

Pubblicato il 22/10/2018

N. 01010/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00658/2018 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 658 del 2018, proposto da Serist s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Cassamagnaghi, Anna Cristina Salzano e Francesco Noschese, con domicilio digitale presso l'indirizzo PEC indicato nell'atto introduttivo e domicilio fisico eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Brescia, alla via Spalto San Marco n. 1/A

contro

- Comune di Lonato del Garda, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Mauro Ballerini, con domicilio digitale presso l'indirizzo PEC indicato nella memoria di costituzione e domicilio fisico presso lo studio di quest'ultimo, in Brescia, viale della Stazione n. 37;

- Centrale Unica di Committenza (C.U.C.) fra i Comuni di Calcinato e Lonato del Garda, in persona del legale rappresentante *pro tempore*

nei confronti

Vivenda S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Cintioli e Giuseppe Lo Pinto, con domicilio digitale presso l'indirizzo PEC indicato nell'atto di costituzione e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv. Donatella Mento, in Brescia, alla via Cipro n. 30

per l'annullamento

- della determina dirigenziale n. 26 dell'8 giugno 2018, comunicata a Serist s.r.l. in data 13 giugno 2018, con la quale la Città di Lonato del Garda ha aggiudicato in via definitiva la *“procedura di gara europea per l'affidamento del servizio di ristorazione comunale del Comune di Lonato del Garda per il periodo 1 luglio 2018- 31 dicembre 2023”* alla società Vivenda S.p.a.;
- nei limiti di interesse, della determina dirigenziale n. 29 del 2 luglio 2018, con la quale la Città di Lonato del Garda ha disposto *“Rettifica della propria determinazione n. 26 dell'8 giugno 2018 relativa all'aggiudicazione definitiva alla Società “Vivenda” Spa per il servizio di ristorazione comunale”*;
- della proposta di aggiudicazione, di estremi ignoti, successivamente alla esclusione della concorrente All Foods s.r.l., della ditta Vivenda S.p.a., seconda in graduatoria, previa verifica della congruità dell'offerta dalla stessa presentata in gara;
- dei verbali di gara e, in particolare, del verbale della Commissione del 14 marzo 2018 *“di verifica delle giustificazioni circa la congruità dell'offerta della Società Vivenda S.p.a.”*, del verbale del 25 maggio 2018 nel quale la Commissione, in seguito all'acquisizione della documentazione integrativa, ha dichiarato la congruità dell'offerta della società Vivenda S.p.A., nonché delle richieste di giustificazioni di anomalia trasmesse a Vivenda S.p.A. con note prot. N. 88/VII.01

del 2 gennaio 2018 e prot. N. 9750/VII 01 del 3 aprile 2018 e del verbale della Commissione giudicatrice n. 2 delle sedute riservate del 21, 27 e 29 dicembre 2017 relativamente alle valutazioni della offerta tecnica di Vivenda S.p.A.;

- ove occorra, della Determinazione n. 62 del 7 novembre 2017 di indizione della procedura di gara, della *lex specialis* di gara, ivi incluso il Bando, il Disciplinare, il Capitolato tecnico e i relativi allegati;

- ove occorra, di ogni altro atto e/o provvedimento a questi presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché non conosciuto;

NONCHÉ PER IL RISARCIMENTO DEI DANNI SUBITI E SUBENDI

a) sia mediante reintegrazione in forma specifica con subentro nell'esecuzione del servizio e nel contratto di appalto ove stipulato (rispetto al quale subentro la ricorrente dichiara espressamente la propria disponibilità);

b) sia, in subordine, mediante ristoro per equivalente nella misura da quantificare in corso di causa

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale intimata e di Vivenda S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2018 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione a contrattare n. 62 del 7 novembre 2017 è stata indetta la procedura di gara europea, ai sensi degli articoli 3, comma 1, lett. sss), e 60 del D.Lgs. n. 50/2016, finalizzata all'affidamento *“del servizio di ristorazione comunale del Comune di Lonato del Garda per il periodo 5 febbraio 2018 – 31 dicembre 2023”* CIG 7265821929, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 95, comma 3, del D.Lgs. 50/2016 per un valore complessivo pari ad € 2.830.000,00 esclusa IVA.

Entro il termine fissato dal bando di gara, presentavano l'offerta otto società: All Food s.r.l., Vivenda S.p.A., Serist s.r.l., Euroristorazione s.r.l., Markas s.r.l., Cir Food s.c., Dussmann Service s.r.l. e Camst soc. coop. a r.l.

Nella seduta pubblica del 21 dicembre 2017, la Commissione Giudicatrice, dopo la verifica della documentazione amministrativa, ammetteva le offerte di tutti i partecipanti alla gara.

Con sedute riservate del 21, 27 e 29 dicembre 2017, la Commissione giudicatrice procedeva a valutare le offerte tecniche dei concorrenti, attribuendo alla ricorrente punti 64 ed a Vivenda punti 49.

Quanto all'offerta economica, quest'ultima conseguiva punti 77,87, mentre a Serist venivano attribuiti punti 76,24.

La Commissione proponeva, quindi, l'aggiudicazione della gara ad altra partecipante (All Food s.r.l.), che aveva conseguito il più elevato punteggio.

Con determinazione n. 12 del 9 febbraio 2018, il RUP, in seguito alla verifica dei requisiti, procedeva all'esclusione di All Food per aver omesso di dichiarare l'esistenza di una pregressa risoluzione contrattuale suscettibile di integrare il grave errore professionale.

In seguito all'esclusione della prima in graduatoria, la Stazione appaltante procedeva alla "proposta di aggiudicazione" in favore di Vivenda S.p.A., subordinando la definitività dell'aggiudicazione alla previa valutazione della congruità dell'offerta.

Con verbale del 25 maggio 2018, la Commissione, all'esito dell'esame della documentazione integrativa, riteneva l'offerta di Vivenda complessivamente sostenibile; e procedeva alla proposta di aggiudicazione.

Con determina n. 26 dell'8 giugno 2018, comunicata alla ricorrente in data 13 giugno 2018, l'Amministrazione aggiudicava definitivamente il servizio di ristorazione comunale, per il periodo 1° luglio 2018 – 31 dicembre 2023, a Vivenda S.p.A.

Queste le censure articolate con il presente mezzo di tutela:

1) *Violazione e falsa applicazione dell'articolo 97 del D.Lgs. 50/2016. Violazione del principio di immodificabilità dell'offerta. Violazione della lex specialis di gara ed, in particolare, della parte II, art. 3, della parte VI, artt. 1, 2, 3 e 4 del bando di gara. Violazione dell'allegato VI al bando di gara. Violazione della parte II, artt. 3 e 4 e della parte III del capitolato tecnico. Violazione del CCNL turismo – ristorazione collettiva – pubblici esercizi pubblici. Eccesso di potere: illogicità, carenza di motivazione e di istruttoria.*

Secondo la ricorrente, la valutazione di congruità dell'offerta di Vivenda è illegittima, essendo incongrui i costi del personale indicati dalla aggiudicataria nel sub-procedimento di verifica dell'anomalia, nell'ambito del quale risulta anche violato il principio di immodificabilità dell'offerta; e da cui risulta altresì che, in sede di offerta, Vivenda ha violato la *lex specialis* e ha presentato dichiarazioni non veritiere.

Quest'ultima, sia nell'offerta economica sia nella "Tabella ripartizione percentuale delle componenti di costo e tabella di ammortamento", ha indicato per lo svolgimento del servizio in oggetto un costo annuo del personale pari ad € 236.011,37, utilizzando una base di calcolo errata e diversa da quella prevista dalla *lex specialis*, nonché dall'offerta presentata: e ciò in quanto il calcolo del costo del personale annuo è stato determinato considerando che il servizio di refezione scolastica e il servizio di pasti a domicilio debba essere garantito per sole 36 settimane all'anno, contro le 38 richieste dalla Stazione appaltante per la refezione scolastica.

Inoltre, moltiplicando il costo delle singole figure professionali per le 38 settimane richieste, l'offerta economica dall'aggiudicataria sarebbe complessivamente insostenibile, in quanto il costo annuale complessivo delle singole figure professionali dovrebbe essere, pur applicando il costo orario indicato da Vivenda, di € 245.986,61: nettamente superiore rispetto a quello indicato dal concorrente nei giustificativi e pari a € 233.039,92.

Detta differenza di importo di circa € 13.000,00 all'anno, visto l'esiguo utile d'impresa dichiarato da Vivenda per l'intero periodo contrattuale, pari complessivamente a circa € 15.000,00, attesterebbe la palese anomalia dell'offerta: e ciò in quanto, aggiungendo al costo complessivo del personale per il periodo contrattuale, pari € 1.473.001,80 (comprensivo dei costi di formazione pari ad € 17.581,10), gli ulteriori costi dichiarati in sede di giustificativi, risulta che Vivenda, a fronte di una offerta economica pari ad € 2.464.616,00 (che ricomprende € 15.884,33 di utile), dovrebbe

sostenere costi per € 2.525.332,86: l'offerta di Vivenda dimostrandosi, quindi, in perdita per un importo pari a € 60.716,86.

Con nota del 17 aprile 2018, Vivenda forniva alla Stazione appaltante le informazioni richieste riportando, relativamente al costo del personale, un prospetto con l'indicazione dei costi orari (e annuali) per ogni figura professionale.

I costi orari indicati dalla controinteressata sarebbero inferiori rispetto a quelli determinati dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con scostamenti significativi (ad esempio: per il dietista – IV livello, il cui costo è stato indicato in € 18,39/h a fronte di € 19,84/h, e per il cuoco unico – III livello, il cui costo è stato indicato in € 19,49/h anziché in € 20,97/h).

Né tali scostamenti sarebbero stati adeguatamente e puntualmente giustificati dall'aggiudicataria.

In ogni caso, applicando alle figure professionali indicate da Vivenda il costo orario previsto dalla tabella ministeriale e moltiplicandolo per le 38 settimane, si ottiene un costo annuale complessivo pari ad € 254,392,14.

Sommando, poi, al costo complessivo del personale per l'intero periodo contrattuale pari € 1.522.734,60 (comprensivo dei costi di formazione pari ad € 17.581,10) gli ulteriori costi dichiarati in sede di giustificativi, risulta che Vivenda, a fronte di una offerta economica pari ad € 2.464.616,00, che prevede € 15.884,33 di utile, dovrebbe sostenere costi per € 2.575.065,66: risultando, per l'effetto, tale offerta in perdita addirittura per un importo pari a € 110.449,66.

Evidenzia inoltre la ricorrente che, applicando un costo orario uguale per figure professionali di pari livello (cosa che assume non essere stata fatta da Vivenda nei presentati giustificativi) e moltiplicandolo

per le 38 settimane di servizio, il costo annuo del personale risulta pari ad € 250.001,17, a fronte di € 233.039,92 (conseguentemente dimostrandosi l'offerta in perdita per un importo pari ad € 84.469,74).

Inoltre, Vivenda avrebbe dichiarato (Allegato 6 "Ripartizione percentuale delle componenti di costo e tabella di ammortamento") una ripartizione in percentuale dei componenti di costo che non corrisponde ai costi giustificati nel sub-procedimento di anomalia, fornendo una dichiarazione non veritiera oltre che erronea.

Nell'osservare come talune percentuali indicate nel predetto Allegato 6 non corrispondano alla percentuale di incidenza dei costi poi dichiarati in sede di giustificativi, soggiunge parte ricorrente che:

(a) la percentuale di incidenza del costo del personale è pari 56,65% e non a 56,56%

(b) la percentuale dei costi totali per la sicurezza è pari a 0,60% e non a 0,50%

(c) la percentuale dei costi generali che comprendono anche l'utile d'impresa (e quindi €184.600,55, + 15.884,33= €200.484,88) è pari all'8,13% (*i.e.* 7,49% + 0,64%) e non a 7,92% così come dichiarato dalla controinteressata.

Inoltre, la somma delle percentuali dei componenti di costo, che si ricavano dagli importi indicati in sede di giustificativi, non corrisponderebbe al 100%, così come invece tassativamente richiesto dal medesimo Allegato 6 nella nota n. 4 in cui si richiede espressamente al concorrente di verificare "che il totale sia pari a 100".

2) Violazione della parte IV e della parte XIII del capitolato tecnico. Violazione dell'allegato 2 "progetto organizzativo gestionale-criteri di

attribuzione del punteggio” al bando di gara. Eccesso di potere: illogicità, carenza di motivazione e di istruttoria.

Vivenda avrebbe dovuto essere altresì esclusa dalla procedura di gara per aver omesso di dettagliare nella composizione dei pasti, e quindi nei menù proposti nel “Progetto Organizzativo Gestionale”, l'utilizzo di prodotti “DOP, IGP STG ed equo-solidali”.

La Commissione giudicatrice, pur avendo considerato “insufficiente” il “*dettaglio della proposta di menù (con ricettario e grammature a crudo e a cotto)*” contenuto nell’offerta di Vivenda, attribuendo il punteggio di “zero”, ha inspiegabilmente considerato “sufficiente” il dettaglio della proposta di prodotti DOP, IGP, STG ed equosolidali.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Omogenea richiesta è stata formulata da Vivenda S.p.A., parimenti costituitasi in giudizio; la quale ha analiticamente controdedotto alle censure di cui all’atto introduttivo, con memoria di costituzione depositata il 27 luglio 2018 e, da ultimo, con memoria di replica depositata il 5 ottobre 2018.

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata da questa Sezione respinta con ordinanza n. 312 del 1° agosto 2018.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 17 ottobre 2018.

DIRITTO

1. Va, preliminarmente, dato conto delle motivazioni a fondamento del rigetto, come sopra disposto, della domanda cautelare formulata dalla parte ricorrente.

In particolare, è stato in tale sede ritenuto che:

- *“parte ricorrente non ha fornito adeguato principio di prova di quanto affermato in ordine alla non congruità del costo del lavoro dichiarato e giustificato dalla controinteressata, avendo operato il proprio calcolo partendo dal presupposto, non ricavabile dalla legge di gara, che il servizio debba essere erogato in tutte le scuole per la durata media di 36 settimane annue, mentre l’unico parametro da assumere a riferimento è il numero di pasti complessivo annuo da garantire”*;

- *“nel ricorso si sostiene il ricorrere di “scostamenti significativi” nel costo del personale senza dimostrarli, dal momento che riguarderebbero comunque solo le due figure del cuoco e del dietista e sarebbero comunque contenuti”*;

ulteriormente escludendosi la fondatezza anche della *“seconda censura ... , atteso che l’offerta della Vivenda è stata giudicata sufficiente, per quanto attiene all’indicazione dei prodotti DOP, IGP, STG e equo solidali e insufficiente solo nell’ulteriore parte (indicata con la lettera g.1) in cui sono stati illustrati i menù, evidentemente ritenuti non congrui nell’esposizione: tale voce, valutata nel criterio g.1., però non era qualificata tra i “parametri KO” ovvero quelli il cui punteggio insufficiente avrebbe determinato l’esclusione dalla gara”*.

2. Il giudizio espresso in sede cautelare merita di essere ribadito in sede di delibazione del merito della controversia.

3. Preliminarmente, si ritiene opportuno dare conto delle coordinate giurisprudenziali che assistono l’individuazione del perimetro espansivo del sindacato giurisdizionale di legittimità con riferimento al procedimento di valutazione della congruità delle offerte.

3.1 Pur nella piena consapevolezza della notorietà dei relativi orientamenti, preme al Collegio sottolineare i seguenti punti:

- il sindacato giurisdizionale in ordine alle valutazioni della Stazione Appaltante – riguardante la verifica della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria – non può estendersi ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, con conseguente esondazione nella sfera propria della P.A.;
- la valutazione di congruità ha carattere di globalità e sinteticità, senza concentrarsi esclusivamente, ed in modo parcellizzato, sulle singole voci, atteso che l'indagine è preordinata ad accertare l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già con riferimento alle singole voci che la compongono (conseguentemente dovendo escludersi che sia viziato il procedimento di verifica per il fatto che la S.A. si sia limitata a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia e non per le altre, giacché il concorrente, per illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, può fornire, spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento e, quindi, anche su voci non direttamente indicate dall'Amministrazione come incongrue ovvero solo su alcune delle voci);
- per l'effetto, l'attendibilità della offerta va valutata nel suo complesso, e non con riferimento alle singole voci di prezzo ritenute incongrue, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme (cfr.: Cons. Stato: Ad. Plen. n. 29 novembre 2012 n. 36; sez. V, 14 giugno 2013 n. 3314, 1° ottobre 2010 n. 7262 e 11 marzo 2010 n. 1414; sez. IV, 22 marzo 2013 n. 1633; sez. III, 14 febbraio 2012 n. 710);
- ciò che interessa al fine dello svolgimento del giudizio successivo alla valutazione dell'anomalia dell'offerta è rappresentato dall'accertamento della serietà dell'offerta, per come desumibile dalle giustificazioni fornite dal concorrente che possono interessare solo

alcuni degli aspetti richiesti dalla commissione ovvero elementi differenti da questi;

- in tema di verifica dell'anomalia dell'offerta il giudizio della Stazione Appaltante costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta;

- all'adito Organo di giustizia è preclusa un'autonoma verifica delle singole voci dell'offerta *“sovrapponendo così la sua idea tecnica al giudizio – non erroneo né illogico – formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il Giudice invaderebbe una sfera propria della P.A.”* (cfr. Cons. Stato: sez. IV, 27 giugno 2011 n. 3862; sez. V, 28 ottobre 2010 n. 7631 e 17 gennaio 2014 n. 162);

- quanto, sopra, ovviamente, *“ferma restando la possibile rilevanza del giudizio di inattendibilità che dovesse investire voci che, per la loro importanza ed incidenza complessiva, renderebbero l'intera operazione economica implausibile e, per l'effetto, insuscettibile di accettazione da parte dell'Amministrazione, in quanto insidiata da indici strutturali di carente affidabilità”* (Cons. Stato, sez. V, 15 novembre 2012 n. 5703; 28 ottobre 2010 n. 763).

3.2 I suesposti principi hanno trovato conferma anche nel recente parere di precontenzioso n. 475 del 23 maggio 2018 di ANAC.

In esso:

- premesso che, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, le valutazioni dell'Amministrazione in ordine agli elementi e alla congruità della offerta sono espressione di un apprezzamento di natura tecnico-discrezionale e possono essere sindacate solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto (Cons. Stato, sez. V, 30 marzo 2017 n. 1465; in tal

senso, anche ANAC, parere n. 84 del 10 aprile 2014, delibera n. 438 del 27 aprile 2017, n. 488 del 3 maggio 2017 e n. 672 del 14 giugno 2017);

- e ribadito che la verifica della congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica, vertendo sull'attendibilità della medesima nel suo insieme e quindi sulla sua idoneità a fondare un serio affidamento sulla corretta esecuzione dell'appalto, onde il relativo giudizio non ha per oggetto la ricerca di singole inesattezze dell'offerta economica (con conseguente valutazione circa l'attendibilità dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento a singole voci di prezzo eventualmente ritenute incongrue, avulse dall'incidenza che potrebbero avere sull'offerta economica nel suo insieme);

viene confermata la latitudine espansiva del sindacato, perimetrata dalla verifica in ordine alla intrinseca logicità e ragionevolezza delle valutazioni in tale sede formulate dalla S.A., oltre che con riferimento alla congruità della relativa istruttoria: non potendo il controllo giurisdizionale in alcun modo tradursi in una nuova verifica di merito, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità (tecnica) dell'amministrazione.

Né potrebbe essere operata autonomamente una verifica delle singole voci dell'offerta, sovrapponendo così l'idea tecnica di chi opera il sindacato al giudizio – non erroneo né illogico – formulato dall'organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto, poiché, così facendo, il giudice invaderebbe una sfera propria della P.A.

Inoltre:

- se la *ratio* del sub-procedimento di verifica dell'anomalia è quella di accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della

proposta contrattuale, in maniera da evitare che l'appalto sia aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, tali da non garantire la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento e che, per tale ragione, come evidenziato dalla giurisprudenza, in linea di principio il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo, essendo improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, quale mezzo indispensabile per l'effettiva instaurazione del contraddittorio ed il concreto apprezzamento dell'adequazione dell'offerta (cfr. T.A.R. Lazio, sez. I-ter, 30 dicembre 2016 n. 9182);

- il corretto svolgimento del procedimento presuppone sì l'immodificabilità dell'offerta, ma la sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato: sez. IV, 22 marzo 2013 n. 1633 e 23 luglio 2012 n. 4206; sez. V, 20 febbraio 2012 n. 875; sez. VI, 24 agosto 2011, n. 4801 e 21 maggio 2009, n. 3146; ANAC, delibera n. 672 del 14 giugno 2017).

4. Quanto sopra doverosamente premesso, è infondato il primo motivo di ricorso.

4.1 La *lex specialis* di gara prescriveva che:

- *“L'appalto ha per oggetto il servizio di ristorazione scolastica e domiciliare nel territorio del Comune di Lonato del Garda” per sei anni dal 5 febbraio 2018 al 31 dicembre 2023;*

- *“Il numero totale dei pasti annui presunti oggetto di questo contratto, indicativo e valido ai soli fini della formulazione dell'offerta è di 91.720*

unità” (suddivisi, come da art. 4 del Capitolato, tra Scuola dell’infanzia “Karol Wojtyła”, Scuola dell’infanzia “De Andrè”, Scuola dell’infanzia “Francesco Papa”, Scuola primaria “Don Milani”, Scuola estiva presso Scuola dell’infanzia “Karol Wojtyła” e “pasti a domicilio”);

- i partecipanti dovevano dettagliare, nel Progetto Organizzativo-gestionale *“le ulteriori caratteristiche richieste per le materie prime alimentari necessarie alla produzione ... precedute da un asterisco (*)...: a. *prodotti biologici...; b. *prodotti locali ...; c. *prodotti DOP, IGP, STG ed equo-solidali ... ”*;

- ciascun concorrente doveva allegare, a pena di esclusione, *“una “tabella di ripartizione dei costi” conforme all’Allegato 6 – Ripartizione percentuale delle componenti di costo e tabella di ammortamento, con l’indicazione delle seguenti componenti essenziali di costo (mediante ripartizione in percentuale): a. costo delle materie prime alimentari e non alimentari; b. costo del lavoro: oltre in percentuale, (ai sensi dell’art. 95 CCP, comma 10) il costo del lavoro (annuo) deve essere indicato anche in euro; c. costi totali per la sicurezza dei lavoratori (per rischi da interferenze come dall’Allegato 4 - DUVRI e oneri per la sicurezza aziendale): oltre in percentuale, (ai sensi dell’art. 95 CCP, comma 10) deve essere indicato l’importo degli oneri per la sicurezza aziendale di cui all’elenco presentato dal concorrente in base all’Allegato 2 – Progetto Organizzativo-Gestionale - criteri e attribuzione del punteggio; d. costi generali e accessori (relativi, a titolo d’esempio, a mezzi di trasporto, contenitori termici, oneri da rimborsare al Committente, eccetera); e. costo delle analisi di laboratorio; f. costo delle attrezzature offerte; g. costo degli automezzi; h. costo delle migliorie”* (art. 1, punto 3, n. 5, della “Parte VI – Procedura di aggiudicazione” del bando di gara).

4.2 Conseguendo alle indicazioni di cui al precedente punto che, diversamente rispetto a quanto sostenuto dalla ricorrente, il precedente Comune non ha quantificato nel numero di 38 le settimane annue di erogazione del servizio di ristorazione.

Piuttosto, risulta essere stato indicato – esclusivamente – il numero complessivo di pasti da considerare per la formulazione dell'offerta, pari a 91.720 (cfr. art. 4 del capitolato tecnico; punto 4 del bando “Quantità stimata (annua): n. 91.720 pasti”).

Rispetto a tale dato numerico, il quantitativo indicato dalla ricorrente (pari a 84.160 pasti), risulta non aver considerato il numero annuo di pasti da erogare a domicilio (pari a 7.560).

Ne consegue che l'intera costruzione logico-assertiva del primo motivo di ricorso, appunto fondata sull'asserito deficit prestazionale che inficerebbe l'offerta della controinteressata (36 settimane/anno, rispetto alle 38 asseritamente dedotte a base di gara) è inficiata in ragione della carenza del presupposto sopra indicato.

Per di più, come da Vivenda dimostrato (cfr. memoria di costituzione, depositata il 27 luglio 2018), il quantitativo da quest'ultima stimato al fine della determinazione del costo del personale (36 settimane) risulta sovradimensionato rispetto al numero di settimane/anno di erogazione dei pasti (comprensivo dei pasti a domicilio) che si ragguaglia a 35,14.

4.3 Quanto al dettaglio dell'offerta Vivenda – dalla ricorrente contestato, con analitica individuazione di profili infirmanti la sostenibilità della stessa – va osservato come quest'ultima, risultata prima nella conclusiva graduatoria a seguito dell'esclusione di All Food, è stata invitata a giustificare la propria offerta, in ragione della

verifica di congruità disposta dalla Stazione appaltante (in conseguenza dell'affermato superamento della soglia di anomalia).

Invitata a presentare giustificazioni, la controinteressata ha sostenuto:

- di aver stimato il costo del lavoro per l'intera durata dell'appalto, pari a € 1.396.400,61, in ragione del numero di ore giornaliere e settimanali di impiego del personale impiegato nella commessa;
- e, quanto all'utile di impresa, di ritenere congruo un importo complessivo di € 15.884,33, anche in considerazione del fatto che la commessa in questione le *“consente un consolidamento della presenza nel territorio di interesse oltre che la possibilità di annoverare tra le proprie referenze un cliente di sicuro prestigio nel territorio lombardo”*.

Il Comune ha, quindi, chiesto documentazione integrativa in relazione:

- ai dati di calcolo del costo del personale riportando i valori unitari per ogni figura professionale dedicata all'appalto;
- ai preventivi dei fornitori delle attrezzature e dei servizi offerti, tra cui il dettaglio costi delle “migliorie”.

Con nota del 17 aprile 2018, Vivenda ha:

- indicato i dati di costo (orario, annuo e intera durata dell'appalto) del personale impiegato nonché dei costi della formazione (€ 2.971,45 all'anno e € 17.581,10), che, sommati al costo del personale (€ 1.378.819,51) giustificavano l'importo complessivo indicato in € 1.396.400,61;
- precisato che i costi delle migliorie e dei servizi erano stati inclusi nel costo delle varianti migliorative (con allegazione di alcuni preventivi a supporto delle favorevoli condizioni praticate dai propri fornitori).

Analizzate anche tali giustificazioni, l'offerta di Vivenda è stata ritenuta congrua, in quanto *“complessivamente sostenibile”*.

4.4 Richiamate le coordinate giurisprudenziali che delimitano la penetrabilità del sindacato giurisdizionale di legittimità nelle valutazioni operabili dalla Stazione appaltante quanto alla verifica di congruità dell'offerta (per le quali cfr. *supra, sub 3.1*), in punto di fatto (come pure precedentemente anticipato: cfr. sub 4.2) rileva che, se la sommatoria dei pasti settimanali di tutte le scuole è pari a 2.495 ($930+380+210+750+225 = 2.495$), allora;

- la divisione dell'ammontare complessivo dei pasti annuali conteggiati dalla ricorrente (84.160) per il suindicato numero settimanale dei pasti stessi (2.495) determina un numero di settimane pari a 33,73

- mentre, se il numero totale dei pasti annui da considerare ai fini della formulazione dell'offerta viene a ragguagliarsi a complessivi 91.720 (ovvero, 84.160 per le scuole + 7.560 per i pasti a domicilio), allora il numero di settimane medie di erogazione del servizio risulterebbe pari a 36,76 (comunque inferiore alle 38 settimane indicate nel ricorso);

di talché non trova fattuale conferma l'assunto, secondo cui l'offerta di Vivenda (in quanto non commisurata a complessive 38 settimane/anno di erogazione del servizio) recherebbe una sottostima del costo del lavoro.

4.5 Né a considerazioni diverse è dato pervenire sulla base di quanto dalla ricorrente sostenuto con memoria depositata in atti il 1° ottobre 2018.

Con essa, sulla base delle indicazioni di cui alla Delibera della Giunta Regionale della Lombardia n. IX 3318 del 18/094/2012 (recante indicazione del calendario scolastico), si sostiene che:

- *“se per quanto riguarda le scuole dell’infanzia le settimane di apertura sono complessivamente 43. Per quanto riguarda le altre scuole, invece, le settimane di apertura sono complessivamente poco meno di 39”*

- *allora “in nessun caso, con un impegno di 36 settimane all’anno, possa essere garantito il servizio, tenuto conto che, indipendentemente dal numero dei pasti, il personale deve essere garantito e retribuito per tutta la durata dell’anno scolastico, in conformità anche al CCNL di riferimento”*

con la conseguenza che le settimane per anno di erogazione del servizio di ristorazione scolastica sarebbero pari a 39 (quindi, 4,33/mese).

Se Vivenda, nello stimare il costo annuo del personale in 36 settimane all’anno, ha calcolato 4 settimane al mese, va osservato come lo scostamento fra i due quozienti (fermo che parte ricorrente non ha, comunque, dimostrato la sottostima dei costi del personale da parte di Vivenda, in relazione alla commisurazione annua dell’erogazione del servizio di che trattasi), ben può trovare giustificazione – proprio ove il percorso argomentativo si incentri sulla individuazione delle settimane/anno di prestazione – sul fatto che per periodi anche prolungati (vacanze scolastiche natalizie o pasquali; ponti; ecc.), che ricadono notoriamente nel corso dei nove mesi di calendario scolastico, il servizio stesso non viene erogato, con riveniente ridimensionamento, in termini reali, del dato stimato da Serist.

4.6 Con riferimento alle altre osservazioni riguardanti errori e/o inesattezze contenute nell'offerta economica della ricorrente, per come indicate nell'atto introduttivo, si osserva che:

- quanto all'aliquota contributiva INPS indicata nelle Tabelle Ministeriali della Provincia di Brescia, a fronte di una percentuale di riferimento pari al 29,75%, Vivenda ha determinato gli importi applicando una percentuale al 30,75%. Tale errore matematico (che ha comportato l'attribuzione di un costo del personale annuo inferiore per € 3.803,29) è stato, poi, dalla stessa Vivenda emendato mediante rimodulazione dei costi orari con applicazione della percentuale corretta del 29,75%;

- quanto all'indicazione di un costo orario uguale per figure professionali con livello di inquadramento differente, per il Dietista è stato indicato nell'offerta alla pagina 1 il 4° livello ed a pagina 2 dello stesso documento il 5° livello (il livello corretto, come dalla stessa controinteressata ammesso, risultando il 5°, con costo orario pari ad € 18,39, come poi indicato in sede di verifica di congruità); mentre il costo dei due cuochi è stato valorizzato con un costo orario pari ad € 19,49 (4° livello), anziché di € 20,61 (3° livello), con conseguente differenziale pari ad € 3.204,68 annui e ad € 18.961,00 sulla durata del contratto.

4.7 Diversamente, quanto all'allegazione di risparmi sul costo delle derrate – che, ad avviso della ricorrente, non sarebbe né comprensibile, né ammissibile, in quanto non esaminata dalla Stazione Appaltante nel corso del procedimento di verifica dell'anomalia – si osserva quanto segue.

4.7.1 In primo luogo, va richiamato il condivisibile orientamento espresso da T.A.R. Sardegna, sez. I, 26 giugno 2017 n. 431, secondo cui:

- se l'art. 97 del Codice dei contratti *“attribuisce alla stazione appaltante il potere di fissare un termine per presentare le giustificazioni ma non lo definisce perentorio, né indica la sua violazione quale causa di esclusione dalla gara”*

- e se *“il procedimento di verifica di anomalia è improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione appaltante e l'offerente, quale strumento per l'effettiva instaurazione del contraddittorio e per il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta”,* sì che *“ciò che prima di tutto conta è il dato sostanziale dell'anomalia o meno dell'offerta, per cui deve escludersi che la mancata - ovvero tardiva - produzione delle giustificazioni possa comportare automatica esclusione del concorrente interessato, essendo la stazione appaltante, comunque, tenuta a valutare “la sostanza dell'offerta” sulla scorta della documentazione in atti (cfr. in questi termini, Consiglio di Stato, Sez. V, 11 giugno 2014, n. 2982; 22 dicembre 2014, n. 6231; T.A.R. Catania, Sez. III, 20 maggio 2014, n. 1389)”;*

allora *“il punto di equilibrio tra tutela del contraddittorio da una parte e garanzia di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa dall'altra deve individuarsi nei termini seguenti:*

- *la sola tardività o mancata presentazione delle giustificazioni non costituisce, di per sé, motivo per non prenderle in considerazione e, tanto meno, per escludere il concorrente dalla gara;*

- *laddove quest'ultimo non rispetti il termine per il deposito delle giustificazioni e la Commissione di gara, nel frattempo, già si sia riunita, è legittima la decisione assunta da quest'ultima a prescindere dalle giustificazioni, purché sia, comunque, basata su una valutazione sostanziale dell'offerta in base a quanto già in atti;*

- invece nell'ipotesi in cui le giustificazioni giungano in ritardo ma in tempo per la riunione fissata per la verifica di anomalia, la stazione appaltante è tenuta a tenerne conto, giacché in questo caso la violazione del termine per la loro presentazione non ha inciso sul regolare svolgimento della procedura”.

4.7.2 Nella fattispecie all'esame, la S.A. ha ritenuto sufficienti le giustificazioni sul costo delle derrate e non ha richiesto ulteriori chiarimenti su tale costo, pur a fronte della disponibilità da Vivenda manifestata a fornire ulteriori delucidazioni.

In sede di presentazione delle prime giustificazioni, la controinteressata ha segnalato *“le condizioni di maggior favore riservate alla scrivente dal fornitore MARR S.p.A: e da altri fornitori (per es. Fornitore di prodotti ortofrutticoli) che riconoscono un ulteriore sconto sul listino dei prezzi del quale in tale sede, in via prudenziale, non si è tenuto conto. A tale proposito Vivenda S.p.A., qualora ritenuto utile, si rende disponibile a fornire copia conforme dell'accordo sottoscritto con MARR S.p.A. o altri fornitori riportante, tra gli altri, l'ulteriore scontistica riservata a Vivenda S.p.A.”.*

Se, quindi, Vivenda si è limitata a fornire i chiarimenti in relazione agli specifici aspetti dalla stazione appaltante presi in considerazione (e non ha, pertanto, fornito nel corso del procedimento di verifica della congruità della propria offerta ulteriore documentazione sul costo delle derrate), secondo quanto dalla aggiudicataria affermato, *“la documentazione è stata prodotta in giudizio ad ulteriore supporto della sostenibilità della propria offerta, al solo fine di dimostrare che l'esito della valutazione di anomalia della propria offerta non avrebbe potuto essere diverso da quello che è stato, così come non potrà esserlo in caso di rinnovo della valutazione di congruità”.*

Impregiudicato tale ultimo aspetto – estraneo al perimetro cognitivo offerto dalla presente controversia – i rilievi precedentemente

illustrati consentono di escludere che la doglianza in proposito formulata dalla ricorrente rivesta carattere di condivisibile fondatezza.

4.8 Con il secondo motivo di ricorso, Serist assume che Vivenda abbia omesso di dettagliare, nella composizione dei pasti (e, quindi nei menù proposti nel “Progetto Organizzativo Gestionale”), l'utilizzo di prodotti “DOP, IGP STG ed equo-solidali”.

Come dalla stessa ricorrente esplicitato con memoria depositata il 1° ottobre 2018, verrebbe in considerazione la mancata corrispondenza dell'offerta di Vivenda al criterio b.3, atteso che l'offerta da quest'ultima presentata *“ha semplicemente evidenziato che “la frequenza di somministrazione prevista sarà massima ossia ogni qual volta presente in menù” ... , così da rimanere “illogica l'attribuzione del punteggio positivo per il criterio b.3, il cui mancato soddisfacimento doveva comportare l'esclusione dell'offerta”*.

4.8.1 La Parte IV del Capitolato Tecnico prevede che *“le ulteriori caratteristiche richieste per le materie prime alimentari necessarie alla produzione ... se precedute da un asterisco (*), andranno dettagliate nel Progetto Organizzativo-Gestionale:*

*a. *prodotti biologici – L'Organizzazione, conformemente a quanto indicato nella Parte XIII – Specifiche del servizio – I menù e la composizione del pasto , deve utilizzare alimenti di origine biologica in parziale sostituzione di materie prime convenzionali;*

*b. *prodotti locali – L'Organizzazione, conformemente a quanto indicato nella Parte XIII – Specifiche del servizio – I menù e la composizione del pasto, può proporre alimenti di origine locale (cioè prodotti la cui origine agricola sia prioritariamente della Provincia di Brescia o – in assenza di prodotto di origine bresciana – delle Province limitrofe di Verona, Trento, Sondrio, Bergamo,*

Cremona e Mantova) in sostituzione di alimenti convenzionali; la fornitura di prodotti “locali”, anche se realizzata da aziende commerciali, non potrà essere sottoposta a trasferimenti che vanifichino il principio della massima riduzione della distanza percorsa fra produzione primaria e consumo (come estensione del principio del “km zero”).

*c. *prodotti DOP, IGP, STG ed equo-solidali - L'Organizzazione, conformemente a quanto indicato nella Parte XIII - Specifiche del servizio – I menù e la composizione del pasto, deve utilizzare alimenti di queste categorie in sostituzione di alimenti convenzionali;*

d. tutte le precedenti proposte dovranno, nel Progetto Organizzativo-Gestionale, essere comprese in un progetto di valorizzazione degli stessi prodotti, indicando i destinatari e le modalità di comunicazione e promozione scelte”.

La successiva Parte XIII – pure dalla ricorrente evocata a sostegno della propugnata tesi – stabilisce (punto 1.a) che “sono fondamentali i contenuti della Parte IV - Specifiche della fornitura – Le materie prime alimentari, salvo ciò che riguarda le caratteristiche di prodotti biologici, prodotti locali e pane (escluso il ridotto contenuto di sale)”.

La Stazione appaltante ha, poi, inserito, nella griglia rappresentativa dei punteggi per il “Progetto Organizzativo-Gestionale”, il sub criterio b.3 “dettaglio proposta prodotti DOP, IGP, STG ed equo-solidali” tra i “parametri KO”, prevedendo che “la Commissione giudicatrice escluderà dalla gara il concorrente che riceva, per un solo di tali parametri, punteggio inferiore al corrispondente valore indicato come “sufficiente”.

4.8.2 Secondo la ricorrente, quanto alla proposta di Vivenda, “nella parte relativa alla composizione dei Menù non risulta ... dettagliata in maniera adeguata la presenza dei suddetti prodotti all'interno dei pasti giornalieri e dei menù settimanali”: sì che, in assenza di una indicazione dettagliata in

ordine all'utilizzo dei prodotti DOP nella composizione dei menù, l'elenco esplicativo di detti prodotti riportato a pagina 13 del "Progetto Organizzativo – Gestionale" di Vivenda non sarebbe adeguato.

Viene, per l'effetto, evidenziato che, pur avendo la Commissione giudicatrice considerato "insufficiente" il "*dettaglio della proposta di menù (con ricettario e grammature a crudo e a cotto)*" contenuto nell'offerta di Vivenda (attribuendo un punteggio pari a zero), abbia, nondimeno, considerato "sufficiente" il dettaglio della proposta di prodotti DOP, IGP, STG ed equosolidali.

4.8.3 Tale censura non coglie nel segno.

Con specifico riferimento al sub elemento "b.3 – dettaglio proposta prodotti DOP, IGP, STG ed equo-solidali" delle materie prime – sono stati dalla controinteressata, infatti, esplicitati "*gli elenchi dei prodotti DOP, IGP, STG ed Equo-solidali selezionati da Vivenda per il servizio*"; e precisato che "*la frequenza di somministrazione prevista sarà massima ossia ogni qualvolta presente in menù. Si ribadisce che la massima frequenza di somministrazione sarà garantita anche a seguito di eventuale revisione dei menù. Per dovere di completezza e quale ulteriore garanzia della qualità dei prodotti offerti e dell'attenzione profusa dalla scrivente nell'individuazione di derrate alimentari di prima scelta, si rappresenta che taluni prodotti DOP e IGP possiedono al contempo ulteriori caratteristiche migliorative*".

La fornitura di prodotti DOP, IGP, STG ed equo-solidali è peraltro confermata negli altri paragrafi dell'offerta tecnica dedicati agli altri sub elementi delle materie prime b.1., b.2. e b.4 (cfr. doc. 5, pagg. 11-18); mentre, con specifico riferimento al sub elemento "*g.1 – dettaglio delle proposte di menù (con ricettario e grammature a crudo e a cotto)*", Vivenda

ha indicato tutti i menu contenenti l'evidenza dei prodotti di origine biologica, locale, DOP, IGP, STG ed equo-solidale; dichiarando inoltre che *“Nei menù riportati nel Progetto Organizzativo-Gestionale ..., è presente l'evidenza dell'origine biologica, locale, DOP, IGP, STG o equo solidale delle materie prime utilizzate. Si segnala l'offerta di n. 23 menù biologici sui 30 previsti e la somministrazione garantita di n. 5 menù con prodotti locali”* (cfr. doc. 5, pag. 25). *Va da sé, quindi, che l'esempio di ricetta corredata dalle grammature crudo/cotto e contenuti nutrizionali relative ad una giornata del menu previsto per la scuola primaria (cfr. doc. 5, pag. 27) pur non essendo esplicitato, avrà gli stessi prodotti (km 0, DOP, IGP, STG, BIO ECC) indicati nei menu stessi”*.

4.8.4 Ora, va chiaramente rimarcato come l'attribuzione del giudizio di insufficiente quanto al sub-elemento di valutazione di cui alla lett. g.1) non era qualificata tra i parametri KO, ovvero fra quelli in relazione ai quali un cui punteggio insufficiente avrebbe determinato l'esclusione dalla gara.

Correttamente, quindi, la Commissione di gara ha mantenuto separati i giudizi di cui, rispettivamente, ai sub criteri b.3 e g.1, atteso che il primo riguardava il *“dettaglio proposta prodotti DOP, IGP, STG ed equo solidali”*, mentre il secondo concerneva *“il dettaglio delle proposte di menu”*.

Vivenda, conformemente a quanto richiesto con riferimento al criterio di valutazione B – Materie prime (articolato in b.1, b.2, b.3 e b.4), ha indicato la tipologia dei prodotti migliorativi offerti, la categoria, il produttore e la relativa ubicazione, con indicazione di una frequenza di somministrazione massima (ossia, ogniqualvolta presente in menù).

Se alcuna correlazione può porsi tra il giudizio di “insufficiente” ricevuto dalla controinteressata quanto al dettaglio della proposta di menu e il giudizio di “sufficiente” per il dettaglio della proposta di prodotti DOP, IGP, STG ed equosolidali, ne deriva l’infondatezza della censura con la quale Serist ha sostenuto che Vivenda avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

5. La riscontrata infondatezza delle doglianze articolate con il presente mezzo di tutela ne impone la reiezione.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Serist s.r.l., in persona del legale rappresentante, al pagamento delle spese di giudizio in favore della resistente Amministrazione comunale di Lonato del Garda, nonché della controinteressata Vivenda S.p.A., in ragione di € 2.500,00 (Euro duemila e cinquecento/00), oltre accessori come per legge, in favore di ciascuna della anzidette parti.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente, Estensore

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO