

Publicato il 21/11/2017

N. 01364/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00815/2017 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 Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 815 del 2017, proposto da:
Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. – Cir Food S.C., in persona
del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato
Eugenio Dalli Cardillo e domiciliata in Brescia, *ex art. 25 cpa*, presso
la Segreteria del T.A.R., via Carlo Zima, 3;

contro

Unione dei Comuni della Valtenesi e Comune di Manerba del Garda,
rappresentati e difesi dall'avvocato Domenico Bezzi, con domicilio
eletto in Brescia, presso il suo studio, via Diaz, n. 13/C;

nei confronti di

All Foods S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno e domiciliata in
Brescia, *ex art. 25 cpa*, presso la Segreteria del T.A.R., via Carlo
Zima, 3;

per l'annullamento

- della determinazione dell'Unione dei Comuni della Valtenesi, n. 269 del 10.08.2017, di aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica nei Comuni di Manerba del Garda, Padenghe sul Garda e Soiano sul Lago alla Soc. All Foods s.r.l., comunicata ex art. 76, comma 5 del D.Lgs. 50/2016 con nota prot. n. 6203;
- del verbale della seduta pubblica di gara n. 1 del 11.07.2017 relativo alla valutazione della documentazione amministrativa degli operatori economici concorrenti di cui è ignota la pubblicazione sul profilo del committente;
- del verbale della seduta riservata di gara n. 2 del 14.07.2017, con il quale la Commissione di Gara procedeva alla ammissione delle Ditte, alla valutazione e all'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta progettuale, al vaglio delle offerte economiche e infine formulava proposta di aggiudicazione a favore della Soc. All Foods s.r.l, rimettendo al RUP gli atti per l'attivazione del subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;
- del verbale di gara del 09.08.2017 relativo alla verifica dei giustificativi dell'offerta presentata dalla Soc. All Foods s.r.l e che attestava la congruità dell'offerta;
- per quanto occorrer possa, nei limiti delle censure proposte nel presente ricorso, della determinazione n. 92 del 26.04.2017 (pubblicazione degli avvisi di preinformazione relativi alla gara *de quo*);
- della determinazione n. 154 del 01.07.2017, (avvio della procedura di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica approvando contestualmente la documentazione di gara

comprendente il bando di gara, il capitolato tecnico e i suoi allegati dal n. 1 al n. 8 quali parte integrante);

- della determinazione n. 213 del 2017 (nomina della Commissione di gara per l'affidamento del servizio di refezione scolastica);

- per quanto occorrer possa nei limiti delle censure proposte nel presente ricorso, del bando di gara, del capitolato tecnico e dei relativi allegati (Progetto organizzativo gestionale– Criteri di attribuzione del punteggio – Prospetto del personale del gestore uscente– DUVRI – Domanda di partecipazione con dichiarazione dei requisiti – Ripartizione percentuale delle componenti di costo e tabella di ammortamento – Questionario di verifica dell'idoneità tecnico professionale – Schema di contratto di locazione del centro di cottura);

- per quanto occorrer possa, nei limiti delle censure proposte nel presente ricorso, dei chiarimenti alla normativa di gara resi antecedentemente alla presentazione delle offerte dalla Stazione appaltante;

- delle note prot. 5282 del 2017 e 5300 del 2017, con le quali il RUP ha attivato il subprocedimento di soccorso istruttorio nei confronti della Soc. All Foods s.r.l.;

- della nota prot. 5364 del 2017, con la quale si riteneva esaustiva la documentazione richiesta alla Soc. All Foods s.r.l in sede di soccorso istruttorio;

- della nota prot. 5568 del 21.07.2017, con la quale il RUP ha richiesto alla Soc. All Foods s.r.l. giustificazioni in ordine al ribasso offerto;

- della nota prot. 5948 del 03.08.2017, con la quale la Soc. All Foods s.r.l ha riscontrato la prima volta la richiesta di giustificazioni;

- della nota prot. 6005 del 05.08.2017, con la quale il RUP ha richiesto alla Soc. All Foods s.r.l. ulteriori giustificazioni al fine di dimostrare la sostenibilità dell'offerta economica;
 - della nota prot. 6090 del 09.08.2017, con la quale la Soc. All Foods s.r.l ha riscontrato la seconda richiesta di giustificazioni fornendo un secondo giustificativo;
 - di tutti gli atti e documenti afferenti al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della Soc. All Foods s.r.l. ancorchè non conosciuti ed ignoti;
 - di tutti gli atti e i provvedimenti dell'Amministrazione che hanno limitato il diritto di difesa della Soc. CIR Food;
 - di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché ignoto;
 - di tutti i provvedimenti antecedenti, concomitanti e susseguenti, ancorché ignoti, nonché l'annullamento e/o decadenza e/o inefficacia del contratto, stipulato tra le parti anche nelle more del giudizio;
- e per l'annullamento e/o l'inefficacia e/o la decadenza dell'eventuale contratto sottoscritto nelle more del giudizio, oltre che per la condanna al risarcimento dei danni anche per equivalente ex art. 124 c.p.a. arrecati alla soc. CIR Food dagli atti e dai comportamenti amministrativi impugnati.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni della Valtenesi - Comune di Manerba del Garda e della società All Foods S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2017 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'1 giugno 2017, l'Unione dei Comuni della Valtenesi indiceva una procedura aperta, gestita attraverso la piattaforma telematica "Sintel" della Regione Lombardia, per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica nei Comuni di Manerba del Garda, Padenghe sul Garda e Soiano sul Lago, per la durata di sei anni dal 1 settembre 2017, al 31 agosto 2023, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo di € 2.091.000,00 Iva inclusa, di cui € 4.000,00 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso.

Hanno partecipato alla gara solo i due operatori in causa, entrambi ammessi dopo l'esercizio del soccorso istruttorio.

Con il ricorso in esame, la Cir Food ha impugnato sia l'ammissione alla gara (che non è dato sapere se abbia mai formato oggetto di specifico provvedimento pubblicato nelle forme di legge), che l'aggiudicazione a favore della All Foods, deducendo i seguenti vizi:

1. violazione degli artt. 4 della parte II del bando e 97 del codice dei contratti per anticipazione dei costi della sicurezza e contraddittorietà nella loro esposizione nelle diverse parti dell'offerta, con conseguente giudizio di inattendibilità degli stessi: in entrambi i casi l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa;

2. insostenibilità dell'offerta: dalla comparazione delle due giustificazioni rese in sede di verifica emergerebbe l'irrisorietà del margine di utile. Il Comune - dopo aver ritenuto non credibili le osservazioni di All Foods, che si fondavano su presunte prospettive di incassi di centinaia di migliaia di euro generate, secondo le prime giustificazioni, dalla previsione del futuro utilizzo del centro di cottura di proprietà comunale in corso di ultimazione anche per fornire i pasti all'annessa struttura residenziale -, con nota del 05.08.2017, ha chiesto ulteriori chiarimenti, epurando il riferimento a ricavi non pertinenti. Ne è derivata un'offerta sostanzialmente diversa, in cui mutano sia i costi fissi della commessa (il costo degli automezzi è stato ridotto a 1/3, quello delle attrezzature offerte in gara è passato da € 3.465,83 a € 2.500, quello delle materie prime da € 114.682,50 a € 79.313,99, quello delle spese generali da 17.600 a 9.000 euro), che la marginalità dell'utile che, dall'originario 9,40 %, è sceso al simbolico 0,27% (pari ad appena 800 euro annui). Nelle seconde giustificazioni, inoltre, non sarebbero stati stimati e ricompresi, come, invece, accaduto nelle prime, il costo della manutenzione, del servizio informatico e degli adempimenti della sicurezza alimentare. L'offerta di All Foods sarebbe, dunque, insostenibile economicamente, se considerata prescindendo dall'aspettativa dei futuri (e incerti, nell'*an* e nel *quando*) ricavi;

3. irrisorietà del margine di utile, pari allo 0,27 % e inammissibilità di offerte simboliche. Secondo la giurisprudenza, sebbene non sia possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala (dovendosi considerare l'importanza della possibilità di continuare l'attività o di inserirsi in un nuovo mercato, ecc.), non può ammettersi né un margine

positivo pari a zero - giacché l'offerta economica pari a zero equivarrebbe a mancata offerta economica (C.d.S., Sez. V, n. 1090/2016, cit.) - né un utile di impresa che si riduca a una cifra meramente simbolica (C.d.S., Sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242; id., Sez. III, 2 marzo 2015, n. 1019);

4. violazione dell'art. 97 del codice dei contratti per inammissibilità delle offerte in perdita, eccesso di potere per manifesta illogicità e carenza di istruttoria. Parte ricorrente deduce, ancora una volta, la non corretta esposizione dei costi della sicurezza, ma anche delle spese generali (che sarebbero passate da 17.600 a 1.500) e delle materie prime (ridotte senza motivazione nelle più recenti giustificazioni dell'offerta), nonché la sparizione dei 6.000 euro del costo delle manutenzioni e dei 1.900 euro di costo del servizio informatico. Ne deriverebbe l'insostenibilità economica dell'offerta;

5. impossibilità di utilizzare il centro di cottura offerto e inammissibilità del contratto di avvalimento con l'impresa ausiliaria Bertazzoni, con conseguente violazione della prescrizione che imporrebbe all'ausiliaria di eseguire direttamente la prestazione e di quella che impone il possesso delle certificazioni aziendali. Il centro di cottura di proprietà comunale sarebbe inagibile nella prima parte del contratto e All Foods non disporrebbe di un centro di cottura alternativo. Essa ha, invero, fatto ricorso all'avvalimento della Bertazzoni, ma il contratto sarebbe inammissibile, in quanto generico: non sarebbero indicate le risorse che verranno prestate dall'impresa ausiliaria e in particolari i mezzi e le persone, oltre che le certificazioni di qualità, nonché il sistema e il manuale di autocontrollo per le certificazioni di qualità che verrà prestato. In ogni caso, il bando di gara, al punto 9 della parte V, sarebbe tassativo

nel prescrivere che in caso di avvalimento la prestazione oggetto del requisito prestato deve essere eseguita in proprio dall'impresa ausiliaria, con l'obbligo in caso di aggiudicazione, di costituirsi in ATI con l'impresa aggiudicataria prima della sottoscrizione del contratto di appalto;

6. Violazione della parte VII del capitolato, art. 2, comma 1, lett. c).

Dall'esame della pianta del centro di cottura prodotta in gara sembrerebbe non esserci apposito distinto reparto esclusivamente dedicato – ed attrezzato - per le diete specializzate;

7. Carezza di istruttoria e di motivazione, avendo la stazione appaltante confermato il provvedimento di aggiudicazione a favore della Soc. All Foods senza prima verificare la idoneità tecnica del centro di cottura.

Si è costituita in giudizio la All Foods, eccependo l'inammissibilità del ricorso, volto a censurare la valutazione, discrezionale, di congruità dell'offerta sospetta di anomalia, sulla quale il giudice amministrativo potrebbe esercitare esclusivamente un controllo debole.

Nel merito, il ricorso sarebbe infondato.

Le voci relative ai costi della sicurezza inserite nell'offerta tecnica avevano la mera funzione di indicare dei valori di riferimento, da utilizzare per la quantificazione dei singoli costi correlati allo specifico appalto nell'ambito dell'offerta economica. La loro somma, infatti, dà l'importo di 5300 euro, ben diverso da quello di 10.526,90 indicato nell'offerta economica e scaturito dall'analitica considerazione dei costi complessivi, relativi all'intero appalto correlati alle voci indicate.

Ne deriverebbe che in alcun modo può ritenersi anticipata l'offerta economica e si spiegherebbe, contestualmente, anche la diversità delle voci. Peraltro il costo complessivo di 10.526,90 euro non sarebbe mai mutato dall'offerta economica alle due giustificazioni.

In ordine al contestato cambiamento dell'ammontare delle somme indicate nelle due diverse giustificazioni, la controinteressata ha sostenuto l'infondatezza della censura, atteso che non vi sarebbe stata alcuna modifica dell'offerta, ma una diversa ripartizione dei costi, in ragione della sopravvenuta impossibilità di considerare le entrate correlate alla futura disponibilità del centro cottura "Le farfalle" per cucinare anche pasti per i futuri ospiti residenziali (sul che si era basato il progetto originario della All Foods). Le due giustificazioni non sarebbero, dunque, comparabili, in quanto fondate su due diversi presupposti e cioè riferite, le seconde, solo a una parte del progetto iniziale: le condizioni offerte non sono state modificate, dunque, ma rapportate alla parte del progetto relativa alla sola ristorazione scolastica.

La differenza di costi sarebbe da imputarsi, pertanto, solo alla "variazione dimensionale della produzione dei pasti".

Andrebbe considerato, dunque, che i costi risultano comunque coperti (e contrariamente a quanto asserito in ricorso non vi sarebbe alcuna offerta in perdita): ciò accertato, il fatto che l'utile sia minimo, sarebbe, secondo la controinteressata, irrilevante, perché non potrebbe essere valutato in modo avulso dalle potenzialità espansive dovute all'attivazione del centro le Farfalle.

La All Foods ha, quindi, eccepito la pretestuosità degli assunti della Cir Food, in primo luogo perché il centro di cottura alternativo (evidentemente non considerabile quale requisito di ammissione

bensi semplicemente di esecuzione) sarebbe un centro idoneo, in possesso di tutte le autorizzazioni richieste, specificamente indicate nel progetto da parte della All Foods, unitamente alle proprie certificazioni. Trattasi, dunque, del “prestito” di un bene oggettivo, fisicamente individuato.

Anche il Comune si è costituito in giudizio e ha, in primo luogo, evidenziato l'irrilevanza del dato relativo ai costi della sicurezza nell'offerta tecnica: tale indicazione sarebbe completamente priva di collegamenti con l'offerta economica dedotta in gara, dal momento che dalla prima non vi è alcuna possibilità di evincere la seconda.

Quanto all'adeguatezza dei costi della sicurezza, quelli indicati dalla All Foods sarebbero pari allo 0,82 % e quelli della ricorrente all'1,17 %: non si tratterebbe, dunque, di una differenza tale da giustificare la inattendibilità di quelli calcolati dall'aggiudicataria.

Inoltre, non sarebbe il Centro di cottura, inteso quale luogo, a dovere essere certificato, ma la ditta concorrente (ossia l'Azienda) a dovere essere munita di apposita certificazione aziendale idonea alla gestione del Centro di cottura (tant'è che il Centro di cottura comunale non risulta munito di specifica certificazione aziendale).

In ogni caso, la disponibilità del centro di cottura, condizione di esecuzione e non di partecipazione, poteva essere garantita con l'avvalimento.

Le giustificazioni prodotte avrebbero determinato un legittimo giudizio di attendibilità e plausibilità, anche dopo la correzione delle voci tenendo conto della produzione dei soli pasti relativi al servizio scolastico. Tale giudizio sarebbe, peraltro, non sindacabile da parte del giudice amministrativo, ma, in ogni caso, il ricorso sarebbe, sul punto, infondato, atteso che, per quanto riguarda le spese generali si

sarebbe assistito a una modesta riduzione dei costi in termini assoluti (ma non di valore percentuale), in quanto, avendo la concorrente stabilito di includere in essi anche i costi del direttore del servizio, questi, risultano contenuti a causa del minor utilizzo nel caso di gestione del servizio limitata a quello oggetto dell'appalto, di talché i secondi giustificativi avrebbero indicato i soli costi generali limitatamente alla parte variabile degli stessi.

Ugualmente per le voci che parte ricorrente ritiene omesse nei secondi giustificativi, ossia i costi di manutenzione (del centro cottura), di quelli informatici e della derattizzazione; trattandosi di costi fissi ed invariabili, dacché legati all'immobile messo a disposizione da parte del Comune di Manerba, essi sarebbero stati indicati in sede di primi giustificativi e non ripresi nei secondi giustificativi, dedicati esclusivamente alle voci di costo variabili e dipendenti dalla maggiore o minore platea di utenti.

Alla luce di tutto ciò, il Collegio ha ritenuto, in sede di esame dell'incidente cautelare, che sussistessero le condizioni per disporre la richiesta misura sospensiva.

In vista della pubblica udienza del 9 novembre 2017, la ricorrente ha insistito per la fondatezza del ricorso, soffermandosi, in particolare, sull'illegittimo ribasso che sarebbe stato operato sui costi della sicurezza, sul fatto che l'offerta sarebbe palesemente "in perdita", considerando anche le voci di costo sparite dalle ultime giustificazioni, ma relative a voci necessarie, sull'indisponibilità del centro di cottura alternativo (necessario non essendo ancor oggi disponibile il nuovo centro di cottura messo a disposizione dall'Amministrazione), atteso che non appare credibile la compresenza di All Foods nel centro di cottura dell'ausiliaria, né in

forza dell'avvalimento, né di un contratto di locazione di cui la difesa di parte resistente sembrerebbe ventilare l'esistenza.

La controinteressata ha ribadito la propria linea difensiva, insistendo nel riproporre l'eccezione di inammissibilità del ricorso avverso il giudizio di anomalia dell'offerta, nell'affermare la totale irrilevanza dell'indicazione di una cifra relativa ai costi della sicurezza nell'offerta tecnica (peraltro non conforme a quella poi indicata nell'offerta economica e da ritenersi congrua), nel dare conto di come le seconde giustificazioni prodotte non sarebbero modificative delle prime (essendo state determinate solo dalla richiesta della stazione appaltante di escludere da esse tutto quanto correlato alla prevista, futura, possibilità di utilizzare il centro cottura anche per le esigenze della comunità residenziale Le Farfalle) e l'utile prodotto, ancorché minimo, non potrebbe essere censurato, se superiore allo zero. Con riferimento al terzo e ultimo motivo di ricorso, la controinteressata ha rimarcato come il possesso del centro di cottura alternativo avrebbe rappresentato un requisito di esecuzione e non anche di ammissione, con la conseguenza che l'eventuale sua indisponibilità non potrebbe comunque determinare l'esclusione dalla gara della All Foods, ma solo la riduzione del punteggio correlato, al massimo pari a quattro e, quindi, comunque insufficiente a determinare l'aggiudicazione alla ricorrente, il cui punteggio risulta essere inferiore a quello della controinteressata di più di dodici punti.

Analoghe difese sono state esplicate anche dalla stazione appaltante.

Ricorrente e controinteressata hanno, quindi, ulteriormente confermato le proprie posizioni nelle memorie di replica.

Alla pubblica udienza del 9 novembre 2017 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente rigettata l'eccezione di inammissibilità del ricorso, volto a far valere l'illegittimità della valutazione di anomalia dell'offerta effettuata dalla stazione appaltante, in quanto avrebbe a oggetto attività discrezionale sottratta alla valutazione del giudice.

Sul punto si può efficacemente richiamare la stessa giurisprudenza invocata da All Foods e, in particolare, la sentenza del Consiglio di Stato n. 260/2017, che ha ricordato come “l'affidabilità e l'attendibilità complessiva dell'offerta scrutinata in diretta relazione della corretta esecuzione del contratto scaturenti da una valutazione congetturale, non già l'eventuale inesattezza di una singola posta o voce economica quale giudizio di mero fatto, è il parametro di riferimento cui obbedisce il procedimento di verifica come concepito dagli artt. 87 e 88 d.lgs. n. 163/2006 e conformato dalla giurisprudenza pressoché univoca” e, conseguentemente, il giudizio deve avere a oggetto la congruità dell'importo complessivo offerto.

Proprio da tale giurisprudenza si ricava che il risultato della valutazione di anomalia dell'offerta operato dalla stazione appaltante, non può essere assoggettato alla verifica del giudice amministrativo, se non in termini di adeguatezza, illogicità e non incoerenza dello stesso.

Ciò che il Collegio è stato chiamato a fare nel caso di specie, con la conseguenza che il ricorso è ammissibile.

Superata l'eccezione in rito, il primo motivo di ricorso non merita positivo apprezzamento, dal momento che non può ritenersi che la

ALL Foods abbia anticipato l'offerta economica, come sostiene parte ricorrente.

Il documento 28 da quest'ultima allegato, infatti, rappresenta l'offerta economica e il documento 22 le giustificazioni successive, ma il documento 29 altro non è che la scheda, parte del *fac-simile* di offerta tecnica da compilarsi obbligatoriamente (come nello stesso ricorso riconosciuto) con l'indicazione dell'importo, come espressamente previsto al punto 2 dell'art. 4 della parte II del bando.

In realtà, però, la concorrente non ha effettivamente anticipato i costi della sicurezza, i quali sono stati specificati in modo molto diverso nell'offerta vera e propria, ma si è limitata a indicare delle cifre idonee a rappresentare solo l'ordine di grandezza della loro incidenza.

Peraltro, anche laddove dovesse essere qualificata come effettivamente rappresentativa dei costi della sicurezza preventivati, la specificazione della somma nell'offerta tecnica non potrebbe comunque incidere negativamente sulla segretezza e non conoscibilità dell'offerta economica, non sussistendo alcun legame con essa e, quindi, alcuna possibilità di desumere l'offerta economica da tale importo.

Non risulta, inoltre, esservi alcun contrasto tra le cifre indicate nei diversi documenti, che coincidono per quanto riguarda la parte rilevante e cioè la loro indicazione nell'offerta economica (nel ricorso erroneamente si riporta l'importo di 1.752 euro, che, invece, è di 1754,48 euro per ogni anno, per un totale di 10.526,90: importo che risulta identico anche nelle successive giustificazioni).

Né può ritenersi che sia stato operato un ribasso sui costi della sicurezza. L'importo rilevante, che costituisce la reale offerta è

esclusivamente quello riportato nella parte dedicata all'offerta economica, non essendo significativo quello indicato nel progetto, il quale, peraltro, non può essere considerato un importo annuo. In alcun punto della lettera k del modello dell'offerta, infatti, si specifica che il costo è espresso per anno e non per l'intero contratto: al contrario, proprio l'articolazione delle voci fa pensare a un costo complessivo (cfr. voci come dispositivi di protezione individuale, attrezzature di pronto soccorso, mezzi di estinzione, segnaletica).

Si può, dunque, convenire con la difesa dell'aggiudicataria, circa l'infondatezza della censura secondo cui nel progetto tecnico sarebbe stata anticipata l'offerta economica.

Per quanto attiene, invece, all'importo effettivamente indicato nell'offerta economica, i costi della sicurezza esposti dalla ricorrente possono ritenersi adeguati.

A prescindere dal fatto che essi si discostano da quelli indicati dalla ricorrente di pochi decimali percentuali, ma ciò significa il passaggio da un importo annuo di 1.754 euro (offerti dall'aggiudicataria) a un importo annuo di 2.800 (offerto dalla ricorrente) e, dunque, la differenza non può ritenersi irrilevante, quello che risulta determinante è che non è stato fornito alcun principio di prova dell'inadeguatezza dei costi effettivamente quantificati dalla All Foods, a prescindere da quelli meramente indicativi e privi di rilevanza riportati nell'offerta tecnica al solo fine di valorizzare le voci.

Così superato tale profilo, a differenza di quanto detto con riferimento al primo motivo di ricorso, il secondo presentava sin dalla fase cautelare dei profili di fondatezza che le controparti non sono state in grado di confutare efficacemente con le loro difese.

Infatti, nonostante l'aggiudicataria abbia prodotto una tabella dalla quale risulterebbero mantenute le percentuali delle singole voci di spesa come enunciate nelle due diverse giustificazioni prodotte, essa non ha potuto chiarire perché le spese generali siano state drasticamente ridotte a 9.000 euro, ma, soprattutto, non ha saputo dare conto del perché le voci relative alla gestione informatizzata del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria e derattizzazione (ammontanti complessivamente a circa € 35.657,00), indicate nelle prime giustificazione dell'offerta, siano sparite nelle seconde giustificazioni.

Preliminarmente, però, il Collegio ritiene di poter condividere la posizione delle parti resistenti circa la piena ammissibilità della produzione delle seconde giustificazioni dell'offerta, le quali non integrano, di fatto, la modifica della stessa: esse sono state prodotte al solo fine di concentrare la valutazione dell'attendibilità dell'offerta, come richiesto dall'Amministrazione, tenendo conto della impossibilità di valutare i possibili sviluppi futuri dell'utilizzo del centro cottura, sia in termini di ricavi, che di costi.

Cionondimeno permane la necessità di accertare le ragioni della mancata indicazione, nelle giustificazioni rielaborate, di talune voci di spesa, sebbene parimenti incise o comunque modificate in ragione della diversa quantità di pasti di cui è prevista la fornitura.

Pertanto, si può convenire con la controinteressata circa la sussistenza di una certa irrazionalità nel richiedere di giustificare l'adeguatezza di un'offerta indubbiamente strutturata in ragione della previsione dell'incremento futuro del numero dei pasti (non ipotetica, ma sufficientemente ragionevole, in quanto collegata alla prossima apertura della struttura residenziale di cui è in corso la gara

per l'affidamento della gestione), in quanto, come evidenziato nelle seconde giustificazioni, la sostenibilità del piano finanziario non può non essere influenzata da tale aspettativa. Determinati investimenti possono trovare adeguata copertura, infatti, solo considerando tale potenzialità e quella derivante dalla possibilità di un accordo commerciale con la società GRA di Bertazzoni per la produzione di un ulteriore centinaio di pasti destinati a clienti privati di tale ditta.

Ciononostante, questo giudice non può che limitarsi, in ragione dei limiti posti dalla necessità di assicurare la corrispondenza tra chiesto e pronunciato, a verificare se possa effettivamente escludersi l'anomalia dell'offerta di All Foods sulla scorta delle giustificazioni dalla stessa fornite.

Invero, è essa stessa, nella propria memoria conclusiva (a pag. 9), a sostenere che la produzione di pasti anche in favore della futura residenza Le farfalle (o, conseguentemente, la non produzione) risulta influenzata anche dai costi del sistema informatico e delle manutenzioni. Riconoscendo ciò, l'aggiudicataria ammette, implicitamente, che la loro omessa quantificazione nelle seconde giustificazioni non può essere stata determinata dal fatto che in quest'ultime si darebbe conto delle sole voci incise dalla diversa quantità di pasti da produrre.

Non appare, dunque, convincente la difesa della stazione appaltante, secondo cui alcune voci non sarebbe state indicate nelle seconde giustificazioni, perché in esse sarebbero state trattate solo quelle voci che sarebbero state influenzate dal riferimento di costi e ricavi alle sole attività di refezione scolastica. Nel Prospetto dei costi e dei ricavi riferito alle sole attività di refezione scolastica, dunque, non avrebbe dovuto essere omessa, come, invece, avvenuto, l'indicazione

del costo del sistema informatico di gestione delle prenotazioni, indubbiamente da sostenersi – e in misura diversa da quella originaria - anche per la sola refezione scolastica, al pari dei costi di manutenzione, non immuni dall'incidenza del diverso numero di pasti da produrre.

Più precisamente, con riferimento a tali voci di spesa, non può condividersi nemmeno la tesi della controinteressata, secondo cui la somma relativa al costo del software sarebbe stata “lasciata in carico ai costi aziendali”, tenuto conto che la All Foods disporrebbe di un contratto quadro con impresa del settore che lo fornisce e gestisce anche in numerose altre gestioni scolastiche anche più rilevanti in termini numerici.

Tale affermazione appare del tutto illogica dal punto di vista contabile, poiché non è dimostrato che il costo di 1.900,00 euro originariamente indicato fosse da attribuirsi totalmente all'implementazione del sistema per garantirne l'utilizzo anche per la gestione della refezione non scolastica e, per converso, non appare ragionevole che l'aggiunta al sistema già in uso di un nuovo plesso scolastico sia totalmente priva di costi.

Altrettanto non condivisibile appare la spiegazione correlata alla mancata indicazione dei costi di manutenzione ordinaria e straordinaria che, data la consistente riduzione dovuta all'utilizzo per soli 180 giorni solo la mattina, anziché 365 per due volte al giorno, sarebbero assorbiti nelle spese generali.

Ciò appare poco plausibile, o, meglio, illogico e irrazionale, a fronte dell'indicazione di un importo delle spese generali - comprensive, per l'intero anno, del costo della presenza per due ore settimanali del direttore del servizio – di soli 1.500,00 euro. In particolare se si

considera che l'incidenza degli oneri di manutenzione appare più ragionevolmente influenzata dal numero dei pasti, che non dal numero di giornate di attività. Nella fattispecie, per la ristorazione scolastica sono previsti 59.400 pasti annui, a fronte degli, ipotizzati, nella migliore delle ipotesi (45 persone a pieno regime, per due pasti giornalieri, 365 giorni all'anno) 32.850 pasti residenziali: la riduzione di poco più di un terzo del numero di pasti prodotti non pare poter giustificare una così consistente riduzione dei previsti oneri di manutenzione, originariamente quantificati in 6.000 euro annui.

Considerando anche l'incidenza di tali voci di spesa, seppur adeguatamente ridotte in ragione del minor numero di pasti prodotti, il risicato utile, quantificato in circa 800 euro all'anno, non sarebbe comunque sufficiente a coprirne il costo, con la conseguenza che il giudizio di non anomalia dell'offerta finisce per essere del tutto illogico e irrazionale e, quindi, suscettibile di giudizio negativo da parte del giudice della legittimità.

Respinta l'eccezione di parte resistente, secondo la quale il motivo di ricorso sarebbe inammissibile, in quanto il confronto tra le due giustificazioni sarebbe illogico e non proponibile, l'incapacità della ricorrente di dimostrare le adeguatezza, nel complesso, della propria offerta, mettendo in evidenza come nella stessa fossero state effettivamente considerate anche le voci di spesa di cui non è dato conto da ultimo, non può che determinare l'accoglimento del ricorso e la conseguente caducazione dell'aggiudicazione per effetto dell'illegittimità dell'insostenibile giudizio positivo relativamente alla anomalia dell'offerta della All Foods.

Conclusione che appare confermata anche alla luce di quanto dedotto con riferimento all'asserita, da parte ricorrente, mancata

dimostrazione della disponibilità, nei termini richiesti dalla *lex specialis*, del centro di cottura alternativo, da utilizzarsi in attesa della piena funzionalità di quello in costruzione da parte del Comune.

Nelle specifiche della fornitura, infatti, si legge che “l'Organizzazione deve disporre anche di un centro cottura rispondente ai requisiti previsti nella Parte VII, articolo 2 – Specifiche della fornitura - Il centro cottura dell'Organizzazione, sia di emergenza, sia eventualmente destinato alla produzione dei pasti durante i lavori di adeguamento funzionale del centro cottura del Committente (Parte VII, articolo 1 – Specifiche della fornitura - Il centro cottura del Committente)”.

Dovendo rispettare tale prescrizione, la All foods ha, quindi, fatto ricorso all'avvalimento per avere la materiale disponibilità di un centro di cottura alternativo, disponendo essa della certificazione aziendale, ma non anche della struttura da adibire a tale scopo.

Ciò chiarito, la questione rilevante non è, dunque, lo stabilire chi dovesse avere la certificazione richiesta dal bando (posto che sia la All Foods, che l'ausiliaria, la possiedono), ma se l'aggiudicataria abbia adeguatamente garantito la disponibilità di un centro di cottura, a prescindere dal fatto che si tratti di un requisito di partecipazione o di esecuzione. Infatti, ciò che è certo è che era necessario indicare nel Progetto organizzativo-gestionale la disponibilità di un centro di cottura alternativo e, dunque, il mancato rispetto della condizione non può che comportare l'inaccettabilità dell'offerta, in quanto incompleta, con la conseguenza che la questione non si pone, quindi, in termini di minor punteggio, ma di eventuale incompletezza.

Data tale premessa, la dichiarazione secondo cui la All Foods effettuerà l'attività in proprio e, conseguentemente, la produzione

della certificazione di qualità appartenente alla stessa ditta, sono, dunque, conformi alla *lex specialis*, ma solo a condizione che dalla generica espressione usata nel contratto, riferita alle “risorse necessarie”, possa desumersi che l'avvalimento abbia riguardato solo la messa a disposizione del centro di cottura.

Due sono, infatti, i profili problematici:

a) poiché nella propria dichiarazione l'aggiudicataria ha attestato che avrebbe provveduto a erogare i pasti in proprio, utilizzando il centro di cottura dell'impresa ausiliaria messo a disposizione con l'avvalimento, ci si deve chiedere se ciò sia plausibile;

b) se, invece, l'avvalimento dovesse portare all'esecuzione della prestazione da parte della ausiliaria, certificazione e idoneità del centro di cottura dovrebbero essere dimostrati dall'ausiliaria: diversamente perderebbe di significato la previsione della *lex specialis* che impone che il Sistema di gestione per la sicurezza alimentare sia progettato, mantenuto e certificato dalla concorrente.

In tal caso, però, risulterebbe violata la prescrizione che impone che la prestazione sia eseguita in proprio dalla concorrente.

Alla luce di tutto ciò, convincente, ai fini che qui interessano, risulta essere la tesi di parte ricorrente, secondo cui non sarebbe credibile la difesa di All Foods, laddove vorrebbe far credere che il proprio personale prenderà possesso del centro di cottura della terza impresa ausiliaria G.R.A. di Bertazzoni Paolo & C. SAS ed eseguirà in proprio la prestazione. Essa merita di essere condivisa, in quanto appare del tutto ragionevole ritenere che due imprese non possono coesistere in seno ad un unico centro di cottura. In specie laddove, come nel caso di specie, quello messo a disposizione sia il centro di cottura in cui la Bertazzoni svolge in via principale la propria attività.

In ogni caso, come chiarito nella sentenza del TAR Lazio, 2021/2017, proprio con riferimento a un avvalimento avente a oggetto la disponibilità di un centro cottura, “l’effettuazione di tutte le attività connesse al requisito oggetto di avvalimento deve infatti competere esclusivamente alla ditta ausiliaria, con il proprio personale e i propri mezzi”. Ciò in linea con lo stesso art. 89 del d. lgs. 50/2016 richiamato nel disciplinare di gara, il quale impone che l’ausiliaria si assuma l’obbligo dell’esecuzione in proprio della prestazione oggetto dell’avvalimento.

Nel caso di specie, invece, è la stessa controinteressata a dichiarare, nelle proprie difese, che la prestazione non sarà eseguita dalla ausiliaria (tale coincidenza sarebbe richiesta nel solo caso in cui oggetto di avvalimento fosse un requisito di partecipazione e non, come nel caso di specie, la messa a disposizione del bene fisico), ma da personale della All Foods, a mezzo delle certificazioni in sua disponibilità.

Ne deriva l’inidoneità del contratto di avvalimento e la mancanza della disponibilità del requisito essenziale e cioè la possibilità di utilizzare un centro di cottura alternativo sino a che sarà ultimato quello che sarà messo a disposizione dalla stazione appaltante.

Ne consegue l’accoglimento del ricorso anche sotto quest’ulteriore profilo.

Tutte le altre censure risultano assorbite.

Le spese del giudizio seguono l’ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto

annulla l'atto impugnato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti che l'Amministrazione intenderà adottare.

Condanna l'Amministrazione resistente e la controinteressata al pagamento delle spese del giudizio, che liquida, a favore del ricorrente, nella somma di euro 1.500,00 (millecinquecento/00) ciascuna, per un totale di 3.000,00 euro, oltre ad accessori, se dovuti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

Alessio Falferi, Consigliere

L'ESTENSORE
Mara Bertagnolli

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO