

N. 05984/2013REG.PROV.COLL.

N. 05088/2013 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5088 del 2013, proposto da:  
Serist Servizi Ristorazione s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Marianna Fragalà Coppola ed Alfonso Erra, con domicilio eletto presso l'avv. Roberta Niccoli in Roma, via E. Glori n. 30/40;

contro

Pellegrini s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Greco, Manuela Muscardini e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso l'avv. Maria Alessandra Sandulli in Roma, corso Vittorio Emanuele n. 349;

nei confronti di

Fondazione IRCCS Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico, rappresentato e difeso dagli avv. Bassano Baroni e Lidia Sgotto Ciabattini, con domicilio eletto presso l'avv. Lidia Sgotto Ciabattini in Roma, piazzale Clodio n. 32;  
Azienda Ospedaliera Istituto Ospedaliero Gaetano Pini;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE III n. 01583/2013, resa tra le parti, concernente affidamento gestione servizio di ristorazione - mcp

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Pellegrini s.p.a. e di Fondazione IRCCS Cà Granda Ospedale Maggiore Policlinico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2013 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Erra, Greco, Sandulli e Sgotto Ciabattini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con atto notificato i giorni 1°, 5, 8, 9 e 16 luglio 2013 e depositato il 4 seguente Serist Servizi Ristorazione s.r.l., gestore uscente ed aggiudicataria della gara indetta dalla Fondazione IRCCS Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico (capofila) per l'affidamento del servizio di gestione della ristorazione per la durata di 60 mesi (dal 1° maggio 2013 al 30 aprile 2018) presso lo stesso IRCCS e l'Azienda ospedaliera Istituto Ortopedico Gaetano Pini, ha appellato la sentenza in forma semplificata 20 giugno 2013 n. 1583 del TAR per la Lombardia, sede di Milano, sezione terza, con la quale l'aggiudicazione è stata annullata in accoglimento del ricorso principale proposto dalla seconda graduata Pellegrini s.p.a., previa reiezione del ricorso incidentale della stessa Serist.

In particolare, quanto al primo motivo del ricorso incidentale, inteso a lamentare la conoscenza anticipata da parte della commissione del preteso elemento dell'offerta economica costituito dal CCNL applicato, il TAR ha rilevato che detta conoscenza non determina violazione della segretezza dell'offerta economica in quanto il CCNL non costituisce suo elemento; quanto al secondo ed ultimo motivo, di inaffidabilità dell'offerta della controinteressata, ha ritenuto le relative censure generiche e non supportate da concreti elementi di riscontro, tenuto anche conto che tale offerta non era stata ancora oggetto di verifica di anomalia.

Quanto al ricorso principale, respinti i primi due motivi, il primo giudice respinta una prima censura del terzo motivo e lo ha invece condiviso nella restante parte, con cui si censurava la sufficienza degli esposti costi per il personale rispetto alle ore offerte, stante la mancata considerazione dei costi di sostituzione delle ore di assenza.

A sostegno dell'impugnazione l'appellante ha dedotto:

1.- *Error in iudicando – error in iudicando* in ordine alla nozione di costo effettivo e costo teorico del lavoro.

Il terzo motivo avversario era palesemente infondato. Non trova infatti riscontro in punto di fatto l'assunto secondo cui Serist avrebbe tenuto conto del costo "teorico" e non di quello "effettivo" del personale, comprensivo di assenze per ferie, malattie, ecc., avendo Serist applicato l'apposita tabella ministeriale che basa il costo del lavoro ivi indicato sulle ore effettivamente lavorate, così comprendendo nel costo stesso gli oneri per il godimento degli istituti contrattuali ed eventuali sostituzioni per eventi imprevisi (malattie ed infortuni).

2.- *Error in iudicando – error in iudicando* in ordine alla ragionevolezza delle giustificazioni prodotte dalla Serist.

L'accoglimento del profilo inerente le sostituzioni del detto terzo motivo è frutto di erronea lettura della fattispecie concreta. Invero, computare il costo del lavoro con riferimento al "valore medio dell'orario di lavoro" (costituito dalla differenza tra l'orario teorico e il totale delle ore mediamente non lavorate) delle tabelle ministeriali significa tener conto anche dei costi di sostituzione del personale comunque impiegato nella commessa. Del resto, l'ipotesi di sostituzione "fuori cantiere" era solo residuale, nel caso in cui fosse necessario coprire ulteriori assenze oltre quelle medie tabellari. Né rileva l'assenza di appositi strumenti giuridici, poiché Serist – al pari di qualsiasi imprenditore – ben può provvedere in caso di necessità (ad es. un grave infortunio con assenza prolungata) a trasferimenti, assegnazioni e/o nuove assunzioni, senza necessità di preventivo approntamento di particolari strumenti giuridici.

3.- *Error in iudicando* ancora in ordine alla fondatezza del terzo motivo del gravame avverso e il secondo motivo di ricorso incidentale.

In base al principio secondo cui la contestazione dell'anomalia va fatta in rapporto alla concreta offerta e sussista l'interesse della ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione nell'ipotesi di esclusione della controinteressata per anomalia, il terzo motivo del ricorso principale era da respingere mentre era da accogliere il secondo mezzo incidentale.

Difatti, rideterminato il costo del personale in base al criterio supposto da Pellegrini, il detto costo rappresenta il 74,3% della sua offerta e, tenuto conto degli oneri di sicurezza e ipotizzato una stima pari a zero di utili, spese generali, ecc., la spesa per derrate alimentari risulterebbe di soli € 1,45, con evidente inaffidabilità dell'offerta stessa. Il maggior costo del lavoro risulta ben maggiore dell'importo del ribasso offerto, con la conseguenza che l'offerta è al rialzo, quindi non ammissibile.

Serist aveva proposto specifico mezzo incidentale per paralizzare il ricorso principale, con declaratoria di sua improcedibilità, ma il primo giudice lo ha erroneamente respinto per genericità e considerato che l'offerta non era stata ancora sottoposta a verifica di anomalia. In realtà, le censure non erano generiche. Peraltro il TAR avrebbe dovuto chiedere chiarimenti e verificazioni.

4.- *Error in iudicando – error in iudicando* in ordine al primo motivo di ricorso incidentale. Il peso rilevantissimo della voce "costo del personale" rende evidente che la conoscenza del CCNL applicabile allo stipulando contratto è di per sé

elemento idoneo, quanto meno astrattamente, a turbare l'iter valutativo del seggio, mettendo a disposizione del medesimo seggio elementi relativi al 70% del prezzo finale offerto.

#### 5.- *Error in iudicando* – omessa pronuncia.

Il TAR non ha esaminato l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale per omessa impugnazione dei provvedimenti di ammissione di Serist alla gara de qua.

In data 16 luglio 2013 Pellegrini si è costituita in giudizio e con memoria in pari data ha svolto eccezioni di inammissibilità, in quanto non sarebbero state formulate specifiche censure contro i capi della sentenza appellata, e controdeduzioni nel merito.

Lo stesso giorno, con atto (inoltrato per le notifiche in pari data) denominato "memoria di costituzione e difesa", si è costituito anche l'IRCCS, in adesione alla richiesta dell'appellante di riforma della sentenza limitatamente al capo relativo all'accoglimento del terzo motivo del ricorso principale di primo grado e chiedendo, invece, la reiezione dell'appello per la parte con cui si investe la stessa sentenza nei capi relativi alla reiezione del ricorso incidentale.

Con memorie del 5 novembre 2013 l'IRCCS e Pellegrini hanno insistito nelle rispettive tesi e difese, mentre Serist ha chiesto il rinvio della trattazione della causa per consentire la conclusione del sub-procedimento di verifica della congruità dell'offerta di Pellegrini o, in subordine, la disposizione di verifica o CTU in ordine alle circostanze sottese al terzo motivo d'appello.

In data 9 seguente le tre parti hanno rispettivamente replicato; in particolare Pellegrini si è opposta, tra l'altro, sia al differimento dell'udienza, tanto più che la richiesta si baserebbe su un documento depositato tardivamente, sia alla richiesta istruttoria, ed ha contestato l'ammissibilità della notificata "memoria di costituzione e difesa" dell'IRCCS a valere come appello incidentale autonomo, mancando comunque gli elementi che connotano tale mezzo di impugnazione quale l'apposita procura speciale per proporre impugnazione appunto in via incidentale.

All'udienza pubblica del 21 novembre 2013 l'appello è stato introitato in decisione, previa trattazione orale nel corso della quale Pellegrini ha dichiarato di aver interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo, poi depositato il 27 seguente col n. 5635.

### DIRITTO

1.- Com'è esposto nella narrativa che precede, si discute della gara per l'affidamento del servizio di gestione della ristorazione per la durata di 60 mesi presso la Fondazione IRCCS Ca' Granda Ospedale Maggiore Policlinico e l'Azienda ospedaliera Istituto Ortopedico Gaetano Pini, indetta dallo stesso IRCCS in qualità di capofila e, previa verifica negativa di anomalia, aggiudicata con determinazione 25 marzo 2013 n. 674 in favore del gestore uscente Serist.

Pellegrini, seconda graduata su sei concorrenti, è insorta avverso l'aggiudicazione con ricorso, come si è visto, accolto dal TAR per la Lombardia in relazione alla censura, contenuta nel terzo ed ultimo motivo di ricorso, di sottostima del costo del personale. Peraltro, il primo giudice ha esaminato dapprima il ricorso incidentale di Serist, respingendone entrambi i motivi.

2.- In questa sede, Serist censura tale reiezione con i motivi terzo e quarto, dai quali conviene muovere seguendo l'ordine logico del primo giudice, le cui conclusioni non possono che essere confermate, sia pure con le integrazioni motivazionali che seguono.

2.1.- Invero, Serist sosteneva, all'evidente fine di paralizzare l'azione della ricorrente principale, che Pellegrini avrebbe dovuto essere esclusa *in limine* per inaffidabilità della sua offerta economica.

Il TAR ha reputato le relative censure "palesamente generiche e non supportate da concreti elementi di riscontro, anche considerando che l'offerta della ricorrente non è ancora stata oggetto di anomalia".

In proposito, è dirimente la circostanza che l'offerta economica della seconda graduata non fosse stata ancora sottoposta a verifica di congruità. Tale circostanza, difatti, comporta che il giudice non possa sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio di poteri da questa ancora non esercitati, stante l'espresso divieto posto dall'art. 34, co. 2, cod. proc. amm.. Tanto nella specie a maggior ragione tenuto conto, sotto il profilo procedimentale, che si tratta di poteri da esplicarsi nell'ambito dell'apposito, articolato sub-procedimento previsto dagli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, mediante richiesta di giustificazioni, valutazione delle medesime ed ulteriore verifica in contraddittorio, solo all'esito del quale può provvedersi all'esclusione; e, sotto il profilo sostanziale, che gli stessi poteri, poiché inerenti la verifica dell'anomalia delle offerte, attengono alla sfera propria di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, sicché il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla p.a. sotto il profilo della loro logicità e

ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente siffatta verifica, pena l'invasione di quella sfera tipica (cfr. Cons. St., sez. III, 26 gennaio 2012 n. 343 e sez. IV, 27 giugno 2011 n. 3862, ivi richiamata).

2.2.- Ancora per il fine predetto, Serist lamentava che la conoscenza da parte della commissione di gara prima dell'apertura dell'offerta tecnica del CCNL da applicarsi si risolvesse nella violazione del principio di segretezza, trattandosi di un elemento essenziale e di rilevantissimo peso dell'offerta economica idoneo ad orientare l'attribuzione dei punteggi tecnici.

Giustamente il primo giudice ha disatteso la censura, atteso che la conoscenza del CCNL da applicare, peraltro predeterminato dal capitolato speciale e desumibile dall'oggetto stesso del servizio da rendere, non implica di per sé la conoscenza di una parte considerevole dell'offerta economica.

Inoltre, come esponeva la stessa Serist nella memoria di costituzione in primo grado (pagg. 3 e 4), a richiedere l'indicazione del CCNL ai fini della verifica del DURC era lo stesso modulo di autocertificazione predisposto dalla S.A., da includere nella busta n. 1 "documenti amministrativi" a pena di esclusione (cfr. art. 4 del disciplinare); in altri termini, l'illegittimità lamentata andava semmai riferita alla *lex specialis* di gara, non oggetto di impugnativa nel ricorso incidentale.

Tenuto conto di ciò, ossia che erano proprio le regole di gara a prescrivere che il CCNL fosse menzionato sin dall'inizio, resta evidentemente del tutto irrilevante che Pellegrini abbia ripetuto nell'offerta tecnica (non diversamente dall'attuale appellante, come lamentava la stessa ricorrente principale con censura poi rinunciata e come risulta a pag. 52 dell'offerta tecnica di Serist) l'indicazione già portata a conoscenza della commissione.

3.- Quanto al ricorso principale di Pellegrini, Serist si duole (col quinto motivo, in via logica da esaminare con priorità) che il TAR non abbia esaminato la propria eccezione di inammissibilità per omessa impugnazione dei provvedimenti con cui ella è stata ammessa a gara.

Com'è noto, stante il carattere devolutivo dell'appello, l'omessa pronuncia non impone *ex se* la riforma della sentenza appellata, ma comporta l'esame integrale delle corrispondenti doglianze svolte in sede di appello. E nella specie l'eccezione è palesemente infondata, giacché Pellegrini aveva impugnato espressamente tutti i verbali delle operazioni di gara, unitamente alla deliberazione di aggiudicazione con cui, preliminarmente ed in approvazione della proposta dell'U.O. Approvvigionamenti, si dà atto "che le verifiche (...) hanno dato esito negativo e che l'offerta è da considerarsi congrua".

4.- Il cennato terzo motivo del ricorso principale, accolto in parte dal primo giudice, era articolato in due censure, la prima delle quali concerneva la mancata considerazione dell'aumento contrattuale da applicarsi a partire da aprile 2013 e già deliberato dal 2010, atteso l'utilizzo da parte di Serist delle tabelle ministeriali aggiornate al settembre 2012.

Al riguardo, il TAR ha osservato che "la mancata considerazione degli aumenti contrattuali incide in modo limitato sull'offerta e può trovare copertura nell'utile programmato".

Con la seconda censura Pellegrini, premesso che Serist ha offerto una presenza di personale pari a 3.960 ore settimanali, per tutte le settimane dell'anno e secondo l'allegata "giornata lavorativa tipo", sosteneva, in estrema sintesi, che tuttavia nelle giustificazioni avrebbe calcolato i costi in base alle ore teoriche (2088 annue), senza prendere in considerazione le ore effettive tabellate (1.596 annue, dato che 492 ore annue sono ivi indicate come mediamente non lavorate) e parametrarle al personale da impiegare con i relativi costi; in altri termini, avrebbe esposto il solo costo dell'orario lavorativo teorico di ogni singolo addetto, come se questi lavorasse sempre secondo la "giornata lavorativa tipo", senza mai assentarsi (ad esempio 40 ore settimanali e 2088 annue per il Direttore del servizio), dunque non quantificando i costi che al fine di garantire il servizio Serist dovrebbe affrontare per sostituire l'addetto nei periodi di sua astensione dal lavoro per ferie, permessi, malattie, ecc., con un minor importo pari a complessivi € 787.225,03 annui (compreso l'aumento contrattuale), occorrente per coprire l'ammontare delle ore offerte (nell'esempio, per coprire le 492 ore annue non lavorate del Direttore). L'omissione sarebbe idonea, da un lato, ad assorbire l'intero utile aziendale e le spese generali, determinando una perdita annua, e dall'altro lato a determinare un'offerta in aumento, da escludere perché non consentita dal disciplinare o, comunque, tale da riportare il punteggio di zero con conseguente aggiudicazione in favore di Pellegrini.

Il TAR ha ritenuto in proposito che "risulta del tutto irragionevole ipotizzare che, nonostante il riferimento ai valori medi dell'orario di lavoro, le esigenze di sostituzione, che via via potranno presentarsi, potranno essere soddisfatte mediante l'utilizzo di personale impiegato per l'esecuzione di altri appalti" poiché "non è quantificata l'incidenza delle sostituzioni" e l'assunto "non poggia su concreti elementi di riscontro, attesa la mancanza di dimostrati vincoli giuridici che consentano l'utilizzo del personale già impiegato in altri appalti".

4.1.- Quest'ultimo capo della pronuncia appellata forma oggetto dei primi due motivi d'appello, di cui Pellegrini eccepisce l'inammissibilità per omessa articolazione di "specifiche censure contro i capi della sentenza gravata" prescritte dall'art.

101, co. 1, cod. proc. amm., poiché consisterebbero nella mera riproposizione delle difese svolte in primo grado.

L'eccezione non può essere condivisa.

In realtà, Serist contesta espressamente l'affermazione secondo cui non avrebbe quantificato il costo delle sostituzioni, sostenendo che detta affermazione sarebbe frutto "di una erronea lettura della fattispecie concreta per cui è causa" per aver ella calcolato il costo annuo di ciascun lavoratore moltiplicando il "costo orario" (come peraltro ritenuto dal TAR) per le ore "effettive" di lavoro; e l'erroneità delle conclusioni del primo giudice starebbe nel non aver considerato come il "costo orario" comprenda anche i costi di sostituzione del personale comunque impiegato nella commessa, sino a copertura delle 492 (su 2088) ore annue di assenza. Contesta altresì il rilievo determinante dato dal TAR alle sostituzioni c.d. "fuori cantiere", in quanto ipotesi residuale, ad ulteriore garanzia dell'Amministrazione, per il caso di assenze oltre il predetto limite del personale di commessa ed a cui ella ben potrebbe provvedere con gli ordinari mezzi propri di qualsiasi appaltatore e senza necessità di approntare particolari strumenti giuridici.

Pertanto, non v'è dubbio che Serist non si sia limitata alla mera riproposizione delle rispettive tesi iniziali, bensì abbia contrapposto tali tesi alle argomentazioni esposte in sentenza, così precisando le ragioni per le quali la stessa sentenza sarebbe da riformare ed adempiendo, di conseguenza, all'onere di specificità richiesto dal citato art. 101, co. 1, cod. proc. amm..

4.2.- Nel merito, i detti primi due motivi d'appello, che conviene trattare congiuntamente, devono ritenersi fondati.

Come ricordato innanzi, il capo in parola della sentenza (che, al pari di quello concernente la reiezione del menzionato primo profilo dello stesso terzo motivo del ricorso principale di Pellegrini, non è contestato dalla medesima Pellegrini con appello incidentale) dà atto che Serist ha fatto riferimento ai "valori medi dell'orario di lavoro".

Tali valori corrispondono ai dati che, nella tabella ministeriale relativa alla Provincia di Milano ed al mese di settembre 2012, sono definiti "costo orario" e che rappresentano il quoziente tra il "costo annuo" (trattamento economico globale ed oneri connessi) e le ore annue mediamente lavorate pari a 1596 su 2088 (nell'esempio del Direttore del servizio, liv. 1, € 24,48, superiore ad € 18,71 che è, a sua volta, il rapporto tra il costo annuo di € 39.069,85 e le ore annue teoriche di 2088).

Il primo giudice ritiene però – giova ribadire - che "nonostante" il predetto riferimento ai valori medi dell'orario di lavoro, vale a dire ai "costi orari" tabellati (nell'esempio € 24,48) moltiplicati per le 1596 ore effettive, non sia stata "quantificata l'incidenza delle sostituzioni"; sostituzioni che sarebbero inoltre affidate al personale impiegato in altri appalti ma non ne sarebbe provata la giuridica disponibilità.

4.3.- Sotto il primo profilo si osserva che, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (pure richiamata dalle parti), il costo medio orario riferito a ciascun livello retributivo, recato dalle periodiche tabelle ministeriali, indica il costo dell'ora lavorativa effettiva, comprensiva dei costi di sostituzione che il datore di lavoro deve sopportare per malattia, ferie, permessi, assenteismo (cfr. Cons. St., sez. V, 24 agosto 2006 n. 4969).

In particolare, è stato affermato che "il costo orario medio distinto per livelli e categorie è dato dal rapporto fra costo annuo medio e 1581 (*nella specie* 1596: *n.d.e.*) ore annue mediamente lavorate (...) e non dal rapporto fra detto costo annuo medio e 2088 (ore annue teoriche). Ciò in quanto non vi è corrispondenza biunivoca fra la determinazione del trattamento economico (che deve tenere conto delle ore annue teoriche, comprensive di ferie, festività, festività sopresse, riduzione dell'orario contrattuale, assemblee e permessi sindacali, diritto allo studio, malattie infortuni e maternità, formazione e permessi, per un totale complessivo di 2088 ore) e la determinazione del costo - per il datore di lavoro - di un'ora effettivamente lavorata, che deve includere, al proprio interno, anche la frazione di retribuzione spettante per le ore annue mediamente non lavorate, in quanto già preso in considerazione nel trattamento annuo complessivo di ciascun lavoratore, considerato per categoria e livello. In altri termini, sul datore di lavoro, un'ora effettivamente lavorata grava, in termini di costo, per un ammontare frazionario di un importo che è già comprensivo di tutti gli elementi considerati nell'apposita tabella (retribuzione annua, con le incidenze derivanti dagli oneri aggiuntivi, oneri previdenziali e assistenziali, oneri fiscali) in ragione del monte teorico di 2088 ore annuo".

In tal senso è anche l'avviso espresso in proposito dall'Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici, secondo cui la voce tabellare "totale costo orario medio" (cioè, nella specie, la voce "costo orario") "indica il costo dell'ora lavorativa effettiva, comprensiva dei costi di sostituzione che il datore di lavoro deve sopportare per malattia, ferie, permessi, assenteismo", sicché la pretesa della stazione appaltante di ulteriori maggiorazioni del costo medio orario tabellare "determina un aumento del costo del lavoro e un accrescimento sproporzionato degli oneri economici che non trova riscontro nella normativa di riferimento" (cfr. deliberazione 14 giugno 2007 n. 199).

Alla stregua di tali argomentazioni, condivise dal Collegio ed in ordine alle quali non ravvisa ragioni per discostarsene, è erroneo il criticato assunto del primo giudice, nei limiti – incontestati ritualmente da Pellegrini – in cui è formulato, stante l'esposto costo del personale coincidente col prodotto tra le ore "effettive" e – coerentemente - il relativo "costo orario",

quindi tale da coprire anche le sostituzioni.

4.4. – Sotto il secondo profilo, va rilevato che nell'offerta tecnica (cit. pag. 52) Serist aveva precisato che l'organico offerto le consentiva di "gestire sia i turni di riposo settimanali che le sostituzioni in occasione delle assenze prevedibili (ferie o permessi)", mentre "in occasione di assenze imprevedute (malattia, infortunio, ecc.)" avrebbe fatto ricorso "al lavoro straordinario, ai doppi turni di lavoro a rotazione" o avrebbe attivato ulteriori soluzioni, quali appunto "attingendo occasionalmente dal personale operante presso altre strutture" (vedasi pag. 5 delle giustificazioni).

Risulta pertanto chiaro che quest'ultima soluzione, unica presa in esame dal TAR (che non si è occupato del resto neanche sotto il profilo economico), è del tutto eventuale, non abbisogna di particolari strumenti giuridici poiché è in facoltà dell'imprenditore disporre che la prestazione di un lavoratore avvenga – occasionalmente – presso altra sede, e avrebbe potuto essere considerata nei limiti in cui la sostituzione esterna non fosse in ipotesi coperta dai costi orari tabellari; ma ciò non è accaduto ed al riguardo non v'è – come detto – appello incidentale di Pellegrini.

5.- In conclusione, nei limiti esposti ai paragrafi da 4.2 a 4.4 l'appello va accolto, senza che occorra qualificare l'atto denominato "memoria di costituzione e difesa" dell'IRCCS, che nulla aggiungerebbe alla definizione dell'appello stesso nei termini predetti.

6.- Quanto alle spese di entrambi i gradi, la complessità e l'esito complessivo della controversia ne consigliano l'integrale compensazione tra le parti presenti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie il medesimo appello nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza appellata, respinge il ricorso principale di primo grado, ferma restando la reiezione del ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)