

Pubblicato il 04/11/2021

N. 01436/2021 REG.PROV.COLL.

N. 00772/2021 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 Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 772 del 2021, proposto da Sodexo Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Boifava e Giuseppina Salatino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Estar Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Gracili, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Servi n. 38; Regione Toscana, Azienda Usl Toscana Nord Ovest, Fondazione Toscana Gabriele Monasterio - Ospedale G. Pasquinucci di Massa, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Dussmann Service s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Orsola Cortesini, Giuseppe Morbidelli e Matteo Anastasio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Camst Soc. Coop. a r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- 1) della determinazione del Direttore del Dipartimento Acquisizione Beni e Servizi di ESTAR - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale n. 688 del 29/04/2021, comunicata a mezzo portale telematico in data 3/5/2021 e con pec il successivo 04/05/2021;
- 2) dei verbali della procedura de qua, nella parte in cui i preposti alla gara hanno ritenuto ammissibile, valutabile e remunerativa l'offerta del r.t.i. Dussmann Service S.r.l., attribuendole un punteggio pari a 70 per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica, ivi compreso quello relativo al sub procedimento di verifica dell'anomalia;
- 3) della determinazione del Direttore del Dipartimento Acquisizione Beni e Servizi di ESTAR - Ente di Supporto Tecnico-Amministrativo Regionale n. 370 del 12/03/2020;
- 4) ove occorrer possa, della lex specialis di gara nell'ipotesi che la stessa sia interpretata come volta a consentire la presentazione di una offerta in contrasto con le prescrizioni del disciplinare, del capitolato tecnico e dei suoi allegati;
- 5) ogni altro atto precedente, successivo, consequenziale e comunque connesso a quelli impugnati;
- 6) di tutti gli atti preordinati, consequenziali e connessi;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estar Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di Dussmann Service s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2021 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Estar, con determinazione n. 688 del 29.4.2021, ha aggiudicato al RTI Camst società cooperativa e Dussamann Service s.r.l. il lotto n. 5 del servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale, ad esito dei verbali di gara del 25.1.2021 (riguardante la rivalutazione nei termini richiesti dalla pronuncia del giudice di appello e l'attribuzione del punteggio di qualità in relazione al criterio B) e del 11.2.2021 (avente a oggetto l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica) e della positiva verifica di anomalia dell'offerta (allegato n. 4 depositato in giudizio da Estar) e assumendo a presupposto la sentenza del Consiglio di Stato n. 7767 del 2020, di riforma della sentenza del TAR Toscana n. 971/2020.

Avverso tale provvedimento Sodexo Italia s.p.a., seconda classificata (con 89,98 punti, a fronte dei 100 punti attribuiti all'aggiudicataria), è insorta deducendo:

1) Violazione degli artt. 56, 59, 80 comma 5 lett. c bis, 94 e 95 del d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 72 del R.D. n. 827/1924, del disciplinare di gara, del capitolato e relativi allegati, dei principi informanti le procedure a evidenza pubblica (par condicio e parità di trattamento); eccesso di potere per travisamento, illogicità e ingiustizia manifesta.

La lex specialis di gara prevede il servizio di ristorazione dal lunedì alla domenica e per tutti i giorni dell'anno (con la sola eccezione delle mense aziendali e delle strutture semiresidenziali); tuttavia l'aggiudicataria, nel diagramma riportato nell'allegato 3 alla relazione tecnica in relazione al presidio ospedaliero di Carrara, non prevede l'impiego di nessuno dei tre aiuto cuochi nella giornata di domenica.

In particolare:

a) L'allegato n. 3 non ha scopo puramente indicativo, in quanto la modulazione oraria in esso prevista discende dalla scelta dell'offerente e la commissione

giudicatrice procede a calcolare il monte ore effettivo sulla scorta dei dati presentati dall'offerente, la quale si è autovincolata ad essi;

b) non può dirsi che la preparazione del cibo è anticipata al giorno prima (cioè al sabato), giacché l'aggiudicataria ha dichiarato nell'offerta che i primi piatti sono prodotti appena prima del confezionamento, che l'inizio delle cotture non avviene prima di 2 ore dalla distribuzione, che le preparazioni gastronomiche sono cotte in giornata (tranne arrosti, brasati, riso per insalata, patate per polpette, tortini o hamburger, ingredienti per lasagne o pasta al forno);

c) non può dirsi che l'omessa attività domenicale è garantita dall'accettazione delle prescrizioni della lex di gara, la quale non può compensare le lacune dell'offerta.

Con memoria di replica, la ricorrente aggiunge che la presenza domenicale dei due aiuto cuochi è sconfessata anche dalle giustificazioni, con le quali è attribuito loro un numero di ore incompatibili con tale presenza; aggiunge che la rilevanza dell'allegato 3 è dimostrata dalla pagina 24 della relazione tecnica, secondo cui "il monte ore proposto garantisce la corretta esecuzione del servizio, la rotazione dei riposi settimanali, la copertura dell'assenteismo, come si evince dagli armonigrammi di una giornata lavorativa tipo allegati alla presente relazione".

2) Violazione degli artt. 32 comma 4, 56, 59, 94 e 95 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 72 del RD. N. 827/1924; violazione della lex specialis, dei principi di par condicio e parità di trattamento; eccesso di potere per travisamento, illogicità e ingiustizia manifesta.

Premesso che costituisce *ius receptum* che le offerte devono essere improntate alla massima linearità e chiarezza, quella dell'aggiudicataria è un'inammissibile offerta alternativa, in quanto da un lato (nella scheda preliminare) si afferma un impegno e dall'altro (progetto tecnico) lo stesso impegno non risulta intrapreso ai sensi della disciplina di gara.

a) L'aggiudicataria prevede personale appositamente dedicato alla produzione delle diete speciali (pagina 40 della relazione tecnica); invece i diagrammi di cui all'allegato 3 della relazione non indicano tale personale nel presidio ospedaliero di Carrara (è ivi assente il "cuoco cucina dietetica" previsto nel mansionario redatto dall'aggiudicataria –allegato n. 22-);

b) l'offerta è indeterminata quanto al criterio D "Organizzazione, formazione e aggiornamento del personale", per il quale la commissione ha attribuito 3,20 punti: la relazione tecnica indica solo le ore settimanali contrattuali, inoltre vi è una discordanza quantitativa tra il monte ore contrattuale previsto nella relazione tecnica e l'orario settimanale indicato nell'allegato 3 (la prima indica un numero di ore maggiore di quello indicato nel diagramma contenuto nell'allegato 3). Da qui l'impossibilità di condividere la valutazione della commissione, secondo cui il progetto descrive in modo dettagliato l'organizzazione del servizio (la deducente cita ad esempio il personale impiegato nell'ospedale di Fivizzano, per il quale l'allegato 3 prevede un decremento di ore settimanali, rispetto a quanto indicato nella relazione, pari al 30% per la dietista, al 22% per il cuoco unico e al 23% per il cuoco capo partita; per gli altri presidi, la ricorrente rinvia alla tabella excell costituente il documento n. 27).

3) Violazione degli artt. 95, comma 10, e 97 del d.lgs. n. 50/2016; violazione della lex specialis e dei principi di par condicio e immodificabilità dell'offerta; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità e ingiustizia manifesta.

In sede di procedimento di verifica dell'anomalia la controinteressata, nell'indicare il costo della manodopera, da un lato ha riferito euro 388.172 a 27 unità, dall'altro ha specificato che erano escluse dalla indicata dotazione organica le figure trasversali (dietista e impiegato appalto); in sede di offerta economica essa ha indicato euro 388.172 l'anno per 29 figure (compresi impiegato dell'appalto e dietista), ma in sede di giustificazioni ha riferito tale importo a 27 figure, allocando dietista e impiegato

di appalto (rispettivamente 11.394 e 18.990 euro l'anno) nella voce "spese generali" (il cui importo di euro 177.323 euro l'anno non ha subito variazioni dall'offerta economica alle giustificazioni), il che si traduce in un'offerta indeterminata, non essendo chiaro se la volontà della parte sia quella espressa nell'offerta economica o quella espressa nel giustificare l'anomalia dell'offerta (si tratterebbe di un'inammissibile rettifica di un elemento essenziale dell'offerta economica).

4) Violazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016; violazione dei principi di remuneratività dell'offerta economica, della par condicio e del divieto di dumping; violazione dell'art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, illogicità e ingiustizia manifesta.

Le giustificazioni presentate sono inidonee: a fronte della richiesta di fornire una dettagliata analisi del costo del personale con dimostrazione del rispetto della clausola sociale, indicazione del numero di addetti, del monte ore e del costo del lavoro, l'aggiudicataria ha dichiarato di utilizzare come base di calcolo le ore pro capite contrattuali e aggiuntive assumendo a parametro il CCNL del settore turismo, pubblici esercizi, ristorazione; al contrario, in sede di verifica di anomalia non va preso a riferimento il monte ore teorico, comprendente le ore non lavorate, ma le ore lavorate effettive. Nelle spese generali sono state incluse varie voci di costo, ma il RUP non ha chiesto alcunchè a comprova dei costi per materiali di pulizia e consumo, di derattizzazione e disinfezione, del sistema informatico, del piano di comunicazione, della formazione del personale, delle spese di gara e delle utenze.

Si sono costituiti Estar e la controinteressata, la quale ha eccepito l'inammissibilità dei primi due motivi di gravame, in quanto la ricorrente avrebbe dovuto proporli con ricorso incidentale nel giudizio culminato nella sentenza di questo TAR n. 971/2020. Al riguardo la controinteressata osserva che Sodexo, con le prime due censure, ha prospettato un motivo di esclusione dalla gara ulteriore e diverso da quello che era stato rilevato da Estar nel verbale del 25.9.2019, approvato con

determinazione n. 370 del 12.3.2020 di aggiudicazione a Sodexo del lotto n. 5, aggiudicazione impugnata da Camst/Dussmann con i motivi aggiunti di cui al ricorso n. 1617/2019, notificati in data 17.3.2020. Secondo la controinteressata, Sodexo già nel giudizio avente a oggetto il suddetto ricorso e i relativi motivi aggiunti aveva interesse attuale a dedurre (con ricorso incidentale) i vizi dell'offerta tecnica del RTI Dussamann Service non rilevati dalla stazione appaltante, la quale aveva ritenuto la suddetta offerta conforme alla lex specialis per tutti i criteri di valutazione diversi dal criterio B, valutati coi punteggi indicati nel verbale del 25.9.2019.

All'udienza del 19 ottobre 2021 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. La controinteressata ha eccepito la tardività dei primi due motivi di ricorso, i quali avrebbero dovuto essere dedotti a suo tempo con ricorso incidentale. Ciò in quanto la società Sodexo, con le prime due censure, prospetta motivi di esclusione ulteriori e diversi da quello ravvisato da Estar e addotto nel verbale del 25.9.2019, approvato con determina n. 370 del 12.3.2020, di aggiudicazione a favore di Sodexo (oggetto dei motivi aggiunti al ricorso n. 1617/2019, deciso con sentenza di questo TAR n. 971 del 24.7.2020, riformata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 7767 del 9.12.2020).

L'eccezione è fondata.

Poiché l'interesse al ricorso incidentale sorge con la proposizione del ricorso principale (o dei relativi motivi aggiunti), la facoltà di proporre il primo deve essere esercitata nel termine dimidiato di trenta giorni decorrente dalla notificazione del secondo, a pena di decadenza, con l'ulteriore conseguenza che le cause di esclusione a carico del ricorrente principale devono essere fatte valere entro quel termine e non possono costituire il fondamento di una successiva impugnazione da proporsi in via principale mediante autonomo giudizio.

Pertanto Sodexo Italia s.p.a., a fronte dell'impugnativa proposta nei confronti dell'aggiudicazione in suo favore nell'ambito del ricorso n. 1617/2019, avrebbe dovuto immediatamente far valere mediante ricorso incidentale (se del caso formulando richiesta di rinvio dell'udienza di discussione) l'illegittima partecipazione alla gara del ricorrente principale RTI Camst/Dussmann per la sussistenza delle cause di esclusione dedotte con le prime due doglianze dell'impugnativa adesso in esame (TAR Toscana, III, 28.9.2020, n. 1117).

Ciò premesso, il Collegio rileva che Sodexo aveva presentato ad Estar, già in data 2.1.2020, istanza di accesso in ordine all'intera offerta presentata dal RTI Dussmann/Camst (documento n. 33 depositato in giudizio dalla società istante), senza ottenere risposta (l'offerta e l'armonigramma oggetto dei due motivi di ricorso sono stati ostesi da Estar in data 31.5.2021 -documento n. 20-, a seguito di domanda di accesso del 4.5.2021 – documento n. 14 depositato in giudizio dalla ricorrente -). All'istanza del 2020 la stazione appaltante avrebbe dovuto rispondere entro 15 giorni (Cons. Stato, A.P., 2.7.2020, n. 12; TAR Calabria, Catanzaro, I, 22.2.2021, n. 359), talché la richiesta di accesso ha determinato una dilazione temporale destinata a durare, in linea di principio, sino al momento dell'accesso assentito oppure, in alternativa, sino al momento in cui il diniego di accesso divenisse inoppugnabile.

Occorre considerare che la causa in cui è stata inserita la predetta istanza è stata decisa con sentenza, la quale ha determinato la cessazione degli effetti della domanda di accesso, esauriti all'interno di quel giudizio, ad esito del quale il fatto che il silenzio di Estar sulla domanda di accesso non sia stato contestato depone per l'acquiescenza della allora controinteressata Sodexo in ordine agli aspetti incontrovertibili dell'offerta tecnica di Camst/Dussmann.

In tale contesto, sono ormai incontestabili gli aspetti della valutazione dell'offerta di Camst/Dussmann che risultavano incontrovertibili prima del ricorso in epigrafe, nel quale quindi non possono trovare ingresso.

Invero, la proposizione dell'istanza di accesso non può lasciare aperto a tempo indefinito o ad oltranza il termine per impugnare l'ammissione alla gara dell'offerta del controinteressato.

2. Entrando nel merito delle residue censure, si osserva quanto segue.

La terza censura è fondata.

L'aggiudicataria, nella propria offerta economica, indica il personale da utilizzare nell'appalto in 29 unità, alle quali corrisponde il dichiarato costo annuo complessivo di manodopera pari ad euro 388.172,60. Invece, nei giustificativi inviati dall'aggiudicataria stessa ad Estar in data 2.3.2021, al predetto importo sono ascritti 27 dipendenti, mentre il costo degli altri due addetti (dietista e impiegato dell'appalto) è ricompreso espressamente nell'ambito della voce "spese gestionali, amministrative e altri costi generali". In tal modo è stata modificata (*rectius*: incrementata), in sede di giustificazioni, la spesa originariamente prevista per la manodopera da utilizzare nell'appalto. L'importo che, nell'offerta economica, corrispondeva a 29 addetti, nella successiva giustificazione corrisponde a 27 addetti, e la spesa degli altri due trova copertura in altra voce del quadro economico.

Rileva pertanto una sostanziale modifica dell'offerta in uno dei suoi elementi essenziali, quale è la voce relativa al costo del personale impiegato per eseguire l'appalto.

Orbene, secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, che il Collegio condivide *"la modifica, contenuta nelle giustificazioni, dei costi della manodopera comporta un'inammissibile rettifica, effettuata in corso di gara ed in sede di verifica dell'anomalia, di un elemento costitutivo essenziale dell'offerta economica, che non è suscettivo di essere immutato nell'importo al pari degli oneri aziendali per la sicurezza, pena l'incisione degli interessi pubblici, posti a presidio delle esigenze di tutela delle condizioni di lavoro e di parità di trattamento dei concorrenti, sottesi alla specifica individuazione di entrambe tali voci di costo, come imposta dall'art.*

95, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016" (Cons. Stato, V, 11.12.2020, n. 7943; TAR Piemonte, II, 16.11.2020, n. 729).

3. E' invece infondato il quarto motivo di ricorso.

La lex specialis di gara e la legislazione vigente non impongono l'indicazione delle ore lavorate effettive; peraltro la stessa ricorrente ha indicato le ore contrattuali e non le ore effettive (pagina 4 del documento n. 24 depositato in giudizio dalla parte istante).

Sotto l'altro profilo dedotto con la censura in esame, il Collegio osserva che, in linea generale, non è necessaria una indicazione analitica delle singole voci di costo confluenti nella spesa generale, ma è sufficiente una previsione dei costi complessivi che la alimentano (Cons. Stato, III, 14.5.2021, n. 3817). Né, tanto meno, occorre produrre documentazione probatoria di ciascuna delle voci di costo che compongono la spesa generale, fatti salvi i casi in cui l'importo previsto per spese generali appaia esiguo oppure vi siano elementi sintomatici di incongruità dell'importo stesso, ipotesi queste estranee alla fattispecie in esame, in cui l'onere economico previsto dall'aggiudicataria per le spese generali è consistente, sia in valore assoluto sia in valore percentuale rispetto agli altri costi, e in cui la ricorrente non ha dedotto alcun elemento che potesse indurre ad un sospetto di incongruità della somma indicata per "spese gestionali, amministrative e altri costi generali".

4. In conclusione, stante la fondatezza del terzo motivo, il ricorso deve essere accolto.

Le spese di giudizio, determinate nella misura complessiva di euro 8.000 (ottomila) oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, seguono la soccombenza come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie.

Condanna Estar e la parte controinteressata a corrispondere alla ricorrente la somma di euro 4.000 (quattromila), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato, per ciascuno, a titolo di spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Eleonora Di Santo, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianluca Bellucci

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO