

Pubblicato il 11/02/2017

N. 00075/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00457/2016 REG.RIC.

 logo

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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 457 del 2016, proposto da:

Bioristoro Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Gai C.F.
GAINRC76T10H501M, con domicilio eletto presso Segreteria
T.A.R. Abruzzo in L'Aquila, via Salaria Antica Est N.27;

contro

Azienda per il diritto agli Studi Universitari - L'Aquila, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato
Francesco Camerini C.F. CMRFNC64D03A345F, con domicilio
eletto presso il suo studio in L'Aquila, via Garibaldi, 62;

nei confronti di

Sodexo Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Boifava C.F.
BFVMRZ64P23F205K, Roberto Colagrande C.F.

CLGRRT68T28A345B, con domicilio eletto presso Roberto Colagrande in L'Aquila, via Ulisse Nurzia 26 - Pile;

per l'annullamento

della nota prot. n. 5013 del 30/8/2016 recante comunicazione di aggiudicazione definitiva a Sodexo Italia spa della gara di appalto per la fornitura del servizio di ristorazione e gestione delle mense universitarie;

del provvedimento 29 agosto 2016, n. 673 del dirigente responsabile dell'Azienda del diritto agli studi universitari recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto a Sodexo;

di tutti gli atti e verbali di gara;

del disciplinare di gara, ove occorra;

dell'atto di nomina della commissione di gara;

istanza di accesso incidentale ex art. 116, comma 2, c.p.a.;

per il risarcimento del danno;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Per il Diritto Agli Studi Universitari - L'Aquila e di Sodexo Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120 c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 gennaio 2017 la dott.ssa Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Bioristoro Italia Spa (d'ora in avanti anche Bioristoro) partecipava alla procedura aperta, indetta dall'Azienda per il diritto agli studi universitari, con bando pubblicato in G.U.U.E. n. S. 225 del 20 novembre 2015, per l'appalto del servizio, di ristorazione e gestione mense universitarie per tre anni, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

Alla gara partecipavano otto imprese e all'esito della valutazione delle offerte risultava prima classificata l'impresa Sodexo Italia s.p.a. (d'ora in avanti anche Sodexo) con 92 punti, mentre l'impresa Bioristoro si classificava al secondo posto con 72, 60 punti.

1.1.- Con il ricorso in epigrafe Bioristoro, premesso che la stazione appaltante le opponeva il diniego all'ostensione dell'offerta tecnica della Sodexo, chiede:

- a) l'accesso incidentale all'offerta tecnica dell'aggiudicataria ex art.116, comma 2, c.p.a.;
- b) l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto in favore di Sodexo, comunicata con nota prot. n. 5013 del 30/8/2016, deducendo incongruità e carenze dell'offerta tecnica e vizi della procedura, perché la commissione avrebbe illegittimamente provveduto a specificare e integrare i criteri e sub criteri con correlativi punteggi e sub punteggi previsti nella legge di gara, nonché la violazione dell'art. 84 del d.lgs 163/2006 per incompatibilità di uno dei commissario di gara, in quanto è stato anche responsabile del procedimento;
- c) di dichiarare l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato con Sodexo e di disporre il subentro di Bioristoro;

d) in subordine, di condannare l'Amministrazione convenuta al risarcimento del danno in caso di impossibilità di subentro totale o parziale, in misura da quantificarsi.

2.- Per resistere al ricorso si sono costituite sia l'Azienda per il diritto allo studio universitario sia l'impresa Sodexo, le quali hanno svolto puntuali e ampie argomentazioni per dedurre l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

3.- All'udienza pubblica dell'11 gennaio 2017 il ricorso è trattenuto per la decisione.

4.- In via preliminare, il Collegio dà atto della rinuncia della ricorrente, formulata in udienza, alla domanda di accesso incidentale all'offerta tecnica dell'impresa Sodexo.

5.- Il primo ed il secondo motivo di ricorso possono essere trattati congiuntamente, in quanto con essi è denunciata l'incongruità dell'offerta tecnica di Sodexo sotto due diversi profili.

5.1.- Con il primo mezzo di gravame Bioristoro deduce che Sodexo avrebbe formulato la propria offerta economica (prezzo medio a pasto € 5,52) sulla base di un fatturato calcolato al 100 per cento sul prezzo dei pasti completi (primo, secondo, contorno); tale previsione, però, non sarebbe attendibile perché non terrebbe conto della possibilità che gli studenti consumino anche un pasto alternativo, composto soltanto da primo e contorno o secondo e contorno, tant'è che il disciplinare all'art. 15 prevede che "il prezzo unitario del pasto alternativo sarà pari al 70 per cento del prezzo unitario offerto del pasto tradizionale".

Deduce la ricorrente che, ai fini della formulazione di un prezzo congruo, è necessario tener conto del possibile minor prezzo dei pasti alternativi, che, come chiarito dalla stazione appaltante, negli

anni precedenti (2014 e 2015) sono stati rispettivamente il 26,36 per cento e il 20,94 per cento di quelli totali.

Quindi considerando lo sconto del 30 per cento sui pasti alternativi, una media del 25 per cento dei pasti alternativi consumati ogni anno, il fatturato Sodexo si abbasserebbe da € 1.380.000 ad € 1.276.250 per un valore complessivo nel triennio dell'appalto che si ridurrebbe da €4.140.000 ad €3.828.750. La sovrastima di Sodexo pari a euro 581.250 nel triennio andrebbe ad assorbire tutto l'utile previsto, con conseguente incongruità dell'offerta perché l'impresa andrebbe in perdita di Euro 41.250 annui, pari ad euro 123.750,00 nel triennio.

5.2.- Con il secondo motivo di ricorso è dedotta l'incongruità dell'offerta dell'aggiudicataria sotto il profilo della sottostima del costo del lavoro (incongruità che aveva indotto la stazione appaltante a chiedere giustificazioni): a) Sodexo non avrebbe tenuto conto del maggior costo derivante dagli scatti di anzianità (Euro 11.327,26 annui) dei dipendenti, spesa che avrebbe tentato di recuperare attraverso presunti risparmi fiscali e contributivi; b) il criterio di calcolo del costo del lavoro di Sodexo non sarebbe attendibile perché avrebbe dovuto far riferimento non al valore della tabella ministeriale che indica le ore annue mediamente lavorate (1569 ore), ma al valore indicato nella stessa tabella come "ore teoriche" e stabilito in 2088 ore (40 ore per 52,2 settimane); in altri termini, poiché il servizio deve essere garantito per dodici mesi, i periodi di ferie e malattia di ciascun lavoratore avrebbero dovuto essere coperti con altro personale in sostituzione, pertanto, al fine di valutare il costo reale del personale impiegato da Sodexo, i costi orari indicati per ogni singolo livello di inquadramento avrebbero dovuto essere

riparametrati sulla base di un periodo di 52,2 settimane e non di sole 40 settimane. Ciò avrebbe determinato una sottostima del costo del lavoro di oltre 200.000,00 euro.

6.- I motivi sono infondati.

Occorre premettere che, per consolidata e condivisa giurisprudenza amministrativa (C. Stato, sez. III, 22-01-2016, n. 211), il giudizio di incongruità e di anomalia dell'offerta è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza. Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'Amministrazione solo sotto il profilo della logica, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile sostituzione all'operato della commissione con invasione della sfera propria della pubblica amministrazione. Dunque, il sindacato giurisdizionale rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficcate da errori di fatto.

6.1.- Orbene, nei limiti del sindacato consentito a questo giudice, non appare macroscopicamente irragionevole né abnorme la valutazione di congruità dell'offerta effettuata dalla Commissione, la quale ha considerato che il minor utile derivante dalla somministrazione di pasti ridotti viene compensato dai minori costi derivanti dal conseguente risparmio di prodotti alimentari e di stoviglie, in caso di consumo, da parte degli studenti, del pasto ridotto.

6.2.- Quanto alla incongruità del costo del personale, non costituisce frutto di abnorme valutazione né di travisamento dei fatti la scelta di

valutare attendibili le giustificazioni fornite da Sodexo in relazione alla mancata considerazione, in sede di offerta, del risparmio fiscale dovuto alla deducibilità dall'imposta regionale per le attività produttive (Irap) del costo del personale.

Tale giustificazione, non solo non appare manifestamente irragionevole, ma è conforme all'art. 1, comma 20, L. 23 dicembre 2014, n. 190 (che ha aggiunto il comma 4 *octies*, all'art. 11 del d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, recante la disciplina dell'Irap), che dal 2015 ha introdotto la possibilità di dedurre dall'Irap la differenza tra il costo complessivo per il personale dipendente a tempo indeterminato e le altre deduzioni spettanti (quelle di cui ai commi 1, lettera a), 1-bis, 4-bis.1 e 4-quater del citato art. 11: i contributi per le assicurazioni obbligatorie contro gli infortuni sul lavoro, contributi assistenziali e previdenziali, costi relativi ad apprendisti, disabili, personale con contratto di formazione e lavoro, personale addetto alla ricerca e sviluppo, importo forfettario per ogni lavoratore, costo per ogni nuovo lavoratore, indennità di trasferta).

L'assunto di parte ricorrente secondo la quale l'indicazione da parte di Sodexo di un'aliquota IRAP erronea, minore rispetto a quella applicata dalla Regione Abruzzo nel 2015 (2,50 % anziché 4,82 %) costituisce motivo nuovo, introdotto per la prima volta con memoria del 21 dicembre 2017, ed è pertanto inammissibile.

6.2.1.- Allo stesso modo costituiscono motivi nuovi ed inammissibile, perchè introdotti per la prima volta con memoria del 21 dicembre 2016:

I) quello con il quale Bioristoro confuta le giustificazioni fornite da Sodexo in merito al risparmio derivante dalla rivalutazione del TFR (secondo Sodexo non più dovuta dalle aziende con un organico

superiore a cinquanta dipendenti, in virtù del versamento mensile delle quote al fondo di tesoreria INPS o al fondo pensione) sostenendo e argomentando ampiamente la permanenza di tale voce di costo;

II) l'erroneità e sottostima, effettuata da Sodexo, del contributo INAIL per il personale impiegato nell'appalto.

6.3.- E' peraltro immune dai denunciati vizi di violazione degli articoli 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163 del 2006, di illogicità e travisamento dei fatti anche la valutazione, ai fini della congruità dell'offerta, delle ore mediamente lavorate, se si considera che il dato delle ore annue mediamente lavorate dal personale è già comprensivo di eventi (malattie, infortuni, maternità), che non rientrano nella disponibilità dell'impresa (Consiglio di Stato, sez. V, 28-06-2011, n. 3865). Non risulta, quindi, violata l'applicazione dell'apposita tabella ministeriale, che basa il costo del lavoro ivi indicato sulle ore effettivamente lavorate, così comprendendo nel costo stesso gli oneri per il godimento degli istituti contrattuali ed eventuali sostituzioni per eventi impreveduti (malattie ed infortuni).

7.- L'infondatezza dei motivi di ricorso sopra esaminati e formulati in via principale induce all'esame del quarto motivo di ricorso, proposto in via subordinata, con il quale Bioristoro lamenta l'illegittimità dell'operato della commissione che, in violazione degli articoli 81 e 83 del d.lgs 163/2006, dell'art. 14 del disciplinare recante i criteri di valutazione, nonché dei principi generali in materia di gare pubbliche, dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, ha illegittimamente provveduto a specificare e integrare i criteri e sub criteri di valutazione con correlativi punteggi e sub punteggi, che non trovano alcun fondamento nella lex specialis di gara.

7.1.- Il motivo è fondato nei termini di seguito specificati

L'art. 83, comma 4, del d.lgs 163 del 2006 prevede che spetta al bando (e quindi non alla commissione) stabilire, per ciascun criterio di valutazione prescelto, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi.

Ciò premesso, la giurisprudenza amministrativa reputa legittima la fissazione di criteri motivazionali per l'attribuzione, a ciascun criterio o sub-criterio di valutazione, il punteggio tra il minimo ed il massimo indicati nel bando, purché siano rispettati i seguenti limiti: il limite temporale fondamentale e imprescindibile, costituito dall'apertura delle buste, nel senso che la specificazione dei criteri di valutazione deve essere sempre anteriore all'apertura delle buste; il limite sostanziale rappresentato dal divieto di innovare i parametri valutativi fissati dalla legge di gara (*ex multis*: Consiglio di Stato sez. V 15 maggio 2013 n. 2622; T.A.R. Campobasso, Molise, sez. I 09 aprile 2009 n. 126; T.A.R. Latina, Lazio, sez. I 03 novembre 2008 n. 1476).

Nel caso di specificazione dei sub-criteri dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche risulta, infatti, inficiata alla radice la scansione del procedimento di gara che, al fine di garantire la trasparenza, l'imparzialità delle operazioni e la *par condicio competitorum*, richiede l'obbligo di preventiva conoscibilità dei criteri di ponderazione delle offerte al fine di rendere trasparente ed immediatamente percepibile l'attribuzione dei punteggi, anche allo scopo di scongiurare il rischio che, in astratto, la commissione possa premiare, plasmando e modulando opportunamente i sub-punteggi, talune offerte, già conosciute, al fine di valorizzarne le specifiche caratteristiche (T.A.R. Genova, Liguria, sez. II 23 giugno 2010 n. 5252; T.A.R. Catanzaro, Calabria, sez. I 27 novembre 2007 n. 1854).

Dunque, il divieto di specificazione e/o integrazione dei criteri di valutazione dopo l'apertura delle offerte tecniche, costituisce principio generale delle procedure a evidenza pubblica, la cui violazione determina l'illegittimità della gara indipendentemente dalla dimostrazione – pari ad una *probatio diabolica* - che essa ne abbia in qualche modo condizionato l'esito (T.A.R. Latina, Lazio, sez. I 03 novembre 2008 n. 1476).

Nel caso di specie, risulta dagli atti di causa che i criteri motivazionali sono stati fissati dalla commissione in data 31 maggio 2016, in data successiva all'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, avvenuta in data 19 aprile 2016.

Ne consegue l'illegittimità della procedura di gara.

8.- Con il quinto motivo di ricorso, pure proposto in via gradata, nell'ipotesi di mancato accoglimento dei primi tre motivi, è dedotta la violazione dell'art. 84 del d.lgs 163/2006, a causa della incompatibilità di uno dei commissari di gara, che ha assunto anche le vesti di responsabile del procedimento.

8.1.- Il motivo non merita accoglimento.

In disparte la genericità della censura, nel caso di specie si tratta di un appalto di servizi di ristorazione, inserito tra quelli di cui all'allegato IIB del d.lgs 163/2006, al quale sono applicabili solo le disposizioni direttamente richiamate dal combinato disposto degli articoli 20 e 27 del d.lgs n.163 del 2006, i quali non fanno riferimento all'art. 84, che, invece, la ricorrente assume violato.

9.- L'accoglimento del quarto motivo di ricorso e il rigetto dei restanti motivi, determina l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione e degli atti ad esso presupposti.

Non è, però, possibile accogliere la domanda di subentro nel contratto della ricorrente, atteso che l'accoglimento del quarto motivo di ricorso comporta la rinnovazione della procedura.

Va invece disposta l'inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con Sodexo. Si tratta, infatti, di un'ipotesi in cui il vizio dell'aggiudicazione, stante la circostanza dell'avvenuta fissazione dei criteri motivazionali dopo l'apertura delle buste delle offerte tecniche, comporta l'obbligo di rinnovare la gara, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., che fa riferimento proprio, in relazione ai "vizi riscontrati", al caso in cui il vizio determini necessariamente "l'obbligo di rinnovare la gara".

Va invece respinta la domanda di risarcimento dei danni per equivalente patrimoniale, peraltro nemmeno quantificati, in quanto l'interesse legittimo strumentale dedotto in giudizio - vale a dire la *chance* di conseguire l'aggiudicazione - è integralmente soddisfatta dalla rinnovazione della gara che la stazione appaltante è tenuta ad espletare in esecuzione della sentenza.

10.- Le spese di lite, attesa la reciproca soccombenza, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- a) dà atto della rinuncia all'istanza di accesso incidentale ex art.116, comma 2, c.p.a.;
- b) accoglie il ricorso nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione e gli atti ad esso presupposti;

- c) dispone l'inefficacia del contratto;
- d) respinge la domanda di risarcimento danni;
- e) compensa integralmente tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 11 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Amicuzzi, Presidente

Paola Anna Gemma Di Cesare, Primo Referendario, Estensore

Lucia Gizzi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Paola Anna Gemma Di Cesare

IL PRESIDENTE
Antonio Amicuzzi

IL SEGRETARIO