



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1361 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. - Cirfood S.C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG A00667C374, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Provincia di Lucca, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Simone Nocentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via De Rondinelli n. 2;

Comune di Massarosa, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Simone Nocentini, Silvia Santinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Simone Nocentini in Firenze, via De Rondinelli n. 2;

nei confronti

Sodexo Italia Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mariangela Di Giandomenico, con domicilio digitale come da PEC da

Registri di Giustizia;

Italia Chef S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento di esclusione del 30.10.2023 prot. 0028094/2023, a firma del Dirigente della Provincia di Lucca, Settore Affari Generali, Ufficio Centro Unico Gare, con cui è stata disposta la esclusione della ricorrente per omessa indicazione dei costi aziendali di sicurezza;

- del Verbale IV Seduta pubblica del 26.10.2023 (VI° Seduta Commissione giudicatrice) con cui, a seguito di istanza in autotutela presentata dalla Sodexo Italia Spa, ha: i) annullato il verbale della prima seduta pubblica del 2.10.2023 nella parte in cui è stato disposto il soccorso istruttorio a favore della Società CIRFOOD s.c. in merito alla mancata indicazione dei costi aziendali della sicurezza; ii) escluso la Società CIRFOOD s.c. dalla gara per mancata indicazione nell'offerta dei costi aziendali per la sicurezza ai sensi dell'art. 108, co. 9, D.lgs. n. 36/2023; iii) annullato il verbale della seconda seduta pubblica del 09.10.2023 con il quale è stata comminata la esclusione della Società Sodexo Italia S.p.a., unitamente al provvedimento notificato all'operato economico; iv) riammesso la Società Sodexo Italia Spa alla gara; v) ha approvato la nuova graduatoria finale;

- del verbale della V seduta pubblica del 26.10.2023 (II° seduta Responsabile procedura di Gara) con cui, all'esito della verifica della documentazione amministrativa del primo in graduatoria, Società Sodexo Italia, il RUP ha attivato il soccorso istruttorio richiedendo la presentazione di un'appendice di polizza che specifichi il corretto importo della garanzia;

- del verbale della VI seduta pubblica del 6.11.2023 (III° seduta Responsabile procedura di gara) con cui, dato atto dell'integrazione a seguito di attivazione di soccorso istruttorio della garanzia, è stata confermata l'ammissione della Società Sodexo Italia e la graduatoria approvata dalla Commissione giudicatrice nella seduta del 26.10.2023;

- del provvedimento del 6.11.2023 prot. 0028697/2023, a firma del Dirigente della Provincia di Lucca, Settore Affari Generali, Ufficio Centro Unico Gare, con cui viene precisato che *“l'istanza pervenuta nonché l'eventuale proposizione di ricorso dinnanzi al Tar*

Toscana non pregiudicano le decisioni assunte o in corso di assunzione né incidono sull'esecutività dei provvedimenti finora adottati, salva solo l'eventuale futura sospensione da parte del giudice in sede cautelare”;

- della determinazione n. 617 del 22 novembre 2023, prot. n. 0029106/2023, con cui il Comune di Massarosa ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto relativo alla gestione del servizio di ristorazione scolastica del Comune di Massarosa (C.I.G. A00667C374) in favore della Società Sodexo S.p.a.;

- di ogni atto e provvedimento connesso, presupposto, conseguente e concomitante, ancorché allo stato non conosciuto, nonché l'eventuale provvedimento di aggiudicazione adottato dalla Stazione appaltante a favore della Società Sodexo, ancorché allo stato ignoto e non conosciuto, con declaratoria di riammissione della Società CIRFOOD;

E dunque per

- la riammissione della Società CIRFOOD s.c. alla procedura di gara;

- l'annullamento, per illegittimità derivata, del provvedimento di aggiudicazione adottato dalla S.A. a favore della Società Sodexo a seguito della esclusione della Società ricorrente, atteso, non per ultimo, che, prima dell'esclusione, era stata dichiarata quale aggiudicataria la ricorrente;

Per sentir dichiarare

- che la Società CIRFOOD era la legittima affidataria di tale procedura, nonché il diritto della medesima Società a sottoscrivere il contratto di affidamento o, comunque, a subentrare nello stesso, anche qualora fosse stato sottoscritto nelle more del giudizio, ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a.;

Per il subentro

- *ex tunc* o, in subordine, *ex nunc* nella parte del contratto ancora da eseguire (fermo, in tal caso, il risarcimento del danno per equivalente in ordine alla parte già eseguita) il quale fosse stato nel frattempo eventualmente stipulato con assunzione di responsabilità da parte dell'Ente resistente;

Oltre che per la condanna

dell'Amministrazione al risarcimento dei danni arrecati alla Società CIRFOOD dagli atti e dai comportamenti amministrativi impugnati, nella misura che sarà quantificata in

corso di causa.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C.

- Cirfood S.C. il 12/12/2023:

- del verbale a firma del R.U.P. prot. n. 2887 del 20 novembre 2023, ancorché non conosciuto, con cui, ex art. 110 D. Lgs. 36/2023, è stata ritenuta non sussistere alcuna anomalia in capo all'offerta presentata a seguito dell'esito positivo delle verifiche effettuate;

- degli stessi atti impugnati con il ricorso principale;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C.

- Cirfood S.C. il 17/1/2024:

- degli stessi atti impugnati con il ricorso principale e con il primo ricorso per motivi aggiunti;

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C.

- Cirfood S.C. il 01/03/2024:

- della nota del 28 dicembre 2023, dal numero di protocollo ignoto, con la quale il Comune di Massarosa ha dato atto che, in data 20 dicembre 2023, la Società Sodexo Italia S.p.a. ha chiesto di essere autorizzata a conferire in subappalto parte del servizio aggiudicatole (doc. n. 49);

- della comunicazione datata 25 gennaio 2024, dal numero di protocollo ignoto, con la quale il Comune di Massarosa ha autorizzato la Società Sodexo Italia a subappaltare alla Società Pietrasanta Sviluppo parte dei servizi messi a gara;

- degli stessi atti impugnati con il ricorso principale e i motivi aggiunti;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Lucca e del Comune di Massarosa e di Sodexo Italia Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2024 il dott. Nicola Fenicia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con Bando di gara spedito per la pubblicazione sulla G.U.U.E. in data 25 agosto 2023, la Provincia di Lucca ha indetto per conto del Comune di Massarosa una procedura aperta, in modalità telematica, con inversione procedimentale, avente ad oggetto l'appalto della gestione del servizio di ristorazione scolastica (C.I.G. A00667C374), di importo complessivo pari a 1.657.500,00 Euro, IVA esclusa, di cui 764.337,00 Euro per costi della manodopera non soggetti a ribasso e 1.300,50 Euro per costi della sicurezza non soggetti a ribasso.

Alla procedura, svoltasi in modalità telematica sul sistema "START", hanno partecipato tre operatori economici, ossia la Società Cirfood s.c., la Società Sodexo Italia S.p.a. e la Società Italia Chef S.r.l., i quali, in base al verbale del 2 ottobre 2023 della Commissione, così si sono classificati: 1) Sodexo Italia s.p.a., primo in graduatoria, con punteggio complessivo di 97,79, di cui 78 per l'offerta tecnica e 19,79 per l'offerta economica;

2) Cirfood s.c., secondo in graduatoria, con punteggio complessivo di 90,65, di cui 70,65 per l'offerta tecnica e 20,00 per l'offerta economica;

3) Italia Chef s.r.l., terzo in graduatoria, con punteggio complessivo di 85,24, di cui 65,38 per l'offerta tecnica e per 19,86 l'offerta economica.

L'allegato b) al verbale del 2 ottobre 2023 riportava, fra gli altri, i differenti costi della manodopera dei tre operatori economici: 1) Sodexo costo manodopera 819.147,61; Cirfood costo manodopera 764.337,00; Italia Chef costo manodopera 782.455,68.

In data 2 ottobre 2023 la Commissione di gara disponeva l'attivazione del soccorso istruttorio per Cirfood s.c. in quanto quest'ultimo non aveva indicato nell'offerta l'importo degli oneri della sicurezza. La Commissione concedeva il soccorso istruttorio affermando che *"per errore materiale sulla piattaforma, in relazione al form online di offerta economica complessiva"* l'operatore non poteva inserire tali costi.

In pari data, la Commissione disponeva l'esclusione di Sodexo per aver inserito costi della manodopera in misura maggiore rispetto a quelli indicati dall'amministrazione in gara.

Per effetto del soccorso istruttorio concesso a Cirfood e dell'esclusione di Sodexo, Cirfood passava da seconda a prima in graduatoria.

A seguito di istanza di autotutela di Sodexo, la Commissione e l'amministrazione dopo avere svolto i dovuti approfondimenti decidevano con verbale del 26 ottobre 2023 di riesaminare le decisioni con conseguente:

- annullamento del verbale del 2 ottobre 2023 nella parte in cui era stato disposto il soccorso istruttorio in favore di Cirfood s.c. in merito alla mancata indicazione dei costi aziendali della sicurezza e, pertanto, esclusione di Cirfood dalla gara;
- annullamento del verbale del 9 ottobre 2023 nella parte in cui era stata esclusa Sodexo, in quanto i maggiori costi della manodopera indicati non integravano alcuna causa di esclusione.

Con nota prot. n. 28094 del 30 ottobre 2023 la Provincia di Lucca comunicava l'esclusione a Cirfood, evidenziando, come emerso, l'insussistenza di una "*materiale impossibilità di indicare nell'offerta i costi della sicurezza*", e dunque la mancanza dei presupposti per l'attivazione del soccorso istruttorio.

Riammessa Sodexo in gara, il Comune, in data 7 novembre 2023, chiedeva alla stessa, ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. 36/2023 di fornire adeguati ed esaustivi chiarimenti in merito alla congruità dell'offerta presentata. In risposta a tale richiesta, Sodexo in data 15 novembre 2023 inviava le giustificazioni relative alle voci di costo che componevano l'offerta economica.

Con determinazione del Comune di Massarosa n. 617 del 22 novembre 2023 veniva disposta l'aggiudicazione dell'appalto in favore di Sodexo. Unitamente all'aggiudicazione, il Comune di Massarosa disponeva ai sensi dell'art. 17, comma 8 del d.lgs. n. 36/2023 l'esecuzione immediata del servizio nelle more della stipula del contratto.

Con il ricorso principale depositato il 29 novembre 2023, Cirfood ha impugnato la propria esclusione e l'aggiudicazione della gara in favore di Sodexo, deducendo a fondamento del ricorso:

1) "*Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95, comma 10 e art. 108, comma 9, del d.lgs n. 36/2023 - violazione e falsa applicazione della lex specialis, eccesso di potere per irragionevolezza e manifesta ingiustizia - contraddittorietà rispetto al verbale del 02.10.2023 con cui è stato disposto il soccorso istruttorio a favore di Cirfood per impossibilità di inserire gli oneri della sicurezza nella piattaforma starl*". Secondo la ricorrente, la decisione di procedere *ab origine* al soccorso

istruttorio in suo favore era corretta in quanto il “*form on line*” non consentiva l’inserimento dei costi della sicurezza; l’automatica esclusione dell’operatore economico che non abbia espressamente e separatamente indicato i costi della sicurezza non opererebbe laddove la *lex specialis* non consente un’apposita compilazione dei moduli messi a disposizione dalla stazione appaltante, e ciò in applicazione dei principi euro-unitari (Corte di Giustizia UE, 2 maggio 2019, C-309/18) poi recepiti dalle Adunanze Plenarie nn. 7 e 8 del Consiglio di Stato. La parte ricorrente, in particolare, osserva che, secondo tale giurisprudenza, la regola generale in base alla quale la mancata indicazione dei costi della manodopera e dei costi interni per la sicurezza del lavoro comporta, in via automatica, l’esclusione dell’offerente dalla gara, ex art. 95, 10° comma, d.lgs. n. 50/2016 (ora art. 108, 9° comma, d.lgs. n. 36/2023) potrebbe applicarsi solo nel caso in cui l’offerente sia messo nella possibilità di indicare detti costi nella propria offerta, mentre, laddove ciò non avvenga, perché ad esempio il modello da compilare *on line* non contempla un apposito campo - come sarebbe accaduto nel caso di specie -, tale regola si arresterebbe in ossequio ai principi della certezza del diritto, di trasparenza e di proporzionalità, con l’ulteriore conseguenza che l’amministrazione aggiudicatrice dovrebbe accordare all’operatore economico la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice;

2) “*Illegittimità del provvedimento di esclusione atteso che la norma di gara non prevedeva a pena di esclusione l’obbligo dell’inserimento del costo della sicurezza – eccesso di potere per carenza di potere e travisamento dei fatti – falsa applicazione dell’art. 95, comma 10 e dell’art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36/2023*”; potendo la sanzione espulsiva essere comminata solo nel caso in cui sia espressamente prevista dagli atti di gara, mentre nella fattispecie non vi sarebbe alcuna previsione della *lex specialis* che sanzionasse con l’esclusione l’omessa indicazione di detti costi;

3) “*Violazione del principio del favor participationis, di affidamento e di buona fede alla luce della carenza documentale attestata e riscontrata dalla stazione appaltante in occasione della richiesta di soccorso istruttorio - violazione e falsa applicazione dell’art. 95, comma 10, art. 108, comma 9 e dell’art. 5 d.lgs. n. 36/2023*”.

4) *“Avverso il sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione: illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione per tutti i motivi di censura come sopra rubricati?”.*

A seguito di accesso agli atti Cirfood, in data 12 dicembre 2023, ha depositato un primo ricorso per motivi aggiunti, deducendo avverso i medesimi atti già impugnati, la:

5) *“Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 18.2 e 21.3 del disciplinare di gara. violazione e/o falsa applicazione degli artt. 41, 14° comma, e 108, 9° comma, d.lgs. n. 36/2023, violazione del principio di par condicio competitorum, eccesso di potere per illogicità manifesta”*: l’art. 18.2 del Disciplinare di gara, rubricato *“Offerta economica complessiva”*, imponeva agli operatori economici partecipanti alla competizione di indicare nell’apposito *“form presente sulla piattaforma”*, entro la casella *“Ulteriori componenti non soggetti a ribasso al netto dell’Iva”*, il *“costo complessivo del lavoro (comprensivo degli elementi retributivi, degli oneri previdenziali ed assistenziali e altri eventuali oneri) per l’espletamento dei lavori”*. Sempre l’art. 18.2 del Disciplinare di gara precisava che il costo della manodopera avrebbe dovuto essere almeno *“pari al costo della manodopera indicato all’art. 3 del presente disciplinare, in quanto ai sensi dell’art. 41 comma 14 del Codice i costi della manodopera non sono ribassabili”*. L’aggiudicataria Sodexo avrebbe espresso un costo della manodopera di 764.337,00 Euro, identico, cioè, a quello calcolato in via presuntiva dalla stazione appaltante. Senonché, in una separata dichiarazione auto-certificativa, denominata *“Dichiarazione ai sensi dell’art. 108, co. 9, D.Lgs. n° 36/2023”*, la società controinteressata aveva indicato un costo della manodopera di 819.147,61 Euro, eccedente rispetto a quello inserito nel format dell’offerta economica. Ciò avrebbe determinato un’assoluta incertezza ed inattendibilità dell’offerta sotto il profilo dei costi della manodopera, con conseguente doverosità dell’esclusione di Sodexo Italia dalla gara;

6) *“Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 70, 4° comma, lett. f), d.lgs. n. 36/2023, violazione e/o falsa applicazione dell’art. 16 del disciplinare di gara, eccesso di potere per illogicità manifesta”*: l’art. 4 del Disciplinare di gara prevedeva un importo complessivo dell’appalto pari a 1.657.500,00 Euro, così articolato: A) Importo soggetto a ribasso 891.862,50 Euro; B) Oneri per la sicurezza da interferenze non soggetti a ribasso 1.300,50 Euro; C) Costi della manodopera non soggetti a ribasso 764.337,00 Euro. Osserva la ricorrente che la società Sodexo Italia, nel format dell’offerta economica, aveva offerto un prezzo complessivo di 1.607.775,00 Euro, di cui: A) 842.137,50 Euro, a titolo di importo

soggetto a ribasso; B) 764.337,00 Euro, a titolo di costi per la manodopera non soggetti a ribasso; C) 1.300,50 Euro, a titolo di oneri per la sicurezza da interferenze non soggetti a ribasso. In un separato documento, denominato “*Dichiarazione ai sensi dell’art. 108, co. 9, D. Lgs. n° 36/2023*”, la società controinteressata, entrando in contraddizione con quanto dichiarato nel format dell’offerta economica, aveva affermato che “*il costo complessivo della manodopera ammonta a € 819.147,61 (...) nel triennio*” e che “*gli oneri aziendali per l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ammontano a € 12.600 (...) nel triennio*”. Computando quest’ultime voci si otterrebbe un prezzo complessivo di 1.662.585,61 Euro, superiore all’importo posto a base di gara (pari, invece, a 1.657.500,00 Euro). La Commissione giudicatrice, dopo avere per tale motivo escluso la Sodexo dalla gara, la aveva poi riammessa in gara, motivando la propria decisione in ragione del fatto che sarebbe stata “*legittima l’indicazione, da parte dell’operatore economico, di maggiori costi della manodopera rispetto a quelli quantificati della Stazione Appaltante, come in effetti ha ritenuto Sodexo Italia S.p.A. (...) specifica[nd]o i propri maggiori costi della manodopera nella dichiarazione ex art. 108, c. 9 del D.Lgs. n. 36/2023. In questa prospettiva, anche nel rispetto del principio del favor participationis, sembra logico concludere che i maggiori costi della manodopera concretamente sostenuti da Sodexo Italia S.p.A. ed indicati nella dichiarazione ex art. 108, c. 9 del D.Lgs. n. 36/2023 siano stati computati dalla concorrente nell’ambito dell’importo complessivo offerto, che come risulta dal modello dell’offerta economica, è pari ad euro 1.607.775,00; correlativamente, l’indicazione di maggiori costi della manodopera non integra alcuna causa di esclusione, ma costituisce un elemento suscettibile di incidere sulla remuneratività dell’offerta, andando ad abbattere l’utile ritraibile dall’importo offerto, essendo, di conseguenza, opportuno il controllo di anomalia dell’offerta*”. Tali passaggi argomentativi sono contestati dalla ricorrente la quale insiste sul fatto che, ai fini della determinazione dell’offerta complessiva, il costo della manodopera che la Sodexo Italia aveva indicato nella dichiarazione di cui all’art. 108, 9° comma, d.lgs. n. 36/2023, pari ad € 819.147,61 Euro, andava sommato agli 842.137,50 euro che la medesima controinteressata aveva offerto per la parte ribassabile, con conseguente superamento della base d’asta;

7) “*Carenza del requisito di partecipazione/esecuzione previsto dall’art. 12, 5° comma, del disciplinare, che richiedeva la disponibilità di un centro di cottura situato nel territorio comunale o ad una distanza massima di 20 km dalla sede del palazzo comunale di Massarosa, violazione delle*

norme sul sub-appalto, violazione dell'art. 119, 2° comma, d.lgs. n. 36/2023, illegittimità del piano di emergenza redatto dalla società Sodexo, sviamento di potere, carenza di potere in concreto"; la Sodexo Italia avrebbe partecipato alla gara vantando la disponibilità di un locale produttivo di cui, in realtà, non potrebbe disporre, in quanto di proprietà della società *in house* del Comune di Pietrasanta (Pietrasanta Sviluppo), che lo utilizzerebbe per la gestione del servizio di refezione scolastica per le scuole del Comune di Pietrasanta.

Con un secondo ricorso per motivi aggiunti depositato il 17 gennaio 2024, la ricorrente ha ulteriormente dedotto, avverso i medesimi atti oltre che avverso il giudizio di anomalia, la:

8) *“Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 95, 1° comma, lett. e), e 98, 3° comma, lett. b) e g), d.lgs. n. 36/2023, dichiarazione falsa, fuorviante e/o incompleta – mancata esclusione dalla gara della società Sodexo*”; quest’ultima avrebbe dichiarato nel proprio D.G.U.E. di non essersi *“resa colpevole di gravi illeciti professionali di cui all’art. 98 del Codice”*, omettendo però di segnalare l’irrogazione a proprio carico di quattro provvedimenti di esclusione della Provincia di Monza Brianza risalenti all’anno 2022;

9) *“Violazione dell’art. 37, 1° comma, lett. a), d.lgs. n. 36/2023, violazione dell’art. 110 d.lgs. n. 36/2023, illegittimità del giudizio di anomalia, violazione e/o falsa applicazione violazione dell’impegno di spesa assunto dal Comune di Massarosa con determinazione dirigenziale n. 442 del 23 agosto 2023, eccesso di potere per illogicità manifesta e carenza istruttoria – inammissibilità dell’offerta superiore al valore della base d’asta – eccesso di potere per contraddittorietà tra diversi atti adottati dalla medesima amministrazione*”; il giudizio di anomalia condotto dal R.U.P. sarebbe viziato da eccesso di potere per illogicità manifesta e da sviamento di potere, essendosi ritenuto congruo l’impegno di Sodexo Italia, nonostante tale impresa avesse offerto un prezzo manifestamente superiore a quello fissato come *“tetto massimo”* dalla norma di gara;

10) *“Dichiarazione non veritiera in ordine alla disponibilità del centro di cottura sito in Pietrasanta, alla via strettoia n. 207, eccesso di potere per carenza istruttoria, violazione e/o falsa applicazione dell’art. 17, 1° comma, del capitolato d’appalto - carenza del requisito di partecipazione/esecuzione previsto dall’art. 12, 5° comma, del disciplinare, che richiedeva la disponibilità di un centro di cottura situato nel territorio comunale o ad una distanza massima di 20 km dalla sede del palazzo comunale di Massarosa, violazione delle norme sul sub-appalto, violazione dell’art. 119, 2° comma, d.lgs. n.*

36/2023, illegittimità del piano di emergenza redatto dalla Società Sodexo Italia, sviamento di potere, carenza di potere in concreto”.

Con un terzo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 1° marzo 2024, la Cirfood ha dedotto la:

11) *“Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 17 e 119 d.lgs. n. 36/2023, violazione e/o falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 12 del disciplinare di gara e 17 del capitolato d'appalto, illegittimità illiceità del contratto di subappalto - illegittimità dell'autorizzazione del subappalto”*; la ricorrente ha censurato gli atti con cui il Comune di Massarosa aveva autorizzato il subappalto in favore della società Pietrasanta Sviluppo. In particolare, Cirfood ha ribadito che: a) Sodexo era priva della disponibilità di un proprio centro di cottura al momento dell'aggiudicazione, con la quale era stata disposta pure l'esecuzione anticipata del servizio; b) Sodexo non sarebbe stata in grado di eseguire in proprio la prestazione principale, di talché ci troveremmo di fronte ad un'ipotesi di subappalto necessario; c) il contratto di subappalto, avendo natura derivata, presupporrebbe come antecedente causale necessario l'esistenza del contratto di appalto, nella specie mancante in quanto non ancora stipulato.

Si sono costituiti in giudizio la Provincia di Lucca, il Comune di Massarosa e la controinteressata Sodexo, tutti eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti per carenza d'interesse (essendo stata la ricorrente legittimamente esclusa dalla gara ed inoltre in quanto, essendosi la stessa classificata al secondo posto, essa non potrebbe ottenere alcun vantaggio dalla sua riammissione in gara); ed argomentando, di volta in volta, con diverse memorie, in ordine all'infondatezza delle singole censure via via prospettate dalla ricorrente con il ricorso principale e con i motivi aggiunti.

All'udienza del 30 maggio 2024, all'esito della discussione, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso principale, prescindendo dall'eccezione preliminare d'inammissibilità formulata dalle parti costituite, è infondato per le seguenti ragioni.

La giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8; Corte di giustizia UE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18, Lavorgna s.r.l.), che ha avuto modo di occuparsi

dello specifico tema della mancata indicazione degli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, ha fissato i seguenti indirizzi interpretativi:

a) la mancata separata indicazione dei costi della manodopera (dunque anche della sicurezza) comporta l'esclusione dell'impresa dalla gara;

b) tale omissione non può essere sanata mediante la procedura del soccorso istruttorio (dunque neppure mediante giustificativi presentati in sede di verifica di congruità dell'offerta);

c) l'esclusione dalla gara va disposta anche in assenza di specificazione ossia di espressa comminatoria, in tal senso, ad opera della "legge di gara"; ciò dal momento che la normativa italiana è sufficientemente chiara in ordine a tale formale obbligo per cui - come statuito dalla Corte di Giustizia nella menzionata sentenza - qualsiasi operatore economico "ragionevolmente informato e normalmente diligente" si presume a conoscenza dell'obbligo in questione. Non è, pertanto, sostenibile che l'esclusione possa operare solo se espressamente richiamata dal bando o dal capitolato e non anche direttamente in base a previsioni di legge sufficientemente chiare e conoscibili;

d) in questa specifica direzione, i suddetti costi della sicurezza e della manodopera non possono essere neppure ricostruiti in via postuma, sempre in sede di verifica di congruità, attraverso la eventuale dimostrazione che un tale dato era "*comunque compreso nell'offerta economica... anche se non espressamente indicato*" (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 2 aprile 2020, n. 8, cit.); tali costi debbono essere espressamente "indicati" e giammai soltanto "considerati" o comunque contemplati;

e) a tale regola generale fa eccezione la presenza di clausole e di modelli che non consentano ai concorrenti di indicare espressamente tali costi nell'ambito della propria offerta economica (si veda per tutte Cons. Stato, V, 17 febbraio 2022, n. 1191). Si tratta - come è noto - delle ipotesi in cui la legge di gara contenga disposizioni fortemente ambigue o fuorvianti, tali da ingenerare "confusione" nel concorrente, nonché di modelli predisposti dalla stazione appaltante in modo tale da rendere materialmente impossibile (es. assenza di "spazio fisico" nella domanda di partecipazione e nel relativo schema di offerta; divieto, pena l'esclusione, di recare integrazioni di sorta al modello predisposto dalla stazione appaltante cui i concorrenti siano vincolati nella

formulazione dell'offerta) il loro effettivo inserimento (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V, n. 4502/2024). A tutela del "legittimo affidamento", dunque, in siffatte ipotesi deve essere consentita una sanatoria o meglio una rettifica postuma del dato mediante soccorso istruttorio oppure giustificativi in sede di giudizio di anomalia.

L'automatismo espulsivo correlato alla omessa indicazione nell'offerta economica dei costi inerenti alla sicurezza interna derivante dal combinato disposto degli artt. 95, comma 10, e 83, comma 9, del codice dei contratti pubblici (ora dall'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023) è poi conforme al diritto europeo (Cons. Stato, sez. V: 21 maggio 2024, n. 4502, cit.; 24 gennaio 2020, n. 604).

Al riguardo, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha infatti statuito che *"I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, purché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione"* (C. Giust. UE, sez. IX, 2 maggio 2019 C-309/18).

Ciò posto, ritiene il Collegio che nella vicenda in esame non ricorrano, in concreto, le suddette condizioni di "materiale impossibilità" di separata evidenziazione dei costi in questione che consentono di sanare la carenza dell'offerta mediante il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante.

Invero, la giurisprudenza ha interpretato in modo rigoroso la nozione di materiale impossibilità di separata indicazione, ritenendo che ciò non sussista tutte le volte in cui sia possibile modulare, integrare e personalizzare i contenuti dell'offerta fissati nei moduli unilateralmente predisposti dall'amministrazione; d'altro canto, la "materiale impossibilità" dovrebbe essere intesa in senso oggettivo, come impossibilità per tutti gli operatori economici che partecipano alla gara.

Mentre, nel caso di specie, se pure se il *form online* dell'offerta economica complessiva non conteneva uno spazio appositamente dedicato all'indicazione dei costi aziendali della sicurezza, ciò non implicava che la modulistica predisposta dalla stazione appaltante non consentisse di adempiere in altro modo all'obbligo (previsto per legge) di dichiarare i costi aziendali per la sicurezza. Infatti, la dichiarazione dei costi aziendali per la sicurezza ben poteva essere inserita nell'ambito della Scheda dettaglio economico scaricabile dalla piattaforma Start. Tale documento, costituito da un *file* in formato *ods* (ovverosia un foglio di calcolo *open document*, corrispondente al più noto *file excel* di *Microsoft*), era infatti interamente editabile, consentendo ai concorrenti di dichiarare il costo degli oneri di sicurezza aziendale. Ed infatti la società terza classificata, Italia Chef, si è avvalsa di tale possibilità per effettuare la sua dichiarazione; mentre Sodexo ha inserito tale indicazione nella "*dichiarazione relativa alla dimostrazione ribasso costo manodopera*", ciò ad ulteriore dimostrazione della possibilità di allegare alla domanda documentazione integrativa.

Nemmeno sussisteva nella specie alcuna "incertezza" circa l'obbligo di dichiarare i costi aziendali della sicurezza, venendo in rilievo, come già detto, l'art. 108, comma 9, del nuovo Codice dei contratti, il quale prevede espressamente, senza possibilità di dubbi interpretativi, che "*Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale*".

Ad ogni modo, l'obbligo dichiarativo risultava anche dall'art. 18.2 del disciplinare, che prevedeva a sua volta espressamente che fossero specificati nell'offerta "*i costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*" (seppure, per un errore materiale sulla piattaforma, in relazione al *form online* di "*offerta economica complessiva*", non era stato inserito lo spazio all'interno del quale il partecipante avrebbe dovuto indicare i predetti costi).

Per cui, in conclusione, non è fondatamente sostenibile che vi fosse incertezza circa la necessità, da parte degli operatori economici, di indicare nell'offerta i costi della sicurezza; né che tale dichiarazione fosse materialmente impossibile; piuttosto, se la Cirfood, al momento della compilazione della domanda, avesse incontrato difficoltà nella compilazione della stessa o avesse avuto dubbi sulle modalità consentite di

dichiarazione degli oneri della sicurezza, avrebbe potuto chiedere chiarimenti sul punto alla stazione appaltante.

Per tali ragioni il ricorso principale deve essere respinto.

2. Quanto ai primi motivi aggiunti si osserva quanto segue.

2.1. Tali motivi si basano sull'assunto secondo cui il maggior costo della manodopera indicato da Sodexo andrebbe a costituire un rialzo complessivo della base d'asta e non andrebbe invece ad imputarsi a carico di Sodexo.

Tale prospettazione non può però essere condivisa. L'offerta complessiva di Sodexo è infatti inferiore alla base d'asta, come risulta inequivocabilmente dalla sua offerta economica complessiva, ove viene indicato "*Importo totale offerto al netto dell'IVA: Euro 1.607.775,00*", che è inferiore all'importo a base d'asta di € 1.657.500,00.

Invero, come chiarito da Sodexo già in sede di gara in seguito alla sua esclusione, per determinare l'importo complessivo offerto occorre sommare l'importo fisso, relativo al costo della manodopera stabilito dalla stazione appaltante, con la componente variabile, soggetta a ribasso. Ebbene, sommando i costi della manodopera stimati dalla Stazione appaltante (€ 764.337,00) - che necessariamente dovevano essere indicati nel modello di offerta economica - con l'importo ribassato offerto da Sodexo per il servizio refezione scolastica (€ 842.137,50) si giunge, tenendo conto anche degli oneri per la sicurezza da interferenze (€ 1.300,50), all'importo di € 1.607.775, inferiore all'importo a base d'asta (€ 1.657.500).

In particolare, il modulo precompilato dalla stazione appaltante relativo all'offerta economica riportava come immodificabile il valore del costo della manodopera indicato dalla stazione appaltante in euro 764.337,00.

Pertanto, Sodexo era obbligata a tale indicazione e, volendo e dovendo tuttavia dichiarare i propri effettivi costi della manodopera necessari per l'esecuzione del servizio oggetto dell'appalto, si è servita della separata ed apposita dichiarazione (prevista dalla legge di gara e dall'art. 108, comma 9, del d.lgs. n. 36 del 2023), restando tuttavia logicamente sottinteso che tali maggiori costi (rispetto a quelli fissati dalla stazione appaltante) non andavano ad alterare il prezzo complessivo offerto, dovendo essere imputati all'importo variabile della propria offerta ed andando a gravare sull'utile ritraibile.

Peraltro, lo stesso ricorrente ammette che non si possa dubitare sul fatto che le imprese partecipanti fossero libere di offrire maggiori costi della manodopera rispetto a quelli quantificati dalla stazione appaltante, restando infatti salva la facoltà delle concorrenti di indicare un costo del lavoro diverso rispetto a quello stimato dalla stazione appaltante, e ciò non soltanto in ribasso (ex art. 41, comma 14, del d.lgs. n. 36 del 2023) ma anche in aumento, come appunto fatto da Sodexo in base all'art. 108, comma 9, del d.lgs. citato.

A tal riguardo, la Commissione di gara ha correttamente interpretato le disposizioni sopra citate e quelle della *lex specialis* di gara assegnando a ciascuna dichiarazione della Sodexo la funzione che gli era propria (dichiarazione del prezzo complessivo offerto – dichiarazione del costo della manodopera), come si evince nel verbale del 26 ottobre 2023, nel quale la prima ha ritenuto infatti che *“i maggiori costi della manodopera concretamente sostenuti da Sodexo Italia S.p.A. ed indicati nella dichiarazione ex art. 108, co. 9 del d.lgs. 37/2023 siano stati computati dalla concorrente nell'ambito dell'importo complessivo offerto, che, come risulta dal modello dell'offerta economica, è pari ad euro 1.607.775,00; correlativamente, l'indicazione di tali maggiori costi della manodopera non integra alcuna causa di esclusione, ma costituisce un elemento suscettibile di incidere sulla remuneratività dell'offerta, andando ad abbattere l'utile ritraibile dall'importo offerto, essendo, di conseguenza, opportuno il controllo di anomalia dell'offerta”*.

La verifica di anomalia si è poi conclusa con un giudizio di congruità da parte del Comune di Massarosa non contestato dalla ricorrente.

Per tali ragioni tutte le censure prospettate sull'argomento appena esaminato devono essere respinte.

2.2. Le ulteriori censure riguardanti l'effettiva e concreta disponibilità da parte di Sodexo di un secondo centro di cottura devono invece essere dichiarate inammissibili, come correttamente eccepito dalle parti costituite, non trattandosi di un requisito di partecipazione bensì di esecuzione del contratto di appalto, requisito afferente quindi ad un momento successivo allo svolgimento della gara, ed essendo invece rilevante, in base all'art. 12 del disciplinare e all'art. 17 del capitolato, ai fini dell'ammissione alla gara, la sola dichiarazione della disponibilità *“prima dell'avvio del servizio e per tutta la durata del contratto”* di un secondo centro di cottura, dichiarazione che la Sodexo ha reso.

In base al consolidato orientamento giurisprudenziale, la previsione di gara relativa alla disponibilità di un centro cottura localizzato per la prestazione del servizio di refezione configura, infatti, un requisito di esecuzione del contratto, non già di partecipazione alla procedura (*inter multis*, Cons. Stato, III, 28 novembre 2023, n. 10214).

Pertanto tale gruppo di censure, reiterate come si dirà nei successivi motivi aggiunti, deve essere senz'altro dichiarato inammissibile per difetto d'interesse, non essendovi alcuna incidenza di tali profili sull'ammissione di Sodexo alla gara e sulla legittimità dell'aggiudicazione alla stessa della gara; difetto d'interesse tanto più evidente se si considera che la ricorrente è stata legittimamente esclusa dalla procedura, nella quale peraltro si sarebbe classificata come seconda alle spalle di Sodexo.

3. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti la ricorrente sostiene che Sodexo avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto la medesima non avrebbe reso noti quattro provvedimenti di esclusione risalenti all'anno 2022 ed i fatti che ne avrebbero comportato l'adozione.

Il motivo è infondato.

L'art. 95, co. 1, del d.lgs. n. 36 del 2023 stabilisce che: *“La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora accerti: ... e) che l'offerente abbia commesso un illecito professionale grave, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità, dimostrato dalla stazione appaltante con mezzi adeguati. All'articolo 98 sono indicati, in modo tassativo, i gravi illeciti professionali, nonché i mezzi adeguati a dimostrare i medesimi”*.

Nell'elenco tassativo del citato articolo 98 del d.lgs. 36/2023, non è prevista la dichiarazione da parte dell'operatore economico di precedenti esclusioni alla partecipazione di gare pubbliche.

D'altra parte, sotto il vigore del vecchio Codice si era già consolidato in giurisprudenza il principio secondo cui: *“La precedente esclusione da altra procedura di gara non rientra nel novero delle circostanze che devono essere portate a conoscenza della stazione appaltante”* (Cons. St., sez. V, 21 agosto 2023, n. 7857).

Né in ogni caso i fatti di rilievo penale che avevano dato luogo alle precedenti esclusioni dovevano essere riportati nell'Allegato A al D.G.U.E, trattandosi di fatti riferibili a un procuratore ormai cessato dalla carica sin dal luglio 2022. Secondo il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/2023), infatti, i procuratori cessati non devono essere più

oggetto di dichiarazione e pertanto i fatti a loro riferiti non sono rilevanti. Invero, mentre nel precedente Codice (d.lgs. n. 50/2016), nell'art. 80 veniva richiamata anche la figura del procuratore cessato nell'anno antecedente alla gara (v. art. 80, co. 3), nel nuovo Codice (art. 94, comma 3; art. 98, comma 3) questo riferimento è scomparso.

Pertanto, non sussisteva l'obbligo per Sodexo di dichiarare le precedenti esclusioni, nè di dichiarare le vicende per le quali dette esclusioni erano state comminate, ovvero i procedimenti penali che, a suo tempo, avevano coinvolto un suo procuratore speciale, trattandosi di soggetto ormai cessato dalla carica.

Ne consegue che il motivo in esame deve essere rigettato, non configurandosi alcuna falsa o omessa dichiarazione da parte di Sodexo.

4. Infine, il terzo ricorso per motivi aggiunti si incentra sulla presunta necessità che Sodexo disponesse del centro cottura sin dal momento del provvedimento di aggiudicazione, atteso che è con questo provvedimento che è stata disposta l'esecuzione del servizio in via d'urgenza.

Si tratta tuttavia di motivo (e di ricorso) inammissibile per le ragioni già esposte al punto 2.2. della presente motivazione, trattandosi, come detto, di requisito di esecuzione, di cui era comunque necessario munirsi prima della stipula del contratto, con la conseguenza che la sua eventuale assenza costituirebbe al più causa ostativa alla sottoscrizione del contratto (che non è stato ancora concluso).

Inammissibile per le medesime ragioni e comunque infondata è anche la censura secondo cui, in mancanza della formale stipula del contratto principale non poteva essere autorizzato il subappalto in favore della Pietrasanta Sviluppo; dovendosi considerare che la c.d. esecuzione anticipata dello stipulando contratto, giustificata da ragioni di urgenza, comporta comunque, di fatto, l'instaurazione di un rapporto contrattuale in grado di fungere da antecedente causale rispetto al contratto di subappalto.

5. Per tali ragioni il ricorso principale e i ricorsi per motivi aggiunti devono essere respinti o comunque dichiarati inammissibili nei sensi sopra indicati.

6. Le spese di lite possono essere integralmente compensate, tenuto conto delle complesse ed intricate vicende che hanno caratterizzato lo svolgimento della gara in questione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, in parte li rigetta, in parte li dichiara inammissibili nei sensi indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Giani, Presidente

Giovanni Ricchiuto, Consigliere

Nicola Fenicia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Nicola Fenicia

IL PRESIDENTE
Riccardo Giani

IL SEGRETARIO