

## **Negli appalti pubblici le imprese devono sempre conseguire un margine di guadagno, nell'ottica di una corretta esecuzione dello stesso appalto.**

di Marco Natoli

Data di pubblicazione: 24-12-2019

*Le cause di esclusione dalla gara sono tassative e di stretta interpretazione; vanno escluse solo le offerte che sono carenti di elementi essenziali sì da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul loro contenuto ovvero in presenza di clausole che tipizzino una siffatta situazione di assoluta incertezza.*

*- Costituisce principio giurisprudenziale consolidato quello per cui gli appalti pubblici devono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso: laddove i costi non considerati o non giustificati siano invece 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 (Cons. di Stato, V, 15 aprile 2013, n. 2063).*

La sentenza in commento merita particolare attenzione in quanto la stessa enuncia fondamentali principi nel settore degli appalti pubblici, in particolare sotto l'aspetto della "funzione economica" che il giudice amministrativo esercita in tale delicato settore.

*In primis* la pronuncia si sofferma su un aspetto prettamente procedurale, ricordando l'ormai noto criterio relativo alle motivazioni che determinano l'esclusione dalla gara delle imprese interessate.

Infatti secondo il Collegio *"le cause di esclusione dalla gara sono tassative e di stretta interpretazione e vanno escluse solo le offerte che sono carenti di elementi essenziali sì da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul loro contenuto ovvero in presenza di clausole che tipizzino una siffatta situazione di assoluta incertezza"*.

Nel merito la pronuncia in commento mette in risalto, come detto, l'"impronta economica" che il giudice amministrativo conferisce al dispositivo, con il fine di un duplice fondamentale obiettivo: il guadagno per l'impresa partecipante alla gara e la corretta esecuzione del contratto di appalto, nell'ottica che sia evitata una negligente esecuzione del medesimo atto.

*"Costituisce, infatti, principio giurisprudenziale consolidato-precisa il supremo Consesso- quello per cui gli appalti pubblici devono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta*

*un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso: laddove i costi non considerati o non giustificati siano invece 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 (Cons. di Stato, V, 15 aprile 2013, n. 2063)".*

Quanto rappresentato induce l'attento osservatore a convincersi sempre di più di come il giudice amministrativo abbia assunto ormai le vesti di *giudice dell'economia*.

Sul punto risulta utile rammentare i passaggi fondamentali riportati nella sentenza del Consiglio di Stato Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84<sup>[1]</sup> la quale ha l'indubbio merito di aver analizzato in modo dettagliato la struttura e la funzione del principio del cd. *"utile necessario"*.

Lo stretto rapporto che intercorre tra la sentenza in analisi e la citata pronuncia 84/2015 consiste nel fatto che le due pronunce siano state in grado di conferire una netta impronta *economica* al dispositivo.

La richiamata sentenza 84/2015 si è concentrata sulla fattispecie dell'*"offerta in pareggio"* definendo tale proposta come offerta *"intrinsecamente inaffidabile"* *"che contraddice lo scopo di lucro e, in definitiva, la ratio essendi delle imprese, nonché, più in generale, dei soggetti che operano sul mercato in una logica strettamente economica"*.

D'altra parte la recente sentenza in argomento ha recepito i sopra esposti principi ed ha compiuto un ulteriore fondamentale passo in avanti rafforzando il sopra richiamato principio del cd. *"utile necessario"*; nello stesso tempo la stessa decisione ha evidenziato, inoltre, come il guadagno per l'impresa partecipante alla gara possa rappresentare un vero e proprio mezzo di risoluzione delle controversie.

Da ciò ne consegue come il suddetto principio del cd. *"utile necessario"* possa indubbiamente rappresentare un fondamentale strumento di deflazione del contenzioso, una volta che venga definitivamente accertata la corretta esecuzione del medesimo contratto di appalto.

<sup>[1]</sup> [A tal proposito si legga il commento di Nicoletta Pica pubblicato su tale rivista: "Il principio del cd. "utile necessario" non è suscettibile di applicazione agli enti no profit Consiglio di Stato, Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84"](#)

LEGGI LA SENTENZA

Publicato il 27/11/2019

**N. 08110/2019REG.PROV.COLL.**

**N. 03151/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3151 del 2019, proposto da Sodexo Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariangela Di Giandomenico, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via del Plebiscito 112;

***contro***

Dussmann Service s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Filippo Martinez in Roma, via Alessandria 130;

***nei confronti***

Centrale di Committenza Tra i Comuni di Carugate (Mi) e Pessano con Bornago (Mi), non costituita in giudizio;

Comune di Carugate, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 416/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Dussmann Service s.r.l. e del Comune di Carugate;

Vista la memoria della Dussmann Service s.r.l. di riproposizione ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. dei motivi di ricorso di primo grado non esaminati dal Tribunale amministrativo;

Visto il dispositivo di sentenza n. 5297 del 27 luglio 2019;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 luglio 2019 il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Di Giandomenico, Martinez e Boifava;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 30 maggio 2018, la Centrale di Committenza tra i Comuni di Carugate e Pessano con Bornago indiceva, per conto del Comune di Carugate (*"il Comune"*), una procedura di gara aperta per la *"gestione del servizio di ristorazione scolastica e sociale"* per una durata pari a tre anni (dal 1 settembre 2018 al 31 agosto 2021), eventualmente rinnovabile per ulteriori trentasei mesi, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (mediante attribuzione di 70 punti per l'offerta tecnica e 30 per quella economica).

1.1. Per quanto rileva, la legge di gara (art. 7 del Capitolato speciale d'appalto) quantificava il numero indicativo dei pasti da erogare in 159.215 unità (157.298 pasti per la ristorazione scolastica e 1.917 pasti domiciliari) per anno e prevedeva che il servizio fosse assicurato per tutto il periodo di apertura delle scuole e dei diversi servizi comunali, nel rispetto di quanto deliberato dai competenti organi scolastici e comunali (art. 8 del Capitolato).

In risposta al quesito (n. 6 del 13 giugno 2018) formulato da una delle concorrenti, la Stazione appaltante indicava poi il numero medio di trentacinque settimane di servizio come dato su cui era stato effettuato *"il calcolo complessivo dei pasti e del valore dell'appalto"*.

1.2. Alla gara partecipavano, tra le altre imprese, anche la Sodexo Italia s.p.a. (di seguito *"Sodexo"*) e la Dussmann Service s.r.l. (di seguito *"Dussmann"*), le quali all'esito della valutazione delle offerte si collocavano rispettivamente al primo e al secondo posto in graduatoria (con un complessivo punteggio di 89,294 punti, la Sodexo, e 86,433 punti, la Dussmann); svolto con esito favorevole il subprocedimento di verifica dell'anomalia ai sensi dell'art. 97, comma 3, del D.Lgs. n. 50 del 2016 (nel corso del quale la Sodexo faceva pervenire i propri giustificativi al fine di dimostrare la congruità del proprio costo della manodopera e la sostenibilità dell'offerta presentata), la gara veniva quindi aggiudicata definitivamente alla Sodexo (con determinazione del Responsabile di Settore del Comune di Carugate n.495 del 09.8.2018).

2. Con ricorso al Tribunale amministrativo per la Lombardia- sede di Milano, la Dussmann ha impugnato l'aggiudicazione e, altresì, tutti gli atti e verbali di gara, e in particolare quelli relativi al sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di Sodexo, ivi inclusi il verbale n. 8 del 6 agosto 2018 e il verbale del RUP di verifica di anomalia, in esso richiamato, nonché tutti gli atti e provvedimenti connessi, consequenziali e collegati, compresa la proposta di aggiudicazione adottata con determinazione del Responsabile della Centrale Unica di

Committenza n. 489 del 7 agosto 2018. La ricorrente ha chiesto, inoltre, la dichiarazione di inefficacia del contratto, se stipulato nelle more, e la condanna al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con affidamento del contratto per l'intero periodo di durata previsto dalla *lex specialis*.

2.1. A sostegno dell'impugnativa proposta Dussmann ha lamentato:

- *“Insufficienza dell’offerta tecnica avversaria. Violazione di prescrizioni minime e inderogabili della legge di gara. Violazione della par condicio. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei fatti”*;

- *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 97, d.lgs. n. 50/2016. Insostenibilità dell’offerta. Violazione del principio di par condicio. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta”*;

- *“Violazione di prescrizioni minime e inderogabili della legge di gara. Violazione della par condicio. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, travisamento dei fatti”*;

- *“Violazione e falsa applicazione dell’art. 97, d.lgs. n. 50/2016. Insostenibilità dell’offerta. Violazione del principio di par condicio. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta”*;

- in subordine, *“Violazione dell’art. 97, d.lgs. 50/2016. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione”*.

2.2. In principalità, la Dussmann ha censurato la mancata esclusione dell'offerta aggiudicataria dalla gara, in quanto la controinteressata aveva articolato l'organizzazione del servizio e formulato la relativa offerta per un numero di settimane annue (mediamente, 33,15) inferiore a quello (35) prescritto dalla *lex specialis* di gara.

2.3. Con i restanti motivi, la ricorrente ha dedotto vizi di violazione di legge (art. 97, d.lgs. n. 50/2016) e di eccesso di potere (*sub specie* di difetto di motivazione e di istruttoria e travisamento dei fatti), assumendo che l'offerta di Sodexo sarebbe insostenibile ed in perdita ove rapportata al numero effettivo (trentacinque) di settimane annue per le quali il servizio deve essere reso (secondo motivo), che essa violerebbe altresì la base d'asta fissata dalla *lex specialis* di gara e la *par condicio* tra i concorrenti perché formulata per 33,15 settimane, anziché per 35 settimane (terzo motivo), che sarebbe comunque anomala per aver sottostimato i costi di formazione (quarto motivo); infine, con la quinta censura proposta in subordine, la ricorrente ha sostenuto che andasse rifatta la verifica di anomalia perché viziata di carenza di istruttoria e di motivazione dal momento che la controinteressata non aveva comprovato i costi delle derrate alimentari.

3. Con la sentenza in epigrafe, nella resistenza del Comune di Carugate e della controinteressata, il Tribunale amministrativo, ritenuto fondato e assorbente il primo motivo del ricorso, ha annullato l'aggiudicazione alla Sodexo, condividendo la tesi della ricorrente circa la non conformità dell'offerta aggiudicataria alle prescrizioni inderogabili della legge di gara con

riguardo all'impiego del personale per un numero di settimane inferiore a trentacinque, da intendersi quale numero minimo annuo di settimane per il quale andava obbligatoriamente garantito il servizio in oggetto.

4. Avverso la sentenza Sodexo ha proposto appello, deducendone l'erroneità ed ingiustizia e chiedendone la riforma con un unico articolato motivo rubricato "*Error in iudicando. – Erroneità, contraddittorietà, illogicità e difetto di motivazione della Sentenza - travisamento dei fatti e della disciplina di gara con riferimento alle prescrizioni minime e inderogabili - violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione ex art. 83, co. 8 del d.lgs. n. 50/2016 - violazione dei limiti esterni della giurisdizione amministrativa; – assoluta sufficienza dell'offerta tecnica di Sodexo rispetto alle prescrizioni di gara - violazione e falsa applicazione delle norme sulla verifica di anomalia dell'offerta*".

L'appellante ha formulato altresì istanze istruttorie (quale in particolare lo svolgimento di una consulenza tecnica d'ufficio sui punti controversi), chiedendo, in subordine, che, in luogo del disposto annullamento dell'aggiudicazione, si disponga la rivalutazione ad opera della Commissione dell'offerta di Sodexo.

4.1. Ha resistito all'appello Dussmann, argomentandone l'infondatezza e chiedendone il rigetto.

Dussmann ha altresì riproposto, con apposita memoria ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., i motivi di doglianza formulati in primo grado, non esaminati perché assorbiti dalla sentenza impugnata.

Dussmann ha, infine, eccepito l'inammissibilità della memoria del Comune ai sensi degli articoli 92, 95, 96 e 101 Cod. proc. amm. sostenendo che, trattandosi di parte in tutto soccombente al pari dell'appellante Sodexo, le censure formulate andavano ritualmente riproposte con autonoma impugnativa (in via autonoma o incidentale), e non mediante una memoria non notificata.

4.2. Si è costituito anche nel presente giudizio il Comune, chiedendo l'accoglimento dell'appello e la riforma della sentenza laddove ha accolto il ricorso di prime cure, sostenendo l'inammissibilità e l'infondatezza dei motivi ivi articolati e di quelli qui riproposti dall'appellata Dussmann ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

4.3. Abbinata al merito la domanda cautelare, su concorde richiesta delle parti, all'udienza pubblica del 25 luglio 2019, nel corso della discussione, la difesa dell'appellata Dussmann ha dichiarato di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza; quindi la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

5. Con i motivi formulati l'appellante Sodexo, nel riproporre sostanzialmente le difese svolte in primo grado, ha contestato le statuizioni della sentenza di prime cure che ha annullato l'aggiudicazione della gara di cui in narrativa ritenendo che la sua offerta, non conforme alle

specifiche tecniche fissate nella legge di gara e integrante perciò un'ipotesi di *aliud pro alio*, andasse esclusa dalla selezione.

5.1. In particolare, la sentenza di primo grado, premesso che dalla documentazione in atti risultava che costituiva elemento minimo essenziale dell'offerta (e non già mero requisito di esecuzione dell'appalto) la prestazione del servizio di ristorazione per l'intera durata dell'anno scolastico - ovvero per trentacinque settimane all'anno, come precisato nei chiarimenti - e che spettava al concorrente organizzare il servizio per renderlo in conformità alla durata così richiesta, ha ritenuto che l'offerta dell'aggiudicataria non rispettasse, invece, tale requisito minimo poiché aveva previsto l'impiego di parte del personale (la metà all'incirca) per un numero di settimane annue inferiore a trentacinque: la sentenza non ha, infatti, condiviso la ricostruzione operata dalla stessa Sodexo (fondata sulla distinzione tra le ore effettive annue e le ore teorico contrattuali settimanali, indicate nella tabella a pagina 14 dei propri giustificativi) al fine di dimostrare che la propria offerta copriva il servizio per tutta la durata dell'anno scolastico e finanche per un numero di settimane annue superiore alla soglia individuata dalla ricorrente.

5.2. L'appellante Sodexo contesta la correttezza di tali conclusioni e ribadisce che, per un verso, la legge di gara non ha imposto un numero minimo annuo di settimane di servizio a pena di esclusione, ma solo ha richiesto che esso fosse assicurato per tutto il periodo di apertura delle scuole e dei diversi servizi comunali, e che, per altro verso, la sua offerta assicura comunque il servizio per un numero di settimane annue persino superiore alla soglia delle trentacinque. A tale proposito, l'appellante ha prodotto un parere *pro veritate* riguardante i profili giuslavoristici relativi all'offerta formulata dalla Sodexo che svolge un'articolata distinzione tra le diverse categorie di ore di lavoro, quelle teoriche, contrattualmente previste al momento dell'assunzione, e quelle effettivamente eseguite dal lavoratore.

Secondo l'appellante è erronea, dunque, la sentenza impugnata laddove ha ritenuto fondato e assorbente il primo motivo di ricorso, assumendo, da un lato, che la prestazione del servizio per un numero medio di trentacinque settimane all'anno sia un requisito minimo essenziale dell'offerta, che si rinviene nella disciplina di gara, specificata da un chiarimento, dovendo erogarsi il servizio per l'intera durata dell'anno scolastico, "*ovverosia per 35 settimane all'anno*" e, dall'altro, che risulterebbe dagli atti che l'offerta di Sodexo non rispetta tale requisito minimo e, pertanto, andava esclusa dalla gara e non poteva aggiudicarsela.

6. L'appello è fondato.

6.1. Deve, in primo luogo, rilevarsi come sia errato l'assunto da cui muove la sentenza appellata secondo cui il numero di settimane medie annue di servizio (trentacinque), indicato nei chiarimenti forniti dalla stazione appaltante in risposta al quesito formulato, costituirebbe un elemento essenziale dell'offerta necessario ai fini della sua ammissibilità, il cui mancato rispetto ne comporterebbe l'esclusione dalla gara.

6.2. Ribadito, infatti, che le cause di esclusione dalla gara sono tassative e di stretta interpretazione e che vanno escluse solo le offerte che sono carenti di elementi essenziali si da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul loro contenuto ovvero in presenza di

clausole che tipizzino una siffatta situazione di assoluta incertezza, va a tale riguardo anzitutto evidenziato che il predetto numero di settimane non è indicato nella legge di gara quale elemento per parametrare la durata del servizio, ma solo in un chiarimento ad un quesito quale dato su cui era stato calcolato il valore complessivo dei pasti da erogare e il valore dell'appalto.

L'art. 8 del Capitolato prevede, infatti, solo che l'Amministrazione comunale comunichi all'impresa aggiudicataria i dati esatti relativi ai giorni di apertura delle scuole e degli altri servizi comunali interessati, nonché le eventuali variazioni nel corso dell'anno di riferimento, in funzione della corretta erogazione del servizio, affinché l'impresa possa regolarmente fornire i pasti richiesti per tutte le settimane di servizio.

Come bene evidenziato dalla difesa del Comune, inoltre, l'appalto in questione non è a corpo, ma a misura e l'offerta si basa sul numero di pasti indicati dal Capitolato, che vanno a formare il valore dell'appalto, sulla cui base si presenta il progetto tecnico in gara, e la proposta economica, che consiste in uno sconto sul prezzo del pasto. Il concorrente deve, pertanto, commisurare la propria offerta e i propri costi in funzione del numero di pasti da erogare che, seppure presuntivo, è comunque l'elemento che fonda la base d'asta. Difatti, nella relazione tecnica illustrativa allegata al capitolato (doc. 6 della produzione documentale di primo grado del Comune), si legge che *"i pasti complessivamente erogati ai fruitori del servizio, nell'ultimo anno scolastico, sono stati pari"* ad un totale di 159.215, dato coincidente con il numero di pasti indicati nel quadro economico allegato al capitolato e utilizzato per stimare l'importo del contratto indicato dall'art. 3 del disciplinare.

6.3. Alla luce di quanto emerge dagli atti di gara, dunque, fermo restando che l'erogazione del servizio per tutta la durata dell'appalto costituisce requisito di esecuzione e che le concorrenti devono assumere il corrispondente impegno nella formulazione di un'offerta con ciò coerente, non può tuttavia condividersi l'affermazione della sentenza appellata secondo cui *"la prestazione del servizio per l'intera durata dell'anno scolastico"* coinciderebbe con le trentacinque settimane annue indicate nel suddetto chiarimento.

Quest'ultimo dato rappresenta, invero, il numero di settimane medio annue utilizzate dalla stazione appaltante come mera base di calcolo per computare numero dei pasti da erogare e valore dell'appalto, che va distinto dalla durata dell'appalto, ovvero dalle settimane per le quali il servizio dovrà essere erogato dall'impresa aggiudicataria (correlato alla durata dell'anno scolastico detratte le festività, come da calendario) e per le quali la Sodexo ha assunto il corrispondente impegno, pure obbligandosi ad impiegare nella commessa il personale necessario.

6.4. Trattandosi perciò solo di un numero medio, non è corretto sostenere, come fa la sentenza impugnata, che il servizio vada reso inequivocabilmente per trentacinque settimane ove anche si consideri che il servizio in questione non è esclusivamente riferito alla scuola dell'obbligo, facendo il capitolato riferimento anche a servizi a domicilio, da svolgere nel corso dell'intero anno, ovvero alla refezione presso la scuola dell'infanzia, in cui l'anno scolastico si protrae oltre le trentacinque settimane. Pertanto è all'effettiva intera durata del servizio ed in funzione dei pasti da erogare e non alle trentacinque settimane medie annue che va rapportata

l'organizzazione delle risorse strumentali ed umane necessarie per rendere la prestazione oggetto del contratto.

6.5. Ne consegue che erroneamente la sentenza impugnata ha ritenuto che l'offerta aggiudicataria avrebbe impiegato nella commessa parte del personale indicato (solo la metà all'incirca) per un numero di settimane inferiore a quello minimo annuo prescritto dalla legge di gara.

6.6. A tale conclusione il primo giudice è pervenuto sulla base dell'operata divisione, prospettata dalla ricorrente, tra il numero di ore annue lavorate dal personale (ore effettive di lavoro), riportate nell'ultima colonna della tabella riportata nei giustificativi di Sodexo (pag. 14), e il numero di ore settimanali, riportate nella terza colonna della stessa tabella, ritenendo però che anche esse siano effettive (poiché sarebbe scorretto l'inserimento in una stessa tabella di grandezze diverse, quali le ore effettive e quelle teorico contrattuali) e che nulla avalli l'opposta ricostruzione della controinteressata.

6.7. Il Collegio ritiene, invece, che non possa in linea generale ritenersi scorretto l'inserimento nella stessa tabella contenuta nei giustificativi di Sodexo delle ore teoriche settimanali e delle ore effettive annue e che ciò rinviene la propria ragione nell'esigenza di giustificare l'esatto costo della manodopera impiegata nell'esecuzione dell'appalto. La tabella, attraverso la combinazione dei dati ivi riportati (relativi alla divisione delle ore effettivamente lavorate su base annua, al netto di ferie, festività, permessi, per le ore settimanali teorico contrattuali) aveva, infatti, quale unica finalità quella di identificare le settimane di lavoro effettivo rese dal dipendente ed il relativo costo del lavoro, non potendo essa impropriamente utilizzarsi per identificare le settimane nelle quali Sodexo avrebbe dovuto rendere il servizio di ristorazione né per trarre elementi di contraddittorietà nell'offerta di Sodexo al fine di smentirne l'impegno a rendere il servizio nella misura richiesta dalla legge di gara (in funzione della sua effettiva e concreta durata e del numero dei pasti da erogare) e ad impiegare il personale a ciò necessario.

6.8. Tale ricostruzione è avvalorata dal parere giuslavoristico prodotto dalla difesa dell'appellante ove infatti si evidenzia che la duplice rappresentazione operata nella tabella presentata dalla Sodexo nei propri giustificativi (che tiene conto sia delle ore teoriche, contrattualmente previste al momento dell'assunzione per identificare il regime orario della prestazione lavorativa e calcolare la retribuzione dovuta, sia di quelle effettivamente lavorate su base annua) è doverosa per verificare l'esatto costo della manodopera impiegata (che deve comprendere anche il costo delle sostituzioni e quindi dei periodi di lavoro generati da eventuali assenze del personale dipendente impiegato per i quali la legge o il contratto collettivo prevedono l'esenzione dall'esecuzione della prestazione lavorativa, fermo restando l'obbligo di retribuzione), senza che però da ciò possa ricavarsi il numero delle settimane di erogazione del servizio di ristorazione: il suo espletamento infatti segue i ritmi e le cadenze del calendario scolastico e va ragguagliato non alle settimane di lavoro effettivo, ma a quelle contrattuali per le quali il personale dipendente è stato assunto.

6.9. In conclusione, nella tabella sono rappresentati, conformemente alla metodologia di rappresentazione dei dati relativi al costo del lavoro adottata nelle corrispondenti tabelle

ministeriali, i riferimenti necessari per la finalità di verifica del costo del lavoro e, quindi, di congruità dell'offerta, per la quale essa è stata esibita, senza che ad essa possa imputarsi alcuna omissione, contraddizione o errore metodologico. Ne consegue che dai dati ivi riportati non è dato inferire alcuna indicazione su un numero di settimane di servizio inferiori a quelle minime da garantire sì da escludere che l'offerta dell'appellante non coprisse le settimane di servizio oggetto dell'appalto.

7. In conseguenza dell'accoglimento dell'appello di Sodexo, vanno quindi esaminati i motivi del ricorso di primo grado non esaminati dalla sentenza di primo grado (stante la ritenuta fondatezza con valore assorbente delle doglianze di cui al primo motivo), qui riproposti dall'appellata Dussmann ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.

7.1. Il secondo e il terzo motivo, stante la loro connessione, possono essere oggetto di trattazione unitaria.

7.2. Con il secondo motivo del ricorso originario, Dussmann ha sostenuto che, in virtù dell'asserita mancata considerazione da parte di Sodexo del numero di settimane annue medie di servizio richieste dalla legge di gara, l'offerta di Sodexo sarebbe in perdita, avendo sottostimato i relativi maggiori costi del lavoro necessari per garantire lo svolgimento del servizio per dette settimane, con conseguente doverosa esclusione della stessa dalla gara.

7.3. Il terzo motivo del ricorso riproposto dalla Dussmann è volto, invece, a censurare l'asserita violazione da parte di Sodexo della *lex specialis* e del principio di *par condicio* dei concorrenti, per avere quest'ultima formulato il proprio progetto e calcolato i costi dell'offerta economica sulla base di un numero di settimane annue inferiore rispetto a quello posto a base di gara.

7.4. I motivi sono entrambi fondati nei sensi e termini di seguito specificati.

Va premesso che, per confutare le tesi dell'appellata, Sodexo ha proposto una differente opzione di calcolo evidenziando come le settimane di servizio si ottengano dividendo le ore teorico annue previste per ogni figura professionale, come indicate nella tabella ministeriale del costo del lavoro per il contratto pubblici esercizi "ristorazione collettiva" (anch'essa allegata ai giustificativi di Sodexo), per le ore settimanali, aventi anch'essa natura teorica, indicate nella tabella dei giustificativi: dal che si ricava che le settimane per le quali il personale è impiegato dall'appellante sarebbero pari a 43,5 per un *full-time* e 39,15 per le figure *part-time* contestate dalla ricorrente di prime cure, sì da coprire interamente il servizio oggetto dell'appalto. Ed infatti, per individuare il monte ore effettivo per ciascun dipendente non si può prescindere, secondo Sodexo, dal numero di ore teoriche lavorate da ciascuna figura professionale, come emerge dalla stessa tabella ministeriale in cui il totale delle ore mediamente lavorate viene calcolato sulla base delle ore settimanali espressamente indicate quali ore teoriche a cui vengono sottratte le ore non lavorate (per ferie, festività, permessi, malattie ecc.).

Sostiene l'appellante che dalla comparazione con la tabella ministeriale (ove le quaranta ore settimanali sono indicate espressamente come ore teoriche) si ricaverebbe che le ore settimanali indicate nella tabella sono teoriche-contrattuali (tali essendo quelle stabilite al

momento dell'assunzione) e non effettive e che Sodexo ha indicato in tabella le ore effettive di lavoro annuali perché in tale sede ha dovuto giustificare i propri costi del personale (che si calcolano moltiplicando le ore effettive per i costi orari effettivi comprensivi anche dei costi delle sostituzioni).

In sintesi, Sodexo assume che le settimane di servizio sono coperte dalle settimane contrattuali per il quale il personale è assunto (sì da coprire l'intero periodo di servizio di refezione scolastica) e superano abbondantemente le trentacinque settimane annue: non vi sarebbe, dunque, alcuna sottostima del costo del lavoro, con conseguente piena congruità e sostenibilità dell'offerta formulata.

7.5. Dette argomentazioni, pur suggestive, non sono tuttavia idonee a scalfire il convincente ragionamento svolto dalla Dussmann nella memoria di riproposizione dei motivi, in ordine alla congruità dei costi del personale e alla carenza di istruttoria e motivazione che inficia la verifica di anomalia dei costi dell'offerta aggiudicataria.

Ed infatti, il numero medio di trentacinque settimane annue, sebbene non costituisca elemento essenziale dell'offerta, prescritto a pena di esclusione dalla *lex specialis*, è stato pur sempre assunto dalla stazione appaltante quale base di calcolo per il numero dei pasti da erogare e la quantificazione dell'appalto.

7.6. Pertanto, il giudizio di verifica dell'anomalia non fornisce adeguate e idonee risposte ai profili di criticità evidenziati dalla Dussmann, in quanto non è chiaro dalle giustificazioni fornite e dai relativi verbali di gara impugnati se, fermo l'impegno assunto dalla Sodexo nella formulazione dell'offerta a garantire l'erogazione del servizio per l'intera sua durata, il costo medio orario del lavoro (che copre, in base alla legge e al contratto collettivo, anche i periodi di assenza e le sostituzioni) indicato dall'appellante nei giustificativi consente di coprire il costo del personale necessario per le sostituzioni sì da garantire effettivamente l'espletamento del servizio per tutte le settimane contrattualmente previste (*id est*: per l'intera durata dell'appalto).

7.7. Ed infatti, ove si assuma a base di calcolo il numero medio di trentacinque settimane annue, come ha fatto la stazione appaltante per quantificare numero dei pasti e valore della base d'asta, e considerato i costi orari e le ore settimanali indicati per ciascuna figura, si ricaverebbe un costo del lavoro annuo complessivo pari ad € 407.832,26, a fronte dei 385.652,58 (calcolati da Sodexo in offerta), con conseguente sottostima del costo del lavoro che fa andare in perdita l'offerta, atteso l'utile indicato di euro 11.145,05 annui, rendendola nel suo complesso inattendibile.

Costituisce, infatti, principio giurisprudenziale consolidato quello per cui gli appalti pubblici devono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione, oltre che ad un probabile contenzioso: laddove i costi non considerati o non giustificati siano invece 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 (Cons. di Stato, V, 15 aprile 2013, n. 2063).

7.8. Sono parimenti fondate le doglianze articolate con il terzo motivo del ricorso introduttivo qui riproposto: è incontestato che Sodexo ha formulato la propria offerta senza considerare il numero medio di trentacinque settimane annue di svolgimento del servizio preso a riferimento per il calcolo della base d'asta e non ha in concreto provato di aver conteggiato i costi del personale e, in generale, quelli della propria offerta economica per il numero di settimane effettive di servizio (a prescindere se detto numero sia poi superiore o inferiore alle trentacinque settimane); e inoltre ha esposto costi inferiori rispetto a quelli effettivi, formulando così un'offerta economica più bassa in violazione della *par condicio* dei concorrenti.

7.9. La valutazione di anomalia come svolta non consente, pertanto, di verificare se i costi del personale e, in generale, i costi connessi all'offerta economica dell'appellante sono congrui e in grado di assicurare la remuneratività dell'offerta tenuto conto del numero di settimane effettive annue per ciascuna tipologia di servizio oggetto dell'appalto (dato quest'ultimo che la Stazione appaltante è in grado agevolmente di accertare e di cui è a conoscenza, dovendo comunicarlo all'impresa aggiudicataria per la regolare esecuzione del servizio): non risulta, infatti, sufficientemente chiarito se le ore annue indicate dalla Sodexo siano effettive o solo teorico contrattuali né quale sia, in definitiva, il numero di settimane di servizio preso in considerazione dalla Sodexo per il calcolo dei costi indicati; né, infine, se detto numero coincida con il numero di settimane effettive per ciascuna tipologia di servizio oggetto della prestazione contrattuale, sì da garantirne la regolare e corretta esecuzione per tutta la durata dell'appalto.

8. Con il quarto motivo di ricorso qui riproposto, Dussmann torna a contestare che l'offerta di Sodexo sarebbe in perdita per il mancato computo della maggior parte dei costi per la formazione del proprio personale (per le 2920 ore nel triennio indicate da Sodexo nel "*Piano di formazione e aggiornamento del personale*").

8.1. Anche tale motivo è fondato.

8.2. Ed infatti, anche a voler considerare che il costo complessivo della formazione ammonti, secondo quanto sostiene l'appellante con il calcolo effettuato (cfr. memoria difensiva del 27 maggio 2019 tabella pag. 4), al massimo ad € 12.919 (in luogo del differente importo di 17.312,23, calcolato da Dussmann), detto costo eroderebbe quasi del tutto l'utile stimato (di € 11.145,05 annui).

8.3. Non è poi chiaro quale sia in effetti il capitolo di imputazione di detti costi (se essi rientrano, cioè, nelle spese generali della commessa o nei costi di struttura) e in che modo tale imputazione possa, difatti, escluderne l'incidenza sull'utile e sulla congruità dell'offerta.

8.4. Inoltre, non è sufficientemente chiarito se, come assume l'appellante, detto costo della formazione sia stato calcolato, in via prudenziale, in eccesso, e se l'offerta di Sodexo effettivamente include, senza distinzione, oltre alle ore solo teoriche (a costo pieno per il sostituto), anche quelle teoriche-pratiche: considerando poi che ciascuna ora di formazione svolta dai lavoratori rappresenta un costo per la ditta e va, pertanto, considerato in offerta (si pensi anche solo alla remunerazione dei docenti) non è neppure chiarito se dette ore teorico pratiche siano assimilabili ad ore in cui la formazione avviene nel corso del lavoro "on the

job”, già remunerate nel costo del lavoro senza comportare costi aggiuntivi a carico dell'impresa poiché non vi è bisogno di sostituzione degli addetti.

8.5. L'appellante ha invece giustificato e provato che non vanno altresì considerate, ai fini dei costi per la formazione, le due ore alla settimana previste per un'addetta al servizio mensa (indicato nella tabella a pag. 5 dei giustificativi), trattandosi di ore svolte dalla stessa dietista e, quindi, incluse nelle venti ore settimanali previste per quest'ultima figura professionale.

9. È, infine, fondato anche il quinto motivo riproposto dalla Dussmann con cui si chiede il rifacimento della verifica di anomalia di Sodexo per non avere questa comprovato i costi delle derrate.

9.1. L'appellante non ha, infatti, fornito nessuna concreta giustificazione in ordine a tale costo e alle modalità con cui ad esso si perviene, limitandosi a riportare dati globali aziendali riferiti ad una *“particolare scontistica riservata garantita dai fornitori”* ovvero facendo riferimento al dato storico dell'ultimo anno, relativo al servizio svolto per lo stesso Comune nel precedente anno scolastico, senza considerare le specificità della presente gara (oltre all'impossibilità di coprirne i relativi costi attraverso la struttura centrale della ditta) ove la società appellante si è impegnata alla fornitura di prodotti con particolari caratteristiche qualitative (prodotti dop, IGP ed equosolidali), con innegabili riflessi anche sul loro costo.

9.2. E però, da un lato il generico richiamo alla propria importante posizione di mercato e al particolare regime di favore e ad un'asserita scontistica generale aziendale tali da consentire prezzi molto competitivi (in conseguenza dei grandi volumi di merce acquistati) non vale di per sé a giustificare costi molto ridotti, dall'altro a fronte di asserzioni generiche, vaghe e riprodotte di mere formule di stile impiegate da tutti gli operatori economici di grandi dimensioni su una voce di costo fondamentale per l'appalto di ristorazione, la stazione appaltante si è limitata ad un acritico recepimento, senza alcun necessario approfondimento istruttorio e reputando in maniera apodittica l'offerta dell'impresa aggiudicataria complessivamente congrua.

10. In presenza di critiche così puntuali rispetto agli atti gravati del giudizio di anomalia dell'offerta, le difese della Sodexo e del Comune appaiono fragili e contraddittorie: basti pensare, in via meramente esemplificativa, che l'appellante sostiene, di volta in volta, di aver sovrastimato i costi del personale (calcolandoli sulla base di un numero di settimane finanche superiore a quelle di servizio, *“contro ogni logica di efficienza imprenditoriale”* come osservato dalla sentenza appellata) o quelli per la formazione (considerando tutte le ore di formazione come teoriche, pur non essendole, e conteggiando nel calcolo dei costi sostenuti anche quelle teorico pratiche, già remunerate e per le quali non andavano quindi previsti costi aggiuntivi) e di aver, conseguentemente, sottostimato l'utile indicato.

Si tratta, tuttavia, di affermazioni che, comportando una modifica dell'offerta per assicurarne la sostenibilità nel suo complesso, non possono che essere verificate e valutate dalla stazione appaltante: peraltro, come già evidenziato dalla sentenza appellata nell'accogliere il ricorso di prime cure, non si può certo pensare che al concorrente sia consentito modulare come meglio crede l'offerta.

Per i motivi esposti, dalla verifica di anomalia dell'offerta aggiudicataria emergono, dunque, profili di illogicità e contraddittorietà che ne impongono l'annullamento per difetto di motivazione e istruttoria, fatto salvo il riesercizio del potere dell'Amministrazione.

11. In conclusione, l'appello della Sodexo va accolto e vanno accolti altresì, nei sensi e termini di cui in motivazione, i motivi riproposti dalla Dussmann Service s.r.l. ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., confermando, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati, fatto salvo il riesercizio del potere in merito all'anomalia dell'offerta dell'appellante Sodexo.

12. Sussistono giusti motivi, attesa la complessità delle questioni trattate e l'esistenza di obiettive incertezze interpretative in ordine alla *lex specialis* e agli atti di gara, per disporre l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza di primo grado, esaminati i motivi riproposti dalla Dussmann Service s.r.l. ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., li accoglie nei sensi e termini di cui in motivazione; per l'effetto, conferma l'annullamento degli atti impugnati, fatto salvo il riesercizio del potere in merito all'anomalia dell'offerta dell'appellante Sodexo Italia s.p.a.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 luglio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere