si è verificata nel caso di specie: la gara è stata bandita con Deliberazione n. 412 del 25 maggio 2020; a quel momento non si erano verificate le circostanze che hanno indotto la stazione appaltante a richiedere la modifica contrattuale.

Assume particolare rilievo la vicenda relativa alle proteste eclatanti del personale uscente, esasperato per essere stato lasciato per mesi senza stipendio dal precedente gestore che ha indotto l'ASP di Cosenza, per intuibili ragioni di solidarietà sociale, a reperire una soluzione che ne garantisse l'integrale riassorbimento da parte del nuovo gestore, in modo da garantire la continuità del rapporto di lavoro anche alle unità di personale che, in base all'art. 226 del CCNL di settore, non ne avevano diritto e che Ladisa in origine non avrebbe dovuto assumere.

Tali circostanze sono ben evidenziate nel verbale del 25 maggio 2022 versato in atti; in tale verbale si fa cenno alla ricerca di soluzioni condivise tra la ASP Cosenza e Ladisa al fine di addivenire al riassorbimento dell'intero personale utilizzato dal precedente gestore del servizio (nel verbale si fa cenno alla attivazione del punto cucina dell'Ospedale di Paola e alla verifica circa la possibilità di una estensione dei livelli di servizio forniti da Ladisa, al fine di salvaguardare il posto di lavoro per tutto il personale oggetto di assorbimento).

Dal verbale del 5 agosto 2022 si evince che, a seguito di riesame, è stata ritenuta più conveniente la riqualificazione del centro di cottura presso l'Ospedale di Rossano rispetto alla realizzazione di tale centro presso l'Ospedale di Paola.

15.4 - La previsione di tali lavori di adeguamento è chiaramente strumentale ed accessoria rispetto alla prestazione principale, consistente nel servizio di ristorazione collettiva in favore dei degenti e del personale ospedaliero. Inoltre, occorre considerare che la previsione contenuta nello stesso capitolato speciale (art. 4, pag. 5), prevedeva espressamente la possibilità, per l'Amministrazione, di autorizzare variazioni in corso di esecuzione in ordine al contenuto, alle caratteristiche ed alle modalità di erogazione del servizio: "*Nel corso del periodo di vigenza del contratto, la Ditta aggiudicataria dovrà erogare il servizio rispettando puntualmente tutte le disposizioni inerenti il contenuto, le caratteristiche e le modalità di erogazione previste nel presente Capitolato Speciale; eventuali variazioni in corso d'esecuzione, potranno essere rappresentate all'Azienda committente e, previa specifica autorizzazione, formalizzate con atto scritto*".

Correttamente, quindi, le ragioni a base della variante e la stessa previsione del capitolato, portano ad escludere che le variazioni autorizzate in corso di esecuzione mediante la deliberazione n. 2091/2022 siano state adottate in violazione dei principi di trasparenza e di pari trattamento dei concorrenti.

15.5 – Non sono convincenti neppure le argomentazioni del TAR che richiamano la sentenza della Corte di Giustizia UE, sostenendo che, nel caso di specie, non ricorrevano i presupposti per poter autorizzare legittimamente la modifica del contratto di appalto.

Come già rilevato, l'estensione dell'oggetto contrattuale autorizzata dall'ASP di Cosenza non è affatto considerevole né sotto il profilo quantitativo (tenuto conto del valore complessivo dell'appalto) né sotto il profilo qualitativo, atteso che i lavori di adeguamento del centro di cottura sito nel Presidio Ospedaliero di Rossano, come esposto nella deliberazione n. 2091/2022 impugnata, sostituiscono analoghi lavori già previsti per l'allestimento del centro di cottura di Paola e non mutano la sostanza dell'appalto (di ristorazione collettiva) incidendo tutt'al più sulle modalità esecutive.

Come ha rettamente dedotto Ladisa non è stata provata in giudizio la circostanza, data invece per scontata dal TAR, che le prestazioni aggiuntive autorizzate abbiano alterato l'equilibrio economico del contratto in favore dell'aggiudicatario: dalla modifica contrattuale la ASL ha conseguito l'utilità di poter recuperare la piena agibilità di un bene pubblico di importanza strategica (che all'epoca delle deliberazioni impugnate era chiuso ed inutilizzabile) dal momento che il centro di cottura sito nel Presidio Ospedaliero di Rossano, per le sue dimensioni, ha la potenzialità produttiva per servire, non solo tutti i Presidi Ospedalieri dell'ASP di Cosenza, ma perfino di committenti terzi.

Infine, è del tutto indimostrato che se tali lavori di adeguamento fossero stati previsti nella gara d'appalto originaria, quest'ultima avrebbe potuto essere aggiudicata ad un diverso offerente.

Infine va ribadito che non può condividersi la sentenza impugnata laddove ha ritenuto che le ragioni poste a sostegno del provvedimento di variante impugnato non sarebbero state impreviste ed imprevedibili, essendo già note prima della stipula del contratto d'appalto. Per contro, va osservato che, a mente dell'art. 106 D. Lgs. n. 50/2016 e della giurisprudenza amministrativa consolidata, le circostanze sopravvenute addotte a fondamento del provvedimento di variazione contrattuale non devono essere imprevedibili al momento della stipula del contratto, ma al momento dell'indizione della gara di appalto originaria che nel caso in esame è stata bandita con delibera dell'ASP Cosenza n. 412 in data 25 maggio 2020.

Le proteste eclatanti del personale lasciato senza stipendio per mesi dal precedente gestore costituiscono sicuramente un fatto sopravvenuto rispetto alla data di indizione della gara; altrettanto

deve ritenersi con riferimento all'inagibilità del centro di cottura di Rossano intervenuta a fine febbraio del 2022.

Ne consegue la fondatezza delle doglianze proposte con i due appelli principali che comportano la riforma del capo di sentenza che ha disposto l'annullamento della determinazione dell'ASP Cosenza n. 2091/2022.

16. - Come già anticipato, Serenissima Ristorazione ha impugnato in primo grado anche il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore di Ladisa, emesso con delibera ASP Cosenza n. 655 del 14 aprile 2022.

In primo grado la ASP Cosenza e Ladisa avevano eccepito la tardività del ricorso avverso l'aggiudicazione notificato solo in data 20 gennaio 2023, e cioè circa 10 mesi dopo la sua pubblicazione/comunicazione.

Il TAR non si è pronunciato su tale eccezione respingendo, nel merito, le doglianze proposte dalla ricorrente in primo grado.

Nel grado di appello è stata riproposta la questione relativa alla asserita tardività dell'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione (cfr., in particolare, il terzo motivo di appello principale della ASP Cosenza); Serenissima Ristorazione ha invece proposto l'appello incidentale per contestare il rigetto del ricorso di primo grado sullo specifico punto.

16.1 - Con ricorso RG n. 796/23 proposto dinanzi al TAR per la Calabria, sede di Catanzaro, Serenissima Ristorazione, dopo aver ottenuto l'accesso a tutta la documentazione di gara, comprensiva dell'offerta tecnica ed economica dell'aggiudicataria Ladisa, ha impugnato la deliberazione n. 655 del 14 aprile 2022 con la quale è intervenuta l'aggiudicazione in favore di quest'ultima.

È opportuno sottolineare che Serenissima Ristorazione ha ottenuto l'ostensione degli atti di gara necessari per effettuare un ricorso "consapevole" solo a distanza di molti mesi, e solo dopo aver proposto ricorso per l'accesso dinanzi allo stesso TAR.

Con sentenza n. 280 del 23 febbraio 2023, infatti, il TAR Calabria ha accolto il ricorso per l'accesso e ha imposto "*all'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza di esibire (anche mediante estrazione di copia e salva la corresponsione del costo di riproduzione) tutti gli atti richiesti, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione e/o notificazione, se anteriore, della presente sentenza*".

Di fatto, solo in data 2 maggio 2023, dopo circa un anno dall'aggiudicazione, la documentazione richiesta è stata esibita.

In seguito all'acquisizione dell'offerta tecnica e di quella economica, la ricorrente è stata in grado di formulare il suddetto ricorso, proposto dinanzi al TAR Calabria (RG n. 796/2023), avverso la delibera di aggiudicazione.

La controversia relativa all'impugnazione dell'aggiudicazione è attualmente pendente dinanzi al TAR di Catanzaro.

17. - Nel presente giudizio l'appellante incidentale ha depositato la memoria difensiva del 6 giugno 2023, predisposta dopo aver ottenuto l'accesso a tutta la documentazione di gara, con cui ha integrato le proprie doglianze dirette a dimostrare l'ineseguibilità del servizio secondo le modalità

indicate nell'originaria offerta di Ladisa, sostenendo – in sostanza – che la modifica del contratto non sarebbe derivata da circostanze sopravvenute non prevedibili dalla stazione appaltante, ma sarebbe invece imputabile alla presentazione di una offerta inadeguata da parte di Ladisa, che per tale ragione, avrebbe dovuto essere esclusa.

17.1 - Le due appellanti principali hanno eccepito l'inammissibilità di tali ulteriori profili di censura per violazione dell'art. 104, comma 1, c.p.a.; hanno anche aggiunto che le nuove censure non erano state neppure proposte con atto notificato e che, anche per tale ragione, dovevano ritenersi inammissibili.

L'eccezione di inammissibilità così come articolata è pienamente condivisibile alla stregua dei costanti principi espressi dalla giurisprudenza.

Secondo costante giurisprudenza di questo Consiglio, che il Collegio condivide: i) "*nell'ambito di un giudizio amministrativo d'appello la parte processuale non può introdurre nuove domande processuali, caratterizzate da un nuovo o mutato petitum oppure da una nuova o mutata causa petendi che determinino una nuova o mutata richiesta giudiziale ovvero nuovi o mutati fatti costitutivi della pretesa azionata*" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2020, n. 714); ii) "*Il principio del c.d. divieto dei nova in appello delimita il thema decidendi, che non può che essere circoscritto al perimetro della domanda introdotta con il ricorso di prime cure, sicché ogni motivo nuovo che dovesse ritenersi fondato su tale documentazione sarebbe inammissibile ex art. 104, comma 1, del D.Lgs. n. 104 del 2010*" (Consiglio di Stato, Sez. IV, 31 luglio 2018, n. 4715; cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 novembre 2022, n. 9748)" (cfr., tra le tante, Cons. Stato Sez. VI, 21 novembre 2022, n. 10229).

17.2 - Quanto alla questione relativa alla dedotta tardività dell'impugnazione dell'aggiudicazione, è sufficiente rilevare che "*Nelle gare pubbliche la proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' per l'impugnazione dell'aggiudicazione quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta*" (cfr. Cons. Stato Sez. IV, 27 giugno 2022, n. 5232; Cons. Stato, Ad. plen., 2 luglio 2020, n. 12).

La Corte di Giustizia UE ha, infatti, a tal proposito evidenziato che i termini imposti per proporre i ricorsi avverso gli atti delle procedure di affidamento comincino a decorrere solo quando "*il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione*" (Corte di Giustizia, Sez. IV, 14 febbraio 2019, in C-54/18, punto 21 e anche punti 32 e 45, Sez. V, 8 maggio 2014, in C-161/13, punto 37).

Ne consegue l'infondatezza della suddetta eccezione di tardività.

18. - Superata l'eccezione di rito, deve essere esaminato nel merito l'appello incidentale.

A questo proposito è opportuno rilevare che al momento della proposizione del ricorso introduttivo del giudizio la ricorrente non aveva conoscenza delle offerte tecnica ed economica dell'aggiudicataria a cagione della colpevole omissione di ostensione di tale documentazione da parte della stazione appaltante (ciò risulta confermato dalla sentenza dello stesso T.A.R. n. 280/2023, che ha definito il giudizio di accesso); ciò ha comportato la predisposizione delle doglianze senza conoscere tutta la documentazione necessaria, con la conseguente difficoltà per la ricorrente di poter articolare in modo adeguato le censure.

Poiché nel processo amministrativo non vige il principio civilistico secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, in quanto nel giudizio d'impugnazione il giudicato si forma solo in relazione ai vizi dell'atto di cui è stata accertata la sussistenza (o l'insussistenza) sulla base dei motivi di censura articolati dalla parte ricorrente, oltre alle questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscano un presupposto logico ed indefettibile della decisione stessa (cfr. Cons. Stato Sez. II, 31 gennaio 2020, n. 789), ne consegue che qualora il ricorso sia stato respinto, sussiste la possibilità di una nuova impugnazione del medesimo atto ovvero di un suo annullamento in autotutela da parte della stessa Pubblica amministrazione per vizi diversi da quelli esclusi dal giudice; ovvero nell'opposta ipotesi di accoglimento del ricorso e annullamento dell'atto impugnato, la potestà della stessa Pubblica amministrazione di rideterminarsi con il solo limite di non incorrere nei vizi già accertati in sede giudiziale.

Da ciò consegue che la ricorrente in primo grado non può intendersi decaduta dal diritto di far valere i pretesi vizi originari dell'offerta della controinteressata nel giudizio pendente dinanzi al TAR.

19. - Svolte queste premesse può procedersi alla disamina delle doglianze proposte con l'appello incidentale.

Il Collegio non condivide la prospettazione dell'appellante incidentale, secondo cui la necessità di ricorrere alla modifica del contratto sarebbe derivata dall'inidoneità dell'offerta dell'aggiudicataria, avendo quest'ultima offerto un servizio impossibile da eseguire o comunque inadeguato per la realizzazione di quanto richiesto dalla stazione appaltante: da quanto già esposto si evince che il ricorso allo *ius variandi*, è derivato dalla verificazione di fatti sopravvenuti rispetto alla data di indizione della gara, e non dalla asserita inidoneità dell'offerta di Ladisa.

Peraltro, l'esclusione di una concorrente dalla gara discende dalla violazione delle regole imposte dalla legge o dalla *lex specialis*, e non certamente da mere valutazioni di opportunità da parte della stazione appaltante, che potrebbero giustificare al più l'adozione di un provvedimento di revoca della gara, ma non l'esclusione di una concorrente che si è attenuta alle regole introdotte dalla stessa amministrazione aggiudicatrice.

Nella fattispecie ritiene il Collegio che Serenissima Ristorazione non abbia fornito adeguati elementi per sostenere la non conformità dell'offerta di Ladisa a quanto richiesto dagli atti di gara; del resto al momento della presentazione del ricorso Serenissima Ristorazione non aveva neppure visionato tutta la documentazione prodotta dalla controinteressata, finendo - nella sostanza - per argomentare *ex post* l'asserita inadeguatezza dell'offerta risultata aggiudicataria esclusivamente sulla scorta delle modifiche successivamente concordate con la stazione appaltante.

19.1 - Con riferimento alla questione relativa all'utilizzazione di un centro di cottura fuori Regione da parte di Ladisa, sulla quale molto insiste l'appellante incidentale, sostenendo che ciò sarebbe la causa delle manifestazioni di protesta dei lavoratori addotte dalla ASP per giustificare la modifica contrattuale, è sufficiente ribadire che le valutazioni di opportunità su tale modalità di espletamento del servizio non avrebbero potuto comportare l'esclusione di Ladisa, in assenza di un espresso divieto negli atti di gara, neppure indicato dall'appellante incidentale.

In sostanza, ritiene il Collegio che le vicende sopravvenute che hanno comportato la modifica del contratto non costituiscono elemento dal quale poter desumere l'illegittimità dell'aggiudicazione.

19.2 - Quanto alle doglianze relative al piano di riassorbimento del personale che non prevedeva la riassunzione di tutti i lavoratori, la censura non convince alla luce di quanto emerge dal verbale del

25 maggio 2022, nel quale si dà atto che il mancato riassorbimento di taluni lavoratori discende da una specifica previsione del CCNL di categoria (art. 226).

19.3 - Nessuna correlazione logica sussiste tra la previsione della maggiore spesa per la riqualificazione del centro di cottura del presidio ospedaliero di Rossano a seguito della variante contrattuale, e l'asserita sottostima dei costi da parte di Ladisa: è del tutto evidente che tali lavori aggiuntivi non potevano essere preventivati in sede di offerta dalla concorrente, non essendo previsti in sede di gara. Quindi non possono aver inciso sulla quantificazione dell'offerta economica dell'aggiudicataria.

19.4 - Non risulta convincente neppure la doglianza relativa alla diminuzione dei costi per la sicurezza: la modifica del contratto non poteva non incidere su tale voce; pertanto non può valere il principio di immodificabilità dell'offerta evocato dall'appellante incidentale.

Quanto alla misura di tali costi, risulta parametrata alla modifica contrattuale.

19.5 - Lo stesso deve ritenersi in relazione al subappalto: l'intervenuta modifica del contratto che comportava la riorganizzazione del servizio giustifica il ricorso al subappalto anche se non indicato in sede di gara: è del tutto evidente che lo *ius variandi* ha comportato la modifica delle modalità di esecuzione della prestazione con il sorgere di nuove esigenze, quali quella di far ricorso al subappalto.

In definitiva, l'appello incidentale va rigettato.

20. - In conclusione, per i suesposti motivi, gli appelli principali vanno accolti e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, va respinto il ricorso di primo grado proposto da Serenissima Ristorazione; l'appello incidentale va respinto.

Le spese del doppio grado possono compensarsi in considerazione della particolarità e novità della fattispecie in esame.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, così dispone:

- accoglie gli appelli principali RG 2339/23 e RG 2478/23 e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado proposto da Serenissima Ristorazione S.p.a;

- respinge l'appello incidentale proposto da Serenissima Ristorazione S.p.a. nel giudizio RG 2339/23;

- compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Paolo Carpentieri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Raffaele Greco

IL SEGRETARIO