

Publicato il 13/02/2020

N. 00153/2020 REG.PROV.COLL.
N. 00674/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso con motivi aggiunti numero di registro generale 674 del 2019, proposto dalla

Euroristorazione S.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Cazzagon e Martina Danese e con domicilio digitale presso l'indirizzo di "P.E.C." del primo

contro

Comune di Selvazzano Dentro (PD), in persona del Vicesindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giangiuseppe Baj e con domicilio digitale come da "P.E.C." da Registri di Giustizia

Comune di Teolo (PD), non costituito in giudizio

nei confronti

Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Mariangela Di Giandomenico e con

domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alessandro Veronese, in Venezia, via delle Industrie, n. 19/C

a) con il ricorso introduttivo:

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione del Comune di Selvazzano Dentro reg. gen. 386 del 23 maggio 2019, recante aggiudicazione alla Sodexo Italia S.p.A. dell'appalto del servizio di refezione scolastica per le scuole primarie del Comune di Selvazzano Dentro per la durata di n. 36 mesi;
- della determinazione della Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Selvazzano Dentro e di Teolo reg. gen. 311 del 30 aprile 2019, recante approvazione dei verbali nn. 1 e 2 della Commissione giudicatrice e proposta di aggiudicazione a Sodexo Italia S.p.A. dell'appalto del servizio di refezione scolastica per le scuole primarie del Comune di Selvazzano Dentro;
- di ogni altro atto al precedente connesso per presupposizione o consequenzialità;
- di tutti verbali di gara, in particolare del verbale n. 1 del 3 aprile 2019 recante la formulazione della graduatoria finale di gara e del verbale n. 2 del 26 aprile 2019 con cui viene dato atto dell'avvenuto svolgimento del procedimento di verifica di congruità dell'offerta di Sodexo Italia S.p.A. con esito positivo e della valutazione di congruità dell'offerta di quest'ultima, con conseguente conferma della graduatoria finale di gara
e per la condanna
al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione della gara in favore della ricorrente Euroristorazione S.r.l.

previa caducazione o annullamento o declaratoria di nullità e/o inefficacia
del contratto di appalto eventualmente già stipulato nelle more tra la stazione appaltante e la Sodexo Italia S.p.A.

- in via subordinata per la condanna della P.A. al risarcimento del danno per equivalente, comprensivo del danno emergente, del danno professionale e del lucro cessante, con interessi e rivalutazione monetaria, ivi compreso l'eventuale mancato guadagno per la parziale esecuzione del contratto da parte dell'aggiudicataria.

b) con i motivi aggiunti depositati il 17 settembre 2019:
per l'annullamento,

- previa sospensione dell'efficacia e previe misure cautelari monocratiche,*
- della determinazione del Comune di Selvazzano Dentro reg. gen. 609 del 28 agosto 2019, recante conferma dell'aggiudicazione definitiva alla Sodexo Italia S.p.a. dell'appalto del servizio di refezione scolastica per le scuole primarie del Comune per la durata di n. 36 mesi;
 - della determinazione della Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Selvazzano Dentro e di Teolo reg. gen. 605 del 28 agosto 2019, recante conferma della proposta di aggiudicazione a Sodexo Italia S.p.a. dell'appalto del servizio di refezione scolastica per le scuole primarie del Comune di Selvazzano Dentro per la durata di n. 36 mesi;
 - di ogni altro atto connesso per presupposizione o consequenzialità, e in specie:
 - della relazione del R.U.P. prot. n. 33477 del 27 agosto 2019, con cui viene dato atto dell'esito del procedimento di verifica dell'anomalia

dell'offerta e si rileva la sostenibilità dell'offerta di Sodexo Italia S.p.A.;

- del verbale di audizione del procuratore speciale di Sodexo Italia S.p.A. prot. n. 33261 del 26 agosto 2019

nonché per la condanna

al risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione della gara in favore della ricorrente Euroristorazione S.r.l.

previa caducazione o annullamento o declaratoria di nullità e/o inefficacia

del contratto di appalto eventualmente già stipulato nelle more tra la stazione appaltante e la Sodexo Italia S.p.A.

- in via subordinata per la condanna

della P.A. al risarcimento del danno per equivalente, comprensivo del danno emergente, del danno professionale e del lucro cessante, con interessi e rivalutazione monetaria, ivi compreso l'eventuale mancato guadagno per la parziale esecuzione del contratto da parte dell'aggiudicataria.

Visti il ricorso originario ed i relativi allegati;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla ricorrente principale;

Visti la memoria di costituzione e difensiva e i documenti del Comune di Selvazzano Dentro;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Sodexo Italia S.p.A.;

Vista la memoria difensiva di Sodexo Italia S.p.A.;

Vista l'ordinanza n. 311/2019 del 18 luglio 2019, con cui è stata accolta l'istanza cautelare presentata con il ricorso principale;

Visto il ricorso incidentale depositato da Sodexo Italia S.p.A. il 25 luglio 2019;

Vista l'istanza cautelare presentata con il ricorso incidentale;

Visti i motivi aggiunti depositati dalla ricorrente principale in data 17 settembre 2019;

Visti l'istanza di misure cautelari provvisorie proposta con i motivi aggiunti e il decreto presidenziale n. 403 del 18 settembre 2019, recante rigetto della stessa;

Vista la domanda di sospensione degli atti impugnati con i motivi aggiunti e preso atto della rinuncia alla stessa ad opera della ricorrente principale;

Visti le memorie, i documenti e le repliche delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell'udienza pubblica del 18 dicembre 2019 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

La ricorrente principale, Euroristorazione S.r.l. ("Euroristorazione"), espone che la Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) di Selvazzano Dentro (PD) e Teolo (PD) ha bandito, per conto del Comune di Selvazzano Dentro, una procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica nelle scuole primarie comunali, della durata di n. 36 mesi.

Alla gara – avente importo totale di € 1.106.677,60 e da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – prendevano parte, oltre all'esponente, le ditte SO.VITE S.p.A. e Sodexo Italia S.p.A. ("Sodexo"): quest'ultima, all'esito delle operazioni di gara, si collocava al primo posto in graduatoria, con

punti 96,13, dinanzi alla ricorrente, classificatasi al secondo posto con punti 88,73.

Le offerte delle prime due classificate venivano assoggettate a verifica di congruità *ex art.* 97, comma 3, del d.lgs. n. 50 del 2016 (“Codice”). In esito a detta verifica tali offerte sono state giudicate congrue: per conseguenza, la Commissione confermava la graduatoria finale di gara e il R.U.P. proponeva per l’aggiudicazione della gara la ditta Sodexo.

Con comunicazione del 24 maggio 2019 il responsabile del procedimento rendeva nota all’esponente l’intercorsa aggiudicazione della gara, con determinazione reg. gen. n. 386 del 23 maggio 2019, alla Sodexo Italia S.p.A. per l’importo di € 1.080.392,10 (I.V.A. esclusa).

Avverso l’ora vista determinazione di aggiudicazione, nonché gli atti presupposti e connessi elencati in epigrafe è insorta Euroristorazione, impugnando tali provvedimenti ed atti con il ricorso del pari in epigrafe e chiedendone l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia.

A supporto del gravame, la società ha dedotto i seguenti motivi:

1a) *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*, in quanto i costi che Sodexo dovrà affrontare nel corso dell’esecuzione del servizio sarebbero molto superiori a quelli dichiarati in gara e tali da comportare lo svolgimento in perdita di questo: ciò, sia per

l'insufficiente quantificazione del costo del personale, sia per l'incidenza abnorme dei costi per la formazione del personale;

2a) 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*, giacché, laddove si ritenesse che Sodexo abbia indicato in offerta il numero di addetti e il monte ore riferiti al centro cottura nel suo complesso (e non solo all'appalto del Comune di Selvazzano Dentro), l'offerta stessa sarebbe indeterminata e carente in un punto richiesto a pena di esclusione, cioè per non avere Sodexo indicato l'organizzazione del personale dedicato allo specifico appalto del Comune di Selvazzano Dentro.

La ricorrente ha formulato, altresì, domande: di risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione in proprio favore della gara, previa caducazione o annullamento o declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto di appalto eventualmente già stipulato nelle more del giudizio tra la stazione appaltante e la Sodexo; in subordine, di risarcimento del danno per equivalente monetario, con interessi e rivalutazione monetaria, ivi compreso l'eventuale mancato guadagno per la parziale esecuzione del contratto da parte dell'aggiudicataria.

Si è costituito in giudizio con controricorso il Comune di Selvazzano Dentro, depositando documenti sui fatti di causa e concludendo per l'infondatezza delle censure della ricorrente.

Si è costituita in giudizio, inoltre, la controinteressata Sodexo Italia S.p.A., depositando una memoria e documenti ed eccependo

l'inaammissibilità del primo motivo di ricorso, nonché la sua infondatezza nel merito e l'infondatezza, altresì, del secondo motivo. Con ordinanza n. 311/2019 del 18 luglio 2019, stante la sussistenza del prescritto *fumus boni juris*, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso originario, ai fini della riedizione del subprocedimento di verifica dell'anomalia, sospendendo nelle more gli atti impugnati e, in specie, la determinazione di aggiudicazione dell'appalto a Sodexo.

In data 25 luglio 2019 Sodexo ha depositato ricorso incidentale con il quale ha chiesto l'annullamento, previa adozione di misure cautelari, di tutti i verbali e gli atti della gara indetta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, nella parte in cui hanno disposto l'ammissione alla procedura e la non esclusione dalla stessa dell'offerta presentata da Euroristorazione, assoggettandola a valutazione ed attribuendole 88,73 punti complessivi.

In particolare, la ricorrente incidentale ha impugnato:

- il verbale n. 2 del 26 aprile 2019, nella parte in cui la Commissione di gara ha formato la graduatoria definitiva delle offerte, collocando quella di Euroristorazione al secondo posto;
- la determinazione della C.U.C. n. 215 del 29 marzo 2019, nella parte in cui ha ammesso la ricorrente principale alla gara in esito alle valutazioni sulla documentazione amministrativa;
- il verbale di gara della seduta del 28 marzo 2019, nella parte in cui la Commissione di gara ha disposto l'ammissione della stessa Euroristorazione all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali;
- limitatamente alla posizione della succitata ricorrente principale, gli atti di approvazione di tutte le operazioni di gara.

A supporto del gravame, Sodexo ha dedotto i seguenti motivi:

1b) *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*, poiché Euroristorazione, da un lato, dichiarerebbe nel D.G.U.E. di non volersi servire del subappalto, dall'altro, nell'offerta avrebbe subappaltato prestazioni dell'appalto (le analisi di laboratorio per controllo igienico-sanitario e le attività di "Pest control") a soggetti terzi, senza, peraltro, consentire che di questi soggetti venga verificata la sussistenza dei requisiti previsti dal Codice;

2b) *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*, perché l'offerta tecnica di Euroristorazione sarebbe formulata in violazione di prescrizioni essenziali in ordine al servizio di trasporto dei pasti, avendo la ditta proposto nell'offerta un "Piano Trasporti" che non rispetterebbe i tempi indicati nel capitolato per la consegna dei pasti.

Al ricorso incidentale hanno replicato sia il Comune di Selvazzano Dentro, sia Euroristorazione; dal canto suo, Sodexo ha insistito per la fondatezza del ricorso incidentale.

In esito alla rinnovazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di Sodexo, con determinazione reg. gen. 609 del 28 agosto 2019 il Comune ha confermato l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla predetta ditta.

Avverso tale provvedimento di conferma dell'aggiudicazione, nonché gli atti presupposti e connessi elencati in epigrafe – tra cui la relazione del R.U.P. che ha attestato l'esito positivo della verifica di congruità dell'offerta di Sodexo e, così, la sua sostenibilità – è nuovamente insorta Euroristorazione, impugnandoli con motivi aggiunti depositati il 17 settembre 2019.

A sostegno dei motivi aggiunti, con cui ha chiesto l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia e previe misure cautelari monocratiche, dei provvedimenti ed atti impugnati, la società ha dedotto le seguenti censure:

3a) 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, in quanto, da un lato, Sodexo avrebbe ripetutamente modificato le giustificazioni esposte in sede di verifica dell'anomalia, rimodulando più volte singole componenti di costo al fine di dimostrare la sostenibilità dell'offerta; dall'altro, avrebbe illegittimamente modificato dati e importi senza produrre "pezze giustificative" atte a dimostrare la veridicità di quanto dichiarato e senza che la P.A. chiedesse i necessari chiarimenti sul punto. In ogni caso, la società avrebbe sottostimato i costi della manodopera, della formazione del personale, del trasporto e quelli per l'informatizzazione;

4a) *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*, atteso che Sodexo avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in esito al nuovo procedimento di verifica dell'anomalia, per avere posto in essere un'inammissibile modifica dell'offerta tecnica in relazione al rapporto tra i pasti prodotti ed il personale di servizio.

In subordine Euroristorazione ha formulato istanza – reiterata nella memoria conclusiva – affinché l'adito Tribunale disponesse C.T.U. al fine di verificare la ragionevolezza e la sostenibilità dal punto di vista economico-finanziario dell'offerta dell'aggiudicataria.

L'istanza di misure cautelari monocratiche è stata respinta con decreto presidenziale n. 403/2019 del 18 settembre 2019.

Le controparti hanno depositato rispettive memorie, resistendo ai motivi aggiunti. In particolare, la controinteressata ha eccepito l'inammissibilità e l'irricevibilità per tardività (oltre che l'infondatezza) degli stessi.

Nella camera di consiglio del 2 ottobre 2019 la ricorrente principale ha rinunciato all'istanza cautelare presentata con i motivi aggiunti.

In vista dell'udienza di merito, le parti hanno depositato una memoria conclusiva (Euroristorazione) e repliche (il Comune e la controinteressata).

All'udienza pubblica del 18 dicembre 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare, il Collegio deve esaminare la questione del rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale cd. escludente sollevata dalla ricorrente incidentale Sodexo.

Infatti, quest'ultima sostiene che il ricorso incidentale da essa proposto avrebbe efficacia paralizzante in quanto dimostrerebbe che l'offerta di Euroristorazione avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara e, quindi, sarebbe diretto a far dichiarare inammissibile il ricorso principale, per difetto di legittimazione e carenza di interesse in capo alla suddetta ricorrente principale.

Ne discenderebbe che, in ossequio al superiore principio di economia processuale ed in adesione ad un orientamento giurisprudenziale seguito anche da questo Tribunale, il ricorso incidentale dovrebbe essere esaminato prioritariamente rispetto al principale, dovendo il G.A. verificare preliminarmente la sussistenza delle condizioni dell'azione (legittimazione e interesse ad agire) in capo alla ricorrente principale, in difetto delle quali il ricorso principale va dichiarato inammissibile.

La tesi di Sodexo non può essere condivisa.

Sulla questione è, infatti, intervenuta una recente pronuncia della Corte di Giustizia U.E. (sentenza del 5 settembre 2019 resa nella causa C-333/18), la quale ha evidenziato che il diritto dell'Unione *“deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi*

intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi?

In particolare, la Corte di Giustizia ha osservato che, quando a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, due offerenti presentano ricorso intesi alla reciproca esclusione, ciascuno di essi ha interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto: da un lato, infatti, *“l'esclusione di un offerente può far sì che l'altro ottenga l'appalto direttamente nell'ambito della stessa procedura”*; d'altro lato, in caso di esclusione di tutti i concorrenti ed avvio di una nuova procedura *“ciascuno degli offerenti potrebbe parteciparvi e quindi ottenere indirettamente l'appalto”*.

Pertanto – prosegue la Corte – la regola *“secondo cui gli interessi perseguiti nell'ambito di ricorsi intesi alla reciproca esclusione sono considerati in linea di principio equivalenti, si traduce, per i giudici investiti di tali ricorsi, nell'obbligo di non dichiarare irricevibile il ricorso per esclusione principale in applicazione delle norme procedurali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale proposto da un altro offerente”*. E tale regola 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”*: ciò, atteso che in un'ipotesi del genere non è 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”*.

Quindi, il ricorso principale non può – a pena di pregiudicare il cd. effetto utile – essere subordinato né alla previa constatazione che tutte le offerte classificate dietro quella del ricorrente principale sono anch’esse irregolari, né alla prova, a carico del ridetto ricorrente principale, del fatto che la P.A. sarà indotta a ripetere la procedura di affidamento dell’appalto. *“L’esistenza di una possibilità siffatta”* – chiariscono i giudici europei – *“deve essere considerata in proposito sufficiente”*.

Da ultimo, nessun valore può attribuirsi alla circostanza che gli altri concorrenti classificatisi dietro il ricorrente principale non siano intervenuti nel giudizio, poiché – conclude la Corte – *“il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell’appalto pubblico (.....), come pure il numero di partecipanti che hanno presentato ricorsi nonché la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti, non sono rilevanti ai fini dell’applicazione del principio”* di diritto sopra enunciato.

Andando ad applicare l’ora visto insegnamento giurisprudenziale alla fattispecie per cui è causa, ne discende che al ricorso incidentale di Sodexo non può riconoscersi alcuna efficacia *“paralizzante”* del ricorso principale di Euroristorazione: l’esame di quest’ultimo, infatti, rimane doveroso, quand’anche fosse accertata la fondatezza del predetto ricorso incidentale e, dunque, che l’offerta della ricorrente principale era *“irregolare”* e avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Né ha valore, in base al *dictum* dei giudici europei, che nel caso *de quo* vi sia una terza concorrente (SO.VITE S.p.A.), la cui offerta si è classificata al terzo posto, rimasta estranea alla presente causa: anche

se non vi sono motivi per dubitare della regolarità di tale offerta, la semplice possibilità che, in caso di accoglimento del ricorso principale (oltre che di quello incidentale), la stazione appaltante sia indotta a ripetere la gara, già basta *ex se* a fondare sia la legittimazione, sia l'interesse ad agire della ricorrente principale.

Non vi sono, in conclusione, ragioni logico-giuridiche tali da indurre il Collegio a dare priorità alla disamina del ricorso incidentale proposto da Sodexo: in particolare, non è condivisibile il richiamo, ad opera della ricorrente incidentale, al principio di economia processuale, essendo il Collegio tenuto in ogni caso ad esaminare il ricorso principale, pur nell'evenienza che quello incidentale sia fondato e da accogliere.

Alla luce di quanto detto, non essendovi motivi per procedere all'inversione dell'ordine di esame dei ricorsi, il Collegio ritiene di principiare dal ricorso principale di Euroristorazione, che è articolato in un atto introduttivo e nei successivi motivi aggiunti.

Con riguardo al ricorso introduttivo, la stessa ricorrente principale ha dichiarato all'udienza pubblica la sopravvenuta carenza di interesse alla sua decisione. Esso va, quindi, dichiarato improcedibile, ai sensi degli artt. 35, comma 1, lett. c), e 85, comma 9, c.p.a..

Venendo ai motivi aggiunti presentati da Euroristorazione, in via preliminare si devono scrutinare le eccezioni di inammissibilità e di tardività degli stessi sollevate da Sodexo, in virtù dell'idoneità di tali eccezioni, ove accolte, a precluderne l'esame nel merito.

Sostiene, in particolare, la controinteressata che i motivi aggiunti sarebbero inammissibili, in quanto andrebbero a sindacare nel merito le valutazioni della stazione appaltante, operando un'illegittima parcellizzazione delle giustificazioni e omettendo di considerare la

complessiva congruità dell'offerta dell'aggiudicataria. Inoltre, sarebbero tardivi, perché solleverebbero presunti vizi che afferiscono alle giustificazioni presentate nell'aprile del 2019 e comunque già note al tempo della presentazione del ricorso: ciò si evincerebbe dalle medesime asserzioni della ricorrente, lì dove lamenta che i profili di (presunta) anomalia attinenti al costo dei trasporti ed ai costi di informatizzazione sono emersi solo nel nuovo subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta, di tal che sarebbe confermato – eccepisce Sodexo – che gli altri asseriti profili di anomalia erano già noti.

Le suddette eccezioni devono essere respinte.

Vero è che, per consolidato indirizzo giurisprudenziale, il giudizio di anomalia dell'offerta economica è connotato da ampi profili di discrezionalità tecnica e non basta a rendere incongrua un'offerta il solo fatto che alcuni dei suoi elementi costitutivi risultino bassi in modo anomalo, ma occorre che la riscontrata sottostima dei costi sia tale da erodere completamente l'utile dichiarato (cfr., *ex plurimis*, C.d.S., Sez. V, 13 febbraio 2017, n. 607, 17 novembre 2016, n. 4755 e 25 gennaio 2016, n. 242; id., Sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514, 22 gennaio 2016, n. 211 e 10 novembre 2015, n. 5128). Incombe, quindi, su chi voglia denunciare l'anomalia dell'offerta l'onere di allegare, con specifico e dettagliato motivo, quale sia il maggior costo complessivamente da sostenere per l'esecuzione della commessa e quale la sua incidenza sull'utile prospettato (C.d.S., Sez. V, 25 ottobre 2017, n. 4912 e 27 settembre 2017, n. 4527; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 20 febbraio 2018, n. 1956).

Orbene, ciò è proprio quanto ha cercato di fare Euroristorazione, la quale, tramite le sue censure, ha inteso assolvere al riferito onere di

allegazione, indicando le voci di maggior costo di esecuzione del servizio che, a suo avviso, azzerano del tutto l'utile dichiarato da Sodexo, fino a far sì che l'offerta di questa sia in perdita: di qui la piena ammissibilità di tali censure.

In ordine poi alla pretesa tardività dei motivi aggiunti, a confutazione di tale eccezione si evidenzia che le censure ivi formulate si incentrano sul subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di Sodexo rinnovato dalla stazione appaltante per effetto del “*remand*” operato da questo Tribunale con ordinanza cautelare n. 311/2019 del 18 luglio 2019: se ne ricava la tempestività dei ridetti motivi aggiunti.

Peraltro, la riedizione del subprocedimento di verifica dell'anomalia ha determinato il superamento del subprocedimento precedente e delle giustificazioni rese in tale sede da Sodexo, tanto che il ricorso originario di Euroristorazione è divenuto – come si è sopra visto – improcedibile, e tutte le doglianze della ricorrente principale si sono traslate sugli esiti del nuovo subprocedimento: ne segue, anche per questo verso, l'infondatezza della suesposta eccezione di tardività.

Nel merito, i motivi aggiunti sono fondati e da accogliere, essendo fondate sia la doglianza con cui è contestato l'azzeramento dell'utile dell'offerta di Sodexo per effetto della sottostima del costo della manodopera, sia quella con cui si lamenta la violazione del principio di immodificabilità dell'offerta: sono, perciò, fondati ambedue i motivi aggiunti, rubricati più sopra, rispettivamente, al n. 3a) ed al n. 4a).

Più specificamente, nell'ordinanza di accoglimento dell'istanza cautelare presentata con il ricorso introduttivo si è indicato come detta istanza fosse assistita dal *fumus boni juris*, tra l'altro, perché nel

(primo) subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di Sodexo non erano stati considerati, nel costo della manodopera della medesima aggiudicataria, i sei addetti al coordinamento, che, invece, avrebbero dovuto essere inclusi nel computo.

A questo fine, l'ordinanza cautelare ha espressamente richiamato il doc. 4 del Comune, cioè la tabella con cui il R.U.P., nell'ambito dell'istruttoria del subprocedimento *de quo*, ha 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 orario).

In detta tabella, infatti, manca ogni riferimento al costo delle sei unità “*di coordinamento*”, che, pure, sono menzionate nell'offerta tecnica di Sodexo: a pag. 7 di questa (all. 10 di Euroristorazione e doc. 6 del Comune), infatti, si legge che “*le persone che si occuperanno del servizio complessivo saranno 37 tutti i giorni (6 coordinamento; 12 produzione; 2 trasporto; 17 distribuzione)*”. Il R.U.P., invece, ha conteggiato nella tabella in questione solo n. 31 unità di personale con varie qualifiche, omettendo – si ripete – di considerare i sei addetti al coordinamento.

Nel procedere alla riedizione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, il R.U.P. ha quindi richiesto a Sodexo, con nota prot. n. 29503 del 23 luglio 2019 (v. all. 5 ai motivi aggiunti), di integrare il contenuto delle giustificazioni già rese il 18 aprile 2019 con riguardo a due voci di costo, una delle quali era, appunto, il costo della manodopera “*in relazione ai sei addetti al coordinamento presso il centro di cottura di Padova, che figurano nell'offerta tecnica presentata in sede di gara*” e l'aggiudicataria ha provveduto ad inviare ben tre

giustificazioni dei dati indicati nell'offerta, le prime due il 7 agosto 2019 e la terza il successivo 26 agosto.

All'esito di tale subprocedimento, il R.U.P. ha proceduto alla stesura di una relazione conclusiva (v. la nota prot. n. 33477 del 27 agosto 2019: doc. II.01 del Comune) in cui ha confermato la sostenibilità dell'offerta economica presentata da Sodexo, affermando, con specifico riferimento al costo dei sei addetti al coordinamento, quanto segue:

“Sodexo Italia s.p.a. ha confermato quanto dichiarato in sede di offerta tecnica (...) ovvero che le sei figure di coordinamento compongono un team di controllo con funzione di supervisione del corretto andamento del servizio a disposizione dell'amministrazione in caso di necessità, precisando altresì che dette figure sono già retribuite con imputazione ai “dipartimenti” in cui è strutturato l'operatore economico (.....) e ribadisce di non aver offerto in gara un monte ore proprio perché non si tratta di personale operativo stabilmente adibito al servizio, bensì di figure di staff a disposizione delle amministrazioni a fronte di loro specifiche richieste (...).

Sodexo Italia s.p.a. (.....) ha comunque adottato, condivisibilmente, un criterio di imputazione in quota parte dei costi connessi alle menzionate figure, tenendo conto dell'incidenza percentuale del fatturato annuo prodotto dall'appalto in questione sul fatturato annuo (globale) maturato dai distinti “dipartimenti” di appartenenza delle medesime figure (centro di cottura di Padova per quanto concerne direttore del servizio e dietista; filiale nord est per quanto attiene a responsabile area, responsabile RSPP, responsabile ufficio tecnico, responsabile qualità e sicurezza alimentare), pervenendo alla quantificazione complessiva per il triennio di euro 21.369,86 (...).”

Poiché, però, l'aggiudicataria aveva dichiarato nelle giustificazioni del 18 aprile 2019 (all. 8 al ricorso originario) che il proprio utile

d'impresa era pari ad € 19.703,00 *“per tutta la durata dell'appalto”*, si deve concludere che il maggior costo della manodopera derivante dall'aggiunta di € 21.369,86 per i sei addetti al coordinamento vada ad azzerare per intero il suddetto utile d'impresa. Per conseguenza, l'offerta di Sodexo risulta in perdita e, dunque, la ditta non avrebbe potuto aggiudicarsi la commessa: donde la fondatezza del primo motivo aggiunto, lì dove (a pagg. 16-17) viene formulata la doglianza qui analizzata.

Il punto necessita di un chiarimento.

Come emerge dalla stessa relazione del R.U.P. del 27 agosto 2019, *“correlativamente”* all'aggiunta, nel costo della manodopera, della somma per i sei addetti al coordinamento, Sodexo ha proceduto ad una rimodulazione di molteplici voci di costo, a cominciare dallo stesso costo del personale, al fine di dimostrare che la propria offerta economica restava comunque in attivo.

In particolare, la citata relazione evidenzia come la rimodulazione del costo del personale, effettuata da Sodexo nelle sue nuove giustificazioni, si sia basata sui *“benefici connessi alla tutela assicurativa (INAIL), alla previdenza complementare, nonché al ridotto tasso di assenteismo aziendale (.....), benefici che erano stati solo declamati e non applicati nel contesto delle originarie spiegazioni del 18.4.2019 e la cui rispondenza alle risultanze documentali aziendali è stata autocertificata dal procuratore della società all'esito dell'audizione del 26.8.2019”*.

A seguito di tale rimodulazione del costo del personale, si è *“pervenuti alla relativa quantificazione per il triennio in euro 526.518,44, che, sommata al costo delle sei figure di staff a disposizione dell'amministrazione su richiesta (euro 21.369,86), risulta contenuta nei limiti dell'importo di euro 550.170,00*

indicato in sede di offerta economica (526.518,44 + 21.369,86 = 547.888,30)” (così pag. 3 della relazione del R.U.P.).

Come accennato, la predetta rimodulazione non ha riguardato solo la manodopera, ma si è estesa ad altre voci. In particolare, la ricorrente principale ha documentato le modifiche apportate da Sodexo in sede di giustificazioni al “peso” delle attività che nel *D.G.U.E.* la ridetta società aveva dichiarato di voler subappaltare: analisi alimentare, disinfestazione, manutenzioni, trasporto pasti.

Mettendo, infatti, a confronto le giustificazioni rese il 26 agosto 2019 (in particolare: la tabella “*voci di costo*” contenuta a pag. 7 delle stesse), con il *D.G.U.E.* (v. all.ti 9 e 10 ai motivi aggiunti), 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. In dettaglio: in base alle citate giustificazioni il costo del trasporto (n. 5 della tabella) incide per il 2,09%, il “*pest control*” (n. 6) per lo 0,10%, le manutenzioni (n. 8) per lo 0,22% ed il campionamento analitico (n. 12) per lo 0,61%. Le medesime attività, in base al *D.G.U.E.*, riguardavano una quota maggiore dell’appalto, rispettivamente: il costo del trasporto, il 2,89%, la disinfestazione lo 0,73%, le manutenzioni l’1,95% e le analisi alimentari lo 0,67%.

Tuttavia, l’ora vista operazione di “rimodulazione” appare scorretta e illegittima, anzitutto in quanto irrispettosa dei limiti al “*remand*” apposti dall’ordinanza cautelare n. 311/2019 cit.: quest’ultima ha, infatti, incentrato la riedizione del subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta di Sodexo sui due profili della mancata considerazione del costo dei sei addetti al coordinamento e dell’esatta quantificazione del costo delle ore di formazione.

Tali limiti sono quelli individuati, altresì, dalla già vista nota del R.U.P. prot. n. 29503 del 23 luglio 2019, che ha disposto l'avvio del nuovo subprocedimento di verifica dell'anomalia (v. all. 5 ai motivi aggiunti), cosicché anche detta nota risulta violata dal ricalcolo da parte di Sodexo di molteplici voci di costo (tra cui in specie la rimodulazione integrale del costo della manodopera).

In terzo luogo – e soprattutto – la rimodulazione dei costi operata dall'aggiudicataria ha comportato, per la sua ampiezza, la violazione del principio di immodificabilità dell'offerta.

Si richiama, in proposito, l'insegnamento giurisprudenziale, secondo il quale 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: tuttavia tali principi incontrano il limite del divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta, che ne alteri l'equilibrio economico, allocando diversamente rilevanti voci di costo nella sola fase delle giustificazioni. Ciò, perché *“diversamente opinando, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di consentire un'indiscriminata ed arbitraria modifica postuma della composizione dell'offerta economica (nella fase del controllo dell'anomalia), con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, in tal modo snaturando completamente la funzione e i caratteri del subprocedimento di anomalia”* (cfr., *ex multis*, C.d.S., Sez. V, 24 aprile 2017, n. 1896; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 1° febbraio 2019, n. 1344).

Invero, *“nella fase del controllo dell'anomalia non è possibile un'indiscriminata ed arbitraria modifica postuma della composizione dell'offerta economica, con il solo limite del rispetto del saldo complessivo, atteso che questo si porrebbe in contrasto con le esigenze conoscitive, da parte della stazione appaltante, della sua*

struttura di costi (.....); inoltre, si 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 (per come dettagliate nella domanda di partecipazione originaria), 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?" (C.d.S., Sez. III, 10 marzo 2016, n. 962).

In conclusione, *"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 C.d.S., Sez. V, 7 marzo 2019, n. 1565, che richiama Sez. VI, 6 febbraio 2012, n. 636 e Sez. V, 12 marzo 2009, n. 1451).

Orbene, nel caso di specie le modifiche alle voci di costo introdotte da Sodexo nelle giustificazioni per la loro ampiezza e significatività non possono farsi rientrare in quelle operazioni di mera compensazione tra sottostime e sovrastime che, come visto, sono consentite dalla giurisprudenza in sede di subprocedimento di verifica dell'anomalia. Basti considerare, sul punto, che la voce di costo attinente ai sei addetti al coordinamento non ha formato oggetto di una mera sottostima, a cui Sodexo ha rimediato con le giustificazioni del 7 e 26 agosto 2019, ma di una vera e propria omissione nelle precedenti giustificazioni del 18 aprile 2019.

Anche ad opinare diversamente, deve comunque ritenersi inadeguata l'istruttoria compiuta sul punto dal R.U.P., lì dove ha stabilito che le mere autocertificazioni del rappresentante della ditta fossero

sufficienti a dimostrare la corrispondenza alle risultanze documentali aziendali dei dati (tasso di assenteismo, ecc.) che consentivano a Sodexo di abbassare il costo del personale. Si rammenta, in proposito che, a fronte di talune voci di prezzo giudicate troppo basse, quindi inattendibili, è l'impresa che deve dimostrare che, per converso, altre voci di prezzo sono state inizialmente sopravvalutate e che, perciò, in relazione alle stesse essa è in grado di conseguire “*un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio*”, che compensa il maggior costo di altre voci (cfr. C.d.S., Sez. VI, n. 636/2012, cit.).

La violazione del principio di immodificabilità dell'offerta si mostra tanto più grave nel caso *de quo*, in quanto essa ha implicato 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 (all. 7 ai motivi aggiunti), come dedotto da Euroristorazione con il secondo motivo aggiunto: motivo che, pertanto, è anch'esso fondato e da condividere.

In altre parole: o il numero degli addetti al servizio è di 37, ma allora il costo del personale aumenta per la durata del contratto di € 21.369,86 e ciò azzerava l'utile di Sodexo, oppure detto numero è di 31 addetti, ma allora in sede di giustificazioni la società ha stravolto le modalità di organizzazione del servizio, considerato che la presenza di un numero minore di addetti al servizio comporta anche un diverso rapporto pasti/personale.

Dal ché emergono profili di indeterminatezza dell'offerta dell'aggiudicataria i quali, in base all'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016, avrebbero di per sé legittimato l'esclusione della medesima offerta dalla gara (T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 9 agosto 2018, n. 275).

Non convincono le contrarie argomentazioni addotte dalle controparti.

Sostiene, in particolare, il Comune di Selvazzano Dentro che Sodexo non avrebbe operato nessuna modifica al contenuto dell'offerta tecnica, avendo già all'interno di questa precisato che le sei figure di coordinamento costituivano un "team" di supervisione del corretto andamento del servizio messo a disposizione della P.A. in caso di necessità.

In argomento, tuttavia, si è già sottolineato che è stata la mancata indicazione dei costi per tali figure da parte di Sodexo a far sorgere dubbi circa il numero di addetti al servizio (37 o 31), con il corollario dell'indeterminatezza dell'offerta sul punto, come lamentato da Euroristorazione nel secondo motivo aggiunto. Peraltro, l'inserimento della quota di costo dei sei addetti (pari a € 21.369,86 per la durata dell'appalto) azzerava l'utile d'impresa e fa sì che l'offerta sia in perdita.

In secondo luogo, la difesa comunale si appunta sulla rimodulazione del costo della manodopera (e delle ore di formazione del personale) per dimostrare la complessiva correttezza del nuovo giudizio del R.U.P. di sostenibilità dell'offerta economica di Sodexo, ma non si avvede dell'illegittimità in sé della citata rimodulazione, per il *vulnus* che essa arreca alla regola dell'immodificabilità dell'offerta e al principio ad essa sotteso della *par condicio competitorum*.

Al riguardo, non è condivisibile la minimizzazione delle suddette modifiche che emerge dalle stesse parole del R.U.P., per come riportate dal Comune nelle conclusioni della memoria di costituzione e resistenza ai motivi aggiunti, riferite al costo di formazione del personale ma estensibili a quello della manodopera, lì dove si indica

una “*certa imprecisione nello sviluppo dell’apporto partecipativo al subprocedimento da parte di Sodexo Italia S.p.A.*”, per poi concludere, tuttavia, che essa non ha inciso in termini di difformità dell’offerta tecnica, ovvero di manifesta contraddittorietà del ragionamento esposto.

Dal canto suo, Sodexo contesta anzitutto di avere introdotto alcuna modifica del valore delle attività oggetto di subappalto, lamentando l’erroneità del confronto tra i valori indicati nel *D.G.U.E.* ed i costi adottati nelle giustificazioni. Il *D.G.U.E.*, infatti, contiene l’indicazione (peraltro non vincolante) della quota massima delle attività che il concorrente intende subappaltare; inoltre – e soprattutto – le quote percentuali riferite nel *D.G.U.E.* e quelle riferite nelle giustificazioni sono calcolate rispetto a valori differenti, assumendo esse a base nel primo caso il valore dell’appalto secondo la documentazione di gara, nel secondo il prezzo offerto dalla ditta concorrente.

La spiegazione non persuade, perché:

- a) non vi sono elementi per negare che anche i valori delle attività da dare in subappalto indicati nella tabella “*voci di costo*” delle giustificazioni del 26 agosto 2019 si riferiscano, come i valori riportati nel *D.G.U.E.*, a quote massime delle attività da subappaltare, non fornendo Sodexo alcuna prova, sul punto, che si tratti di valori eterogenei (gli uni, nel *D.G.U.E.*, attinenti alle quote massime, gli altri, nella tabella, attinenti alle quote di attività effettivamente subappaltate);
- b) il fatto che le percentuali riportate nel *D.G.U.E.* siano calcolate sull’importo a base di gara, mentre quelle elencate nelle giustificazioni sono calcolate sul prezzo offerto, non fa altro che

rendere ancora più netta la discrasia nei valori tra i due documenti: infatti, le percentuali indicate nella tabella “*voci di costo*” non solo sono inferiori *ex se* alle quote riportate nel *D.G.U.E.*, come già illustrato, ma sono calcolate su una base (il prezzo offerto) che a sua volta è inferiore all'altra (il valore dell'appalto). La riduzione dei costi così ottenuta e, di conseguenza, la modifica dell'offerta, appaiono, dunque, ancora più marcate.

Sodexo insiste, poi, nella correttezza dei calcoli contenuti nelle giustificazioni dell'agosto 2019, che darebbero motivatamente conto della rimodulazione del costo della manodopera, tale da neutralizzare l'aumento dovuto all'inserimento della voce afferente ai sei addetti al coordinamento. A tal proposito, obietta che non si potrebbe sommare l'importo di € 21.369,86 (costo dei sei addetti) a quello totale di € 550.170,00, dichiarato nelle prime giustificazioni (del 18 aprile 2019) quale costo operativo del personale, in quanto dette giustificazioni (v. all. 8 al ricorso, pagg. 3-4) contenevano la precisazione che Sodexo avrebbe goduto ancora di margini economici in termini di detrazione dell'aliquota *IRAP*, detrazione della rivalutazione *TFR*, ridotto tasso infortunistico, ecc..

Neppure l'ora vista obiezione convince, non essendo corretta sul piano metodologico, giacché introduce elementi di indeterminatezza nell'offerta economica, il cui importo – a voler dare credito alle spiegazioni di Sodexo – potrebbe essere di volta in volta variato dal concorrente, togliendo ovvero aggiungendo elementi secondo le sue convenienze: il tutto, 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 *“dovendo tenersi distinto il subprocedimento di anomalia, nella sua funzione e nei suoi caratteri – volto al concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta – dalla cristallizzazione dell'offerta presentata dai concorrenti nelle sue componenti”* e restando fermo *“il divieto di una radicale modificazione della composizione dell'offerta che ne alteri l'equilibrio economico allocando diversamente rilevanti voci di costo nella sola fase delle giustificazioni nel solo rispetto del saldo complessivo”* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, n. 1344/2019, cit.).

La controinteressata trascura del resto che, a seguito del *“remand”* operato in sede cautelare, il R.U.P. ha circoscritto la riedizione della presentazione di giustificazioni ai due aspetti del conteggio del costo degli addetti al coordinamento e del calcolo delle ore di formazione del personale.

Da ciò che si è esposto emerge, in definitiva, la fondatezza sia del primo, sia del secondo dei motivi aggiunti presentati dalla ricorrente principale.

Terminato l'esame del ricorso principale, l'approdo a cui esso conduce, nel senso dell'accoglimento dei motivi aggiunti proposti da Euroristorazione, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto a Sodexo, dà conto della necessità di analizzare, a questo punto, il ricorso incidentale della ridetta aggiudicataria.

Ciò, non potendosi escludere che l'eventuale accertamento della fondatezza del ricorso incidentale (e cioè che l'offerta della ricorrente principale è *“irregolare”*), induca la stazione appaltante ad annullare la procedura e ad avviarne una nuova, sul presupposto che l'altra offerta in gara, quella di SO.VITE. S.p.A., non soddisfi le attese della ridetta stazione appaltante: possibilità, questa, che basta di per sé,

secondo la giurisprudenza comunitaria più sopra richiamata, a fondare la legittimazione e l'interesse al ricorso.

Tanto premesso, con il primo motivo del ricorso incidentale Sodexo lamenta che Euroristorazione, nel *D.G.U.E.*, avrebbe dichiarato di non voler subappaltare alcuna prestazione oggetto di gara. Nella propria offerta tecnica, invece, la società avrebbe espresso l'intenzione di affidare a terzi sia le analisi di laboratorio per il controllo igienico-sanitario, sia le attività di "*Pest control*" (disinfestazione): ma si tratterebbe di attività che, per tutta una serie di elementi, debbono essere qualificate in termini di subappalto e ciò determinerebbe l'inammissibilità dell'offerta di Euroristorazione, per avere questa, da un lato, negato di ricorrere al subappalto, dall'altro espressamente subappaltato talune prestazioni dell'appalto a soggetti terzi, senza nemmeno consentire che per questi fosse verificata la sussistenza dei requisiti previsti dal Codice.

La doglianza non è suscettibile di positivo apprezzamento.

In base all'art. 105, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, per aversi subappalto occorre che sussistano, cumulativamente, le seguenti due condizioni:

- 1) che l'importo della prestazione sia singolarmente superiore al 2% dell'importo del contratto o sia di importo superiore ad € 100.000;
- 2) che l'incidenza del costo della manodopera e del personale – per attività ovunque espletate – sia superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare.

Tuttavia, com'è fondatamente eccepito dalle controparti, la ricorrente incidentale, pur diffusamente argomentando che sia per le analisi di laboratorio, sia per le attività di "*Pest control*", l'incidenza del costo della manodopera sarebbe superiore al 50% del rispettivo

valore, nulla dice in ordine all'altra condizione richiesta per la configurabilità del subappalto, consistente nel superamento del limite del 2% dell'importo dell'appalto da affidare o dell'importo di € 100.000,00 (da riferire al valore singolo del contratto di analisi e del contratto di disinfestazione).

Nella memoria depositata il 2 settembre 2019 Sodexo replica all'ora vista eccezione sostenendo che si avrebbe subappalto ogni volta che, a prescindere dall'incidenza percentuale del valore dell'attività sull'importo complessivo dell'appalto, e dal valore monetario assoluto di detta attività, quest'ultima sia connotata da un'incidenza del costo del personale superiore al 50%.

L'assunto, tuttavia, urta contro il tenore dell'art. 105, comma 2, del Codice, come interpretato dalla giurisprudenza, secondo cui le due condizioni di cui alla predetta disposizione debbono sussistere non alternativamente, ma cumulativamente (T.A.R. Liguria, Sez. II, 13 agosto 2019, n. 702).

Né sul punto convince il richiamo giurisprudenziale della ricorrente incidentale, avendo la sentenza invocata (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 31 dicembre 2018, n. 2903) affrontato una questione diversa da quella ora in esame.

In particolare, la decisione in commento ha affermato l'impossibilità dell'affidamento diretto, ai sensi dell'art. 105, comma 2, cit., quando il valore della manodopera prevista per una certa attività superi la soglia del 50%: ma ciò non significa per nulla che detta attività possa essere affidata in subappalto, in quanto affinché ciò avvenga occorre – come si è detto – l'ulteriore e cumulativa condizione che l'attività abbia un valore superiore al 2% dell'importo dell'appalto o sia di importo superiore ad € 100.000,00.

Mette conto sottolineare che la censura di Sodexo non riguarda il profilo (affrontato dalla sentenza del T.A.R. Lombardia ora ricordata) dell'impossibilità di un affidamento diretto, ove sia superato il limite del 50% della manodopera: ciò consente a questo Collegio di disattendere la censura in esame senza dover approfondire la questione se veramente nelle analisi di laboratorio e nell'attività di "Pest control" il costo della manodopera incida per più del 50%.

Di qui, in conclusione, l'infondatezza del primo motivo del ricorso incidentale, non avendo Sodexo fornito alcuna prova che sia le analisi di laboratorio, sia le attività di "Pest control" valgano più del 2% dell'appalto o siano di importo superiore ad € 100.000,00.

Con il secondo motivo la ricorrente incidentale lamenta che l'offerta di Euroristorazione avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, perché sarebbe formulata in violazione delle prescrizioni della *lex specialis* relative al servizio di trasporto.

In dettaglio, la ricorrente principale avrebbe proposto un Piano Trasporti non conforme alla tempistica dettata dal capitolato speciale per la consegna dei pasti. Infatti, l'art. 10 del predetto capitolato (all. 6 al ricorso principale) stabilisce che il concorrente si debba dotare di appositi automezzi "*in numero sufficiente a consentire che le consegne avvengano tassativamente nell'arco di 30 minuti a decorrere dal momento di partenza*": ebbene, il Piano di Euroristorazione prevede che le operazioni di consegna presso le scuole primarie interessate si concludano entro trenta minuti dalla partenza del mezzo dal centro di cottura, ma indica in tabella l'arrivo dei mezzi presso le scuole solo un minuto prima della prevista consegna; pertanto, al fine del rispetto del suvvisto termine di trenta minuti, il Piano prevede che le

operazioni di consegna si svolgano in un solo minuto, ma ciò sarebbe del tutto impossibile, con conseguente inosservanza del citato art. 10.

In altre parole, 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.

In contrario, tuttavia, si osserva anzitutto che non è per niente inverosimile l'adozione di accorgimenti tali da consentire lo svolgimento delle operazioni di consegna in un arco temporale ristrettissimo, in tesi pari ad un minuto: le controparti suggeriscono, sul punto, la possibilità di una collaborazione del personale incaricato della distribuzione dei pasti.

A nulla serve replicare, come fa Sodexo nella memoria depositata il 2 settembre 2019, che nel caso di specie la collaborazione degli addetti al servizio mensa ("*ASM*") non è ipotizzabile, trattandosi di compiti che esulano dalle loro mansioni e visto che Euroristorazione nulla ha disposto al riguardo in sede di formulazione dell'offerta tecnica (la quale non può essere integrata).

Invero, l'intervento degli "*ASM*" è solo uno dei possibili accorgimenti, la cui importanza minimale non comporta né la

necessità che lo stesso venisse specificato in sede di offerta tecnica, né, certo, un demansionamento del personale che se ne occupi.

L'ulteriore obiezione di Sodexo, che un intervento di tal tipo aggraverebbe i tempi di scarico, dovendo il personale "ASM" procedere ad operazioni aggiuntive di sanificazione (pulizia di mani e divisa, cambio dei guanti, ecc.) prima di provvedere alla distribuzione dei pasti ai bambini, è speciosa: ed infatti, una cosa sono le operazioni di consegna dei pasti, tutt'altra cosa, invece, quelle di distribuzione degli stessi (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 agosto 2019, n. 935).

In secondo luogo, il Collegio condivide l'indirizzo giurisprudenziale – richiamato dalle controparti – secondo cui dai principi di buona fede e correttezza, che informano i rapporti tra contraenti, discende che deve ammettersi una minima tolleranza nella tempistica dell'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto (T.A.R. Lombardia, Sez. IV, 22 marzo 2019, n. 607).

Né certo ciò determina – come si sforza di sostenere la ricorrente incidentale – uno svuotamento delle essenziali prescrizioni di gara inerenti le tempistiche di consegna. Invero, è principio generale che l'inadempimento rilevante è quello che supera i termini della normale tolleranza richiesta dai principi di correttezza e buona fede contrattuale (cfr. Cass. civ., Sez. II, 10 aprile 1986, n.2500; Trib. Bologna, Sez. II, 13 ottobre 2010, n. 2812).

Infine, la ricorrente incidentale non specifica quale sia la prescrizione della *lex specialis* di gara che sanzionerebbe con l'esclusione dalla gara l'inosservanza del suvvisto 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.

Donde, in definitiva, l'infondatezza anche del secondo motivo formulato da Sodexo e, con esso, del ricorso incidentale complessivamente considerato.

In conclusione, il ricorso principale è improcedibile per quanto riguarda il ricorso originario, mentre è fondato e da accogliere per quanto riguarda i motivi aggiunti.

Per conseguenza, va accolta la domanda di annullamento degli impugnati con i citati motivi aggiunti e, in specie, della determinazione di aggiudicazione della gara a Sodexo Italia S.p.A.; vanno accolte, altresì, la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con la ridetta aggiudicataria, nonché la domanda di aggiudicazione del contratto ad Euroristorazione S.r.l., avendo l'offerta di quest'ultima superato la verifica di congruità (v. il verbale n. 2 della Commissione giudicatrice, all. 3 al ricorso principale).

Va, invece, respinta la domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario, presentata da Euroristorazione in riferimento al periodo contrattuale in cui il servizio messo a gara risulta svolto da Sodexo, in ragione della rinuncia, da parte della ricorrente principale, all'istanza cautelare proposta con i motivi aggiunti (art. 1227 c.c.: cfr. C.d.S., A.P., 23 marzo 2011, n. 3).

Il ricorso incidentale è, invece, nel suo complesso infondato e deve, perciò, essere respinto.

In merito alla posizione delle parti costituite, le spese del ricorso principale seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, mentre le spese del ricorso incidentale vengono

integralmente compensate, attesa l'esistenza di giusti motivi per disporre la compensazione.

In merito alla posizione del Comune di Teolo, non costituitosi in giudizio, si compensano le spese sia del ricorso principale, sia di quello incidentale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui motivi aggiunti ad esso, come in epigrafe proposti, nonché sul ricorso incidentale:

- dichiara improcedibile il ricorso originario proposto dalla ricorrente principale;
- accoglie i motivi aggiunti proposti dalla ricorrente principale nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti e provvedimenti con essi impugnati e, in specie, l'aggiudicazione della gara a Sodexo Italia S.p.A., dichiara l'inefficacia del contratto stipulato dall'aggiudicataria con la stazione appaltante, dispone l'aggiudicazione del servizio ad Euroristorazione S.r.l. e respinge la domanda di risarcimento del danno per equivalente presentata dalla ricorrente principale per il periodo di durata del contratto in cui lo stesso è stato eseguito da Sodexo Italia S.p.A.;
- respinge il ricorso incidentale.

Condanna il Comune di Selvazzano Dentro e la controinteressata Sodexo Italia S.p.A. al pagamento in favore di Euroristorazione S.r.l. delle spese ed onorari di causa attinenti al ricorso principale, che liquida in via forfettaria in € 1.500,00 (millecinquecento/00) per ciascuna delle ridette soccombenti, per complessivi € 3.000,00

(tremila/00), oltre accessori di legge, compensando tra le medesime parti spese ed onorari del ricorso incidentale.

Compensa, inoltre, le spese nei confronti del Comune di Teolo, non costituitosi in giudizio, avuto riguardo sia al ricorso principale, sia a quello incidentale.

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

Così deciso in Venezia, nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2019, con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Giovanni Giuseppe Antonio Dato, Referendario

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Maddalena Filippi

IL SEGRETARIO