



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10936 del 2011, proposto da:

Soc BioRistoro Italia Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Gai, con domicilio eletto presso Enrico Gai in Roma, via degli Scipioni, 288;

contro

Comune di Lanuvio, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Ettore Verino, con domicilio eletto in Roma, via Bamaba Tortolini, 13;

nei confronti di

Soc Serenissima Ristorazione Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Calgaro e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via F. Confalonieri, 5;

per l'annullamento

- della determinazione n. 235 del 27.10.2011 del responsabile del Settore VI - Servizi Sociali - Cultura - Attività Produttive del Comune di Lanuvio, con cui si è proceduto all'aggiudicazione definitiva della concessione del servizio refezione scolastica 2011-2016 alla Serenissima Ristorazione S.p.A.;
- della nota prot. 22620 in data 19.9.2011, con cui il Presidente della Commissione di gara ha comunicato a BioRistoro Italia Srl che, nella seduta del 16.9.2011, la Commissione ha aggiudicato in via provvisoria alla Serenissima Ristorazione SpA la suddetta gara;
- della nota prot. n. 26372 del 27.10.2011, con la quale il Responsabile del VI Settore del Comune di Lanuvio ha comunicato a BioRistoro che, all'esito di verifica di congruità dell'offerta presentata da Serenissima Ristorazione Spa in merito all'incidenza del costo del lavoro e degli oneri per la sicurezza, non sono stati rilevati elementi di incongruità nel plesso da questa offerto;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Lanuvio e di Serenissima Ristorazione Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2012 il Cons. Germana Panzironi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 9.12.2011 la società BioRistoro Italia Srl (di seguito, BioRistoro) ha impugnato le comunicazioni di aggiudicazione in via provvisoria e, all'esito di verifica di congruità, in via definitiva della gara indetta dal Comune di Lanuvio per l'affidamento in concessione del servizio di refezione scolastica per gli anni 2011 – 2016.

Riferisce in fatto di aver partecipato alla procedura indetta dal Comune resistente con bando di gara pubblicato in data 1.07.2011 con l'obiettivo di aggiudicarsi, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ("codice degli appalti"), i seguenti servizi in concessione:

- a. il servizio di ristorazione scolastica agli alunni delle scuole dell'infanzia - comunali e statali - e delle scuole primarie di Lanuvio, da corrispondere per una durata di cinque anni;
- b. tutte le fasi della gestione amministrativa del servizio, mediante sistema informatico, dall'iscrizione degli alunni fino alla riscossione degli importi dovuti, calcolati sulla base delle tariffe comunicate dall'amministrazione comunale e attinenti, altresì, alla rendicontazione e fatturazione del costo a carico del Comune;
- c. i lavori di realizzazione di un refettorio, localizzato nei plessi scolastici "Italo Calvino" e "Gianni Rodari".

Ai fini della presentazione dell'offerta economica, l'importo a base di gara complessivo veniva fissato dall'amministrazione comunale in € 2.230.760,00 IVA esclusa (prezzo unitario del pasto posto a base d'asta pari ad € 4,808 IVA esclusa), oltre i costi per la riduzione, o eliminazione, dei rischi da interferenze, pari ad € 7.364,00 iva esclusa, importo non soggetto a ribasso d'asta. A tale proposito, il capitolato di gara stabiliva che l'offerta non avrebbe dovuto essere proposta cumulativamente, per l'importo complessivo, ma distintamente, per ogni tipologia di servizio, come da prospetto inserito nel capitolato e come articolato nel modulo dell'offerta economica (Modello 2 allegato al bando di gara).

Il piano economico finanziario avrebbe dovuto contenere, ai sensi dell'art. 143, comma 7, del D.Lgs. 163 del 2006, il prezzo da corrispondere al concessionario al fine di assicurare l'equilibrio economico finanziario puntualmente scomposto in: costi per il personale, costi per l'approvvigionamento di materie prime, costi specifici di sicurezza ex art. 26, c. 6, D.Lgs. n. 81/2008 e s.m.i., costi degli ammortamenti, costi vari, utile aziendale.

Con riferimento, in particolare, ai costi relativi alla sicurezza ex art. 26, comma 6, del D.Lgs 81 del 2008, l'art. 8 del capitolato stabiliva che gli stessi si intendevano compresi nell'offerta economica ma, comunque, avrebbero dovuto essere esplicitati nel modulo 2, come sopra accennato, in apposita voce, e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori svolti dal personale per espletare i servizi richiesti.

In relazione ai costi del personale, in virtù di quanto previsto dall'art. 24 del capitolato, la ditta aggiudicataria si sarebbe dovuta avvalere delle proprie unità, adeguate per numero e qualifica professionale, con l'onere di assorbire nel proprio organico i lavoratori che avevano prestato il servizio di refezione scolastica per le scuole del Comune di Lanuvio nell'anno scolastico 2010-2011.

Parte ricorrente rileva che, all'esito della valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, con nota prot. 22620 del 19.9.2011, il Presidente della Commissione di gara ha comunicato a BioRistoro l'aggiudicazione provvisoria della gara alla società Serenissima Ristorazione Spa (d'ora in poi, Serenissima). Successivamente BioRistoro, con nota anticipata via fax in data 27.9.2011, ha fatto pervenire alla stazione appaltante le proprie deduzioni, in particolare evidenziando che in sede di apertura dell'offerta economica presentata da Serenissima era stato possibile riscontrare alcune anomalie nelle voci di costo indicate nel Modello 2: in particolare si denunciavano alcune incongruenze, relativamente all'incidenza del costo del personale sul prezzo/pasto (con

riguardo a quanto previsto dalle Tabelle Ministeriali relative al costo orario del lavoro nell'ambito della Provincia di Roma) e all'incidenza degli oneri delle sicurezze non soggetti a ribasso.

Con nota in data 12.10.2011, prot. n. 24696, Serenissima ha contestato le osservazioni formulate, difendendo la correttezza delle previsioni di costo inserite nell'offerta economica.

Con successiva nota del 30.9.2011, prot. 23771, la stazione appaltante ha chiesto alla Società provvisoriamente aggiudicataria di giustificare la congruità dei costi espressi in sede economica; a tale richiesta Serenissima ha dato riscontro in data 12.10.2011, illustrando le modalità di calcolo che avevano condotto all'inserimento nell'offerta economica dei dati contestati.

Con il presente gravame Bioristoro ha impugnato gli atti di aggiudicazione, specificati in epigrafe, adottati dall'amministrazione comunale all'esito della verifica di congruità prevista dall'art. 86, comma 2, del D. Lgs. n. 163 del 2006, lamentandone l'illegittimità con riferimento ai principi normativi in materia di gare ad evidenza pubblica e chiedendone, in via cautelare, la sospensione degli effetti.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente, insistendo per la legittimità delle proprie determinazioni.

Con atto in data 12.01.2012 Serenissima ha promosso controricorso, contestando quanto esposto, dedotto e chiesto dalla ricorrente nell'atto introduttivo.

Con ordinanza n. 215 del 2012, depositata in cancelleria in data 19.01.2012, la Sezione ha respinto la domanda cautelare in quanto, ad un esame sommario, il ricorso non è stato ritenuto assistito dai prescritti requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, vista la documentazione presentata dalla società controinteressata e la circostanza che il servizio era già in corso di esecuzione.

Con Ordinanza n. 1403 del 14.4.2012 il Consiglio di Stato – Sez. V ha accolto l'appello nel frattempo proposto dalla ricorrente (iscritto al n. RG. 1815/2012), seppur nei limiti della fissazione dell'udienza di merito da parte del giudice di primo grado, considerando, sotto il profilo del danno, prevalente l'interesse pubblico alla prosecuzione dell'appalto.

In vista dell'odierna udienza di trattazione, le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive argomentazioni; in particolare con atto in data 27.06.2012, il Comune di Lanuvio, insistendo per la reiezione del ricorso, ha rilevato che la società ricorrente avrebbe più propriamente dovuto impugnare gli atti di gara, con specifico riguardo alla poco chiara esplicitazione delle voci relative ai costi della sicurezza nel modulo dell'offerta economica.

All'udienza pubblica del 13.7.2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo, la società ricorrente lamenta violazione e falsa applicazione dei principi normativi in materia di appalti pubblici, dell'art. 26 del D. Lgs. n. 81 del 2008, violazione e falsa applicazione della legge speciale di gara, con particolare riferimento all'art. 8 del Capitolato. Denuncia difetto di istruttoria da parte dell'amministrazione e motivazione insufficiente dei provvedimenti di aggiudicazione, provvisoria e definitiva, nonché eccesso di potere per carenza dei presupposti.

In particolare, Serenissima, avendo indicato l'importo di euro 1,829 quale incidenza del costo del personale per ogni pasto e l'importo di euro 0,017 per gli oneri di sicurezza, non avrebbe rispettato le disposizioni di legge. In sintesi, con riguardo all'incidenza dei costi per il personale, la ricorrente rileva che l'anomalia deriva dalla mancata applicazione del costo minimo stabilito dalle tabelle ministeriali della ristorazione collettiva dei pubblici esercizi aggiornate al 2011; tale anomalia non ha trovato opportuna giustificazione nel giudizio di congruità, effettuato successivamente dall'amministrazione comunale, che ha ritenuto sufficienti le generiche giustificazioni rese dalla società provvisoriamente aggiudicataria con lettera del 10.10.2011.

In riferimento ai costi relativi alla sicurezza, la mancata esplicitazione nel modulo dell'offerta economica dei costi per la sicurezza relativi ai lavori per la realizzazione del refettorio costituirebbe un'omissione. Sempre con riguardo ai costi per la sicurezza, Bioristoro evidenzia anche un'anomalia nei dati forniti: considerando che l'importo complessivo degli oneri della sicurezza si ricaverebbe sommando gli oneri relativi al piano di eliminazione delle interferenze (cd. DUVRI ex art. 26, co. 5, previsti dall'art. 8 del Capitolato) e gli oneri della sicurezza, previsti nel quadro economico di spesa per i lavori di realizzazione del refettorio ma non nel modulo dell'offerta economica; tale somma comporterebbe un'incidenza minima superiore a quella indicata dalla aggiudicataria nel Modulo 2 (euro 0,043 contro i dichiarati 0,017). Anche in questo caso, i successivi chiarimenti di Serenissima, valutati positivamente dall'amministrazione, si appaleserebbero privi di idonea giustificazione.

Con il secondo motivo, la ricorrente lamenta la violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche e, in particolare, dell'art. 86, comma 2, del D.Lgs. n. 163 del 2006, difetto di istruttoria ed eccesso di potere per difetto dei presupposti. Secondo parte ricorrente, l'amministrazione comunale avrebbe violato il principio portato dall'art. 86, co. 2, del codice degli appalti in quanto non ha adempiuto al prescritto obbligo di chiedere ai concorrenti chiarimenti sulle offerte presentate, al fine di giustificarne la congruità, comportamento che avrebbe condotto all'illegittimità delle successive scelte nell'aggiudicazione del servizio.

Il Collegio considera infondate le censure di parte ricorrente.

L'oggetto del contratto di affidamento posto a base della gara è la concessione nella gestione del servizio pubblico di mensa scolastica, oltre alle connesse attività amministrative, e la realizzazione del locale refettorio con servizi annessi in un plesso scolastico del Comune di Lanuvio.

Il tratto distintivo della concessione rispetto all'appalto è rappresentato dalla modalità di remunerazione, ovvero dalla controprestazione che nella concessione dipende dai risultati della gestione del servizio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 6838/00). Di tal che, la remunerazione del servizio è per l'imprenditore l'elemento di valutazione della convenienza economica dell'offerta, anche in considerazione della circostanza che l'impresa aggiudicataria supporterà il rischio economico collegato alla gestione che, nel caso di specie, consiste nella possibilità che gli alunni decidano di non usufruire del servizio mensa, sulla base degli orari scolastici prescelti che non necessariamente implicano l'esigenza di consumare i pasti a scuola. Ciò posto, è di fondamentale importanza che il piano economico finanziario sia il più dettagliato possibile nell'elencazione delle voci di costo a carico dell'impresa, in modo da supportare l'imprenditore nella valutazione della convenienza economica del servizio da erogare o del lavoro da svolgere.

In questo senso, la stazione appaltante avrebbe dovuto meglio esplicitare nell'offerta economica (Modulo 2) tutti i costi da sopportare per consentire all'impresa di determinare, con la minima approssimazione, l'utile netto che deriva dall'erogazione del servizio. Tuttavia, come opportunamente rilevato dall'amministrazione resistente, tale aspetto attiene alla legge speciale di gara che non è oggetto della presente impugnativa.

Occorre qui valutare, invece, la legittimità del comportamento della stazione appaltante con riguardo ai principi normativi che attengono alla verifica di congruità delle offerte presentate (secondo motivo di ricorso) nonché il denunciato difetto di istruttoria sull'offerta presentata da Serenissima che, a detta di parte ricorrente, sarebbe stata da respingere, in quanto contenente dati anomali e che, in quanto accolta, ha comportato il lamentato eccesso di potere da parte dell'amministrazione comunale (primo motivo).

In merito al primo motivo di ricorso si rileva quanto segue.

La previsione delle tabelle ministeriali sul costo del lavoro di cui alla L. n. 377 del 2000 [poi trasfusa nel comma 2, lett. g), dell'art. 87 del D.Lgs. 163 del 2006 che risulta abrogato dalla lettera i-ter) del comma 2 dell'art. 4 del D.L. n. 70 del 2011] rappresenta una specificazione della previsione normativa in materia di anomalia e mira ad introdurre

un parametro certo a cui riferire la valutazione della stessa. Per giurisprudenza costante, tali tabelle non possono autorizzare la stazione appaltante all'esclusione automatica delle offerte che contengono valori inferiori a quelli minimi (v. Cons. di Stato – Sez. V, Sent. n. 9318/2003).

Peraltro, l'avvenuta abrogazione della lettera g) dell'art. 87, comma 2, fa propendere per una perdita di importanza delle tabelle ministeriali che, comunque, non possono costituire una misura del costo del lavoro rilevante in via autoritativa agli effetti degli appalti pubblici, quale intervento regolatorio sui prezzi (crf. Cons. di Stato, Sez. VI, n. 6415/2002).

Con riguardo ai costi per la sicurezza, non si può condividere quanto sostenuto in ordine al lamentato errore in cui sarebbe incorsa la società provvisoriamente aggiudicataria nel non procedere a sommare gli oneri relativi al piano di eliminazione delle interferenze (cd. DUVRI, ex art. 26, co. 5) con gli oneri della sicurezza previsti nel quadro economico di spesa per i lavori di realizzazione del refettorio, che, qualora addizionati, comporterebbero un'incidenza minima degli stessi sul prezzo del pasto offerto superiore a quella indicata dalla aggiudicataria. Dall'esame della tabella dei costi inserita nel Modulo 2 è palese che gli unici costi della sicurezza da indicare nella riga C erano quelli relativi ai costi da interferenze e, di conseguenza, non può ravvedersi nessun margine di errore (intenzionale o meno) nell'indicazione dell'incidenza di e. 0,017 da parte di Serenissima.

Tuttavia, a prescindere dal comportamento della società aggiudicataria che, dall'esame degli atti, appare ispirato da correttezza e buona fede, e dalle eventuali carenze della legge speciale di gara che, come si è detto, non rilevano ai fini della decisione, è nell'esame del secondo motivo, più attinente al comportamento della stazione appaltante nella valutazione della congruità dell'offerta, che il Collegio fonda la propria decisione.

La *ratio* dei commi 3 e 4 dell'art. 87 del codice degli appalti è quella di tenere in debita considerazione i trattamenti salariali minimi e gli oneri di sicurezza in fase di verifica dell'anomalia delle offerte; anzi, i commi 3 *bis* e 3 *ter* del successivo art. 86 si preoccupano di stabilire che la stazione appaltante ne debba tenere adeguatamente conto già in sede di predisposizione dell'appalto, analogamente a quanto disposto dall'art. 89, comma 3. In definitiva, il comma 3 *bis* impone alle stazioni appaltanti l'obbligo di fissare il valore economico dell'appalto posto a base di gara in modo che sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e a quello relativo alla sicurezza. Se il costo per la sicurezza è stabilito direttamente negli atti di gara non è soggetto a ribasso (comma 3 *ter*) in quanto rispetto a questa valutazione, fatta nell'interesse dei lavoratori, non è ammessa una diversa elaborazione economica finalizzata all'ottimizzazione dell'utile d'impresa.

Nel caso in esame, la stazione appaltante ha preventivamente fissato gli oneri per la sicurezza *ex* art. 26 del D. Lgs. n. 81 del 2008 (art. 8, comma 1 del capitolato di gara) chiedendone l'esplicitazione nell'offerta economica (come poi confluiti nella tabella del Modulo 2) e ha indicato nel quadro economico di spesa relativo ai lavori di realizzazione del refettorio, allegato al capitolato di gara, gli oneri per la sicurezza relativi a tali attività connesse (art. 3 del capitolato). La verifica di congruità su tale ultimo importo avrebbe dovuto aver luogo solo qualora il costo per la sicurezza (che come evidenziato in occasione dell'esame del primo motivo, non è stato opportunamente sommato da Serenissima agli oneri da interferenze) non fosse stato individuato dalla stazione appaltante; solo in quel caso avrebbe dovuto essere scorporato dall'offerta e sottoposto a verifica da parte della stazione appaltante per valutarne l'adeguatezza rispetto alle esigenze dei lavoratori (cfr. TAR Lombardia- Milano, Sez. I, n. 2059/2008).

Non può dirsi, invece, che l'amministrazione non abbia indicato tale ammontare nella *lex specialis* e che tali costi siano mancanti nell'offerta di Serenissima, seppur incorporati nel costo complessivamente previsto per la realizzazione del refettorio, in mancanza di espressa previsione della legge speciale di gara che ne disponeva la separata indicazione. Peraltro, a tale proposito, il Collegio intende adeguarsi all'orientamento giurisprudenziale

maggioritario che non vede nella mancanza di esplicitazione dei costi per sicurezza nell'offerta economica una causa automatica di esclusione dalla gara, semmai sancisce la necessità che gli stessi siano effettivamente previsti nell'organizzazione aziendale, anche se quantificati durante l'eventuale verifica dell'anomalia, in modo da consentire, anche a posteriori, alla stazione appaltante di valutare la congruità (si veda, a tale proposito, TAR Lombardia, Brescia, n. 1201/2009, Tar Sardegna, n. 638/2008).

Posto, quindi, che Serenissima ha esplicitato, in sede di giudizio di congruità, l'ammontare del costo per la sicurezza omnicomprensivamente considerato, che è risultato conforme a quello minimo indicato e giudicato congruo dalla stazione appaltante, non possono ravvedersi le lamentate illegittimità nel comportamento del comune resistente e negli atti da questo conseguentemente emanati.

Per tali motivazioni il Collegio respinge il ricorso.

In ragione della complessità delle questioni trattate, compensa le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Ter) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Francesco Riccio, Consigliere

Germana Panzironi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/09/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)