

Publicato il 09/01/2017

N. 00020/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01886/2015 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1886 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Pellegrini S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Guido Greco C.F. GRCGDU46S18C351B, Manuela Muscardini C.F. MSCMNL54L46B615Y, Paolo Provenzano C.F. PRVPLA83P15G273J, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, P.Le Lavater, 5;

contro

Comune di Peschiera Borromeo, in persona del Sindaco legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Rosaria Ambrosini C.F. MBRMRS55R60G942E, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Sottocorno, 3;

nei confronti di

Elior Ristorazione S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Anania C.F. NNARCR65D16G273L, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Brera, 16;

per l'annullamento

previa sospensione

1) quanto al ricorso principale:

- della determinazione di aggiudicazione definitiva n. 549/09 del 23 luglio 2015, con cui il Comune di Peschiera Borromeo ha disposto l'aggiudicazione alla Società Elior Ristorazione S.P.A. dell'appalto relativo al "servizio di ristorazione scolastica ed altri utenti dal 1 settembre 2015 al 31 agosto 2017";

- della nota del 27 luglio 2015, con cui il Comune di Peschiera Borromeo ha comunicato alla Pellegrini S.p.A. la suddetta aggiudicazione definitiva a favore della Elior Ristorazione S.P.A.;

- della determinazione di aggiudicazione provvisoria n. 464/15 del 22 giugno 2015;

- dei verbali delle operazioni di gara datati 29 maggio 2015, 4 giugno 2015, 10 giugno 2015, 10 giugno 2015, 15 giugno 2015 e di tutti i relativi allegati;

- di ogni altro atto, presupposto, connesso, o consequenziale, ivi compreso l'eventuale contratto medio tempore stipulato tra l'amministrazione giudicatrice ed Elior Ristorazione s.p.a.;

2) quanto al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 14 dicembre 2015:

- della determinazione datata 10 novembre 2015 recante la comunicazione dell'esito positivo della verifica di anomalia eseguita rispetto all'offerta di Elior Ristorazione s.p.a.;

- della determinazione datata 10 novembre 2015 recante l'esito favorevole della valutazione di anomalia eseguita rispetto all'offerta di Elios Ristorazione s.p.a.;
 - della nota comunale datata 8 ottobre 2015;
 - del verbale relativo al contraddittorio orale svolto con l'aggiudicataria in sede di verifica di anomalia;
 - di ogni altro atto, presupposto, connesso, o consequenziale, ivi compreso l'eventuale contratto medio tempore stipulato tra l'amministrazione giudicatrice ed Elios Ristorazione s.p.a.;
- nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto, qualora stipulato con la controinteressata e per il subentro della ricorrente nell'esecuzione del servizio;
- nonché per la condanna al risarcimento dei danni patiti in conseguenza degli atti impugnati, da riconoscersi in forma specifica con aggiudicazione dell'appalto a favore della ricorrente e, qualora non sia possibile, per equivalente nella misura da liquidarsi anche in via equitativa;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Peschiera Borromeo in Persona del Sindaco P.T. e di Elios Ristorazione S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 ottobre 2016 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

Con il ricorso principale e il successivo ricorso per motivi aggiunti, Pellegrini S.p.A. 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 eventualmente stipulato tra l'amministrazione resistente e la controinteressata, sia che venga disposto il subentro in suo favore nella gestione del servizio ed, infine, che la stazione appaltante sia condannata al risarcimento del danno.

Si costituiscono in giudizio, il Comune di Peschiera Borromeo ed Elior Ristorazione S.p.A., eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza delle impugnazioni avversarie, di cui chiedono il rigetto.

Le parti producono memorie e documenti.

Con ordinanza n. 1710/2015, depositata in data 18 dicembre 2015, il Tribunale accoglie la domanda cautelare proposta dalla ricorrente e sospende il provvedimento di aggiudicazione impugnato.

All'udienza del 27 ottobre 2016, la causa viene trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che: a) con bando di gara spedito per la pubblicazione in data 24 aprile 2015, il Comune di Peschiera Borromeo indiceva una procedura aperta, da svolgere secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del "servizio di ristorazione scolastica durante l'anno scolastico destinato agli utenti delle scuole d'infanzia, delle scuole primarie, delle scuole di 1° grado, dei Centri Ricreativi Estivi", per un

periodo di 2 anni (dal 1 ° settembre 2015 al 31 agosto 2017), rinnovabile per altri 2 anni; b) il disciplinare di gara prevedeva un punteggio massimo complessivo di 100 punti, 70 dei quali per l'offerta tecnica e 30 per quella economica; c) alla procedura partecipavano cinque operatori, tra i quali Elios Ristorazione S.p.A. e Pellegrini S.p.A., gestore uscente del servizio; d) all'esito delle operazioni di gara, Elios Ristorazione S.p.A. si collocava al primo posto della graduatoria con complessivi 91,05/100 punti, di cui 63,16/70 per l'offerta tecnica e 27,89/30 per l'offerta economica, mentre al secondo posto si collocava Pellegrini S.p.A. con complessivi 87,90/100 punti, di cui 60,42/70 per l'offerta tecnica e 27,48/30 per l'offerta economica; e) senza procedere alla valutazione di congruità dell'offerta di Elios Ristorazione Spa, la stazione appaltante le aggiudicava il servizio, dapprima in via provvisoria, con determinazione n. 464 del 29.05.2015, poi in via definitiva con determinazione n. 549 del 23.07.2015; f) a seguito della presentazione dell'impugnazione principale da parte di Pellegrini spa, recante la contestazione dell'omessa attivazione della verifica di congruità rispetto all'offerta aggiudicataria, la stazione appaltante riapriva la procedura al fine di eseguire tale valutazione e chiedeva chiarimenti alla ditta classificatasi al primo posto; g) all'esito del procedimento, il RUP, con relazione del 10.11.2015, valutava l'offerta aggiudicataria "sostenibile e affidabile sotto l'aspetto economico in relazione al servizio richiesto ed offerto"; h) avverso le nuove determinazioni della stazione appaltante, Pellegrini spa proponeva ricorso per motivi aggiunti, reiterando la domanda cautelare; i) con ordinanza n. 1710/2015, depositata in data 18 dicembre 2015, il Tribunale accoglieva la domanda cautelare

formulata dalla ricorrente, sospendendo gli atti impugnati; l) poco prima della data fissata per la trattazione del ricorso in udienza pubblica, la stazione appaltante depositava ulteriore documentazione, riferendo dell'attivazione d'ufficio di un "sub procedimento integrazione istruttoria verifica anomalia", all'esito del quale il RUP, con relazione del 03.10.2016, pur senza adottare nuove determinazioni in ordine all'esito della gara, ribadiva che "in definitiva analizzando nella sua globalità l'offerta della società Elior, essa appare congrua e sostenibile dal punto di vista economico e rispettosa degli standard previsti nel capitolato".

2) In via preliminare, il Tribunale evidenzia che, dopo la decisione cautelare adottata con ordinanza n. 1710/2015, depositata in data 18 dicembre 2015 – decisione che non risulta oggetto di appello cautelare - non sono stati evidenziati dalle parti profili di fatto o di diritto ulteriori a quelli già vagliati dal Tribunale, sicché ai fini della decisione di merito devono essere ribadite, sinteticamente, le valutazioni già espresse in ordine alle illegittimità denunciate, in coerenza con la previsione dell'art. 120, comma 6, c.p.a., che impone di privilegiare la decisione in forma semplificata nella materia de qua. Tale considerazione non è superata dall'ulteriore riesame dell'offerta aggiudicataria svolto dalla stazione appaltante di sua iniziativa e culminato in una relazione del RUP in data 3 ottobre 2016 priva di valore provvedimento, sia perché si tratta di una verifica non sfociata nel riesercizio del potere, sia perché alla base di essa sono poste solo ulteriori argomentazioni senza deduzione di elementi nuovi sul piano sostanziale, comunque preclusi, in assenza della spendita di poteri di autotutela amministrativa, dai contenuti del giudicato cautelare derivante dall'ordinanza suindicata.

2) Devono essere esaminate con precedenza, perché logicamente prioritarie ed idonee, in caso di loro fondatezza, a determinare la soddisfazione della posizione sostanziale azionata dalla ricorrente, le censure con le quali si contesta la ragionevolezza della valutazione di congruità della stazione appaltante e corrispondentemente l'insostenibilità dell'offerta aggiudicataria in ragione dell'omessa esposizione e puntuale valutazione dell'effettiva incidenza dei costi del personale destinato al confezionamento dei pasti.

Va precisato, sin d'ora, che le censure ora indicate attengono all'esercizio del potere speso dall'amministrazione in sede di verifica di anomalia, sicché si tratta di doglianze tempestive rispetto al tempo di emanazione degli atti espressivi di tale potere e tanto basta per superare le eccezioni di inammissibilità adombrate dalle parti resistenti.

Le censure sono fondate.

In particolare, come già evidenziato in sede cautelare, il Tribunale osserva che:

- risulta per tabulas (cfr. disciplinare di gara) che l'appalto in esame ha ad oggetto la ristorazione scolastica nelle scuole di Peschiera Borromeo, la ristorazione per i centri ricreativi estivi, la preparazione dei pasti per gli anziani e la gestione informatizzata della rilevazione pasti;
- l'appalto non comprende solo le attività di somministrazione e trasporto dei pasti, ma anche quelle relative alla loro preparazione, tanto che l'art. 13 del disciplinare, nel descrivere i contenuti del "progetto di gestione del servizio" che ciascun concorrente deve presentare, ne prescrive l'elaborazione "seguendo rigorosamente l'ordine dei criteri e sottocriteri indicati nell'apposita 'griglia dei

criteri e sottocriteri' riportata alla fine del presente articolo" e proprio tale griglia prevede che "dovranno essere illustrate le modalità organizzative, il monte ore previsto, distinto per le varie figure professionali (addetti preparazione pasti, addetti distribuzione, addetti trasporto), le tematiche dell'addestramento distinto per le varie figure";

- ne deriva che i costi esposti da ciascun concorrente devono essere riferiti sia a tutte le attività oggetto dell'appalto, ossia alla preparazione, al trasporto e alla somministrazione dei pasti, sia alle diverse figure professionali impiegate per lo svolgimento di ciascuno dei servizi ora indicati;

- va precisato sin d'ora che il progetto di gestione del servizio presentato dall'aggiudicataria si riferisce tanto al personale adibito al servizio mensa e al trasporto, quanto al personale addetto al servizio di preparazione dei pasti, in coerenza con le previsioni della lex specialis;

- l'offerta aggiudicataria è stata sottoposta a valutazione di congruità e la stazione appaltante, con nota del 10 settembre 2015, ha esplicitamente chiesto di "fornire giustificazioni relative alle voci di prezzo che compongono l'offerta economica presentata in sede di gara. Le giustificazioni prodotte dovranno tenere conto di quanto elaborato nel progetto tecnico. Limitatamente alla voce "costo del personale impiegato nel servizio" le giustificazioni prodotte al riguardo dovranno essere analitiche";

- nondimeno, a fronte della richiesta di analitiche spiegazioni sul costo del personale, Elixir Ristorazione spa, tanto nelle deduzioni prodotte in data 28.09.2015, quanto in quelle del 16.10.2015, ha descritto solo il costo del personale addetto al servizio mensa

(servizio di somministrazione dei pasti) e degli autisti (servizio di trasporto), senza alcuna indicazione dei costi da imputare al personale addetto alla preparazione dei pasti e senza alcuna indicazione delle ragioni di tale omissione;

- è evidente che, a fronte della palese carenza delle giustificazioni fornite, perché del tutto prive di riferimenti ad una specifica voce di costo dell'offerta – sulla base dei suoi contenuti e delle specifiche indicazioni della *lex specialis* - la valutazione positiva di congruità espressa dalla stazione appaltante risulta lacunosa e carente sul piano istruttorio e motivazionale;

- invero, a fronte della richiesta di analitiche giustificazioni del costo del personale, comprensivo, in base ai contenuti dell'offerta e della *lex specialis*, anche del personale addetto alla preparazione dei pasti, la stazione appaltante ha ritenuto congrua l'offerta aggiudicataria pur in mancanza di ogni indicazione in ordine alla reale incidenza dei costi di siffatto personale, costi incidenti sull'offerta complessiva;

- del resto, la relazione del RUP, elaborata all'esito della valutazione di anomalia, non indica alcun concreto elemento a dimostrazione dell'effettiva sostenibilità dei costi di cui si tratta, limitandosi ad una mera parafrasi delle dichiarazioni rese dall'aggiudicataria nel corso del procedimento di verifica;

- sicuramente è ammissibile che le imprese concorrenti esponano dei valori del costo del lavoro inferiori a quelli fissati dalle tabelle ministeriali di riferimento, tanto che la giurisprudenza ha da tempo chiarito che: 1) i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile, ma semplicemente un parametro di valutazione della congruità dell'offerta, con la conseguenza che l'eventuale scostamento da tali

parametri delle relative voci di costo non legittima di per sé un giudizio di anomalia (cfr. fra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, n. 1743 del 2 aprile 2015, Sez. V, n. 3937 del 24 luglio 2014); 2) nondimeno, ciò non significa che il concorrente possa discostarsi in maniera palese dai valori tabellari senza offrire alcuna giustificazione, poiché i costi medi tabellari, seppure non costituiscono parametri inderogabili, sono indici di adeguatezza dell'offerta, con la conseguenza che è ammissibile l'offerta che da essi si discosti purché lo scostamento non sia eccessivo e vengano salvaguardate le retribuzioni dei lavoratori, così come stabilito in sede di contrattazione collettiva; 3) spetta al concorrente allegare e provare le condizioni che consentono tale abbattimento, anche in relazione alle possibili economie che le diverse singole imprese possono conseguire (pure con riferimento al costo del lavoro), ma sempre nel rispetto delle disposizioni di legge e dei contratti collettivi (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, n. 1743 del 2 aprile 2015; Consiglio di Stato, sez. III, 3 luglio 2015, n. 3329);

- nel caso di specie, tale onere della prova è stato del tutto disatteso da Elixir Ristorazione spa, che ha radicalmente omesso di esporre il costo di tutto il personale addetto alla preparazione dei pasti e delle merende da somministrare in sede di esecuzione dell'appalto;

- si badi, la spiegazione analitica di simili costi non può essere rinvenuta, come sostengono le parti resistenti, nella laconica affermazione contenuta nelle giustificazioni secondo cui il costo integrale del “personale – almeno 15 dipendenti - dedicato alla produzione del pasto presso il...centro cottura di Vimodrone” sarebbe da imputare alla voce “costo produzione di un

pasto/merenda”, essendo, quindi, pro quota, pari a euro 0,10 per ogni singolo pasto e ad euro 0,01 per ogni singola merenda;

- invero, al di là del fatto che il costo di produzione del pasto non corrisponde di per sé al costo del personale addetto alla preparazione del pasto, resta fermo, da un lato, che la formula utilizzata è del tutto generica, perché non esplicita i diversi costi che concorrono a comporre la voce “produzione di un pasto”, dall’altro, che da essa non è possibile enucleare in modo analitico i costi riferibili alle diverse figure professionali dedicate al servizio di preparazione dei pasti, espressamente compreso nell’oggetto dell’appalto;

- la mancata esplicitazione e giustificazione da parte dell’aggiudicataria dei costi del personale dedicato alla produzione dei pasti e delle merende non è superabile sulla base delle ulteriori allegazioni che, dopo la sospensione cautelare disposta dal Tribunale, Elior Ristorazione spa ha ritenuto di trasmettere alla stazione appaltante;

- ora, il Tribunale osserva che la nuova argomentazione si limita a sostenere che, siccome Elior gestisce altri appalti aventi ad oggetto la produzione di pasti, sempre utilizzando il centro di cottura di Vimodrone, allora si deve ritenere che l’intero costo del personale, utilizzato per la produzione dei pasti riferibili all’appalto per cui è causa, sia già coperto dai proventi che derivano dall’esecuzione degli altri appalti gestiti dalla società;

- si tratta di un’argomentazione, in primo luogo, palesemente apodittica, poiché l’amministrazione e la controinteressata non hanno prodotto alcuna documentazione di riscontro, idonea a dimostrare che il costo della produzione dei pasti riferibili all’appalto

in questione è stato posto a carico di altri committenti, in relazione ad altri appalti gestiti dalla controinteressata medesima;

- la tesi è poi smentita dal contenuto dell'offerta tecnica di Elior, la quale ha dichiarato che talune figure professionali fondamentali per la produzione dei pasti, quali il "Coordinatore del servizio" e l' "Aiuto cuoco" sono state indicate come impiegate a tempo pieno in via prevalente, o in quota parte significativa, proprio per la preparazione dei pasti cui si riferisce l'appalto de quo, sicché è del tutto irragionevole ipotizzare che i costi ad essi relativi siano comunque "coperti" dagli introiti che derivano dall'esecuzione di altri appalti;

- in ogni caso, è evidente che il costo in questione riguarda lavoratori dipendenti dell'aggiudicataria, sicché esso grava inevitabilmente su Elior Ristorazione spa, pertanto non può essere sottratto dal computo dei costi del personale confluenti nel costo del servizio, costi che devono essere necessariamente considerati ai fini della formulazione compiuta e seria dell'offerta economica;

- in altre parole, un'offerta economica, la cui componente costituita da una parte del personale necessario per lo svolgimento del servizio sia quotata zero ovvero quasi zero, è in realtà un'offerta non attendibile, non ragionevole ed inaffidabile (cfr. per tali considerazioni, tra le altre, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-bis, 26 novembre 2015, n. 13390 e già Consiglio di Stato, sez. V, 27 marzo 2009, n. 1841);

- le incongruenze riscontrate non sono neppure scalfite dagli argomenti difensivi sviluppati dal Comune resistente, secondo cui dal confronto tra le offerte in gara complessivamente considerate,

compresa quella della ricorrente, non emergerebbero delle differenze consistenti nei costi globalmente esposti;

- sul punto, è quasi superfluo rilevare, da un lato, che la valutazione di anomalia ha ad oggetto la singola offerta e non si sostanzia in una valutazione comparativa, dall'altro, che l'attendibilità dell'offerta deve emergere dalla coerenza e dalla giustificazione delle diverse voci di costo esposte dalla singola concorrente, perché, come è noto, in sede di apprezzamento dell'offerta anomala, così come in sede di giudizio di congruità dell'offerta, il concorrente sottoposto a valutazione deve giustificare le voci di costo esposte, ma non può fornire giustificazioni tali da integrare un'operazione di "finanza creativa" (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);

- in definitiva, la valutazione positiva di congruità, espressa dalla stazione appaltante, si sostanzia in generiche affermazioni, che si risolvono nella parafrasi delle argomentazioni articolate dall'aggiudicataria, ma non sottendono alcuna concreta e dimostrata verifica della sostenibilità economica dell'offerta, con conseguente fondatezza delle censure in esame;

- sotto altro profilo, va evidenziato che la fondatezza delle censure esaminate presenta carattere pienamente soddisfattivo della posizione giuridica azionata da Pellegrini spa, sicché sussistono le condizioni per ritenere assorbite le ulteriori doglianze articolate nel ricorso

principale e nel ricorso per motivi aggiunti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1057; Consiglio di Stato, Ad. Pl. n. 5/2015)

3) Viceversa, devono essere respinte le ulteriori domande avanzate dalla ricorrente, atteso che:

- non risulta stipulato il contratto tra la stazione appaltante e la controinteressata, sicché è destituita di fondamento la domanda volta alla declaratoria di inefficacia del contratto;

- non sussistono i presupposti per ritenere che la ricorrente, seconda classificata, sia necessariamente aggiudicataria del contratto, atteso che la sua offerta non risulta ancora sottoposta a valutazione di congruità, pure prospettata dalla stazione appaltante negli atti difensivi e comunque, astrattamente, ancora effettuabile, sicché il relativo potere amministrativo non si configura come vincolato, con conseguente infondatezza della domanda di aggiudicazione dell'appalto;

- quanto alla domanda risarcitoria per equivalente monetario, va evidenziato che si tratta di una richiesta formulata in modo meramente formale, non sviluppata quanto all'effettiva allegazione e dimostrazione dei danni asseritamente subiti, danni neppure quantificati o allegati, con conseguente insussistenza dei presupposti di configurazione della responsabilità risarcitoria dell'amministrazione resistente, ai sensi dell'art. 2043 e seg.ti c.c..

4) In definitiva, il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti sono fondati e devono essere accolti limitatamente alle domande di annullamento in essi formulate, mentre devono essere respinte le ulteriori domande avanzate dalla ricorrente.

Nondimeno, resta ferma la posizione di sostanziale soccombenza sia del Comune di Peschiera Borromeo, sia di Elixir Ristorazione spa, a

carico dei quali, pertanto, devono essere poste le spese della lite, secondo gli importi liquidati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando:

- 1) accoglie la domanda di annullamento formulata nel ricorso principale e nel ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione indicato in epigrafe;
- 2) respinge nel resto;
- 3) condanna il Comune di Peschiera Borromeo ed Elios Risturazione spa, in solido tra loro e in parti uguali, al pagamento delle spese della lite in favore di Pellegrini spa, liquidandole in euro 8.000,00 (ottomila), oltre accessori di legge e ferma restando la restituzione del contributo unificato come per legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio Fornataro

IL PRESIDENTE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO