Pubblicato il 28/10/2019

**N. 01148/2019 REG.PROV.COLL.**

**N. 00476/2019 REG.RIC.**

****

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 476 del 2019, proposto da
Società Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. – Cirfood S.C., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Vicenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Loretta Checchinato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Provincia di Vicenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Balzani, Maria Elena Tranfaglia, Federica Castegnaro e Ilaria Bolzon, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Mariagrazia Romeo in Venezia - Mestre, viale Ancona 17;

***nei confronti***

Serenissima Ristorazione S.p.a. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Euroristorazione S.r.l., e CAMST Soc.coop. a r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Calgaro e Franco Zambelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Franco Zambelli in Venezia - Mestre, via Cavallotti n. 22;

***per l'annullamento***

*previa sospensione*

- della determina n. 716 del 15 aprile 2019 del Comune di Vicenza, avente ad oggetto “*Servizio Istruzione, Sport, Partecipazione – Affidamento del servizio di ristorazione scolastica a ridotto impatto ambientale del Comune di Vicenza per il periodo 2018-2022 (CIG 7346499AC0) dopo la rinnovazione del subprocedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta. Provvedimento soggetto a pubblicazione ai sensi art. 23) D.Lgs. 33/2013*”, comunicata *ex* art. 76 D.Lgs. n. 50/2019 con nota prot. n. 62129/2019 del Comune di Vicenza del 16 aprile 2019 inviata via p.e.c., con la quale è stata aggiudicata la gara *de qua* al R.T.I. Serenissima Ristorazione – Euroristorazione S.r.l. – CAMST Soc. Coop. a r.l.;

- del verbale di gara n. 7 del 4 aprile 2019 della SUA Provincia di Vicenza, di cui alla nota prot. n. 19483 del 4 aprile 2019, con il quale è stata proposta l'aggiudicazione della procedura *de qua* al R.T.I. Serenissima Ristorazione;

- della nota prot. n. 46562/2019 del 21 marzo 2019 del Comune di Vicenza, avente ad oggetto l'“esa*me del giustificativo del 13/02/2019 fornito dal RTI Serenissima Ristorazione per supplemento istruttoria relativo all'offerta ritenuta anomala presentata nell'ambito della gara per l'affidamento del Servizio di ristorazione a ridotto impatto ambientale per il periodo settembre 2018 – agosto 2022 – CIG 7346499AC0*”, trasmessa alla Provincia di Vicenza con la nota prot. n. 46740/2019 del 22 marzo 2019;

- della nota PEC prot. n. 14881/2019 del 28 gennaio 2019, con la quale il rup ha richiesto al R.T.I. Serenissima Ristorazione giustificazioni della propria offerta economica in ottemperanza alla sentenza n. 84 del 24 gennaio 2019 del TAR Veneto;

- della PEC del 28 gennaio 2019 della Provincia di Vicenza, acquisita al protocollo del Comune di Vicenza n. 13432/2019 del 28 gennaio 2019, con la quale la SUA Provincia di Vicenza ha richiesto al Comune di Vicenza la riattivazione del subprocedimento di verifica dell'offerta economica presentata in gara dal R.T.I. Serenissima Ristorazione, ignota alla ricorrente;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente e connesso ancorché ignoto;

- di tutti i provvedimenti antecedenti, concomitanti e susseguenti, ancorché ignoti;

nonché per l'annullamento e/o la decadenza e/o l’inefficacia del contratto stipulato fra le parti anche nelle more del giudizio;

nonché per l’accertamento del diritto del R.T.I. CIRFOOD ad essere dichiarato aggiudicatario della procedura aperta *de qua* e, per l'effetto, del diritto della ricorrente a sottoscrivere il contratto di affidamento o, comunque, a subentrare nello stesso qualora fosse stato sottoscritto nelle more del giudizio, ai sensi degli artt. 122 e 124 c.p.a.;

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

ovvero, in subordine, nella denegata ipotesi in cui il contratto fosse stato sottoscritto o fosse sottoscritto nelle more del presente giudizio e non fosse possibile subentrare nello stesso, nonostante la disponibilità espressa dal R.T.I. CIRFOOD, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente, ai sensi dell'art. 124 c.p.a.;

oltre che per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni arrecati al R.T.I. CIRFOOD dagli atti e dai comportamenti amministrativi impugnati, con riserva di avvalersi solo in subordine *ex* art. 122 del c.p.a. del risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Vicenza, della Provincia di Vicenza e di Serenissima Ristorazione S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 ottobre 2019 la dott.ssa Silvia De Felice e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con gara indetta dal Comune di Vicenza ed espletata per mezzo della Stazione Unica Appaltante (di seguito SUA) istituita presso la Provincia di Vicenza veniva aggiudicato il servizio di ristorazione scolastica a ridotto impatto ambientale nelle scuole primarie per il periodo settembre 2018 – agosto 2022 al R.T.I. primo classificato, costituito da Serenissima Ristorazione s.p.a., capogruppo mandataria, Euroristorazione s.r.l. e CAMST s.c.a r.l. (di seguito solo R.T.I. Serenissima).

2. Avverso tale aggiudicazione CIRFOOD S.C., in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. con Chef Express s.r.l. (di seguito solo R.T.I. CIRFOOD), proponeva dinanzi a questa stessa Sezione del T.A.R. Veneto il ricorso rubricato al n. R.G. 878/2018.

3. Tale giudizio si concludeva con la pronuncia della sentenza n. 84 del 24 gennaio 2019 che accoglieva il ricorso annullando il verbale di non anomalia dell’offerta e il provvedimento di aggiudicazione della gara al R.T.I. Serenissima, con restituzione degli atti alla stazione appaltante per la riattivazione del subprocedimento di verifica della congruità dell’offerta dell’aggiudicatario, ai fini delle verifiche e degli approfondimenti istruttori evidenziati nella medesima sentenza, e per la formulazione, all’esito degli stessi, di un nuovo giudizio sull’anomalia dell’offerta.

La citata sentenza non veniva impugnata dalle controparti nei termini prescritti e passava perciò in giudicato.

4. Il Comune di Vicenza, su invito della SUA, provvedeva quindi a richiedere nuove giustificazioni al R.T.I. Serenissima sull’offerta economica formulata, con particolare riferimento alla fornitura aggiuntiva senza oneri aggiuntivi – prevista al punto 5.14 del capitolato speciale - del 5% di pasti completi e del 10% in più di pasta o riso bianco, condito con olio extravergine di oliva, per ogni refettorio servito.

La richiesta veniva riscontrata dal R.T.I. Serenissima con nota del 14 febbraio 2019 alla quale veniva altresì allegata una relazione peritale, a sostegno delle giustificazioni rese (cfr. doc. 9 di parte ricorrente).

Il rup, esaminata tale documentazione, esprimeva un nuovo giudizio di non anomalia dell’offerta con verbale di verifica del 21 marzo 2019 (cfr. doc. 4 di parte ricorrente) e all’esito delle prescritte operazioni di gara, veniva quindi disposta l’aggiudicazione definitiva del servizio a favore del R.T.I. Serenissima.

5. Avverso i suddetti atti insorgeva l’odierna ricorrente, prospettando i seguenti motivi di censura:

I) “*Inottemperanza nel giudizio di congruità a quanto statuito dalla sentenza del Tar Venezia n. 84/2019 che vincolava l’ente verificatore ad accertare se il maggior costo del servizio aggiuntivo di pasti determinato a pagina 28 della decisione in origine poteva essere sostenuto dalla società Serenissima Ristorazione – mancata ottemperanza del r.u.p. alla richiesta di verifica di congruità nei limiti di quanto prescritto dalla Provincia di Vicenza con la nota n. 13432/2019 trasmessa in data 28.01.2019 – eccesso di potere per contraddittorietà tra il giudizio di congruità adottato dal Comune di Vicenza e dalla Provincia di Vicenza con quella che invece era la statuizione declarata ai capi 9.1 – 9.5 della sentenza n. 84/2019 del Tar Venezia e la comunicazione di riattivazione del subprocedimento di verifica di congruità disposto dalla Provincia di Vicenza in data 28.01.2019 – carenza di motivazione del giudizio di congruità e del provvedimento di aggiudicazione definitiva in relazione a quanto statuito dal giudice amministrativo ai capi 9.1-9.5*”.

Ad avviso della ricorrente, pur non avendo impugnato la sentenza del TAR Veneto n. 84 del 2019 - che deve ormai considerarsi passata in giudicato, anche per quanto riguarda gli importi dei maggiori costi che dovevano essere oggetto di verifica da parte dell’Ente - le controparti non avrebbero dato corretta esecuzione alle statuizioni del giudice. Difatti, il rup si sarebbe limitato a chiedere generiche giustificazioni sulle voci aggiuntive offerte da Serenissima, senza rimanere entro il perimetro già individuato dal giudice, e il R.T.I. Serenissima avrebbe semplicemente riproposto le giustificazioni - assolutamente generiche e prive di riscontri oggettivi - già rese nel giudizio R.G. n. 878/201 e già ritenute prive di fondatezza nella sentenza sopra citata.

II) “*Illegittimità del giudizio di congruità e inottemperanza alla sentenza del Tar Veneto n. 84/2019, considerato che le giustificazioni rese dal R.T.I. Serenissima Ristorazione in data 14.02.2019, nel contenuto, sono identiche a quelle che aveva dedotto il medesimo R.T.I. nel corso del giudizio R.G.N. n. 878/2018 – eccesso di potere per sviamento di potere – falsa applicazione articolo 97 del d.lgs. n. 50 del 2016*”.

Secondo la ricorrente, il nuovo giudizio di anomalia svolto dall’Amministrazione sarebbe dunque una mera *fictio* che non tiene conto di quanto indicato nella sentenza n. 84/2019 e si limiterebbe a riprendere le giustificazioni già rese nel corso del precedente giudizio, affermando – senza fornire alcuna prova - che i pasti aggiuntivi non incidono su personale, trasporto, sistema informatico e spese generali (così detti costi fissi), ma solo, in modo irrisorio, sul costo delle materie prime (unico costo variabile).

Peraltro, tali affermazioni sarebbero del tutto privo di prove e riscontri oggettivi, non essendo stati forniti i listini dei prezzi della materia alimentare aventi data certa anteriore alla presentazione dell’offerta, gli accordi commerciali particolarmente vantaggiosi o altri documenti che possano dimostrare le ragioni per le quali Serenissima può godere di un costo speciale per le materie prime.

III) “*Falsa applicazione articolo 97 d.lgs. n. 50 del 2016 – mutamento dell’offerta anche alla luce del quadro fattuale accertato dalla sentenza del Tar Venezia n. 84/2019 – mancata ottemperanza a quanto statuito dalla sentenza del Tar Venezia ai capi 9.1-9.5 – indeterminatezza ed indeterminabilità dell’offerta del R.T.I. Serenissima Ristorazione – violazione del principio di immodificabilità dell’offerta - eccesso di potere per illogicità della motivazione*”.

Denuncia la ricorrente che le giustificazioni rese dalla controinteressata nel secondo subprocedimento di verifica dell’anomalia avrebbero addirittura determinato un radicale mutamento dell’offerta presentata da Serenissima in sede di gara.

Ed infatti, per giustificare la fornitura aggiuntiva prevista al punto 5.14 del capitolato, Serenissima sarebbe stata costretta a dichiarare che non produrrà soltanto 391.409 pasti annui, come indicato nelle prime giustificazioni, bensì ulteriori 18.480 pasti aggiuntivi annui (112 pasti giornalieri aggiuntivi per 165 giorni all’anno).

Inoltre, attraverso le seconde giustificazioni Serenissima avrebbe addirittura formulato due distinti prezzi e quindi due diverse offerte economiche, l’una riferibile alla fornitura dei pasti base, prevista dall’articolo 3 del disciplinare, e l’altra riferibile alla sola fornitura aggiuntiva dei pasti prevista dall’articolo 5.14 del capitolato. Anche sotto questo profilo l’offerta della controinteressata risulterebbe perciò inammissibile, in quanto indeterminata.

IV) “*Anomalia dell’offerta economica sotto il profilo del costo delle materie prime – violazione dell’art. 5.14 del capitolato che prescriveva alla ditta di fornire il 5% in più di pasti completi per ciascun refettorio servito, nonché un bonus aggiuntivo del valore del 10% sul costo della pasta e del riso – eccesso di potere per carenza di istruttoria – violazione dell’art. 21 del disciplinare nella parte in cui prevede l’esclusione dei concorrenti che presentano offerte parziali o irregolari – violazione art. 59, comma 3, lett. a) del d.lgs. 50/2016 – illegittimità dell’aggiudicazione per carenza di un elemento essenziale dell’offerta – eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria falsa applicazione articolo 97 del d.lgs. n. 50 del 2016 - eccesso di potere per illogicità della motivazione*”.

IV.1 Secondo la ricorrente, come già denunciato con il terzo motivo di ricorso, per giustificare i costi e l’utile dichiarati in gara Serenissima sarebbe stata costretta a mutare la propria offerta, modificando il numero dei pasti originariamente dichiarato ed espressamente confermato nelle prime giustificazioni. Attraverso le seconde giustificazioni, quindi, si sarebbe dato luogo non ad una semplice rimodulazione dei costi e dell’utile, ma ad una vera e propria modifica degli elementi compositivi dell’offerta, con conseguente indeterminatezza della stessa.

IV.2 Peraltro, ad avviso della ricorrente la controinteressata nelle proprie giustificazioni ha affermato che il 5% aggiuntivo della fornitura dei pasti non avrebbe alcun costo aggiuntivo fisso (per personale, trasporto, spese generali, etc.), andando ad incidere solo sul costo della materia prima. Di tale affermazione tuttavia non è stata fornita alcuna prova oggettiva da parte di Serenissima, né il rup ha disposto alcun supplemento di istruttoria per verificare l’attendibilità di quanto dichiarato dalla controinteressata.

Inoltre, volendo aderire a questa tesi, come già evidenziato con il terzo motivo di ricorso, si verrebbero ad avere due distinti prezzi: uno per i pasti base previsti dalla legge di gara ed uno per i pasti aggiuntivi. Da ciò deriverebbe dunque l’indeterminatezza dell’offerta formulata da Serenissima.

In realtà, secondo la ricorrente i pasti aggiuntivi e la pasta/riso aggiuntivi non sarebbero stati previsti nell’originaria formulazione dell’offerta, né la controinteressata ne avrebbe dato conto nelle prime giustificazioni; dunque, al costo complessivo dichiarato per i pasti e per la pasta/riso standard si dovrebbe aggiungere un costo ulteriore per i pasti aggiuntivi (euro 69.375,64 corrispondenti al 5% del costo totale annuo dei pasti, pari a euro 1.387.512,85, dichiarato da Serenissima) e per la pasta/riso aggiuntivi (euro 12.603,37 corrispondenti al 10% del costo annuo per riso e pasta, pari a euro 126.033,70, dichiarato da Serenissima), indicati all’art. 5.14 del capitolato. E tale costo ulteriore non troverebbe copertura nell’offerta di Serenissima, tenuto anche conto del modesto margine di utile indicato dalla controinteressata, nettamente inferiore ai costi per i pasti e la pasta/riso aggiuntivi. Di qui l’anomalia dell’offerta della controinteressata.

IV.3 Lamenta la ricorrente che la controinteressata, in ogni caso, avrebbe determinato in modo del tutto arbitrario il costo medio della materia alimentare di un pasto, scegliendo in modo discrezionale, come campioni di riferimento, solo quattro menù tra quelli privi di alimenti pregiati (come la carne) e perciò meno costosi.

La controinteressata, peraltro, non avrebbe fornito alcuna prova certa del reale costo da sostenere per le materie prime, come i listini prezzi aventi data certa anteriore al momento dell’offerta o gli accordi commerciali che consentono di garantire i vantaggi competitivi di mercato dichiarati. Né il rup ha chiesto sul punto alcuna integrazione documentale a comprova di quanto affermato da Serenissima, con ciò delineandosi una evidente carenza di istruttoria.

V) “*Illegittimità del giudizio di congruità sotto il profilo del costo aggiuntivo stimato nelle seconde giustificazioni – inottemperanza alla sentenza del Tar Venezia n. 84/2019 – violazione dell’art. 5.14 del capitolato che prescriveva alla ditta di fornire il 5% in più di pasti completi per ciascun refettorio servito, nonché un bonus aggiuntivo del valore del 10% sul costo della pasta e del riso – eccesso di potere per carenza di istruttoria – violazione dell’art. 21 del disciplinare nella parte in cui prevede l’esclusione dei concorrenti che presentano offerte parziali o irregolari – violazione art. 59, comma 3, lett. a) del d.lgs. 50/2016 – illegittimità dell’aggiudicazione per carenza di un elemento essenziale dell’offerta – ecco di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria - eccesso di potere per illogicità della motivazione*”.

Secondo la ricorrente, in base ai conteggi presentati da Serenissima nell’ambito del secondo procedimento di verifica dell’anomalia - e svolti secondo la metodologia contestata con il quarto motivo di ricorso - risulterebbe un costo complessivo delle materie prime per i pasti aggiuntivi e per la pasta/riso aggiuntivi pari ad euro 18.500, che sarebbe peraltro già compreso nel costo annuo totale per le materie prime indicato in sede di gara, pari a euro 450.120,35.

Tale giustificazione, tuttavia, presenterebbe evidenti illogicità.

In particolare:

- il costo dichiarato per le materie prime necessarie per i pasti aggiuntivi e per la pasta/riso aggiuntivi sarebbe in contrasto con quanto accertato dal giudice con la sentenza n. 84/2019 passata in giudicato, nella quale il costo per i pasti aggiuntivi sarebbe stato stimato in euro 69.375,64 e il costo aggiuntivo per pasta/riso in euro 12.603,37;

- inoltre, in base alla tabella dei costi delle materie prime presentata da Serenissima nelle prime giustificazioni – nella quale il costo complessivo della materia prima pasta/riso indicato dalla controinteressata era pari a euro € 126.603,70 - il costo relativo al 10% in più di pasta/riso dovrebbe ammontare, da solo, ad euro 12.603,37; ciò significherebbe che il costo annuo per le altre materie prime necessarie per i pasti aggiuntivi (18.480 annui) ammonterebbe a soli euro 5.896,63, con un costo medio a pasto di euro 0,31, palesemente incongruo.

VI) “*Anomalia dell’offerta economica sotto il profilo del costo delle materie prime – violazione e/o falsa applicazione dell’art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 – difetto di istruttoria e di motivazione – eccesso di potere per illogicità e ingiustizia manifesta – violazione del principio di trasparenza, imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 Cost. - eccesso di potere per illogicità della motivazione*”.

Evidenzia la ricorrente che in base alle nuove giustificazioni rese da Serenissima emergerebbe un costo medio della materia alimentare per ogni pasto (pasti base e pasti aggiuntivi) inferiore a un euro, che rappresenta un costo molto basso, sicuro indice di incongruità dell’offerta presentata. Tanto più che la controinteressata non avrebbe offerto alcuna prova documentale per dimostrare l’attendibilità del costo irrisorio dichiarato per la materia prima.

La stessa relazione redatta dal perito di parte conterrebbe affermazioni del tutto indimostrate e sarebbe priva di qualsiasi riscontro oggettivo e il rup avrebbe ritenuto giustificazione sufficiente la mera enunciazione della posizione rivestita da Serenissima e dalle altre società che compongono il R.T.I., sul mercato della ristorazione.

6. Si costituivano in giudizio la Provincia e il Comune di Vicenza e la società Serenissima, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del costituendo R.T.I. con Euroristorazione e CAMST, resistendo in rito e nel merito alle pretese avversarie e concludendo per il rigetto del gravame.

7. In esito alla camera di consiglio del 22 maggio 2019 la domanda di sospensiva veniva rinunciata.

8. In vista dell’udienza pubblica le parti depositavano documenti e si scambiavano ulteriori memorie conclusionali e di replica.

9. All’udienza pubblica del 2 ottobre 2019 la causa veniva discussa e trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il Collegio ritiene di esaminare dapprima il quarto, quinto e sesto motivo di ricorso, per ragioni di priorità logica. Gli stessi, peraltro, possono essere trattati congiuntamente, attesa la loro omogeneità.

2. I suddetti motivi sono fondati.

2.1 Occorre innanzi tutto premettere che, per pacifico indirizzo giurisprudenziale, la valutazione sull’anomalia dell’offerta negli appalti pubblici costituisce manifestazione di ampia discrezionalità tecnica della stazione appaltante, censurabile solo in caso di evidenti errori o di manifesta illogicità (cfr. da ultimo, fra le tante, Cons. Stato, sez. III, 23 aprile 2019, n. 2593).

Si deve inoltre ricordare che la verifica di anomalia dell'offerta non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica ma mira ad accertare se l'offerta nel suo complesso sia attendibile e affidabile e, dunque, se sia in grado di offrire serio affidamento circa la corretta esecuzione della prestazione richiesta (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 29 marzo 2019, n. 2079; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 11 febbraio 2019, n.283; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 18 maggio 2018, n. 490; T.A.R. Veneto, sez. I, 24 agosto 2016, n. 973).

È altrettanto pacifico che nell’ambito del subprocedimento di verifica dell’anomalia l’impresa deve fornire adeguate giustificazioni in relazione alle voci di costo che è tenuta a sostenere, per dimostrare che la propria offerta è economicamente sostenibile.

2.2 Orbene, nell’ambito del nuovo subprocedimento di verifica dell’anomalia attivato dalla stazione appaltante in esecuzione della sentenza n. 84/2019 del T.A.R. Veneto, Serenissima ha reso giustificazioni contraddittorie e comunque generiche e prive di riscontri oggettivi, come di seguito evidenziato.

2.3 Serenissima ha innanzi tutto dichiarato che la produzione dei 112 pasti aggiuntivi giornalieri prevista dall’art. 5.14 del capitolato, per un totale di 18.480 pasti annui aggiuntivi, non inciderebbe sui così detti costi fissi (per spese di personale, trasporto, spese generali etc.), ma comporterebbe soltanto un costo per le materie prime utilizzate.

Inoltre, la controinteressata nel secondo procedimento di verifica dell’anomalia ha dichiarato per la prima volta che nel numero complessivo di pasti offerto in sede di gara e ribadito con le prime giustificazioni sarebbero sempre stati implicitamente compresi anche i pasti aggiuntivi di cui all’art. 5.14 del capitolato; gli stessi, semplicemente, non sarebbero stati indicati in modo esplicito in quanto privi di costi fissi.

Ancora. Secondo le giustificazioni rese da Serenissima, il costo della materia prima relativo ai pasti aggiuntivi e alle quantità aggiuntive di pasta/riso sarebbe già compreso nel costo complessivo per la materia prima indicato nell’offerta e confermato nell’ambito del primo procedimento di verifica dell’anomalia, pari a euro 450.120,35 annui.

In conclusione, quindi, in base ai conteggi forniti dalla controinteressata in sede di giustificazioni il costo annuo per le materie prime necessario a fornire i pasti e la pasta/riso aggiuntivi sarebbe pari ad euro 18.500 e troverebbe piena copertura nell’offerta presentata.

2.4 Ora, a fronte di tali affermazioni - e in disparte ogni ulteriore approfondimento circa l’intervenuta modifica dell’offerta che sarebbe stata realizzata da Serenissima in sede di seconde giustificazioni, mediante l’indicazione esplicita, per la prima volta, del numero dei pasti aggiuntivi da produrre annualmente - occorre innanzi tutto rilevare che la controinteressata non ha fornito prove oggettive di alcun tipo circa la sostenibilità e l’attendibilità del costo per le materie prime necessarie per la preparazione dei pasti che, peraltro, nell’ambito di una gara per l’affidamento del servizio di ristorazione scolastica rappresenta una voce di costo di primaria rilevanza.

Ed invero, non sono stati allegati i listini dei prezzi della materia alimentare aventi data certa anteriore alla presentazione dell’offerta, gli accordi commerciali particolarmente vantaggiosi di cui eventualmente usufruisca la controinteressata o altri documenti che possano comunque dimostrare le ragioni per le quali Serenissima può godere di un costo speciale per le materie prime.

Manca dunque la prova dei costi asseritamente sostenuti dall’impresa per le materie prime e, di conseguenza, della effettiva sostenibilità economica dell’offerta.

2.5 Il rup, a sua volta, in fase di verifica dell’anomalia si è limitato a recepire i costi indicati da Serenissima e non ha chiesto integrazioni documentali a comprova di quanto affermato da Serenissima, con ciò dando luogo ad un’evidente carenza di istruttoria.

Del resto, in assenza di prove adeguate circa la veridicità ed attendibilità dei prezzi indicati, a nulla rileva che Serenissima abbia indicato grammature e prezzi per ogni cibo contenuto nei pasti tipo assunti come campione per il calcolo del costo medio delle materie prime per ogni pasto.

2.6 A quanto sopra si aggiunga che le modalità di calcolo utilizzate da Serenissima e dal consulente tecnico per determinare il costo medio per le materie prime dei pasti aggiuntivi non appaiono attendibili, sotto vari profili.

2.6.1 Ed infatti, Serenissima nelle sue giustificazioni utilizza soltanto quattro menù come campione per il calcolo del costo medio delle materie prime necessarie alla preparazione di ciascun pasto e per il calcolo del costo complessivo delle materie prime per i pasti aggiuntivi annui (cfr. doc. 2 del secondo deposito del Comune di Vicenza).

Tali menù, tuttavia, sono stati scelti in modo arbitrario dalla controinteressata tra i cinquanta menù indicati dalla stazione appaltante nella tabella 1 del capitolato speciale di appalto (cfr. pag. 70, doc. 11 di parte ricorrente). Peraltro, solo uno dei quattro menù scelti contiene la carne, mentre gli altri contengono alimenti meno costosi e hanno perciò un costo per materie prime particolarmente basso. E’ evidente che la scelta di tali parametri di calcolo, operata del tutto discrezionalmente dalla controinteressata, incide in modo diretto sul costo per le materie prime dei pasti, consentendone un significativo abbassamento.

2.6.2 La presenza delle sopra descritte incongruità si riscontra anche leggendo la relazione del consulente tecnico di parte fornita da Serenissima alla stazione appaltante in sede di verifica dell’anomalia (cfr. doc. 2 del secondo deposito del Comune di Vicenza, cit.). Difatti, il consulente afferma di avere “*richiesto le informazioni necessarie per stimare il costo delle materie prime di una giornata tipo che è risultato pari a 0,99 euro per pasto (inclusivo del 10% di pasta e riso), come risulta determinato nella tabella allegata su A*”.

La richiamata tabella, tuttavia, riporta i costi di un solo menù, peraltro privo degli alimenti più costosi quali carne o pesce. È evidente che utilizzare un solo pasto, scelto del tutto arbitrariamente, come parametro per il calcolo del costo medio di un numero molto elevato di menù non appare logico.

Inoltre, il consulente non richiama, né allega i documenti di cui si sarebbe avvalso per effettuare conteggi e verifiche, come per esempio le fatture di acquisto, i listini dei prezzi o gli accordi commerciali di cui si avvale Serenissima. Né si fa riferimento ai costi per le materie prime già indicati da Serenissima nelle prime giustifiche. Le affermazioni del consulente sul costo medio delle materie prime appaiono pertanto del tutto prive di riscontri oggettivi.

Infine, il consulente afferma che il costo medio delle materie prime per un pasto tipo comprenderebbe anche il costo relativo a pasta/riso aggiuntivi: tale dato, tuttavia, oltre a rendere il prezzo medio per pasto ancora più esiguo, non trova alcun riscontro oggettivo nella documentazione di gara presentata da Serenissima.

2.6.3 In conclusione, il metodo di calcolo del costo medio di ciascun pasto aggiuntivo per le materie prime e del costo annuo complessivo utilizzato dalla controinteressata, oltre che privo di riscontri, deve ritenersi oggettivamente inattendibile.

2.7 A quanto sopra si aggiunga che il costo medio a pasto (euro 0,99) e il costo complessivo annuo per i pasti aggiuntivi e per la pasta/riso aggiuntivi previsti all’art. 5.14 del capitolato (euro 18.500), indicati da Serenissima a giustificazione della sostenibilità economica della propria offerta, risultano inattendibili ed incongrui anche sotto altri profili.

2.7.1 In primo luogo, tali cifre si discostano in modo molto evidente da quelle che sembrerebbero desumibili dai documenti di gara, dall’offerta della controinteressata e dalle prime giustificazioni rese, documenti nei quali – come sopra evidenziato - non si faceva alcun espresso riferimento ai pasti o alla pasta/riso aggiuntivi, ma soltanto ai pasti base previsti dalla *lex specialis*.

Ed infatti, come ben evidenziato nella sentenza n. 84/2019, se ci si dovesse attenere ai dati oggettivi ricavabili dalla documentazione di gara e si dovesse perciò ritenere che i pasti aggiuntivi e la pasta/riso aggiuntivi non fossero stati previsti nell’originaria formulazione dell’offerta e nelle prime giustificazioni, al costo complessivo dichiarato per i pasti e per la pasta/riso “base” si dovrebbe aggiungere:

- un costo ulteriore per i pasti aggiuntivi, pari a 69.375,64 euro, corrispondenti al 5% del costo totale annuo dei pasti di 1.387.512,85 euro, dichiarato da Serenissima;

- un costo ulteriore per la pasta/riso aggiuntivi, pari e 12.603,37 euro, corrispondenti al 10% del costo annuo per riso e pasta di 126.033,70 euro, dichiarato da Serenissima.

Ora, a fronte delle evidenze oggettive ricavabili dai documenti di gara, Serenissima nel secondo procedimento di verifica dell’anomalia, come visto, indica costi per le materie prime molto più esigui di quelli ricavabili *per tabulas* dall’offerta e dalle prime giustificazioni, senza tuttavia fornire spiegazioni davvero attendibili e riscontri oggettivi che spieghino tale scostamento.

Sotto questo profilo, pertanto, anche a voler ritenere che il costo delle materie prime per i pasti e la pasta/riso aggiuntivi fossero davvero implicitamente compresi nel costo complessivo per le materie prime indicato nelle prime giustificazioni, le seconde giustificazioni rese da Serenissima risultano vieppiù generiche e indimostrate.

2.7.2 In secondo luogo, occorre evidenziare che Serenissima, nel fornire un’analisi dettagliata del costo complessivo per le materie prime, in sede di prime giustificazioni, ha indicato un costo complessivo per riso e pasta pari a euro 126.033,70 (cfr. pag. 7, doc. 12 di parte ricorrente).

Tale cifra non può essere completamente superata o addirittura ignorata dalla controinteressata in sede di seconde giustificazioni, ma costituisce un parametro del quale si deve necessariamente tenere conto per valutare la complessiva sostenibilità e congruità dell’offerta.

Orbene, tenuto conto di tale dato, il costo per il 10% di pasta/riso aggiuntivi dovrebbe ammontare a euro 12.603,37 - se si ritenesse che tale percentuale non fosse già compresa nel costo delle materie prime originariamente dichiarato, come asserito dalla ricorrente - oppure a euro 11.457,609 - se invece si ritenesse che il 10% di pasta/riso aggiuntivo fosse già compreso nel costo complessivo indicato, come affermato dalla controinteressata.

Quindi, per tutte le altre materie prime necessarie alla preparazione dei pasti aggiuntivi rimarrebbero soltanto tra i 5.896,63 euro e i 7.042,391 euro annui. Cifra davvero esigua.

Ora, un così evidente scostamento dai parametri oggettivi - estrapolabili dalla documentazione di gara e dalla stessa offerta della controinteressata in base all’interpretazione letterale della stessa e ad un criterio di ragionevolezza - deve essere congruamente giustificato nella fase di verifica dell’anomalia, sulla base di dati e circostanze oggettive, mentre non possono ritenersi sufficienti affermazioni generiche e mere formule di stile, come invece avvenuto nel caso di specie.

In particolare, non può costituire giustificazione sufficiente il mero richiamo della posizione rivestita da Serenissima e dalle altre società che compongono il R.T.I. sul mercato della ristorazione.

2.7.3 In terzo luogo, si deve evidenziare che il costo medio delle materie prime per ogni pasto aggiuntivo - pari a euro 0,99 - è molto basso. Anche perché, secondo quanto affermato dal consulente tecnico di parte, lo stesso comprenderebbe anche il costo per pasta e riso aggiuntivi (cfr. doc. 12 di parte ricorrente).

Orbene, una cifra così bassa può certamente costituire di per sé ulteriore indice di insostenibilità dell’offerta, a fronte del quale occorre pertanto un accertamento particolarmente serio e rigoroso da parte della stazione appaltante sull’attendibilità delle giustificazioni rese dalla concorrente, che - contrariamente a quanto accaduto nel caso di specie - devono essere circostanziate e fondate su elementi di prova oggettivi, rilevanti e significativi (cfr. T.A.R. Lombardia, sede di Milano, Sez. IV, n. 1396/2017).

2.8 In conclusione, alla luce delle considerazioni che precedono, il Collegio ritiene che la controinteressata nel nuovo subprocedimento di verifica non è riuscita a dimostrare la congruità della propria offerta, la quale risulta pertanto anomala.

3. Peraltro, nel caso di specie non sussistono i presupposti per l’accoglimento di istanza di C.T.U. formulata dalla controinteressata per accertare se le grammature indicate nelle giustificazioni siano idonee a confezionare i pasti, se i prezzi unitari indicati siano di mercato per un’azienda delle dimensioni di Serenissima e se i conteggi riportati nelle giustificazioni siano matematicamente corretti.

Giova a tal proposito ricordare che la C.T.U. costituisce uno strumento di ausilio del giudice nella valutazione della prova e non può essere utilizzata per colmare le lacune di allegazione e probatorie delle parti. Per consolidata giurisprudenza infatti “l*a consulenza tecnica non può ritenersi come una relevatio ad onus probandi, essendo unicamente mezzo di ausilio del giudice per la valutazione della prova, il cui onere ricade sulle parti, ex art. 64 c.p.a.*” (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 3 giugno 2019, n. 2989 e giurisprudenza ivi citata).

4. In definitiva, il presente ricorso deve essere accolto nei termini che precedono, con assorbimento di ogni altra censura e delle relative eccezioni e con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione a favore di Serenissima.

5. In data 11 settembre 2019 le parti hanno stipulato il contratto d'appalto di cui è causa per il periodo 2019-2022 (cfr. il doc. 26 di parte ricorrente).

Nel ricorso è contenuta una specifica domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stesso.

Considerata la durata quadriennale del rapporto negoziale, con facoltà di rinnovo per altri due anni, il ristrettissimo periodo di esecuzione decorso dalla sottoscrizione e la natura delle prestazioni da svolgere, di non particolare complessità tecnica, non sussistono ostacoli all'accoglimento di tale domanda e quindi alla dichiarazione di inefficacia del contratto, con decorrenza dalla data di notificazione della presente sentenza, al fine di consentire il subentro della ricorrente principale nell’appalto in corso di esecuzione, a condizione che tutte le imprese componenti il raggruppamento di imprese subentrante siano in possesso dei requisiti per l’aggiudicazione dell’appalto e la stipulazione del contratto.

6. La domanda di risarcimento per equivalente è manifestamente infondata, poiché la ricorrente si è limitata a domandare, genericamente, il risarcimento per equivalente monetario dei danni derivanti dal ritardo nell’affidamento del servizio, per la perdita di fatturato derivante anche dal mancato utilizzo, nelle more del giudizio, del centro di cottura dichiarato in gara, stimandole nella misura del 10% del valore del contratto di appalto o nella somma che sarà accertata secondo diritto ed equità dal Tribunale.

A tal riguardo possono essere richiamati i principi ormai consolidati elaborati dalla giurisprudenza in tema di determinazione del danno da mancata aggiudicazione di gara d'appalto (cfr. *ex plurimis*: Cons. Stato, IV, 23 maggio 2016, n. 2111; V, 21 luglio 2015, n. 3605, 31 dicembre 2014, nn. 6450 e 6453), secondo cui:

- ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, cod. proc. amm., il danneggiato deve offrire la prova dell'*an* e del *quantum* del danno che assume di avere sofferto;

- in particolare spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, cod. proc. amm.);

- quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre la medesima necessità non si riscontra in quella consequenziale di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, cod. civ. (e specificato per il risarcimento dei danni da mancata aggiudicazione dal sopra citato art. 124, comma 1, cod. proc. amm.);

- la valutazione equitativa ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., in combinato con l'art. 2056 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità o di estrema difficoltà di una precisa prova sull'ammontare del danno;

- la parte danneggiata non può sottrarsi all'onere probatorio su di essa gravante e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio senza dedurre quantomeno i fatti e gli elementi specifici posti a fondamento di tali diritti;

- la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni, ma in conformità alla regola generale di cui all'art. 2729 cod. civ. queste devono essere dotate dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici;

- va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata, non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'*id quod plerumque accidit* secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile alla percentuale sopra indicata;

Nulla di tutto ciò è stato fatto dalla ricorrente, la quale non ha dedotto né provato quale sarebbe stato l'effettivo margine di utile non conseguito (cfr. Cons. Stato Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2; T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 luglio 2018, n. 883; T.A.R. Toscana, sez. I, 19 marzo 2018, n. 403).

7. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono perciò poste a carico di tutte le parti resistenti nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso nei termini, nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Dichiara l’inefficacia del contratto stipulato e accerta il diritto della ricorrente e del R.T.I. del quale la stessa è capogruppo mandataria al subentro nell’appalto in esecuzione, a condizione che tutte le imprese componenti il raggruppamento di imprese subentrante siano in possesso dei requisiti per l’aggiudicazione dell’appalto e la stipulazione del contratto.

Respinge la domanda risarcitoria.

Condanna il Comune di Vicenza, la Provincia di Vicenza e la Serenissima Ristorazione S.p.a. - in solido fra loro - al pagamento a favore della società ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge e onere del contributo unificato ai sensi di legge.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 2 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere

Silvia De Felice, Referendario, Estensore

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |
|  |  |  |
| **L'ESTENSORE** |  | **IL PRESIDENTE** |
| **Silvia De Felice** |  | **Maddalena Filippi** |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |
|  |  |  |

IL SEGRETARIO