

Valutazione dell'offerta anomala: deve ritenersi insostenibile un'offerta i cui costi di esecuzione, ancorché non indicati dall'operatore economico, siano superiori al valore dell'utile stimato.

di Riccardo Marletta

Data di pubblicazione: 14-9-2017

1. L'operatore economico può porre a carico della propria struttura centrale determinati costi riferibili agli appalti che intende stipulare; tuttavia ciò non esclude la necessaria imputazione a ciascun appalto dei costi necessari per la sua esecuzione, che devono pertanto essere computati, seppur pro quota, nell'importo del singolo appalto, ancorché sostenuti dalla struttura centrale aziendale.
2. In applicazione dei principi in materia di tutela della concorrenza e di divieto di disparità di trattamento, l'offerta economica resa dall'operatore economico deve ritenersi congrua e sostenibile solo nell'ipotesi in cui le attività in essa comprese trovino piena corrispondenza nei costi indicati dal concorrente per l'esecuzione dell'appalto.
3. Non può ritenersi congrua l'offerta economica risultata anomala nell'ipotesi in cui i costi non considerati o non giustificati dall'operatore economico siano tali da non poter essere coperti neppure mediante il valore economico dell'utile stimato; in tale ipotesi infatti l'offerta economica diventa non remunerativa e quindi non sostenibile^[1].

^[1] cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 7 febbraio 2012, n. 636; id., 23 luglio 2012, n. 4206.

Guida alla lettura

La sentenza in commento affronta il tema della mancata indicazione, da parte dei concorrenti, dei costi riferibili all'esecuzione dell'appalto nell'ambito della valutazione dell'offerta anomala.

Nel caso portato all'attenzione del TAR Lombardia, diverse voci di costo previste dalla *lex specialis* di gara erano state imputate dall'operatore economico alla struttura centrale e individuate come "costi di struttura".

Il Collegio ha chiarito che un siffatto *modus procedendi* comporta un'alterazione della consistenza economica dell'offerta, traducendosi nella mancata imputazione al particolare appalto di una parte dei costi dell'esecuzione del servizio oggetto dell'appalto.

La sentenza ha precisato infine che, laddove i costi non considerati dal concorrente superino il valore dell'utile stimato dal concorrente, l'offerta è da ritenersi non sostenibile e non può pertanto superare positivamente il vaglio di anomalia.

Nell'occasione il TAR Lombardia, ha altresì ribadito i principi che devono orientare la stazione appaltante nella valutazione delle offerte anomale:

a) il concorrente sottoposto a valutazione di possibile anomalia non può fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di "finanza creativa", modificando le voci di costo e mantenendo fermo l'importo finale^[1];

b) il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi nel loro insieme considerati^[2];

c) è ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse, l'impresa dimostri che, con riguardo ad altre voci della medesima offerta, è possibile conseguire un effettivo risparmio in grado di compensarne il maggior costo^[3];

d) si deve ritenere coerente con lo scopo del giudizio di anomalia e con i principi di parità di trattamento e di non discriminazione una modifica ovvero un aggiustamento di singole voci di costo che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative; tali modifiche potrebbero anche portare ad una riduzione dei costi indicati o dell'utile atteso, a condizione che tale ultima voce non risulti del tutto azzerata^[4].

N. 01763/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00611/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 611 del 2017, proposto da:

Dussmann Service Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, corso di Porta Vittoria 28;

contro

Provincia di Como, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenica Condello, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale in Milano Via Corridoni n. 39;

Comune di Inverigo, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Boifava, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la segreteria del Tribunale in Milano, via Filippo Corridoni n. 39;

per l'annullamento

previa sospensione

1) quanto al ricorso principale:

- della determinazione n. 115/2017 del 09.02.2017 di aggiudicazione definitiva alla Sodexo Italia Spa della procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica delle scuole statali dell'infanzia, primarie e secondaria di primo grado, centro estivo e pasto anziani

a domicilio del Comune di Inverigo, comunicata via pec in data 10.2.2017;

- di tutti gli atti e verbali di gara e in particolare del verbale n. 9 del 06.2.2017 e della allegata relazione del Rup del 23.1.2017 prot. 1032 che hanno ritenuto congrue le giustificazioni dell'offerta economica della Sodexo Italia;

- di tutti gli atti e provvedimenti connessi, consequenziali o collegati.

nonché

per la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove stipulato nelle more del giudizio, e per la condanna della resistente al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica, mediante l'aggiudicazione dell'appalto e l'affidamento dell'esecuzione del servizio.

2) quanto riguarda al ricorso incidentale presentato da Sodexo Italia s.p.a.:

- la determinazione n. 115 del 09/02/2017 recante in capo a Sodexo Italia S.p.A. l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica delle scuole statale dell'infanzia, primaria e secondaria di primo grado, centro estivo e pasto anziani a domicilio del Comune di Inverigo, nella parte in cui, approvando le risultanze delle operazioni di gara, colloca al secondo posto in graduatoria la ricorrente principale;

- i processi verbali tutti della procedura de qua, laddove ritengono ammissibile e valutabile l'offerta della ricorrente principale, ovvero attribuiscono alla stessa punti 65,46 per i criteri valutativi dell'offerta tecnica;

e per la conseguente declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale per carenza d'interesse.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia di Como e di Sodexo Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2017 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Dussmann Service Srl impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto diversi profili e ne chiede l'annullamento.

Contestualmente chiede sia che venga dichiarata l'inefficacia del contratto, medio tempore stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata, sia di subentrare nella gestione del servizio, nonché la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Si costituiscono in giudizio la Provincia di Como e Sodexo Italia S.p.A., eccependo l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza dell'impugnazione avversaria, di cui chiedono il rigetto.

Sodexo Italia S.p.A. propone, altresì, ricorso incidentale escludente, perché diretto ad evidenziare l'inammissibilità dell'offerta presentata in sede di gara dalla ricorrente principale.

Il Comune di Inverigo non si costituisce in giudizio.

Con ordinanza n. 579/2017, depositata in data 5 maggio 2017, il Tribunale prende atto della rinuncia da parte della ricorrente alla domanda cautelare e dichiara l'estinzione della relativa fase processuale.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del 22 giugno 2017, la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che: a) in data 23 ottobre 2015 tra il Comune di Inverigo e la Provincia di Como veniva sottoscritta una convenzione per il conferimento alla Provincia delle funzioni di stazione appaltante ai sensi dell'art. 33, comma 3 bis, del D.lgs 163/2006; b) con determinazione del responsabile dell'area servizi alla persona - settore pubblica istruzione e cultura - del Comune di Inverigo n. 394/124 del 23 settembre 2016, veniva approvata la documentazione tecnica e veniva assunto l'impegno di spesa relativo alla gara d'appalto per la concessione del servizio ristorazione scolastica delle scuole statali dell'infanzia, primarie e secondarie di primo grado, centro estivo e pasto anziani a domicilio del Comune di Inverigo, per il periodo 1.1.2017/31.08.2019 con eventuale rinnovo per il periodo 1.9.2019/31.08.2021, per un importo di € 1.866.400,00, gara da espletare mediante procedura aperta, tramite la piattaforma telematica Sintel e da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con applicazione del metodo aggregativo compensatore; c) in data 05 ottobre 2016 veniva pubblicato l'avviso di gara sul sito istituzionale della Provincia di Como e del Comune di Inverigo, sulla G.U.C.E , sulla G.U.R.I., sul sito dell'Osservatorio Regionale dei Contratti Pubblici; d) alla procedura partecipavano 8 operatori e all'esito delle operazioni di gara Sodexo Italia S.P.A. si collocava al primo posto della graduatoria, con 89,61 punti complessivi (di cui 25,71 per l'offerta economica, pari ad un ribasso del 14,57000 % e 63,90 per l'offerta tecnica), al secondo posto

si collocava Dussmann Service SRL con 86,37 punti complessivi (di cui 20,91 per l'offerta economica, pari ad un ribasso dell'11,85000 %, e 65,46 per l'offerta tecnica), al terzo posto si collocava Sercar ristorazione collettiva 85,68 punti complessivi (di cui 30,00 per l'offerta economica, pari ad un ribasso del 17,00000 % e 55.68 per l'offerta tecnica); seguivano le altre imprese partecipanti; e) l'offerta presentata da Sodexo Italia Spa, avendo conseguito in entrambi gli elementi di ponderazione (merito tecnico e prezzo) un punteggio superiore ai quattro quinti (4/5) del punteggio massimo attribuibile, veniva sottoposta al giudizio di anomalia, ai sensi dell'art. 97 del decreto legislativo 50/2016; e) con nota datata 23 gennaio 2017 n. 1032 il RUP trasmetteva la relazione di verifica, nella quale dato atto che l'impresa aveva presentato le giustificazioni, evidenziava che le stesse erano idonee a superare la presunzione di anomalia dell'offerta e a far ritenere la stessa nel complesso congrua, affidabile e realizzabile; f) con determinazione n. 115 del 9.2.2017, la stazione appaltante aggiudicava il servizio a Sodexo Italia S.P.A..

Nel corso della discussione in pubblica udienza le parti hanno dichiarato che il contratto non è stato stipulato

Avverso gli atti ora indicati sono proposti il ricorso principale e il ricorso incidentale indicati in epigrafe.

2) Per ragioni di precedenza logica e giuridica, deve essere esaminato per primo il ricorso incidentale, di portata escludente, presentato da Sodexo Italia S.P.A..

Con un primo gruppo di censure, Sodexo contesta l'ammissione alla gara di Dussmann, evidenziando che quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa, da un lato, per non aver indicato nel progetto il monte ore complessivo per tutta la durata del servizio, dall'altro, per non avere previsto la figura professionale di un cuoco esclusivamente dedicato alla preparazione delle diete speciali e per la connessa mancata specificazione delle ore dedicate alla preparazione delle diete medesime.

La ricorrente incidentale sostiene che i due aspetti ora indicati integrerebbero degli elementi essenziali dell'offerta, la cui mancata esposizione renderebbe l'offerta avversaria incompleta ed indeterminata e, dunque, da escludere.

Le censure sono infondate.

In primo luogo, va osservato che, contrariamente a quanto dedotto da Sodexo, la *lex specialis*, globalmente intesa, non richiede l'indicazione del monte ore complessivo per tutta la durata dell'appalto.

Tanto il disciplinare di gara, quanto il capitolato, richiedono solo l'indicazione del monte ore complessivo settimanale di tutto il personale e l'indicazione del monte ore settimanale e giornaliero di ciascun addetto.

Solo la specificazione del monte ore settimanale e giornaliero appena richiamati integrano degli elementi essenziali dell'offerta, mentre la *lex specialis* non pretende l'esplicitazione del

monte ore complessivo per tutta la durata dell'appalto.

Del resto, la natura dell'appalto rende coerente e ragionevole solo la specificazione delle prima due voci indicate, mentre sarebbe comunque priva di rilievo l'indicazione di un monte ore riferito al complesso degli addetti e per tutti gli anni di durata dell'appalto.

Una volta precisato quali indicazioni, in ordine al monte ore, sono essenziali in base alla disciplina di gara, vale evidenziare che Sodexo neppure contesta l'omessa indicazione da parte di Dussmann sia del monte ore complessivo su base settimanale di tutto il personale, sia del monte ore settimanale e giornaliero di ciascun addetto, che, del resto, sono presenti nell'offerta aggiudicataria ed espressi anche mediante i diagrammi di Gantt, come richiesto dalla *lex specialis*.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza della censura de qua.

Parimenti, è infondata la seconda censura, poiché la *lex specialis* non richiede la presenza di un cuoco dedicato in via esclusiva alla sola preparazione delle diete speciali, né la specificazione delle ore destinate alla preparazione dei pasti riferibili a tali regimi alimentari.

La *lex specialis* prevede, piuttosto, che "presso il centro cottura il personale dovrà essere coordinato da un cuoco responsabile, con adeguata competenza professionale, in grado di dirigere dal punto di vista organizzativo e gestionale il servizio".

Insomma, non è richiesta una figura professionale ad hoc di cuoco dedicato unicamente alla preparazione dei pasti per le diete speciali, essendo necessario prevedere la presenza di un cuoco responsabile, perché adeguatamente formato, rispetto a tali regimi alimentari.

Sul punto, l'offerta di Dussmann risulta aderente alla disciplina di gara, perché affida la preparazione dei pasti riferibili alle diete speciali al proprio cuoco responsabile (di livello III), impiegato per 40 ore a settimana, fermo restando che tale cuoco parteciperà alla preparazione dei pasti anche per gli altri utenti, affiancando, in tale caso, l'altro cuoco previsto nel progetto tecnico.

Una volta precisato tale profilo, va evidenziato che, rispetto al cuoco responsabile per la preparazione dei pasti relativi ai regimi alimentari speciali, la disciplina di gara non richiede che i diagrammi di Gantt specifichino le ore a ciò dedicate, scorporandole da quelle destinate alla preparazione degli altri pasti.

Ne deriva che la mancata esposizione delle ore da ultimo indicate non integra alcuna lacuna dell'offerta aggiudicataria, con conseguente infondatezza della censura di cui si tratta.

Con un altro gruppo di doglianze, la ricorrente incidentale sostiene che tanto la mancata esposizione nel progetto del monte ore complessivo per tutta la durata del servizio, quanto l'omessa previsione di un cuoco esclusivamente dedicato alla preparazione delle diete speciali e delle ore dedicate alla preparazione delle diete speciali, avrebbero dovuto condurre alla decurtazione del punteggio tecnico ottenuto da Dussmann, in relazione al subcriterio 1.b

“Rapporto quantitativo e qualitativo del personale impiegato in funzione delle diverse fasi operative in ogni plesso scolastico”, in modo tale da retrocedere Dussmann in terza posizione, con conseguente inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse.

La censura è palesemente infondata.

Invero, la contestazione muove da un presupposto che non trova alcun riscontro nel contenuto della *lex specialis*, la quale, come già evidenziato, non prescrive né l'indicazione del monte ore complessivo per tutta la durata dell'appalto, né la previsione un cuoco da destinare esclusivamente alla preparazione dei pasti speciali, né, infine, lo scorporo delle ore dedicate alla preparazione dei pasti stessi.

Insomma, la censura contesta la valutazione tecnico discrezionale resa dalla stazione appaltante ipotizzando delle carenze nell'offerta aggiudicataria rispetto a profili che non trovano alcun riscontro nella *lex specialis*, sicché risulta del tutto inidonea ad evidenziare carenze o vizi logici della valutazione medesima e deve essere respinta.

Va, pertanto, ribadita l'infondatezza del ricorso incidentale.

3) Con il ricorso principale, Dussmann Service Srl contesta, mediante l'articolazione di più censure, formulate in termini di violazione di legge e di eccesso di potere, la valutazione di anomalia effettuata dalla stazione appaltante rispetto all'offerta aggiudicataria.

3.1) Il problema si pone, in primo luogo, per la giustificazione di una parte rilevante dei costi per le attività di formazione previste nel progetto tecnico e oggetto di valutazione da parte della Commissione giudicatrice, secondo quanto indicato nella *lex specialis*.

In particolare, dalla documentazione prodotta in giudizio risulta che Sodexo in sede di valutazione di anomalia ha dichiarato, rispetto agli oneri della formazione, che a) una parte delle ore di formazione, con i relativi costi, è ricompresa negli oneri di sicurezza, poiché si tratta dei soli corsi di formazione generica e specifica in accordo con la CSR - Conferenza Stato Regioni e dei corsi di formazione “Primo soccorso” e “Antincendio”; b) un'altra parte delle ore di formazione, con i relativi costi, è compresa nella tabella ministeriale, relativa ai costi della manodopera e allegata alle giustificazioni; c) le ore della formazione “on the job”, pure prevista dalla *lex specialis*, devono ritenersi, in base all'offerta presentata, già comprese come costi nella remunerazione delle ore lavorate.

Sodexo ha dichiarato che tutte le restanti ore di formazione offerte, ossia quelle diverse sia dalle ore dedicate alla formazione sulla sicurezza, sia da quelle tabellari, sia da quelle “on the job”, non sono state computate nei costi per l'appalto, ma sono state imputate alla “struttura aziendale” complessivamente intesa, ossia al bilancio complessivo societario di Sodexo, che, in tal modo, garantirebbe la copertura finanziaria delle ore di formazione, non mediante l'imputazione dei relativi costi all'appalto, ma attraverso la propria generale solidità finanziaria.

Insomma, i costi in questione non sono computati tra quelli sostenuti per il particolare appalto,

ma imputati alla struttura centrale e individuati come “costi di struttura”.

Si tratta di un *modus procedendi* che altera la consistenza economica dell’offerta, perché si traduce nella mancata imputazione al particolare appalto, di una porzione rilevante dei costi legati allo svolgimento del servizio posto a gara.

Ora, se non vi sono dubbi in ordine alla possibilità che un operatore economico, nel quadro di una specifica scelta di gestione aziendale, ponga a carico della propria struttura centrale determinati costi, relativi agli appalti che intende stipulare, nondimeno resta ferma la necessaria imputazione a ciascun appalto dei costi necessari per la sua esecuzione; sicché l’operatore deve riferire ad ogni particolare appalto, seppure pro quota, tutti i costi ad esso inerenti, ancorché sostenuti dalla struttura centrale.

L’offerta è sostenibile e congrua solo quando le attività in essa comprese, secondo le previsioni della *lex specialis*, trovano piena corrispondenza nei costi in essa esposti per l’esecuzione dell’appalto.

Diversamente opinando si verificherebbe un’allocazione esterna all’appalto di costi necessari, in base alla *lex specialis*, per lo svolgimento dell’appalto stesso, con evidente violazione dei noti principi in materia di tutela della concorrenza e di divieto di disparità di trattamento.

Del resto, la voce di costo denominata “spese generali” riflette proprio l’esigenza di imputare al particolare appalto e, quindi, di comprendere nell’offerta, seppure pro quota, una parte dei costi complessivamente sostenuti dall’impresa o, comunque, dalla sua struttura centrale per lo svolgimento dell’attività aziendale.

La questione non è meramente formale, ma sostanziale, perché attiene all’effettiva sostenibilità dell’offerta, ossia alla sua capacità di garantire, sulla base dei costi esposti e tenuto conto dell’utile stimato, le attività comprese nello svolgimento dell’appalto.

Laddove i costi non considerati o non giustificati siano tali da non poter essere coperti neppure mediante il valore economico dell’utile stimato, è evidente che l’offerta diventa non remunerativa e, pertanto, non sostenibile.

Si tratta di considerazioni che riflettono i principi che governano la valutazione di anomalia, atteso che, per consolidata giurisprudenza (cfr. di recente T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 12 gennaio 2017, n. 63, che riprende un orientamento più volte ribadito dal Tribunale e condiviso dalla prevalente giurisprudenza): a) in sede di apprezzamento dell’offerta anomala, il concorrente sottoposto a valutazione non può fornire giustificazioni tali da integrare un’operazione di “finanza creativa”, modificando, in aumento o in diminuzione, le voci di costo e mantenendo fermo l’importo finale; nondimeno, ciò non esclude che l’offerta possa essere modificata in taluni suoi elementi, compresi, in particolare, quelli relativi all’utile atteso, che può essere ridotto (cfr. tra le tante T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 26 settembre 2016, n. 9927; T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV, 1° giugno 2015, n. 1287; Consiglio di Stato, sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497; Tar Lombardia Milano, sez. III, 3 dicembre 2013, n. 2681; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n.

3146); b) resta fermo il principio per cui in un appalto l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione - pena la violazione della par condicio tra i concorrenti – ma ciò non toglie che, avendo la verifica di anomalia la finalità di stabilire se l'offerta sia, nel suo complesso e nel suo importo originario, affidabile o meno, il giudizio di anomalia deve essere complessivo e deve tenere conto di tutti gli elementi, sia di quelli che militano a favore, sia di quelli che militano contro l'attendibilità dell'offerta nel suo insieme; c) di conseguenza, si ritiene ammissibile che, a fronte di determinate voci di prezzo giudicate eccessivamente basse e dunque inattendibili, l'impresa dimostri che, per converso, altre voci sono state inizialmente sopravvalutate e che in relazione alle stesse è in grado di conseguire un concreto, effettivo, documentato e credibile risparmio, che compensa il maggior costo di altre voci (cfr., al riguardo, Consiglio di Stato, sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146); d) la giurisprudenza ritiene coerenti con lo scopo del giudizio di anomalia e con il rispetto dei principi di parità di trattamento e divieto di discriminazione una modifica delle giustificazioni delle singole voci di costo (rispetto alle giustificazioni eventualmente già fornite), lasciando, però, le voci di costo invariate, ovvero un aggiustamento di singole voci di costo, che trovi il suo fondamento in sopravvenienze di fatto o normative, che comportino una riduzione dei costi, o in originari e comprovati errori di calcolo, o in altre ragioni plausibili; e) è anche pacificamente ammesso che l'impresa possa intervenire riducendo l'utile esposto, a condizione che tale voce non risulti del tutto azzerata, perché ciò che importa è che l'offerta rimanga nel complesso seria (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 7 febbraio 2012, n. 636; id., 23 luglio 2012, n. 4206; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676); f) resta fermo che la valutazione di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare che l'offerta sia attendibile e affidabile nel suo complesso (cfr. ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 9 febbraio 2016, n. 520; Consiglio di Stato, sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770).

Tali principi non sono rispettati nel caso di specie, poiché la consistenza dei costi della formazione erroneamente non imputati all'appalto in esame, perché asseritamente sostenuti dalla struttura centrale, eccede il valore dell'utile presunto, con la conseguenza che l'offerta risulta concretamente non remunerativa e, pertanto, inaffidabile.

In dettaglio, la ricorrente principale ha ricostruito in modo analitico i costi erroneamente non imputati all'appalto e non compresi nell'offerta aggiudicataria, quantificandoli in euro € 27.815,13 complessivi per l'intera durata dell'appalto – ossia per gli anni 2017-2018 e 2019 fino al mese di agosto – e, pertanto, di importo tale da assorbire integralmente l'utile complessivo, stimato in € 18.925,19, con conseguente non remuneratività dell'offerta.

Vale precisare che i valori ora indicati non sono concretamente contestati né dalla controinteressata, né dall'amministrazione resistente e sono determinati in base al contenuto dell'offerta presentata dall'aggiudicataria e delle giustificazioni che essa ha fornito in corso di gara.

Si tratta, in particolare, della mancata imputazione all'appalto di una parte dei costi della formazione relativi, di volta in volta: A) agli addetti ai servizi di ristorazione; B) al "personale di cucina", con particolare riferimento quelli relativi alla formazione di un addetto al servizio di ristorazione, presente presso il centro cottura; C) ai due autisti indicati da Sodexo nel piano

formativo; D) al direttore del servizio; E) alla dietista.

Vale ribadire che sia la controinteressata, sia la stazione appaltante, non contestano i valori suindicati cui si riferisce la ricorrente, ma ritengono che tali costi troverebbero, comunque, una giustificazione coerente nell'offerta aggiudicataria.

In particolare, Sodexo afferma che i costi in questione sarebbero "integralmente finanziati" dal Fondo FOR.TE, sicché i relativi importi sarebbero comunque posti a carico della società, anche se non imputati al particolare appalto; non solo, Sodexo afferma che anche il "costo di adesione" al fondo suindicato sarebbe "imputabile direttamente alla struttura aziendale".

Si tratta di difese che non valgono a superare le contestazioni formulate dalla ricorrente principale.

Invero, le affermazioni della controinteressata non sono supportate sul piano probatorio, poiché non risulta dimostrato che il fondo FOR.TE abbia effettivamente erogato a Sodexo un finanziamento per la formazione del personale tale da coprire i valori non giustificati in sede di gara, né viene indicato il costo che l'aggiudicataria sostiene per effetto dall'adesione al fondo, costo che, pro quota, deve evidentemente essere imputato all'appalto in contestazione.

Insomma, le difese di Sodexo non superano il dato per cui una quota dei costi della formazione, superiore all'utile previsto, non è stata imputata all'appalto, con conseguente violazione del principio che impone di riferire a ciascun appalto tutti i costi ad esso inerenti, compresi quelli sostenuti dalla struttura centrale, che devono essere comunque imputati, seppure pro quota, all'appalto cui ineriscono.

Né la censura risulta superata dalla tesi, sviluppata dall'amministrazione resistente, secondo la quale il costo della formazione, cui si riferisce la ricorrente, non sarebbe un costo aggiuntivo rispetto al costo del lavoro, perché integralmente compreso in esso.

Si tratta di una tesi smentita proprio dalla tabella ministeriale cui si riferisce la stazione appaltante, perché la tabella che comprende nel costo del lavoro solo una minima parte degli oneri della formazione, pari 7 ore annue per addetto, misura già considerata dalla stessa aggiudicataria nelle giustificazioni e del tutto estranea alle ore di formazione che sempre l'aggiudicataria ha imputato alla struttura centrale, in luogo di riferirle all'appalto in questione.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame.

3.2) Sempre nel quadro della contestazione della valutazione di anomalia, è condivisibile la censura con la quale la ricorrente principale evidenzia come anche altri costi, necessari per l'esecuzione del servizio offerto ed ulteriori rispetto a quelli della formazione, non siano stati computati dall'aggiudicataria, con conseguente sussistenza di ulteriori ragioni di inaffidabilità dell'offerta.

Invero:

A) non è giustificato il risparmio sul costo del lavoro asseritamente ritraibile dall'assunzione, in forma di tirocinio o stage di soggetti disabili, risparmio quantificato nel 60% del relativo costo del lavoro. Invero, l'assunzione di tale personale è prospettata dall'aggiudicataria in termini meramente ipotetici, in dipendenza dell'eventuale stipulazione di "apposite convezioni stipulate con la Provincia"; è evidente che, trattandosi di risparmi solo eventuali e non supportati da alcun elemento di riscontro, non possono essere valorizzati per giustificare la correlata riduzione del costo del lavoro esposto in offerta;

B) è privo di giustificazione il costo del terzo autista che, un giorno a settimana, dovrebbe effettuare, secondo l'offerta aggiudicataria, il trasporto dei detergenti e del materiale di consumo per tutte le scuole da servire. Anche in tale caso, Sodexo cerca di superare il problema imputando alla struttura centrale i costi del personale e dei mezzi necessari per l'espletamento dei compiti riferiti al terzo autista, ma si tratta, come già evidenziato, di una giustificazione inaccettabile, perché esclude l'imputazione all'appalto in esame di una parte dei costi ad esso riferibili;

C) parimenti, sono irragionevoli le giustificazioni addotte per dimostrare le riduzioni del costo del personale utilizzato per la gestione del centro estivo; invero, l'aggiudicataria sostiene che la riduzione deriverebbe dal fatto che il centro estivo, pur configurato per la gestione di 85 utenti, sarebbe in concreto destinato solo a 20 utenti. Si tratta di una giustificazione del tutto ipotetica ed eventuale, poiché non ancorata a dati certi in ordine agli utenti da servire concretamente e, pertanto, inidonea a palesare una sostenibile riduzione dei costi del lavoro.

Gli elementi sinora considerati rendono evidente che la valutazione di anomalia si basa su un'irragionevole considerazione dei costi della formazione e delle altre voci di costo suindicati, costi che eccedono l'ammontare dell'utile presunto, in base al contenuto dell'offerta aggiudicataria, la quale, pertanto, risulta formulata in perdita e non sostenibile.

La fondatezza delle censure sinora esaminate consente, in ragione della loro dimensione sostanziale e satisfattiva per la ricorrente principale, di ritenere assorbite le ulteriori doglianze proposte.

Nondimeno, la circostanza che il contratto non sia stato stipulato non consente di prendere in esame la domanda volta ad ottenerne la dichiarazione di inefficacia.

Deve essere respinta la domanda risarcitoria avanzata dalla ricorrente principale, perché non supportata sul piano probatorio in ordine alla sussistenza dei presupposti necessari per la configurazione della responsabilità risarcitoria della stazione appaltante, specie in relazione al danno concretamente subito.

4) In definitiva, il ricorso incidentale è infondato e deve essere respinto, mentre il ricorso principale è fondato e deve essere accolto limitatamente alla domanda di annullamento in esso formulata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta),

definitivamente pronunciando:

- 1) respinge il ricorso incidentale;
- 2) accoglie la domanda di annullamento proposta con il ricorso principale e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato, indicato in epigrafe;
- 3) respinge nel resto il ricorso principale;
- 4) condanna la Provincia di Como e Sodexo Italia S.p.A., in solido tra loro e in parti uguali, al pagamento delle spese della lite, in favore di Dussmann Service Srl, liquidandole in euro 10.000,00 (diecimila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

Roberto Lombardi, Primo Referendario

[1] cfr. tra le tante T.A.R. Lazio - Roma, Sezione II, 26 settembre 2016, n. 9927; T.A.R. Lombardia - Milano, Sezione IV, 1° giugno 2015, n. 1287; Consiglio di Stato, Sezione IV, 7 novembre 2014, n. 5497; T.A.R. Lombardia - Milano, Sezione III, 3 dicembre 2013, n. 2681; Consiglio di Stato, Sezione IV, 7 febbraio 2012, n. 636; Consiglio di Stato, Sezione VI, 21 maggio 2009, n. 3146.

[2] *ex multis*, Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 febbraio 2016, n. 520; Consiglio di Stato, Sezione VI, 5 giugno 2015, n. 2770.

[3] al riguardo, Consiglio di Stato, Sezione VI, 21 maggio 2009, n. 3146.

[4] cfr. Consiglio di Stato, Sezione IV, 7 febbraio 2012, n. 636; id., 23 luglio 2012, n. 4206; Consiglio di Stato, Sezione VI, 20 settembre 2013, n. 4676.