

**Massima:** ...in sede di verifica dell'anomalia non va assunto a criterio di calcolo il "monte-ore teorico", comprensivo anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, etc.) di un lavoratore che presti servizio per tutto l'anno, ma deve invece considerarsi il "costo reale" (o costo ore lavorate effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni)

## Consiglio di Stato n. 8624 del 27/12/2021



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5149 del 2021,  
proposto da  
Serenissima Ristorazione s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Manzi, con domicilio eletto presso il  
suo studio in Roma, via Alberico II, n. 33;

***contro***

Comune di Fiumicino, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso  
dall'avvocato Elena Conte, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

***nei confronti***

Sodexo Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sezione Seconda, n. 4598/2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Fiumicino e di Sodexo Italia s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2021 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Manzi, Faratro in dichiarata delega dell'avvocato Conte, nonché Boifava;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.La società Serenissima Ristorazione s.p.a. (d'ora in avanti anche solo Serenissima), che aveva partecipato alla gara indetta dal Comune di Fiumicino per l'affidamento della refezione scolastica, classificandosi al secondo posto della graduatoria dopo la Sodexo Italia s.p.a. (d'ora in avanti anche solo Sodexo), risultata aggiudicataria, all'esito di accesso agli atti della gara, richiesto con istanza del 18 settembre 2020 e completato in data 26 novembre 2020, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'annullamento della predetta aggiudicazione.

Deduceva infatti l'illegittimità di quest'ultima e della positiva verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, rilevando che le giustificazioni fornite nel

procedimento da quest'ultima avevano in realtà modificato l'offerta presentata quanto al costo della manodopera, con conseguente violazione o falsa applicazione degli artt. 95 e 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché incongruità, inattendibilità o insostenibilità dell'offerta. In particolare rilevava che l'aggiudicataria nella propria offerta aveva dichiarato un monte di ore di lavoro delle figure professionali coinvolte nell'esecuzione dell'appalto, producendo un "*planning*" lavorativo esplicitante "*la pianificazione di una giornata lavorativa tipo presso le strutture di Fiumicino*", con indicato il monte ore giornaliero suddiviso per ciascun giorno della settimana ed il monte di ore settimanale totale, meglio articolando il lasso temporale giornaliero di ogni lavoratore in ulteriori tabelle; nel corso della verifica dell'anomalia dell'offerta invece aveva allegato giustificazioni relative alle c.d. "ore teoriche", considerando le ore di offerta come ore contrattuali, che comportava una

modifica dell'offerta ed una sottostima del costo della manodopera, sottostima dipendente anche dalla incongrua giustificazione di due figure professionali offerte in sede di gara, i cui costi erano state computati come quota-parte sulla base del valore dell'appalto rispetto al volume di affari totale, per un complessivo di euro 1.208 annui.

2. L'adito tribunale, nella resistenza del Comune di Fiumicino e di Sodexo Italia, che eccepiva preliminarmente la tardività del ricorso (notificato l'11 dicembre 2020, nonostante la comunicazione dell'aggiudicazione risalisse al 17 settembre 2020, la pubblicazione di tutti gli atti di gara al 23 settembre 2020 e la ricezione della documentazione relativa alle giustificazioni dell'anomalia fosse avvenuta il 30 ottobre 2020) e nel merito l'infondatezza dell'avversa pretesa, con la sentenza segnata in epigrafe ha respinto il ricorso ritenendo infondate tutte le censure proposte, prescindendo così dall'esame delle eccezioni preliminari sollevate da Sodexo.

3. Serenissima ha chiesto la riforma di tale sentenza, lamentandone l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua dei seguenti motivi: 1) *Sulla errata non considerazione del planning operativo ai fini della determinazione del monte ore offerto e da giustificare;* 2) *Sull'asserita irrilevanza del planning lavorativo in virtù della mancata previsione di un numero minimo di personale da dedicare all'appalto;* 3) *Sulla difformità tra il costo della manodopera dichiarato nell'offerta tecnica e quello giustificato in sede di soccorso istruttorio. Incongruità, inattendibilità e/o insostenibilità dell'offerta. Violazione del principio di modificabilità dell'offerta;* 4) *Sull'irrilevanza delle asserite detrazioni dell'aliquota IRAP e rivalutazione TFR;* 5) *Sulla sottostima del costo della manodopera per non aver giustificato i costi di due figure professionali offerte in sede di gara.*

4. Sia il Comune di Fiumicino che Sodexo hanno resistito all'appello, chiedendone il rigetto; Sodexo ha anche riproposto le eccezioni preliminari di tardività del ricorso non esaminate in primo grado.

5. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti private hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive ed all'udienza del 2 dicembre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

6. L'infondatezza del gravame consente di prescindere dall'esame dell'eccezione preliminare sollevata da Sodexo di tardività del ricorso introduttivo del giudizio, non esaminata in primo grado e riproposta in appello.

7. Con il primo motivo di appello Serenissima ha dedotto che il primo giudice avrebbe erroneamente omesso di considerare rilevante il *planning* lavorativo depositato dall'aggiudicataria Sodexo in sede di gara al fine di determinare il monte-ore offerto e da giustificare. Infatti l'affermazione che tale "*documento [...] risulta essere finalizzato alla valutazione del subcriterio 1.b [...] nella odierna fattispecie, il valore di un siffatto documento non è direttamente riferibile – a meno di diverse indicazioni nella lex specialis che nel caso di specie non sussistono – alla quantificazione complessiva delle ore*

*lavoro ai fini del calcolo dei relativi costi, essendo questi ultimi derivanti dal numero e qualifiche del personale impiegato e dai relativi trattamenti salariali, che dipendono dalla contrattazione collettiva*”, sarebbe stata apodittica, immotivata e priva di qualsiasi fondamento normativo, laddove per contro anche sotto il profilo logico “*se vi è una sezione “idonea” per evincere l’organizzazione lavorativa dell’offerente e valutarne la corrispondenza con quanto giustificato, questa è proprio quella di cui al subcriterio 1.b, ossia proprio il subcriterio al quale il Tar ha rilevato essere finalizzato il planning lavorativo*”.

Il motivo non è fondato.

Il Disciplinare di gara prevedeva, tra i “*criteri di valutazione dell’offerta tecnica*” (p.to 18.1), che “*Il punteggio dell’offerta tecnica è attribuito sulla base dei criteri di valutazione e sub criteri elencati nella sottostante tabella con la relativa ripartizione dei punteggi*”: il sub-criterio 1.b), in particolare, atteneva alla “*Organizzazione di una giornata tipo: personale, turnazioni, orari. Metodologia di espletamento del servizio con particolare riferimento alla tempistica di acquisizione delle derrate, alle procedure di conservazione, preparazione cottura; individuazione del personale utilizzato e dei compiti assegnati a ciascun soggetto, numero e monte ore lavorativo degli addetti al servizio, compreso il coordinatore del servizio e il dietista*” e comportava l’attribuzione di un massimo di cinque punti.

Non è ragionevolmente dubitabile che il contenuto del cd “*planning*” lavorativo – ossia la rappresentazione, inserita nell’offerta tecnica, dell’organizzazione giornaliera del servizio – rilevasse ai limitati fini dell’attribuzione di tale punteggio, non costituendo per contro un parametro dal quale poter analiticamente desumere la quantificazione complessiva delle ore lavoro ai fini del calcolo dei relativi costi, discendendo questi ultimi dal numero e dalle qualifiche del personale impiegato, nonché dal relativo trattamento salariale, elementi questi tutti dipendenti – come evidenziato in sentenza – dalla contrattazione collettiva.

Va perciò al riguardo confermata la conclusioni cui è pervenuto il primo giudice secondo cui, essendo stati tali elementi fatti oggetto di puntuale verifica nel corso del giudizio di anomalia, all'esito del quale non sono emerse manifeste incoerenze o irregolarità, né l'appellante contestando i suddetti parametri (oggetto di censura essendo la presunta divergenza tra le ore giustificate in concreto quelle presumibilmente offerte nel documento tecnico), non è dato individuare profili di obiettiva criticità dell'offerta, tali da giustificarne l'esclusione ovvero da far dubitare della sua congruità.

8. Con il secondo motivo di appello è censurato l'assunto della sentenza impugnata, secondo cui l'irrilevanza del *planning* lavorativo sarebbe emerso anche dalla mancata indicazione nella *lex specialis* di un numero minimo di personale da dedicare all'appalto, il “*che conferma la ininfluenza del planning ai fini della individuazione di un costo “reale” del personale diverso e maggiore di quello giustificato*”.

Ad avviso dell'appellante tale considerazione, ancorché residuale, darebbe il segno dell'errata comprensione da parte del tribunale del reale oggetto della censura formulata che atteneva non già alla necessità di indicare un numero di personale minimo, bensì ad una presunta discrasia tra quanto indicato in sede di offerta e quanto poi giustificato.

Neppure questo motivo è fondato.

Invero le considerazioni espone nella sentenza impugnata testualmente si riferiscono – a confutazione della tesi sostenuta dalla ricorrente – alla ritenuta ininfluenza della rappresentazione dell'organizzazione giornaliera del servizio oltre l'ambito del sub-criterio b.1, “*ai fini della individuazione di un costo “reale” del personale diverso e maggiore di quello giustificato*”, il che vale a smentire il presunto errore interpretativo del motivo di ricorso nel quale sarebbe incorso il primo giudice.

Quest'ultimo, nel caso di specie, si è infatti limitato a prendere espressa posizione su una specifica difesa del Comune di Fiumicino, secondo cui il disciplinare di gara

non prevedeva un numero minimo di personale da dedicare all'appalto, ma lasciava ampi margini di discrezionalità organizzativa ai partecipanti, circostanza che ancor più avrebbe confermato l'ininfluenza del "*planning*" ai fini della individuazione di un costo "reale" del personale diverso e maggiore di quello giustificato.

9. Con il terzo motivo di appello viene dedotta l'insostenibilità dell'offerta presentata da Sodexo quanto al costo della manodopera dichiarato nell'offerta tecnica rispetto a quello giustificato in sede di soccorso istruttorio, in ragione del contenuto del "*planning*" lavorativo allegato alla propria offerta tecnica ed esplicante "*la pianificazione di una giornata lavorativa tipo presso le strutture di Fiumicino*".

Sodexo aveva infatti dichiarato in sede di gara le ore effettivamente lavorate da ogni figura professionale, indicando addirittura in quale periodo di ogni giorno della settimana (il che non poteva che riferirsi alle c.d. ore operative); tuttavia aveva poi giustificato i costi della manodopera considerando le stesse ore indicate in sede di offerta come ore contrattuali – ossia le c.d. ore teoriche – determinando un'evidente modifica dell'offerta e una sottostima dei primi. Considerando le ore indicate nel "*planning*" come ore contrattuali e non ore effettivamente lavorate, Sodexo per giustificare il costo della manodopera aveva ridotto il monte di ore dichiarato e i relativi costi da giustificare: ciò significava ammettere che quelle indicate in sede di offerta erano ore mediamente lavorate (o teoriche) e non ore operative (o effettive) e comportava che nessuno dei lavoratori – indicati dapprima in maniera riepilogativa nella tabella di pag. 1 dell'all. 1 dell'offerta tecnica e poi, più specificatamente, nelle pagine successive attraverso il loro dettagliato impiego con un vero e proprio *timing* operativo suddiviso per ogni plesso scolastico – sarebbe stato impiegato per le ore offerte, così distorcendosi l'organizzazione del personale valutata dalla stazione appaltante e modificandosi l'offerta originariamente presentata.

Neppure questo motivo può essere accolto, in quanto fondato su un presupposto – la rilevanza del “*planning*” lavorativo ai fini del calcolo del monte-ore offerto e (quindi) da giustificare – già escluso secondo le osservazioni svolte in relazione ai precedenti motivi di appello.

D'altronde dall'esame degli atti di causa non trova conferma l'assunto che in sede di giustificazioni Sodexo abbia sostituito le ore effettive in ore contrattuali, né che in tale sede siano emerse delle scoperture temporali dell'offerta, quest'ultime essendo soggettive ricostruzioni dell'appellante priva di qualsiasi obiettivo riscontro.

Va confermato al riguardo l'orientamento giurisprudenziale (da ultimo, Cons. Stato, V, 15 febbraio 2021, n. 1317; V, 12 giugno 2017, n. 2815) secondo cui in sede di verifica dell'anomalia non va assunto a criterio di calcolo il “monte-ore teorico”, comprensivo anche delle ore medie annue non lavorate (per ferie, festività, assemblee, studio, etc.) di un lavoratore che presti servizio per tutto l'anno, ma deve invece considerarsi il “costo reale” (o costo ore lavorate effettive, comprensive dei costi delle sostituzioni): nel caso di specie, non risulta contestata la corrispondenza delle ore settimanali poste a base di calcolo nelle giustificazioni dell'anomalia e riportate nella colonna “*Ore sett.*” con quelle emergenti dalla tabella di cui alle pp. 1 e 2 dell'allegato 1 dell'offerta tecnica di Sodexo.

10. Con il quarto motivo di gravame (erroneamente rubricato “quinto” nell'atto di appello) viene dedotto, più nello specifico, che alcuna valenza poteva assumere, ai fini della giustificazione della sostenibilità dell'offerta, il richiamo all'asserita detrazione dell'aliquota IRAP ed alla detrazione della rivalutazione TFR, indicate da Sodexo unitamente ai contributi INAIL ed alla voce di previdenza complementare, poiché non più previste dalle tabelle ministeriali.

Secondo l'appellante, nonostante Sodexo abbia dichiarato di non averne tenuto conto, tali voci sarebbero state comunque prese in considerazione dal Rup, come



desumibile dal verbale del 7 settembre 2020, nel quale si fa menzione di tali elementi in relazione a quanto dichiarato in sede di giustificazione da Sodexo, che avrebbe a tal fine addotto “[...] *anche ulteriori vantaggi economici quali: detrazione IRAP (legge stabilità), detrazione della rivalutazione TFR (x obbligo di versamento delle quote TFR a fondo INPS o fondo pensione), ridotti contributi Inail (Sodexo paga percentuale del 2,21% invece di 2,4% per ridotto tasso infortunistico), adesione interna dei lavoratori Sodexo alla Previdenza Complementare del 15% invece che del 30% [...]*”.

Neppure questo motivo può essere accolto.

Non risulta infatti, dalla lettura degli atti di causa il presupposto su cui riposa la censura, ossia l'essere stati i suddetti vantaggi economici considerati dal Rup al fine di escludere l'anomalia dell'offerta della prima graduata: a fronte infatti della precisazione, da parte di Sodexo, che oltre agli elementi portati a giustificazione dell'attendibilità dell'offerta, altri avrebbero ancora potuto aggiungersi, ove necessario (nella specie precisando che “[...] *la scrivente vanta ancora i seguenti vantaggi economici [...]*”), l'organo della stazione appaltante si è limitato a prendere atto che, oltre agli elementi portati appunto a giustificazione dell'attendibilità dell'offerta, Sodexo “[...] *oltretutto vanta anche di ulteriori vantaggi, quali [...]*”.

Le espressioni utilizzate non consentono pertanto di dimostrare che il Rup – oltre ad una mera presa d'atto – abbia poi effettivamente tenuto conto anche di tali elementi ai fini della determinazione del costo del personale, in aggiunta a quelli indicati in via principale da Sodexo.

D'altronde lo stesso numero dei pasti da fornire doveva ragionevolmente ritenersi variabile, alla luce della previsione dell'art. 4 del Capitolato, secondo cui “*Si precisa che l'affidamento rientra nel novero degli affidamenti “a misura”. Il numero dei pasti previsto dal presente capitolato non è quindi impegnativo per l'Amministrazione, essendo subordinato ad eventualità e circostanze non*

*prevedibili e potrà essere modificato sulla base delle esigenze dell'organizzazione complessiva dei servizi scolastici. Il Comune si impegna al pagamento per il numero dei pasti effettivamente erogati, riservandosi la facoltà di apportare, a suo insindacabile giudizio, variazioni sia al numero sia alle sedi dei centri indicati senza che dette variazioni incidano sul corrispettivo unitario”.*

11. Con il quinto motivo di appello infine si ribadisce che la sottostima del costo della manodopera dell'offerta di Sodexo sarebbe emersa *“altresì dalla mancata ovvero comunque erronea valutazione del costo relativo a due figure professionali espressamente offerte in sede di gara”.*

In particolare l'appellante rileva come a pag. 34 dell'offerta tecnica Sodexo nel descrivere il proprio “Centro Servizi Finanziari Rette” aveva precisato che *“Per il servizio di Fiumicino saranno sin da subito attribuiti un responsabile di progetto ed un tecnico di riferimento”*, di seguito aggiungendo che *“oltre a mettere a disposizione il proprio Centro Servizi Finanziari Rette, ha previsto in merito l'impiego di n. 2 figure professionali per supportare il vostro ufficio istruzione in merito alla gestione amministrativa”*. Di queste due figure, una sarebbe stata prevista per cinque ore al giorno, nella fascia oraria 9:00-14:00 per cinque giorni alla settimana (dunque per un totale venticinque ore settimana), l'altra per venti ore settimanali, con orario giornaliero a discrezione del Comune di Fiumicino.

Riguardo a quanto sopra, peraltro, nelle giustificazioni dell'offerta sarebbe stato solamente previsto un costo calcolato come quota parte sulla base del valore dell'appalto rispetto al volume d'affari annuo totale gestito da Sodexo s.p.a. in ambito scolastico, calcolo ritenuto corretto dal primo giudice in virtù del *“dato che dette figure sono condivise con altri servizi in affidamento secondo una logica aziendale che non è seriamente contestata da parte ricorrente, così che deve imputarsi al servizio di cui all'odierna fattispecie solo il costo effettivo ad esso riferibile pro quota”*.

L'appellante a tal proposito ha obiettato che *“in disparte la legittimità di una tale artificiosa ripartizione degli oneri tra diversi appalti, di fatto non controllabili”*, dal tenore

dell'offerta tecnica di Sodexo si evinceva con chiarezza che le due unità operative sarebbero state specificatamente dedicate al Comune di Fiumicino per un totale di quarantacinque ore settimanali, di talché il loro costo annuo, moltiplicato per il triennio oggetto di appalto, era sufficiente a erodere del tutto l'utile dichiarato dall'aggiudicataria. Sempre ad avviso dell'appellante, a voler seguire le conclusioni raggiunte in sentenza, si finirebbe con l'ammettere un costo variabile, in quanto connesso all'esecuzione di altri appalti e all'andamento degli stessi.

Anche questo motivo non può essere accolto.

Le considerazioni dell'appellante non consentono infatti di dimostrare la manifesta erroneità (ovvero la contraddittorietà) delle valutazioni operate dalla stazione appaltante – presupposto, questo, imprescindibile ai fini dell'esercizio del potere demolitorio del giudice amministrativo – secondo cui i costi indicati da Sodexo sarebbero stati plausibili, potendo questa beneficiare di una decurtazione connessa alla propria organizzazione d'impresa, fondandosi le stesse, piuttosto – come obietta la stessa stazione appaltante – *“sull'indimostrata invocazione dell'applicazione del costo complessivo del personale, che non tenga conto dell'applicazione pro quota alla commessa”*.

12. L'appello va dunque respinto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società appellante al pagamento, in favore del Comune di Fiumicino e di Sodexo Italia s.p.a., delle spese di lite del grado di giudizio, che complessivamente liquida in euro 4.000.00 (quattromila/00) per ciascuno di essi, oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Anna Bottiglieri, Consigliere

Elena Quadri, Consigliere

Giorgio Manca, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Valerio Perotti**

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Saltelli**