

N. 03929/2013REG.PROV.COLL.
N. 09228/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9228 del 2012, proposto da:

Bioristoro Italia S.rl, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Strano, con domicilio eletto presso Luigi Strano in Roma, via degli Scipioni 288;

contro

Comune di Lanuvio, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Benedetti, con domicilio eletto presso Mario Benedetti in Roma, piazza della Balduina 44;

nei confronti di

Serenissima Ristorazione Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Raimondo Calgaro, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO, ROMA, SEZIONE II TER n. 07630/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di refezione scolastica 2011 – 2016;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Lanuvio e di

Serenissima Ristorazione Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 giugno 2013 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Strano, Benedetti e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato il 27 giugno 2011 il Comune di Lanuvio aveva indetto procedura aperta per l'affidamento in concessione del servizio di refezione scolastica per gli anni 2011 – 2016: in particolare la concessione aveva ad oggetto il servizio di ristorazione scolastica per complessivi sei plessi scolastici, la gestione amministrativa del servizio mediante sistema informatico, i lavori di realizzazione di un refettorio localizzato nell'ambito di due di detti plessi scolastici.

Ai fini della presentazione dell'offerta economica, l'importo a base di gara complessivo era pari a €. 2.230.760,00 i.v.a. esclusa (prezzo unitario del pasto posto a base d'asta pari ad €. 4,808 i.v.a. esclusa), oltre i costi per la riduzione o eliminazione, dei rischi da interferenze, pari ad €. 7.364,00 iva esclusa, importo non soggetto a ribasso d'asta. Inoltre il capitolato di gara stabiliva che l'offerta non avrebbe dovuto essere proposta cumulativamente, per l'importo complessivo, ma distintamente, per ogni tipologia di servizio, come dal prospetto inserito nel capitolato e come articolato nel modulo dell'offerta economica, secondo il prospetto di cui al modello 2 allegato al capitolato e l'esplicazione dei costi relativi alla sicurezza, pur compresi nella stessa offerta economica.

L'offerta sarebbe stata giudicata con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la previsione di un punteggio massimo di 100 punti ripartiti tra prezzo unitario del pasto, progetto di realizzazione di un

refettorio, qualità, progetto migliorativo ed organizzazione del servizio.

L'esito della gara vedeva l'attribuzione di 89/100 punti a Serenissima Ristorazione S.p.A. (54 per punteggi tecnici e 35 per l'offerta economica) e 50,22 a BioRistoro Italia S.r.l. (49 per punteggi tecnici e 1,22 per l'offerta economica); prima dell'aggiudicazione definitiva BioRistoro rappresentava alla stazione appaltante una serie di anomalie dell'offerta economica presentata dalla concorrente provvisoria aggiudicataria rispetto a quanto previsto dalla legge di gara: in particolare si denunciavano alcune incongruenze, relativamente all'incidenza del costo del personale sul prezzo/pasto (con riguardo a quanto previsto dalle tabelle ministeriali relative al costo orario del lavoro nell'ambito della Provincia di Roma) e all'incidenza degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

Il carteggio che ne seguiva portava l'Amministrazione a rinvenire la congruità dell'offerta di Serenissima Ristorazione ed all'aggiudicazione definitiva a quest'ultima.

BioRistoro impugnava davanti al TAR del Lazio gli atti di aggiudicazione, lamentandone l'illegittimità con riferimento ai principi normativi in materia di gare ad evidenza pubblica, ma il ricorso veniva respinto con la sentenza n. 7630 del 7 settembre 2012.

Con appello in Consiglio di Stato notificato il 13 dicembre 2012 BioRistoro impugnava la sentenza in questione deducendo le seguenti censure:

1. *Erroris in iudicando*. Violazione e falsa applicazione degli artt. 26 co. 6, 86 e 87 D. Lgs. 163/2006, dell'art. 8 nel capitolato speciale di gara e dei principi fondamentali in materia di pubbliche gare. Eccesso di potere per motivazione insufficiente perplessa, sviamento e carenza di presupposti. L'aggiudicazione alla controinteressata è illegittima sotto un duplice profilo: il primo riguarda la mancata specificazione degli oneri della sicurezza relativamente ai lavori per la realizzazione del refettorio, il secondo concerne la sottovalutazione del costo del lavoro.

Il quadro economico di spesa allegato al disciplinare di gara aveva quantificato i costi della sicurezza per i lavori in questione in €. 15.000,00 non soggetti a ribasso e dovevano comunque essere esplicitati secondo il modulo offerta sommati agli €. 7364,00, ovverosia gli oneri relativi al piano di eliminazione delle interferenze (cd. DUVRI di cui all'art. 26 co. 5 D. Lgs. 163/2006); l'incidenza che ne risultava rispetto al numero dei pasti da fornire complessivamente era di €. 0,043, mentre l'aggiudicataria ha indicato per tale voce un'incidenza di €. 0,017, specificando quindi i soli costi della sicurezza relativi al DUVRI - €. 7.364,00 - violando così l'onere di identificare i costi della sicurezza nella loro globalità, secondo il modello 2 di offerta e le relative norme del codice di contratti, contrariamente a quanto affermato dalla sentenza impugnata, per la quale gli unici costi della sicurezza da indicare erano quelli negativi ai costi da interferenza. Né potevano essere ricompresi nella voce costi vari, come insinuato dalle giustificazioni, poiché le spese generali riguardano tutt'altra fattispecie, vale a dire una serie di spese inerenti l'adempimento delle prestazioni in contratto.

Quanto al secondo profilo di incongruità, Serenissima Ristorazione ha indicato nel modello 2 per i costi del personale un'incidenza sul prezzo del singolo pasto pari ad €. 1,829, mentre dai dati forniti dalla stazione appaltante si evince l'incidenza minima di €. 2,13, giusta anche le tabelle ministeriali aggiornate a settembre 2010 relativi ai costi medi orari dei dipendenti di aziende del comparto della ristorazione collettiva per la provincia di Roma: le giustificazioni di Serenissima inviate al Comune di Lanuvio su questo punto sono del tutto laconiche ed inadeguate e riportano un costo medio orario ipotizzabile inferiore a quello delle tabelle suddette. Altrettanto laconica è la motivazione fornita dal Comune sulla supposta congruità.

La sentenza impugnata si limita ad affermare che lo scostamento dalle

tabelle ministeriali non poteva comportare un'esclusione automatica, poiché si doveva semmai per emulare di effettuare una verifica concreta sulla effettiva idoneità delle giustificazioni fornite.

2. *Errores in iudicando*. Violazione dell'art. 86 co. 2 D. Lgs. 163/2006, del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato e dei principi generali in materia di gare. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di presupposti, sviamento. Ai sensi dell'art. 86 co. 2 del codice dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti devono valutare la congruità delle offerte in relazione a tutti gli elementi di valutazione, qualora il punteggio attribuito sia pari o superiore ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara: il punteggio attribuito a Serenissima è stato 89 punti su 100 e dunque la valutazione di congruità doveva investire l'offerta della sua interezza e non limitarsi ai costi per la sicurezza ed ai costi per il personale, evitando i controlli sui costi di approvvigionamento materie prime, costi per assicurazioni, costi degli ammortamenti, costi vari e utile aziendale.

La BioRistoro concludeva per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese, chiedendo di disporre i provvedimenti più opportuni a garantire la reintegrazione in forma specifica dell'interesse della ricorrente.

La Serenissima Ristorazione ed il Comune di Lanuvio si sono costituiti in giudizio, sostenendo l'infondatezza nel merito dell'appello ed il Comune di Lanuvio in particolare anche l'inammissibilità per la mancata indicazione di specifici elementi di censura avverso la sentenza impugnata.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

L'appello deve essere accolto, data la fondatezza dell'assorbente del profilo di censura indicato nel primo motivo e concernente la mancata specificazione degli oneri della sicurezza relativamente ai lavori per la realizzazione del refettorio.

L'art. 8 del capitolato speciale di gara stabilisce l'importo complessivo di

gara in complessivi €. 2.230.760,00 i.v.a. esclusa oltre i costi per la riduzione o eliminazione dei rischi da interferenze derivanti dalle misure previste dal DUVRI pari a €. 7.364,00 i.v.a. esclusa, precisando che l'offerta non dovrà essere proposta cumulativamente per l'importo complessivo, ma distintamente per ogni singola tipologia di servizio ed i costi relativi alla sicurezza di cui all'art. 26 co. 6 D. Lgs. 81/2008 dovranno essere esplicitati come da modulo offerta.

Non è contestato che i costi relativi alla sicurezza ammontassero a complessivi €. 22.364,00, vale a dire i già richiamati €. 7.364,00 connessi al piano di eliminazione delle interferenze e ad €. 15.000,00, così come indicati nel quadro economico di spesa allegato al capitolato ed attinente al progetto preliminare dei lavori di realizzazione di un refettorio all'interno del complesso scolastico "Gianni Rodari" e "Italo Calvino", lavori anch'essi facenti parte delle prestazioni da aggiudicare, oltre al servizio quinquennale di ristorazione scolastica ed alla gestione amministrativa del servizio mediante sistema informatico – art. 1 c.s.a.

L'indicazione nel modello 2 di offerta allegato al capitolato così come redatto dall'aggiudicataria Serenissima Ristorazione indicava un'incidenza dello 0,017 per la voce C, vale a dire "costi specifici di sicurezza di cui all'art. 26 c. 6 D. Lgs. 81/2008, laddove tale voce avrebbe dovuto sviluppare un'incidenza minima pari a €. 0,043, tenendo conto dell'incomprimibilità dei 22.364,00 €. eE dei ribassi sul complesso dell'importo posto a base d'asta.

I chiarimenti sollecitati dall'appellante e mossi dal Comune all'aggiudicataria in data 30 settembre 2011, in cui veniva chiaramente evidenziato lo schema di calcolo prima descritto, portavano l'aggiudicataria a specificare che gli €. 15.000,00 relativi agli oneri per la sicurezza relativi alla realizzazione del refettorio erano stati inseriti negli oneri del progetto definitivo e nella voce costi vari (punto F del modello offerta).

Alla luce di quanto sin oressinora rilevato, appare evidente che la concorrente poi dichiarata aggiudicataria andava invece esclusa dalla gara: l'art. 8 del capitolato specifica chiaramente che i costi relativi alla sicurezza dovevano essere comunque esplicitati come da modulo offerta, laddove gli atti della procedura avevano indicato nel quadro economico di spesa attinente alla realizzazione del refettorio la presenza all'interno dell'importo di €. 15.000,00 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso. Nulla poteva far intendere che i costi relativi alla sicurezza di cui all'art. 8 c.s.a. ricomprendessero solamente i costi per la riduzione o eliminazione dei rischi da interferenze, tanto è che il capitolato scinde le due ipotesi con il richiamo dapprima al comma 5 dell'art. 26 D. Lgs. 81/2008, il quale disciplina specificamente i rischi da interferenza, e quindi, in chiusura al successivo comma 6 dell'art. 26 predetto, relativo ai costi generali della sicurezza. E non solo, poiché il predetto comma 6 stabilisce la necessità della valutazione da parte degli enti aggiudicatori dell'adeguatezza del valore economico proposto ai costi relativi alla sicurezza.

Per completezza va anche rammentato che nelle valutazioni di anomalia le stazioni appaltanti devono tenere conto dei costi relativi alla sicurezza che devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dell'appalto – art. 87 co. 4 D. Lgs. 163/2006: è evidente che un inserimento di parte di detti costi nella voce “costi vari” oppure “costi generali”, deputata a raccogliere una congerie di spese del tutto disomogenee elude completamente il compito di verifica dell'ente aggiudicatore.

Resta da aggiungere che l'articolazione della censura contiene sufficienti critiche nei confronti della sentenza di primo grado, tanto da ritenere l'infondatezza dell'eccezione sollevata dalle difese del Comune inerente la supposta rinnovazione del motivo senza una reale contestazione della sentenza impugnata.

Per le suesposte considerazioni l'appello deve essere accolto con la conseguente riforma della sentenza di primo grado, l'accoglimento del ricorso originario e, conseguentemente, annulla l'aggiudicazione disposta a favore della controinteressata e dichiara l'inefficacia del contratto al tempo stipulato tra il Comune e la Serenissima S.p.A., disponendo il subentro in corso di rapporto

della BioRistoro Srl.

Spese come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Condanna le parti appellate al pagamento delle spese per entrambi i gradi di giudizio, liquidandole in complessivi €. 5.000,00 (cinquemila/00) oltre ad accessori da dividersi in parti eguali tra le due soccombenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 giugno 2013 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/07/2013

IL SEGRETARIO

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