

Pubblicato il 03/02/2021

N. 01001/2021REG.PROV.COLL.
N. 02454/2020 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2454 del 2020,
proposto da

Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Mariangela Di Giandomenico, con domicilio
digitale come da PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio
in Roma, via del Plebiscito, n. 112;

contro

Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da
PEC Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via
Eustachio Manfredi, n. 5;

nei confronti

Centrale Unica di Committenza Selvazzano Dentro - Teolo, Comune di
Selvazzano Dentro, Comune di Teolo, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, Sezione Prima, 13 febbraio 2020, n. 153, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Euroristorazione S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2020, tenuta ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, con le modalità di cui al comma 6 dello stesso art. 84 come da verbale, il consigliere Angela Rotondano, e dato per presente per l'appellante, ai sensi dell'art. 4, comma 1, ultimo periodo, d.l. 28/2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 70 del 2020, l'avvocato Mariangela Di Giandomenico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.R.I. in data 11 febbraio 2019 la Centrale Unica di Committenza tra i Comuni di Selvazzano Dentro e Teolo (di seguito "C.U.C." o "*Stazione appaltante*") indiceva, per conto del Comune di Selvazzano Dentro, una procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nelle scuole primarie comunali, della durata di 36 mesi e del valore complessivo stimato in € 1.106.677,60, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

1.1. Alla gara partecipavano tre concorrenti, tra cui Sodexo Italia S.p.A. ("*Sodexo*") che, all'esito, si classificava al primo posto in graduatoria (con punti 96,13), dinanzi a Euroristorazione s.r.l. che otteneva 88,73 punti.

1.2. Entrambe le offerte, sottoposte a verifica di anomalia ex art. 97, comma 3, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, erano ritenute congrue.

1.3. Con determinazione n. 386 del 23 maggio 2019 la gara era aggiudicata definitivamente alla Sodexo.

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo per il Veneto Euroristorazione, seconda classificata, impugnava detta aggiudicazione definitiva e gli atti di gara (in particolare, i verbali inerenti al procedimento di verifica di congruità dell'offerta di Sodexo e la conseguente valutazione positiva di congruità), domandandone l'annullamento alla stregua di due motivi di censura con cui lamentava:

“1) violazione e falsa applicazione degli artt. 97, commi 5 e 6, e 59, comma 3, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché della lex specialis di gara, in specie dell'art. 23 del disciplinare di gara, lì dove ha previsto l'esclusione delle offerte anormalmente basse, inattendibilità complessiva ed insostenibilità dell'offerta economica dell'aggiudicataria, eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifesta, difetto dei presupposti e carenza di istruttoria”;

2) in via subordinata, *“violazione e falsa applicazione degli artt. 95 e 59, comma 3, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché della lex specialis di gara e, in specie, degli artt. 17, 19.1. e 22 del disciplinare di gara e dell'All.4, rubricato “Criteri di aggiudicazione”, eccesso di potere per manifesta erroneità, ingiustizia ed irragionevolezza”.*

2.1. La ricorrente domandava altresì il risarcimento del danno in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara in proprio favore e subentro nel servizio, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra le parti, o in subordine per equivalente monetario.

2.2. Si costituivano in resistenza il Comune di Selvazzano Dentro e la Sodexo, insistendo per il rigetto del ricorso in quanto inammissibile e infondato.

2.3. La Sodexo interponeva altresì ricorso incidentale lamentando la mancata esclusione della gara di Euroristorazione e la sua collocazione al secondo posto della graduatoria per: *“1) violazione e falsa applicazione degli artt. 105, 80 e 48 del d.lgs. n. 50 del 2016, dell'art. 25 del capitolato e dell'art. 9 del disciplinare di gara, contraddittorietà, violazione del principio della par condicio, eccesso di potere per difetto di*

istruttoria e travisamento dei fatti; 2) violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del capitolato speciale d'appalto, eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria, violazione dei requisiti minimi dell'offerta quanto alle prescrizioni sul piano dei trasporti, irrealizzabilità in sé del piano dei trasporti proposto, carenza dei requisiti essenziali dell'offerta, illogicità ed irragionevolezza manifeste". A suo avviso l'offerta di Euroristorazione violava la disciplina del subappalto e le prescrizioni essenziali in ordine al servizio di trasporto dei pasti, avendo proposto un Piano dei trasporti non conforme alla tempistica stabilita dalla *lex specialis* di gara.

2.4. Con ordinanza collegiale n. 311/2019, l'adito T.a.r., ritenuta la sussistenza di elementi di *fumus*, accoglieva la domanda cautelare ai fini della riedizione del subprocedimento di verifica dell'anomalia.

2.5. All'esito del rinnovato subprocedimento di verifica di congruità, giusta determinazione n. 609 del 28 agosto 2019, veniva confermata l'aggiudicazione della gara a favore della Sodexo.

2.6. Euroristorazione impugnava con ricorso per motivi aggiunti tale nuova aggiudicazione, in uno agli atti presupposti e connessi, tra cui la relazione del R.U.P. che attestava l'esito positivo della verifica di congruità dell'offerta e la sua sostenibilità, lamentando, con un primo ordine di censure *"violazione e falsa applicazione degli artt. 97, commi 5 e 6, e 59, comma 3, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché della lex specialis di gara e in specie dell'art. 23 del disciplinare di gara, lì dove prevede l'esclusione delle offerte anormalmente basse, violazione del principio di immodificabilità dell'offerta e dei principi di par condicio, correttezza e trasparenza, inattendibilità complessiva ed insostenibilità della stessa, eccesso di potere per illogicità ed ingiustizia manifesta, nonché difetto dei presupposti, carenza di istruttoria e difetto di motivazione"* e , con un secondo ordine di censure, *"violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, indeterminatezza dell'offerta tecnica, eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, ingiustizia ed irragionevolezza manifeste"*.

2.7. Sodexo replicava anche a tali ulteriori censure, eccependone l'inammissibilità, la tardività e comunque l'infondatezza.

3. Con la sentenza segnata in epigrafe il Tribunale adito, dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso introduttivo, ha invece accolto i motivi aggiunti di Euroristorazione (ritenendo ammissibili e fondate entrambe le doglianze con era stato contestato l'azzeramento dell'utile dell'offerta aggiudicataria per effetto della sottostima del costo della manodopera e la violazione del principio di immodificabilità dell'offerta), e respinto il ricorso incidentale proposto da Sodexo (che pure ha esaminato in ossequio ai principi affermati dalla sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 5 settembre 2019 resa nella causa C-333/18), disponendo l'aggiudicazione a favore di Euroristorazione e dichiarando inefficace il contratto *medio tempore* stipulato.

4. Sodexo ha proposto appello contro la sentenza di prime cure, deducendone la complessiva erroneità ed ingiustizia ed invocandone l'integrale riforma.

4.1. Si è costituita Euroristorazione, insistendo per il rigetto dell'appello.

4.2. Non si sono invece costituite le amministrazioni, pur ritualmente intimare.

4.3. Con decreto monocratico l'istanza cautelare di Sodexo (che stava gestendo il servizio in virtù di esecuzione in via anticipata e d'urgenza) è stata accolta e con ordinanza cautelare è stata poi disposta la sospensione dell'esecutività della sentenza di primo grado.

4.4. All'udienza pubblica del 25 giugno, tenuta con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 5, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, la causa è stata riservata per la decisione sulla base degli atti depositati.

DIRITTO

5. I motivi dell'appello di Sodexo possono essere così sintetizzati.

5.1. Con il primo motivo si lamenta *error in iudicando e in procedendo*, erroneità e difetto di motivazione della sentenza per non aver dichiarato l'inammissibilità del

ricorso per motivi aggiunti, nonostante che Euroristorazione non avesse evidenziato, né dimostrato in alcun modo l'incongruità complessiva dell'offerta di Sodexo, affidando le contestazioni ad affermazioni apodittiche e a conteggi erronei, basati su valutazioni e dati di fatto non corretti: in particolare la sentenza avrebbe erroneamente ritenuto assolto da parte della ricorrente l'onere di allegazione, individuando le voci di maggior costo di esecuzione del servizio e la loro incidenza sull'utile.

5.2. Con il secondo motivo di appello si assume che la sentenza appellata sarebbe viziata da *error in iudicando* per “*erroneità, illogicità, travisamento dei fatti e difetto di motivazione*”, per aver accolto il primo e il secondo motivo aggiunto, con i quali era stata censurata l'illegittima modifica dell'offerta dell'aggiudicataria, nel complesso insostenibile, integrata – quanto a taluni specifici costi - nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia con riferimento a taluni specifici costi, laddove nel caso di specie non sussisteva né la presunta violazione del codice dei contratti pubblici e del disciplinare di gara sulla verifica di anomalia, né del principio di immodificabilità dell'offerta.

In particolare le conclusioni del tribunale si fondavano su una erronea e travisata lettura dell'offerta di Sodexo e delle giustificazioni fornite (compiutamente apprezzate dalla commissione di gara con motivazione coerente e adeguata), offerta che non aveva invece subito alcuna inammissibile rimodulazione dei costi o modifica postuma, essendo al contrario ammesse, secondo la giurisprudenza (di cui la sentenza non aveva tenuto conto), giustificazioni sopravvenute e compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (com'era nel caso di specie).

Secondo l'appellante erano errate le statuizioni della sentenza circa la pretesa sussistenza di un difetto di istruttoria in relazione alla valutazione del costo della manodopera; così come erroneo era l'assunto della sentenza secondo cui le

quote massime dell'attività che si intendevano subappaltare indicate nel D.G.U.E. fossero vincolanti per l'operatore economico e dovessero, pertanto, necessariamente coincidere con le quote di attività effettivamente subappaltate.

5.3. Con il terzo motivo di appello si sostiene che con l'accoglimento dei motivi aggiunti il tribunale amministrativo avrebbe esorbitato dai confini della propria giurisdizione, invadendo la discrezionalità riservata all'amministrazione e sostituendosi quest'ultima nella valutazione di anomalia dell'offerta anomala: ciò in quanto l'eventuale fondatezza delle censure attinenti alla verifica di congruità della sua offerta non avrebbero mai potuto condurre all'esclusione della gara, ma avrebbero imposto la sola riedizione della fase di rivalutazione dell'offerta e della sua congruità, attività di esclusiva competenza dell'amministrazione appaltante e per essa della commissione di gara.

5.4. Con il quarto motivo si deduce *error in procedendo* per non aver riconosciuto effetto paralizzante al ricorso incidentale spiegato in primo grado e per non averlo esaminato con priorità rispetto al ricorso principale.

5.5. Con il quinto motivo di appello, lamentando "*error in iudicando, difetto di motivazione, travisamento dei fatti della sentenza*", Sodexo sostiene l'erroneo rigetto del primo motivo del ricorso incidentale e ripropone perciò la censura relativa alla mancata esclusione dalla gara di Euroristorazione che, nonostante avesse dichiarato nel proprio DGUE di non voler subappaltare alcuna prestazione oggetto di gara, aveva nondimeno indicato nella propria offerta tecnica che avrebbe affidato a terzi lo svolgimento di alcune attività secondarie previste dalla normativa di gara (in particolare, le analisi di laboratorio per controllo igienico-sanitario e le attività di c.d. "*Pest control*"): secondo l'appellante non risulterebbe, infatti, sufficiente ad escludere la sussistenza di un subappalto, come erroneamente ritenuto dal tribunale, la circostanza che il valore dei subaffidamenti fosse inferiore a 100.000 euro o al 2% del valore dell'appalto, in presenza di una incidenza della manodopera comunque superiore al 50 %.

5.6. Infine con il sesto motivo di appello si censura l'*error in iudicando* e il difetto di motivazione della sentenza impugnata per aver respinto il secondo motivo del ricorso incidentale, con cui era stato sostenuto che Euroristorazione andava esclusa dalla gara per non aver rispettato i tempi di consegna dei pasti previsti dal capitolato speciale d'appalto, predisponendo un piano di trasporti in sé irrealizzabile e in contrasto con le prescrizioni essenziali previste sul punto dalla *lex specialis* di gara (in particolare, dall'art. 10 del capitolato a mente del quale "*la ditta appaltatrice deve avvalersi di appositi automezzi in numero sufficiente a consentire che le consegne avvengano tassativamente nell'arco di 30 minuti a decorrere dal momento di partenza*"), in quanto l'esiguo tempo indicato in tabella per la prevista consegna dei pasti sarebbe stato assolutamente insufficiente (né la sentenza avrebbe spiegato come le operazioni previste potessero svolgersi nel limitatissimo arco temporale indicato).

6. L'appello è infondato.

7. E' innanzitutto infondato il primo motivo di gravame, non potendosi dubitare della tempestività e dell'ammissibilità dei motivi aggiunti proposti in primo grado da Euroristorazione.

Occorre rilevare in punto di fatto che il tribunale, in accoglimento dell'istanza cautelare di Euroristorazione, aveva disposto la riedizione del subprocedimento di verifica di anomalia dell'offerta dall'aggiudicataria Sodexo con riferimento ai costi della manodopera e delle ore di formazione, ravvisando elementi di *fumus* in ordine alle formulate censure di "*carezza di istruttoria*" ed "*eccesso di potere per manifesta erroneità, ingiustizia ed irragionevolezza*".

Nell'ambito di tale rinnovata verifica di anomalia Sodexo presentava tre diverse giustificazioni che, secondo la tesi di Euroristorazione, avrebbero integrato plurime rimodulazioni delle voci di costo e una diversa quantificazione, al ribasso, degli importi dichiarati, sostanziando un'inammissibile e non consentita modifica dell'offerta tecnica, oltre i limiti oggettivi e ben definiti entro i quali,

sulla base del *remand* giudiziale, la procedura di verifica si sarebbe dovuta svolgere.

Ciò precisato, deve rilevarsi che le censure introdotte con i motivi aggiunti sono state formulate a seguito della riedizione del sub-procedimento di anomalia, contestando esiti e modalità del riesercizio del potere conclusosi con la conferma della originaria aggiudicazione: ciò esclude in radice ogni questione non solo sulla tempestività dei motivi aggiunti, ma anche sulla loro ammissibilità, sia perché non vi è ragione per sottrarre al sindacato del giudice amministrativo le nuove determinazioni dell'amministrazione (assunte a seguito del *remand* dell'ordinanza cautelare), sia perché la asserita mancata indicazione degli elementi a sostegno delle censure spiegate (e in definitiva la contestazione della correttezza della verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria) rileva non già sul profilo della loro ammissibilità, ma sul diverso piano della loro fondatezza..

Peraltro, richiamate le consolidate coordinate giurisprudenziali in tema di giudizio di anomalia dell'offerta, la sentenza impugnata ha ragionevolmente ritenuto che la ricorrente Euroristorazione, tramite le censure articolate, sia col ricorso introduttivo che con i motivi aggiunti, aveva adeguatamente assolto all'onere di allegazione, indicando le voci di maggior costo di esecuzione del servizio che avrebbero azzerato interamente l'utile dichiarato, fino a condurre ad un'offerta in perdita: dal che l'ammissibilità delle censure veicolate.

8. Non merita censure la sentenza impugnata laddove ha ritenuto fondate le doglianze spiegate in primo grado con i motivi aggiunti, facendo corretta applicazione dei consolidati principi giurisprudenziali in tema di verifica di anomalia dell'offerta e di sindacato giurisdizionale.

8.1. Il tribunale ha infatti rammentato che il giudizio sull'anomalia dell'offerta postula un apprezzamento globale circa la sua affidabilità e consente compensazioni tra sottostime e sovrastime di talune voci dell'offerta economica,

ferma restando la sua immodificabilità strutturale: è vietata, infatti, nella fase di controllo dell'anomalia una radicale, indiscriminata e arbitraria modificazione postuma della composizione dell'offerta, che ne alteri l'equilibrio economico, allocando diversamente rilevanti voci di costo tramite le giustificazioni fornite, con il solo limite del rispetto del saldo complessivo; ciò si porrebbe in contrasto con le esigenze conoscitive, da parte della stazione appaltante, della struttura di costi dell'offerta stessa e finirebbe per snaturare completamente la funzione e i caratteri del subprocedimento di anomalia, trasformando inammissibilmente le giustificazioni, che, nella disciplina legislativa di riferimento, servono a chiarire le ragioni della serietà e della congruità dell'offerta economica, in occasione, *secundum eventum*, per una sua libera rimodulazione, per mezzo di una scomposizione e di una diversa ricomposizione delle sue voci di costo, che implicherebbe, peraltro, oltre ad una evidente lesione delle esigenze di stabilità ed affidabilità dell'offerta, anche una violazione della *par condicio* tra i concorrenti (in tal senso Cons. di Stato, Sez. III, 10 marzo 2016, n. 962; Consiglio di Stato, Sezione V, 24.04.2017, n. 1896).

Del resto *"il subprocedimento di giustificazione dell'offerta anomala non è volto a consentire aggiustamenti dell'offerta per così dire in itinere ma mira, al contrario, a verificare la serietà di una offerta consapevolmente già formulata ed immutabile"* (così Cons. di Stato, Sez. V, 7 marzo 2019, n. 1565, che richiama Sez. VI, 6 febbraio 2012, n. 636 e Sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451; in tal senso, si veda anche Consiglio di Stato, V sezione, 8 gennaio 2019, n. 171), così che in sede di giustificazioni non possono essere apoditticamente rimodulate le voci di costo senza alcuna motivazione, al solo scopo di "far quadrare i conti" ossia di assicurarsi che il prezzo complessivo offerto resti immutato e si superino le contestazioni sollevate dalla stazione appaltante su alcune voci di costo (cfr. Cons. Stato, VI, 7 febbraio 2012, n. 636).

8.2. Con riguardo al caso di specie il tribunale ha concluso che Sodexo, come emergeva dagli atti del giudizio, aveva prodotto tre diverse giustificazioni (oltre

all'audizione per rendere chiarimenti disposta dal Comune), ogni volta modificando illegittimamente il contenuto dell'offerta e rimodulando una pluralità di voci di costo.

In particolare, nelle giustifiche prodotte in gara Sodexo aveva dichiarato che il costo del personale operativo era pari nel complesso ad € 550.170,00, per l'impiego delle 37 figure previste in offerta tecnica, tra cui sei persone addette al coordinamento; nelle giustifiche rese il 7 agosto 2019 (a seguito del *remand* giudiziale) aveva dichiarato che i sei addetti al coordinamento non dovevano essere conteggiati (non trattandosi di personale operativo stabilmente dedicato al servizio, bensì di *“figure di staff a disposizione delle amministrazioni a fronte di loro specifiche richieste, nonché condivise tra più appalti”*), quantificando il costo del personale operativo nella minor somma di € 526.518,44, per effetto della decurtazione delle ore di assenteismo del personale; successivamente quantificava *pro quota* il costo sostenuto per i sei addetti al coordinamento in € 21.379, 28, aggiungendo che tale costo era già ricompreso in quello complessivo della manodopera.

Non può dubitarsi che le successive giustifiche non trovano riscontro nell'offerta tecnica originariamente presentata, nella quale Sodexo aveva dichiarato che le *“persone che si occuperanno del servizio complessivo saranno 37 tutti i giorni”*, ricomprendendovi espressamente i sei addetti al coordinamento (salvo poi asserire nelle giustifiche che non si tratta di personale stabilmente dedicato al servizio, bensì di figure di staff a disposizione delle amministrazioni a fronte di loro specifiche richieste comunque condivise tra più appalti): avendo l'aggiudicataria inserito nella propria offerta tecnica tali figure tra i soggetti operativi impiegati stabilmente nel servizio, la retribuzione dei medesimi doveva essere imputata *pro quota* all'appalto per cui è causa, a ciò conseguendo che al costo del personale operativo stimato andava sommato anche quello ulteriore per i sei addetti, con conseguente azzeramento dell'utile dichiarato.

8.3. Anche quanto al costo per la formazione del personale Sodexo (che nulla aveva previsto al riguardo nelle giustificiche prodotte in gara) ha operato successive e discordanti quantificazioni, rimodulandolo più volte.

Solo nella memoria difensiva del giudizio di primo grado Sodexo aveva sostenuto che il costo della formazione ammontava ad €. 19.200,00 annui, per complessivi € 57.600,00 nel triennio, da considerarsi inclusi nei 105.000,00 euro di costi generali e accessori; nelle giustificazioni rese nel rinnovato procedimento di verifica dell'anomalia precisava che parte dei costi della formazione erano ricompresi nel costo per la sicurezza; inoltre, al fine di riassorbire la differenza tra il costo delle ore di formazione teorica inizialmente dichiarate e il valore successivamente indicato per tale voce (pari ad € 1800,00), nel corso delle giustificazioni rese nell'ambito del rinnovato procedimento di verifica dell'anomalia, veniva operato una rimodulazione di svariate componenti di costo, senza fornire alcuna motivazione delle modifiche apportate, decurtando dalle ore di formazione previste dalla tabella ministeriale anche le ore di formazione teorica, senza giustificare adeguatamente il relativo costo.

Va aggiunto che Sodexo ha considerato solo i costi della formazione teorica sull'assunto che quella sul lavoro (c.d. *on the job*) non comporterebbe costi specifici, senza nemmeno considerare quelli sostenuti per retribuire il personale docente.

8.4. Peraltro Sodexo risulta aver rimodulato nel corso delle giustificazioni anche altre rilevanti voci di costo (quali quella della fideiussione bancaria, per l'educazione alimentare, per l'assicurazione, per gli addetti al servizio mensa, per le ore di formazione *on the job* per la dietista) ed ha quantificato al ribasso l'utile stimato.

Infine, nel DGUE depositato in gara Sodexo ha dichiarato di voler subappaltare una serie di attività (analisi alimentare, disinfestazione, manutenzione, trasporto pasti), indicando per ciascuna l'incidenza percentuale rispetto al valore

dell'appalto, per poi ribassare nelle giustificiche prodotte le indicate percentuali senza alcuna adeguata motivazione, con un conseguente risparmio di costi quantificato in € 34.699,11: tale importo da solo assorbe interamente l'utile indicato nelle ultime giustificiche in € 17.945,88 nel triennio e, per altro verso, detta quantificazione, una volta operata nel DGUE, non poteva considerarsi irrilevante.

8.5. Sulla scorta di tali elementi oggettivi le conclusioni cui è pervenuto il tribunale con la sentenza impugnata, secondo cui l'aggiudicataria Sodexo aveva provveduto in sede di verifica di anomalia ad una riquantificazione delle voci di costo, inammissibilmente modificando l'offerta, che risultava perciò insostenibile nel suo complesso, oltre che indeterminata, risultano corrette e plausibili.

Si tratta di modifiche dell'offerta che non possono essere ricondotte a mere operazioni di compensazione, ammesse, tra sottostime e sovrastime, considerato che il costo dei sei addetti non è stato solo erroneamente quantificato, ma del tutto omesso nel calcolo del costo del personale.

Né possono condividersi le giustificazioni di Sodexo allorquando assume che detto costo sarebbe stato imputato ai diversi dipartimenti in cui è strutturata la società: trattandosi di personale operativo che, in base a quanto dichiarato dalla stessa concorrente nella propria offerta, si sarebbe occupato del servizio "*tutti i giorni*" (tanto da essere ricompreso tra le 37 figure dedicate stabilmente al servizio), il relativo costo andava considerato in sede di offerta economica ai fini del calcolo del costo del personale; il che pacificamente non è avvenuto (sul punto è significativo ricordare che l'ordinanza cautelare aveva espressamente richiamato la tabella con cui il R.U.P., nell'ambito dell'istruttoria del subprocedimento *de quo*, aveva calcolato il costo annuo del personale dell'aggiudicataria, conteggiato per ogni unità di personale impiegato - con la relativa qualifica ed il livello, il monte ore giornaliero, i giorni annui di servizio e quindi le ore annue, ed il costo orari- nella quale mancava ogni riferimento al

costo delle sei unità “di coordinamento” menzionate nell’offerta tecnica dell’aggiudicataria).

Al fine poi di sostenere la bontà e correttezza del suo assunto (ovvero che anche considerando il costo dei sei addetti, come successivamente quantificato, l’offerta sarebbe comunque in utile), Sodexo ha operato la rimodulazione al ribasso di una pluralità di voci di costo, sino a travalicare i limiti dello stesso *remand* giudiziale (che aveva, infatti, per oggetto la sola giustificazione delle voci di costo relative alla “*manodopera in relazione ai sei addetti al coordinamento presso il centro cottura di Padova, che figurano nell’offerta tecnica presentata in sede di gara*”, nonché dei costi per “*le ore di formazione del personale stimate in € 19.200,00 alla stregua delle risultanze processuali*”), laddove, com’è intuitivo, la comprova della minore incidenza di alcune componenti di costo doveva risultare già nel procedimento di verifica di anomalia, senza ulteriori revisioni, non essendone consentita la dimostrazione in sede di giudizio.

Giova poi anche rammentare che, a fronte di talune voci di prezzo giudicate troppo basse, quindi inattendibili, è l’impresa che deve dimostrare che altre voci di prezzo siano state inizialmente sopravvalutate e che perciò in relazione a queste ultime sussista un effettivo, documentato e credibile risparmio, tale da compensare il maggior costo di altre voci.

8.6. Va aggiunto ancora che Sodexo ha apportato, sempre in sede di giustificazioni, anche modifiche ai valori tabellari di riferimento, senza però giustificare gli scostamenti indicati. Se è vero che lo scostamento dai valori indicati nelle tabelle ministeriali non è ex se indice di anomalia dell’offerta, essendo queste dei parametri di riferimento non inderogabili, è anche vero che l’impresa deve fornire adeguata giustificazione dei diversi valori considerati, supportandoli con un idoneo sostegno probatorio atto a dimostrare l’effettività dei minori costi indicati; il che nel caso di specie non è avvenuto, giacché per giustificare la riduzione del costo del personale operativo già dichiarato, Sodexo

ha, da un lato, sostenuto, avvalendosi della rinnovazione della verifica di anomalia, che alla gara dovrebbe applicarsi una tabella diversa (e più favorevole) da quella utilizzata per la redazione dell'offerta (tabella peraltro pubblicata successivamente all'indizione della gara, laddove andavano prese a riferimento le tabelle vigenti *ratione temporis* al momento della pubblicazione della gara), dall'altro ha modificato al ribasso la voce di costo relativa alla manodopera, costo in precedenza quantificato in maniera del tutto differente, abbassando in modo rilevante le ore di assenteismo.

Proprio su tale ultimo profilo, tenuto conto delle modifiche apportate ai dati di assenteismo aziendale, Sodexo ha dichiarato di beneficiare di una notevole riduzione del costo del lavoro che le avrebbe consentito di "far quadrare i conti", anche tenendo conto del costo del lavoro del personale di coordinamento: senonché di tali asseriti benefici non è stata fornita alcuna adeguata ed idonea prova, cosa che lo stesso tribunale aveva rilevato già in sede cautelare ritenendo insufficiente l'istruttoria svolta sul punto, correttamente rilevando che le mere autocertificazioni del rappresentante legale di Sodexo (ritenute utili dal RUP) non erano sufficienti a dimostrare la corrispondenza alle risultanze documentali aziendali dei dati (tasso di assenteismo e via dicendo) che asseritamente consentivano a Sodexo di abbassare il costo del personale.

Solo con l'inammissibile ricordata rimodulazione del costo del personale si perveniva alla minore quantificazione di detto costo per il triennio in euro 526.518,44, somma che, aggiunta al costo delle sei figure di staff a disposizione dell'amministrazione su richiesta (euro 21.369,86), risultava così contenuta nei limiti dell'importo di euro 550.170,00 indicato in sede di offerta economica (così pag. 3 della relazione del R.U.P.).

E' ancora da aggiungere che la predetta inammissibile rimodulazione non ha riguardato solo la manodopera, ma si è estesa ad altre voci, in particolare quelle riguardanti l'attività che l'aggiudicataria nel D.G.U.E. aveva dichiarato di voler

subappaltare: analisi alimentare, disinfestazione, manutenzioni, trasporto pasti. Mettendo, infatti, a confronto le giustificazioni rese il 26 agosto 2019 con il D.G.U.E., emerge che Sodexo ha ribassato l'incidenza percentuale e, quindi, l'onere economico di tutte le menzionate attività, al chiaro fine di ottenere una riduzione dei costi.

8.7. Sotto altro concorrente profilo deve evidenziarsi che la ricordata inammissibile rimodulazione dei costi ha dato luogo anche alla violazione del principio di immodificabilità dell'offerta.

Infatti, come già si è avuto modo di sottolineare, le modifiche apportate da Sodexo alla propria offerta nel corso del rinnovato procedimento di verifica di congruità non possono essere ricondotte, per numero e portata, ad una mera operazione di compensazione tra sottostime e sovrastime di costi.

A tacer d'altro che il costo dei sei addetti non è stato semplicemente sottostimato, ma neppure considerato nelle giustificazioni rese in sede di gara, così comportando una riduzione del numero di addetti al servizio, dai 37 indicati nell'offerta tecnica ai 31 che si evincono dalle (prime) giustificazioni del 7 agosto 2019: come bene rilevato dalla sentenza o il numero degli addetti al servizio è di 37, ed allora il costo del personale aumenta azzerando l'utile, o è di 31 ed in questo caso ne risultano modificate le modalità di organizzazione del servizio; dal che anche la sussistenza di profili di indeterminatezza dell'offerta dell'aggiudicataria.

Del resto lo stesso R.U.P. aveva rilevato una *“certa imprecisione nello sviluppo dell'apporto partecipativo al subprocedimento da parte di Sodexo Italia S.p.A.”*, dando luogo a incongruenze che costituivano indici di contraddittorietà della valutazione di congruità.

Né può sostenersi che le incongruenze nell'indicazione dei costi dichiarati in gara fossero imputabili a meri errori materiali, intesi come fortuita divergenza tra la volontà e la sua dichiarazione o manifestazione, di tanto non essendovi alcuna

evidenza; né, come osservato dal tribunale, persuadono le ulteriori argomentazioni di Sodexo (circa il fatto che avrebbe goduto di margini economici in termini di detrazioni e riduzioni) posto che sul piano del metodo introducono elementi di indeterminatezza nell'offerta economica, il cui importo potrebbe essere di volta in volta variato dal concorrente, togliendo ovvero aggiungendo elementi secondo le sue convenienze, in contrasto con il ricordato insegnamento giurisprudenziale, secondo cui, se è vero che nel giudizio sull'anomalia dell'offerta sono ammesse compensazioni tra sottostime e sovrastime di voci dell'offerta economica, è altrettanto vero che, in ogni caso, deve restare ferma la strutturale immodificabilità dell'offerta economica.

8.8. In conclusione non può negarsi che Sodexo abbia, da un lato, ripetutamente modificato le proprie giustificazioni, rimodulando più volte singole componenti di costo al fine di dimostrare l'asserita sostenibilità dell'offerta; dall'altro, ha ingiustificatamente ed illegittimamente modificato dati e importi, senza procedere ad alcuna puntuale e rigorosa dimostrazione della veridicità di quanto dichiarato, in assenza peraltro di alcuna richiesta da parte dell'amministrazione di fornire gli opportuni chiarimenti sul punto.

L'inattendibilità degli esiti del nuovo procedimento di verifica dell'anomalia e dell'offerta nel suo insieme non poteva che comportare una valutazione di non congruità dell'offerta e la sua esclusione dalla gara.

9. È privo di fondamento il secondo motivo di gravame con cui è stato lamentato che il tribunale avrebbe travalicato i limiti della propria giurisdizione invadendo quelli propri dell'amministrazione giacché la rilevata illegittimità della verifica di anomalia avrebbe dovuto comportare solo la rimessione degli atti alla commissione giudicatrice al fine di procedere ad un ulteriore rinnovata valutazione di congruità dell'offerta.

Al riguardo è sufficiente osservare che nella fattispecie il tribunale aveva già disposto con ordinanza cautelare la riedizione della verifica di anomalia,

ritenendo fondate le doglianze sull'inadeguatezza e lacunosità dell'istruttoria e necessario perciò un approfondimento limitatamente ai costi del personale e della formazione: all'esito ha quindi ritenuto erronee, illogiche e irragionevoli, nonché viziate da carenza di istruttoria, le nuove valutazioni della commissione che avevano condotto alla conferma dell'aggiudicazione a favore della stessa Sodexo.

Il primo giudice non ha perciò travalicato i limiti del sindacato giurisdizionale sulle valutazioni discrezionali dell'Amministrazione in sede di verifica di congruità dell'offerta, ma si è limitato ad accertare che anche la nuova valutazione non aveva superato i dubbi di incongruità dell'offerta dell'aggiudicataria; d'altra parte l'appellante non ha offerto alcun elemento nuovo idoneo a smentire la ragionevolezza delle conclusioni del tribunale, così che la doglianza dell'appellante finirebbe per privare il giudizio amministrativo del suo carattere di effettività, ammettendo la riedizione del potere amministrativo all'infinito in spregio proprio al principio del giusto processo e dell'effettività della tutela.

10. È infondato anche il quarto motivo di appello, con cui è stato sostenuto che il tribunale non avrebbe appurato la natura escludente del ricorso incidentale che andava quindi esaminato prioritariamente.

La sentenza di primo grado ha invero correttamente applicato i principi affermati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (nella sentenza C- 333/18 del 5 settembre 2019): l'esame di entrambi i ricorsi è infatti necessario anche nel caso in cui alla gara hanno partecipato una pluralità di imprese e, all'esito dell'accoglimento di entrambi i gravami reciprocamente escludenti, vi sia la possibilità di una ripetizione della gara, stante l'assenza di offerte valide presentate dai partecipanti.

Alla luce della citata sentenza della Corte di Giustizia, la regola, per il giudice investito dai ricorsi reciprocamente escludenti, di non dichiarare irricevibile il

ricorso principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente si applica anche nell'ipotesi in cui *“altri offerenti abbiano presentato offerte nell'ambito della procedura di affidamento e i ricorsi intesi alla reciproca esclusione non riguardino offerte siffatte classificate alle spalle delle offerte costituenti l'oggetto dei suddetti ricorsi per esclusione”*, non essendo in tale ipotesi possibile escludere che, anche se l'offerta del ricorrente principale sia giudicata irregolare, *“l'amministrazione aggiudicatrice sia indotta a constatare l'impossibilità di scegliere un'altra offerta regolare e proceda di conseguenza all'organizzazione di una nuova procedura di gara”*. Infatti, ove il ricorso principale fosse giudicato fondato, l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe decidere di annullare la procedura di gara ed avviarne una nuova *“a motivo del fatto che le restanti offerte regolari non corrispondono sufficientemente alle attese dell'amministrazione stessa”*.

Conformemente ai su riportati principi, la sentenza, rilevato che alla gara aveva partecipato anche un'altra concorrente, ha dunque verificato la possibilità che anche l'offerta presentata da quest'ultima si presentasse irregolare, ritenendo che ciò fosse sufficiente ex se a fondare sia la legittimazione sia l'interesse ad agire della ricorrente principale.

In definitiva, al ricorso incidentale di primo grado non poteva affatto riconoscersi efficacia paralizzante di quello principale, rimanendo doveroso anche l'esame di quest'ultimo.

11. La sentenza appellata ha altresì correttamente respinto il ricorso incidentale di primo grado, in quanto infondato.

12. In primo luogo, la ricorrente principale, da un lato, non ha dichiarato in gara di voler far ricorso al subappalto per lo svolgimento delle attività secondarie previste dal capitolato (segnatamente, le analisi di laboratorio per controllo igienico sanitario e di c.d. “Pest control”), dall'altro ha precisato che tali attività

sarebbero state svolte da ditte specializzate nei rispettivi settori delle analisi di laboratorio e della disinfestazione.

Dette attività sono in realtà del tutto secondarie e di valore irrisorio e non integrano perciò la fattispecie del subappalto (ex art. 105, comma 2, D. Lgs. n. 50/2016): come rilevato dal tribunale, per un verso esse sono singolarmente di valore ampiamente inferiore al 2% dell'importo dell'appalto, (come emerge dalla documentazione prodotta in primo grado, listini prezzi e prospetti riepilogativi recanti il calcolo delle somme dovute alle suddette ditte, da cui si ricava che l'importo complessivo per l'intera durata dell'appalto ammontava ad € 1.800,00), dall'altro si tratta di servizi di valori inferiore a 100.000,00 €, non essendo dimostrato neppure che l'incidenza del costo della manodopera e del personale per tali attività secondarie di disinfestazione e derattizzazione sia superiore al 50%.

Infatti, anche a voler ritenere, come sostiene apoditticamente controparte (senza fornire al riguardo alcuna concreta ed effettiva dimostrazione) che le attività in esame sono connotate da un impiego di manodopera superiore al 50 %, mancherebbe in ogni caso l'altro requisito, che stante il chiaro tenore letterale della norma, non è da intendersi come meramente alternativo, dovendo le due condizioni sussistere cumulativamente.

13. Infine, la sentenza ha correttamente respinto anche il secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado, con motivazioni corrette e condivisibili, che meritano integrale conferma.

Va anzitutto evidenziato al riguardo che l'appellante ha solo apoditticamente affermato, ma non ha provato che la concorrente Euroristorazione non si era conformata alle previsioni della *lex specialis* quanto alle tempistiche di consegna dei pasti ivi previste.

Sodexo non infatti dimostrato che non è rispettata tale tempistica, ma desume ciò solo indirettamente dall'asserita brevità ed insufficienza del tempo a

disposizione (in tesi, un minuto) per effettuare le sole operazioni di consegna (prima della ripartenza dei mezzi per raggiungere gli altri istituti).

Va rilevato che le prescrizioni della normativa di gara in ordine alla tempistica di consegna dei pasti di cui all'art. 10 del capitolato non erano neppure poste a pena di esclusione e l'avverbio "*tassativamente*" (di cui all'art. 10 del Capitolato speciale d'appalto) si riferisce unicamente (e in senso più ampio) al tempo intercorrente tra il momento di partenza dei mezzi e la consegna dei pasti ai singoli plessi scolastici.

Nel caso di specie è, invece, contestato che le sole operazioni di consegna dei pasti già arrivati presso l'istituto scolastico (e non anche ulteriori attività) siano realizzabili nel rispetto di un ristretto arco temporale, sì da incidere sui tempi previsti dalla normativa di gara: in altre termini Sodexo sostiene che, per come ha formulato il Piano dei Trasporti, Euroristorazione non sarebbe in grado di rispettare il termine di trenta minuti ex art. 10 del capitolato, poiché non sarebbe oggettivamente possibile consegnare i pasti in un solo minuto dall'arrivo, considerato il loro numero e le operazioni di scarico. La circostanza, poi, che si preveda lo stesso tempo, così breve, per consegnare un numero di pasti differente presso ciascuna scuola, nonché per svolgere attività aggiuntive (ritiro dei vuoti), dimostrerebbe che le indicazioni del Piano sarebbero soltanto strumentali a far risultare adempiuto il termine di trenta minuti, che, in realtà, non potrebbe essere rispettato.

Senonché si osserva che non è per niente inverosimile e implausibile che l'adozione degli accorgimenti indicati da Euroristorazione (quali la collaborazione del personale incaricato della distribuzione dei pasti) consenta di ridurre in modo significativo i tempi di consegna e di consentire lo svolgimento di siffatte operazioni in un arco temporale ristretto, comunque nei limiti della tolleranza consentita per la tempistica nell'esecuzione della prestazione.

Né, come pure correttamente ritenuto dalla sentenza appellata, siffatta possibilità di impiegare gli addetti al servizio mensa per agevolare le operazioni di consegna dei pasti può essere ritenuta un'inammissibile integrazione postuma dell'offerta (trattandosi, invero, solo uno dei possibili accorgimenti, indicati in sede di giudizio, la cui importanza minimale non comporta la necessità che lo stesso venisse specificato in sede di offerta tecnica) o un'eventualità che può dar luogo ad un demansionamento del personale che se ne occupi, che, al di là delle relative specifiche mansioni, ben può essere chiamato a svolgere ulteriori compiti di collaborazione al fine di consentire la regolare esecuzione del servizio.

La circostanza poi che detto personale debba effettuare anche operazioni aggiuntive di sanificazione prima della distribuzione dei pasti agli alunni non sovverte il corretto ragionamento della sentenza appellata, posto che le operazioni di consegna non possono invero essere confuse e sovrapposte a quelle di distribuzione dei pasti, trattandosi di momenti ben distinti del servizio.

Inoltre, va pure evidenziato che, trattandosi di una stima ipotetica, fondata su elaborazioni teoriche di programmi informatici, sulla quale possono influire molteplici variabili esogene e aleatorie (si pensi alle particolari condizioni del traffico), potenzialmente incidenti sui tempi effettivi del trasporto, deve essere consentita una minima tolleranza in ordine al rispetto dei tempi di esecuzione della prestazione, anche alla luce dei principi di buona fede e correttezza, che informano i rapporti tra contraenti.

Ciò non determina alcuno svuotamento delle essenziali prescrizioni di gara inerenti le tempistiche di consegna. Invero, è principio generale che l'inadempimento rilevante è solo quello che supera i termini della normale tolleranza richiesta dai principi di correttezza e buona fede contrattuale.

Infine, è decisivo osservare che, come correttamente rilevato dalla sentenza, il ricorso incidentale di primo grado non ha specificato quale sia la prescrizione della *lex specialis* di gara che sanzionerebbe con l'esclusione dalla gara

l'inosservanza del termine di trenta minuti ex art. 10 del capitolato, dovendo piuttosto reputarsi che si tratta di elemento che può influire, assieme agli altri, sul punteggio da assegnare all'offerta tecnica.

14. In conclusione, l'appello va respinto.

15. Le spese sono liquidate in dispositivo, secondo il principio di soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Sodexo Italia S.p.A. al pagamento delle spese di giudizio a favore di Euroristorazione S.r.l. che liquida forfettariamente in complessivi € 5.000 (cinquemila/00), oltre oneri accessori se per legge dovuti.

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

Così deciso nella camera di consiglio, tenuta con collegamento da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 6, d.l. n. 18 del 2020, convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 2020, del giorno 25 giugno 2020 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO

