

Offerta anomala: valutazione discrezionale e sintetica

di Antonio Danza

Data di pubblicazione: 3-9-2018

1. È infatti principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa, dal quale non vi è alcuna evidente ragione per discostarsi, nel caso di specie, quello per cui “il giudizio sull’anomalia delle offerte presentate in una gara è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A. sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell’istruttoria, ma non procedere ad una autonoma verifica della congruità dell’offerta e delle singole voci, che costituirebbe un’inammissibile invasione della sfera propria della P.A. e tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto” (Cons. Stato, III, 22 gennaio 2016, n. 211).

2. Il giudice amministrativo, anche nel regime del nuovo Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016), può sindacare le valutazioni dell’amministrazione esclusivamente sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell’istruttoria, ma non può invece procedere ad una nuova ed autonoma verifica della congruità dell’offerta e delle singole voci. Tale sindacato rimane dunque limitato ai soli casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi.

3. Le censure operate nella sentenza appellata, oltreché valutative ed incidenti la discrezionalità tecnica dell’amministrazione, risultano inoltre incentrate su singoli aspetti specifici dell’offerta, laddove nelle gare di appalto il giudizio sull’anomalia dell’offerta ha natura globale e sintetica, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento, in quanto oggetto di tale giudizio non è la ricerca di specifiche e singole inesattezze, ma l’attendibilità dell’offerta economica ovvero ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell’appalto.

Guida alla lettura

Confermando la consolidata giurisprudenza amministrativa sul tema, nella pronuncia in esame il Consiglio di Stato ha precisato che il **giudizio sull’anomalia dell’offerta**, operato dalla stazione appaltante, ha natura **discrezionale**. Come tale, dunque, esso è sottratto al sindacato del g.a., se non nei casi di manifesta illogicità, irragionevolezza, abnormità della determinazione amministrativa: ipotesi tutte, queste, che integrano il vizio di eccesso di potere. Per illustrare efficacemente la motivazione svolta dal Consiglio di Stato nel caso di specie, giova quindi descrivere brevemente i connotati essenziali della **discrezionalità amministrativa**. La pubblica amministrazione esercita cioè un potere discrezionale quando opera una comparazione, una ponderazione tra i plurimi interessi coinvolti in un procedimento

amministrativo. Il provvedimento finale è quindi legittimo quando la p.a., pur riconoscendo la preminenza dell'interesse pubblico sotteso alla fattispecie esaminata, sacrifica nella minore misura possibile gli interessi privati confluiti nell'*iter* procedimentale: quando, cioè, realizza un equo temperamento, una ponderazione armonica tra gli interessi privati e quelli pubblici. Il provvedimento è invece, e specularmente, illegittimo quando la p.a. viola la ragionevolezza dell'agire amministrativo così come descritta, sacrificando dunque arbitrariamente le situazioni soggettive private, deviando cioè dallo scopo fissato dalla norma attributiva del potere. Nei giudizi sull'anomalia dell'offerta presentata dall'operatore economico partecipante alla gara, allora, l'ente pubblico è tenuto a ponderare due principali interessi: quello pubblico alla adeguata esecuzione delle prestazioni oggetto di gara; e quello del concorrente privato ad una equilibrata valutazione della sua offerta, sotto il profilo tecnico-economico-finanziario - oltre che morale, ovviamente. Se, dunque, nonostante l'interesse pubblico sotteso alla procedura di affidamento possa essere conseguito, la stazione appaltante esclude l'impresa concorrente per un'asserita anomalia dell'offerta, tale giudizio di anomalia è ingiustificato e l'azione amministrativa illegittima. Solo in tal caso, allora, il g.a. può sindacare l'operato della stazione appaltante, censurandolo per eccesso di potere: *"Il giudice amministrativo, anche nel regime del nuovo Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016), può sindacare le valutazioni dell'amministrazione esclusivamente sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può invece procedere ad una nuova ed autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci ... Tale sindacato rimane dunque limitato ai soli casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi"*.

Infine, nella pronuncia in commento i Giudici amministrativi ribadiscono la **natura sintetica del giudizio sull'anomalia dell'offerta**. L'anomalia dell'offerta, cioè, non è desunta da uno specifico e puntuale esame delle singole voci che la compongono: in tal caso, il giudizio sarebbe analitico e non sintetico. Esso deve essere invece, appunto, sintetico, e cioè complessivo, deve cioè consistere in una valutazione globale del contenuto dell'offerta, la quale è quindi ammissibile se idonea a conciliare l'interesse privato all'aggiudicazione della gara e gli interessi pubblici alla corretta esecuzione del contratto e alla sicurezza dei lavoratori impiegati a questo fine: *"Le censure operate nella sentenza appellata, oltreché valutative ed incidenti la discrezionalità tecnica dell'amministrazione, risultano inoltre incentrate su singoli aspetti specifici dell'offerta, laddove nelle gare di appalto il giudizio sull'anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento, in quanto oggetto di tale giudizio non è la ricerca di specifiche e singole inesattezze, ma l'attendibilità dell'offerta economica ovvero ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto"*.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 656 del 2018, proposto da All Foods s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale G. Mazzini, 33;

contro

Comune di Manerba del Garda, in persona del Sindaco *pro tempore*, nonché Unione dei Comuni della Valtenesi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Cooperativa Italiana di Ristorazione soc. coop. - Cir Food soc. coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Eugenio Dalli Cardillo, domiciliata ai sensi dell'art. 25, comma primo Cod. proc. amm. presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia - sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) n. 01364/2017, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di ristorazione scolastica nei Comuni di Manerba del Garda, Padenghe sul Garda e Soiano sul Lago.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperativa Italiana di Ristorazione S.C. - Cir Food S.C.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 giugno 2018 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Enrico Di Ienno ed Eugenio Dalli Cardillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che in data 1° giugno 2017, l'Unione dei Comuni della Valtenesi indicava 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 a decorrere dal 1° settembre 2017 e sino 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.

Partecipavano alla gara solo due operatori, entrambi ammessi dopo l'esercizio del soccorso istruttorio.

Con ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia, la Cir Food soc. coop. impugnava sia l'ammissione alla gara, sia l'aggiudicazione a favore della All Foods s.r.l., deducendo i seguenti motivi di doglianza:

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.

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 (derivanti, 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 5 agosto 2017 chiedeva ulteriori chiarimenti, epurando il riferimento a ricavi non pertinenti. Ne derivava un'offerta sostanzialmente diversa, in cui venivano a mutare sia i costi fissi della commessa (il costo degli automezzi era ridotto ad 1/3, quello delle attrezzature offerte in gara passava da euro 3.465,83 ad euro 2.500, quello delle materie prime da euro 114.682,50 ad euro

79.313,99, quello delle spese generali da euro 17.600 ad euro 9.000), sia la marginalità dell'utile che, dall'originario 9,40 %, scendeva al simbolico 0,27% (pari ad appena 800 euro annui).

Nelle seconde giustificazioni, inoltre, non sarebbero stati ricompresi – come invece accaduto nelle prime – il costo della manutenzione, del servizio informatico e degli adempimenti della sicurezza alimentare.

Ad avviso della ricorrente l'offerta di All Foods doveva dunque considerarsi economicamente insostenibile, se considerata prescindendo dall'aspettativa dei futuri (ed incerti) ricavi.

3) Irrisorietà del margine di utile, pari allo 0,27 % e inammissibilità di offerte simboliche.

Sebbene la giurisprudenza non abbia individuato una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, non si sarebbe comunque potuto ammettere un margine positivo pari a zero – corrispondente a mancata offerta economica – né un utile di impresa meramente simbolico.

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.*

La ricorrente nuovamente deduceva la non corretta esposizione dei costi della sicurezza, unitamente alle spese generali (che sarebbero passate da 17.600 a 1.500 euro) 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 sarebbe derivata 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 stato inagibile per la prima parte di durata del contratto, laddove All Foods non disponeva di un centro di cottura alternativo.

L'aggiudicataria era sì ricorsa all'avvalimento della ditta Bertazzoni, ma il relativo contratto avrebbe dovuto considerarsi inammissibile per genericità, non essendo state indicate le risorse prestate dall'impresa ausiliaria (in particolari i mezzi e le persone, oltre alle certificazioni di qualità). In ogni caso, il bando di gara, al punto 9 della parte V, sarebbe stato tassativo nel prescrivere che, in caso di avvalimento, la prestazione oggetto del requisito prestato dovesse 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 agli atti di gara sembrerebbe non esserci apposito reparto dedicato – ed attrezzato – in via esclusiva per le diete specializzate.

7) *Carenza di istruttoria e di motivazione.*

La stazione appaltante avrebbe infatti confermato il provvedimento di aggiudicazione a favore della Soc. All Foods senza prima verificare l'idoneità tecnica del centro di cottura.

Si costituiva in giudizio la All Foods s.r.l., eccependo *in primis* l'inammissibilità del ricorso, in quanto volto a censurare la valutazione discrezionale di congruità dell'offerta sospetta di anomalia; deduceva inoltre l'infondatezza nel merito del gravame, chiedendone conseguentemente il rigetto.

Anche il Comune si costituiva in giudizio, evidenziando l'infondatezza dei motivi di ricorso e

chiedendone il rigetto.

Con sentenza 21 novembre 2017, n. 1364, il Tribunale amministrativo della Lombardia – Sez. staccata di Brescia accoglieva il ricorso, sul presupposto che non sarebbe 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*”. Invero, “*nonostante l’aggiudicataria abbia prodotto una tabella dalla quale risulterebbero mantenute le percentuali delle singole voci di spesa come enucleate 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 giustificazioni dell’offerta, siano sparite nelle seconde giustificazioni*”.

Inoltre, il contratto di avvalimento non sarebbe stato idoneo a comprovare la disponibilità del centro cottura in capo ad All Foods s.r.l., non essendo verosimile 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 [...], in quanto appare del tutto ragionevole ritenere che due imprese non possono coesistere in seno ad un unico centro di cottura*”.

Avverso tale decisione la società All Foods s.r.l. interponeva appello, articolato nei seguenti motivi di impugnazione:

1) *Erroneità della sentenza n. 1364/2017 del TAR Lombardia – Brescia per travisamento dei fatti. Contraddittorietà ed illogicità manifesta. Difetto di motivazione. Superamento dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo. Inammissibilità originaria del ricorso di primo grado.*

2) *Erroneità della sentenza n. 1364/2017 del TAR Lombardia – Brescia per travisamento dei fatti. Contraddittorietà ed illogicità manifesta. Difetto di motivazione ed errati presupposti in fatto. Superamento dei limiti della giurisdizione del giudice amministrativo. Inammissibilità originaria del ricorso di primo grado.*

3) *Erroneità della sentenza n. 1364/2017 del TAR Lombardia – Brescia per travisamento dei fatti. Contraddittorietà ed illogicità manifesta. Difetto di motivazione. Errata applicazione dell’art. 89 del d.lgs. 50/2016. Inammissibilità originaria del ricorso di primo grado.*

Si costituiva in giudizio la cooperativa Cir Food, chiedendo la reiezione dell’appello, poiché infondato. Successivamente la medesima società proponeva anche appello incidentale, limitatamente ai capi della sentenza di primo grado con i quali non erano stati accolti alcuni motivi del ricorso originario.

Successivamente le parti ulteriormente illustravano, con apposite memorie, le proprie rispettive tesi difensive ed all’udienza del 14 giugno 2018, dopo la rituale discussione, la causa passava in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello la società All Foods s.r.l. impugna la sentenza di primo grado in quanto – dopo avere respinto la preliminare eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo siccome volto a sindacare la valutazione tecnico-discrezionale operata dalla Stazione appaltante in merito alla congruità delle giustificazioni – la stessa aveva ritenuto implausibili le giustificazioni dell'anomalia di All Foods poiché:

a) non era stato chiarito *“perché le spese generali siano state drasticamente ridotte a 9.000 euro”*;

b) sarebbe *“del tutto illogica dal punto di vista contabile”* la riconducibilità nei “costi aziendali” di quello per l'informatizzazione del servizio (nelle “prime” giustifiche previsto in € 1.900 annue), stante il possesso ed utilizzo in altre gestioni scolastiche, non essendo *“ragionevole che l'aggiunta al sistema già in uso di un nuovo plesso scolastico sia totalmente priva di costi”*;

c) non sarebbe plausibile l'assorbimento nelle “spese generali” dei costi di manutenzione ordinaria e straordinaria, vista *“la consistente riduzione dovuta all'utilizzo per soli 180 giorni solo la mattina, anziché 365 per due volte al giorno”*, in quanto essa avrebbe dovuto essere più ragionevolmente influenzata dal numero dei pasti che non dal numero di giornate.

Ancora, il primo giudice aveva ritenuto il contratto di avvalimento stipulato tra All Food s.r.l. e la ditta Bertozzi non idoneo a comprovare la disponibilità del centro di cottura in capo alla prima, non essendo credibile 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”*, non apparendo ragionevole che due imprese possono coesistere in seno ad un unico centro di cottura.

Ciò perché *“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”*, ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016.

Secondo l'appellante, il primo giudice avrebbe operato un vero e proprio giudizio di congruità (in merito, tra l'altro, a singoli specifici costi), sostituendosi alla stazione appaltante, con ciò travalicando i limiti del sindacato giurisdizionale.

Ritiene il Collegio, ad un complessivo esame delle risultanze di causa, che il motivo sia fondato.

E' infatti principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa, dal quale non vi è alcuna evidente ragione per discostarsi, nel caso di specie, quello per cui *“il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una gara è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza; il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della P.A. sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non procedere*

ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della P.A. e tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto" (Cons. Stato, III, 22 gennaio 2016, n. 211).

Per l'effetto, *"l'esame delle giustificazioni, il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituiscono espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza dell'Amministrazione ed esulano dalla competenza del giudice amministrativo (Cons. St., V, n. 3800/2014, n. 3770/2014, 1667/2014, 26 giugno 2012, n. 3737; 22 febbraio 2011, n. 1090; 8 luglio 2008, n. 3406; 29 gennaio 2009, n. 497), che può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione abnormi o inficiati da errori di fatto (Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 2014, n. 3459; 6 giugno 2012, n. 3340; 29 febbraio 2012, n. 1183).*

In tal caso il giudice di legittimità esercita il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione e di procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (Cons. Stato, V, 8 luglio 2014, n. 3459, 6 giugno 2012, n. 3340; 29 febbraio 2012, n. 1183, 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n. 5846; 23 luglio 2012, n. 4206)" (ex plurimis, Cons. Stato, V, 29 aprile 2015, n. 2175; VI, 14 agosto 2015, n. 3935).

Il giudice amministrativo, anche nel regime del nuovo Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016), può sindacare le valutazioni dell'amministrazione esclusivamente sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può invece procedere ad una nuova ed autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci.

Tale sindacato rimane dunque limitato ai soli casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti, oppure valutazioni abnormi (*ex multis*, Cons. Stato, III, 22 gennaio 2016, n. 211).

Ciò premesso, appare convincente quanto rilevato dalla società appellante, secondo cui le motivazioni della sentenza direttamente verrebbero a porre in essere una puntuale controvalutazione di affidabilità ed anomalia dell'offerta rispetto a quella a suo tempo operata dalla stazione appaltante, pur in assenza di errori macroscopici o di valutazioni abnormi.

In primis, ciò appare evidente per quanto riguarda la presunta mancata giustificazione della riconducibilità dei costi sull'informatizzazione in quelli aziendali (tra l'altro, per un valore annuo decisamente modesto, minore di 1.900 euro su un'offerta complessiva – parimenti annua – di circa 300.000 euro), nonostante la stazione appaltante avesse accertato il possesso da parte della All Foods s.r.l. dell'applicativo *software*, già utilizzato presso altre strutture scolastiche. Invero, sul punto, la stessa sentenza appellata aveva respinto la tesi difensiva della ricorrente Cif Food (secondo cui la somma relativa al costo del *software* sarebbe stata *"lasciata in carico ai costi aziendali"*), dando atto 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"*.

Analoga criticità emerge in relazione alla ritenuta implausibilità delle argomentazioni addotte per giustificare la mancata indicazione specifica degli oneri di manutenzione ordinaria e straordinaria, (inizialmente stimati dall'offerente in 6.000 euro), secondo cui gli stessi sarebbero stati ricondotti nella voce "spese generali" (spese poi a loro volta quantificate infine in appena euro 1.500 annui, comprensivi del costo della presenza per due ore settimanali del direttore del servizio).

L'aggiudicataria aveva spiegato la consistente riduzione di spesa per la manutenzione in ragione dell'utilizzo dei beni per appena 180 giorni l'anno, e solo la mattina, trattandosi di refezione scolastica, laddove i costi *standard* per i servizi ordinari di mensa ("pasti residenziali") si riferiscono al periodo ben più lungo di 365 giorni l'anno, per due volte al giorno.

Sul presupposto per cui *"l'incidenza degli oneri di manutenzione appare più ragionevolmente influenzata dal numero dei pasti, che non dal numero di giornate di attività"*, discenderebbe l'implausibilità di una così sensibile riduzione dei costi, non contabilmente giustificata dall'aggiudicataria.

Ora, al di là della ragionevolezza di tale ultimo assunto (atteso che, ad esempio, l'usura delle apparecchiature di cottura parrebbe proporzionata più al numero di complessivi accensioni ed utilizzi, che dei pasti potenzialmente consumati), le motivazioni svolte in sentenza non evidenziano profili di manifesta abnormità nel giudizio compiuto dalla stazione appaltante nel corso del *sub*-procedimento di anomalia, tanto più a fronte della pacifica utilizzazione dei beni di mensa per un periodo di tempo dimezzato rispetto all'ordinario.

Né i profili evidenziati in sentenza appaiono "macroscopici", tanto più in quanto riferiti a voci di particolare incidenza nell'economia complessiva dell'offerta – tali cioè da ragionevolmente condizionarne la gestibilità economica – quali il costo della manodopera o delle derrate, etc.

Lo stesso giudice di prime cure, del reso, aveva riconosciuto che sarebbe stato irrazionale chiedere all'aggiudicataria 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"*.

Invero, si legge sempre in sentenza, determinati investimenti possono trovare adeguata copertura 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.

Le censure operate nella sentenza appellata, oltreché valutative ed incidenti la discrezionalità tecnica dell'amministrazione, risultano inoltre incentrate su singoli aspetti specifici dell'offerta, laddove nelle gare di appalto il giudizio sull'anomalia dell'offerta ha natura globale e sintetica, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento, in quanto oggetto di tale

giudizio non è la ricerca di specifiche e singole inesattezze, ma l'attendibilità dell'offerta economica ovverosia ad accertare in concreto che la proposta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto.

Invero, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può mai procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, di modo che il sindacato del giudice è limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto (così Cons. Stato, V, 17 maggio 2018, n. 2953).

Deve infatti ribadirsi, anche sotto questo profilo, che *“In materia di offerte anomale, il giudice amministrativo non può procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che rappresenterebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione, ma può solo verificare il giudizio sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza dell'istruttoria. Solo in tali limiti, il giudice di legittimità, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione, può esercitare il proprio sindacato”* (Cons. Stato, III, 13 marzo 2018, n. 1609).

Con il secondo motivo di appello la sentenza appellata viene inoltre censurata nella parte in cui, dopo aver correttamente dato atto dell'ammissibilità della produzione delle seconde giustificazioni all'offerta, *“le quali non integrano, di fatto, la modifica della stessa”* essendo state prodotte al solo fine di concentrare la valutazione dell'attendibilità dell'offerta, come chiesto dall'amministrazione, ha posto a confronto le suddette giustificazioni concludendo per l'inattendibilità dell'offerta, alla luce di tre criticità specifiche rilevate:

- 1) non sarebbe stata chiarita la ragione della riduzione delle spese generali da 17.600 euro a 9.000 euro;
- 2) sarebbe irrazionale la mancata previsione di un'autonoma voce di costo riguardo la gestione informatizzata del servizio di refezione, presente nelle prime giustificazioni per un importo di 1.900 euro, che non potrebbe comunque essere ricompresa nella voce “costi aziendali” per il sol fatto che la All Food s.r.l. era già in possesso del relativo *software*, utilizzato in altre refezioni scolastiche;
- 3) altresì irragionevole sarebbe la mancata indicazione, nelle seconde giustificazioni, di una voce autonoma relativa al costo sulle manutenzioni, non apparendo plausibile la riconducibilità della stessa alle “spese generali”.

Per contro, sostiene l'appellante, il primo giudice avrebbe erroneamente sottoposto a confronto due dati (le cc.dd. prime e seconde giustificazioni) tra loro eterogenei, impropriamente assimilandole quanto a contenuti e criteri di redazione.

Nell'ambito della verifica dell'anomalia dell'offerta, infatti, la società appellante ha dovuto rendere – in momenti diversi e per ragioni diverse – due distinte giustificazioni della propria

offerta: con la prima sono state espresse la sostenibilità e la congruenza dell'intero piano progettuale economico-finanziario, nell'ottica della massima ottimizzazione dell'utilizzo del centro di cottura della stazione appaltante (come del resto consentito dalla *lex specialis*), anche per la realizzazione di pasti a soggetti ulteriori rispetto ai destinatari della refezione scolastica;

Con la seconda – sollecitata dal Rup per comprendere la congruità dell'offerta unicamente in relazione al servizio di refezione scolastica – sono stati invece considerati i soli costi di tale aspetto dell'offerta, ossia illustrando la sostenibilità dell'offerta in riferimento solo alla ristorazione scolastica.

Non sarebbe stato quindi corretto operare un confronto tra le due giustificazioni al fine di dimostrare l'anomalia dell'offerta, per diversità dei presupposti fondanti la considerazione o meno di specifiche voci nell'una piuttosto che nell'altra.

Anche questo motivo appare fondato.

Invero, come già detto in precedenza, il giudice di prime cure aveva accertato che le seconde giustificazioni non modificavano assolutamente le prime, essendo state rese per un fine diverso, ossia per *“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”*.

Appare quindi fondato il primo presupposto su cui si fonda il motivo di appello, ossia il differente ambito oggettivo delle due giustificazioni: *“l'una riguardante l'intero piano progettuale comprendente anche gli ulteriori pasti, l'altra solo lo “spaccato” della più limitata refezione scolastica”*.

Per l'effetto, non pare effettivamente corretta, sotto il profilo logico, la loro comparazione al fine specifico di verificare l'anomalia dell'offerta nel suo complesso, laddove la seconda vada a *“dettagliare i costi già presenti nella prima al netto della minor incidenza, sul piano finanziario, del numero dei pasti della sola refezione scolastica”*.

A ciò aggiungasi – ed il rilievo pare decisivo – che come già evidenziato in relazione al precedente motivo di appello, i rilievi contenuti in sentenza non si riferiscono all'offerta nel suo complesso, bensì a singoli e specifici aspetti di quest'ultima, per di più non concernenti profili di particolare significatività o decisività nella complessiva economia della stessa (come in precedenza già evidenziato, ad esempio, i costi della manodopera o delle derrate).

In questi termini appare corretta l'eccezione dell'appellante, che contesta sia il fatto che la decisione di prime cure è andata a sindacare singole voci, anziché (eventualmente) verificare la sostenibilità dell'offerta nel suo complesso, sia l'utilizzo di un presupposto illogico, atteso che la diversa stima di taluni costi era consequenziale alla differente prospettiva numerica dei pasti da giustificare, essendo *“l'una contenuta nell'altra”*.

In effetti, da un lato le incoerenze evidenziate in sentenza non paiono connotate da quel

carattere di palese abnormità che solo giustifica l'intervento demolitore del giudice amministrativo sulle determinazioni precedentemente assunte – nell'esercizio della propria discrezionalità tecnica – dalla stazione appaltante; dall'altro, le controdeduzioni dell'appellante – in sintonia del resto con quanto dedotto in primo grado anche dall'amministrazione (contumace in appello) – obiettivamente non appaiono manifestamente implausibili: in linea di principio, infatti, la sentenza impugnata non ha adeguatamente considerato, nelle motivazioni, che *“a fronte di un numero inferiore di pasti da giustificare, diminuiscono i costi: a) per l'acquisto materie prime; b) del personale perché impiegato solo per il periodo scolastico (180 giorni) e non per tutto l'anno; c) degli automezzi, essendo inferiore il numero da impiegare, correlativamente minore è il costo del carburante, delle assicurazioni etc.; d) delle attrezzature da installare, limitate solo a quelle richieste da capitolato (all. 1 al Capitolato); e) di analisi da laboratorio in merito agli adempimenti alla sicurezza alimentare (reg. CEE 852/04 e n. 178/02) essendo più rade le verifiche da effettuare su un numero inferiore di pasti; f) costi generali e accessori, ovviamente minori in termini di necessità di utilizzo di utenze, aggiornamenti professionali, ridotta probabilità di imprevisti per la più limitata esecuzione di pasti (180 giorni solo antimeridiani anziché 365 per tutto il giorno)”*.

Circa le singole voci di costo, ad esempio, il primo giudice non sembra aver tenuto in conto – almeno in linea di principio, nel contestare l'incoerenza del decremento delle spese generali da 17.600 a 9.000 euro – che la riduzione ben poteva essere influenzata dall'oggettiva minor incidenza del numero di pasti da produrre; del pari, le osservazioni contenute in sentenza non si prestano a smentire il dato della *“limitata presenza ed attività del direttore del servizio, con connaturale decremento di costo, sia per l'assenza di ulteriori oneri per professionisti (medici dietologi, biologi nutrizionisti etc.), nonché spese per le trasferte per i pasti a domicilio e la pubblicizzazione ai privati del centro di cottura, ovviamente non sussistenti nell'ambito della refezione scolastica”*.

Ancora, quanto alla manutenzione ordinaria e straordinaria, è del tutto plausibile stimare che un utilizzo di impianti ed attrezzature per 365 giorni l'anno – tanto di mattina che di pomeriggio – sia necessaria una manutenzione costante e frequente (comportante il costo di 6.000 euro annui), laddove un utilizzo ridotto – dal lunedì al venerdì, per 180 giorni ed unicamente di mattina – non può che comportare un minor costo manutentivo, quantificato dall'aggiudicatario – in virtù della sua specifica esperienza professionale e con stima che non pare obiettivamente abnorme – in non più di 1/3 dell'importo preventivato.

Neppure persuade l'ulteriore rilievo contenuto nella sentenza appellata, secondo cui l'offerta di All Foods s.r.l. comporterebbe solamente un risicato utile quantificato in circa 800 euro all'anno, non sufficiente a coprire i costi evidenziati, ove si consideri che la stessa sentenza dà preliminarmente atto dell'obiettivo dell'aggiudicataria di avvalersi del centro cottura messo a disposizione dalla stazione appaltante anche per l'incremento della propria attività verso terzi: al riguardo appare verosimile quanto eccepito dall'appellante, per cui *“più aumentano i pasti da produrre, maggiori saranno gli utili conseguiti, anche in ragione dell'ottimizzazione, oltre che ammortamento, delle risorse utilizzate”*, in considerazione del fatto che se i costi fissi (della struttura fisica e degli oneri connessi) sono già tutti coperti dall'appalto scolastico – come non risulta contestato in atti – *“è evidente che con l'espansione della produzione*

aumenterà il margine di utile, essendo le spese fisse già remunerate dal solo appalto scolastico”.

Tale conclusione trova del resto conforto, sia pure in termini generali (essendo precluso, si ribadisce, al giudice amministrativo un esame puntuale delle singole componenti dell’offerta), nel precedente di Cons. Stato, V, 10 ottobre 2017, n. 4680: *“la concessione del centro di cottura, con possibilità di utilizzo anche in favore di altre commesse, costituisce già di per sé un ulteriore motivo di utile, consentendo all’aggiudicataria di avere la disponibilità di un centro di cottura da poter utilizzare in altri servizi e appalti”.*

Infine, con il terzo motivo di appello viene contestato quanto riportato in sentenza, circa la mancata dimostrazione dell’effettiva disponibilità di un centro cottura da parte di All Foods s.r.l., grazie al contratto di avvalimento stipulato con la G.R.A. di Bertazzoni Paolo & C. s.a.s.

Secondo il primo giudice non sarebbe *“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”*, dovendosi fare applicazione dell’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.

L’appellante eccepisce, al riguardo, l’inapplicabilità alla fattispecie dell’art. 89 cit. e comunque il fatto che la *lex specialis* di gara richiedesse solamente la “disponibilità” del centro cottura (nelle more della conclusione dei lavori di adeguamento di quello della committente), senza a rigore altresì esigere che ivi dovesse poi necessariamente operare il personale dell’ausiliata.

In ogni caso, le caratteristiche del centro cottura messo a disposizione dalla società G.R.A. sarebbero state compatibili con la contestuale presenza del personale di due diverse ditte.

Anche questo motivo appare fondato.

Risulta infatti che l’art. 2 della parte VII del *Capitolato tecnico* prevedesse, quanto alle modalità di esecuzione del servizio (cd. *“specifiche della fornitura”*), che i concorrenti dovessero dimostrare semplicemente la “disponibilità” di un centro di cottura ove preparare i pasti: non si trattava però di un requisito di ammissione alla gara, bensì di “esecuzione” valutato fino ad un massimo di 4 punti.

Ciò premesso, ritiene il Collegio che il contratto di avvalimento (prodotto in atti) fosse idoneo a comprovare tale disponibilità, intesa come possibilità di utilizzare il centro cottura, sia sotto il profilo giuridico che nella realtà dei fatti: con esso infatti l’impresa ausiliaria (p.to 2) si impegnava espressamente a mettere a disposizione dell’avvalente il centro di cottura ubicato in Brescia e le risorse necessarie, *“per l’intera durata delle obbligazioni contrattuali assunte dalla ditta avvalente nei confronti dei Comuni di Manerba del Garda, Padenghe sul Garda e Soiano del Lago”*.

Per contro, il giudizio espresso in sentenza non solo risulta svolto sulla base di argomentazioni ipotetiche ed astratte, ma neppure prende in considerazione, per confutarne la rilevanza nel caso di specie, che la struttura di cui trattasi avrebbe – come dedotto dalla All Foods s.r.l. – una superficie complessiva di circa 1.600 mq., per di più suddivisi in diverse aree tra cui spogliatoi e servizi, stoccaggio, celle frigorifere, locale di preparazione, locale di cottura, zona diete speciali, area confezionamento spedizione.

A fronte di tali circostanze obiettive, è perlomeno dubbio che la struttura oggetto del contratto di avvalimento non fosse idonea a consentire, per di più per un periodo di tempo limitato, un aumento di presenze *in loco*.

Venendo ora al primo motivo di appello incidentale proposto dalla Cooperativa Italiana di Ristorazione soc. coop. - Cir Food soc. coop., con esso si deduce, innanzitutto, che il primo giudice non avrebbe correttamente interpretato l'offerta progettuale, poiché in nessun punto del progetto l'impresa All Foods s.r.l. avrebbe precisato che il costo indicato come "oneri della sicurezza aziendale" era da intendersi come mero ed astratto valore di riferimento.

Una tale conclusione, del resto, appariva obbligata alla luce della *lex specialis* di gara, che imponeva alle concorrenti l'obbligo di formulare *"una reale e seria offerta sin dal progetto, anche riferita al costo della sicurezza aziendale, il quale, essendo un elemento essenziale dell'offerta, è articolato per ciascun concorrente in relazione all'organigramma di lavoratori che offre in gara, ai sensi di quanto previsto dal T.U. della sicurezza"*.

In ogni caso, il costo di 5.300 euro annui per oneri della sicurezza aziendale indicato nella relazione progettuale (sia esso un dato effettivo, sia semplicemente di mero riferimento) sarebbe palesemente sottostimato (l'*iter* argomentativo seguito nella sentenza contrasterebbe, al riguardo, con l'art 97, comma 4, lett. "d" del d.lgs. n. 50 del 2016 vieta giustificazioni al ribasso del costo degli oneri della sicurezza aziendale).

Deduce infine, l'appellante incidentale, la violazione del principio del divieto di anticipazione della offerta economica nei riguardi di uno degli elementi essenziali, che è, per l'appunto, la voce degli oneri della sicurezza aziendale. Né la sentenza appellata coglierebbe nel segno laddove argomenta che la censura dell'allora ricorrente si sarebbe tradotta in una mera – ed irrisoria – differenza percentuale di pochi centesimi tra il costo degli oneri della sicurezza aziendale indicati nella offerta economica e l'importo indicato nelle due giustificazioni.

Il motivo è, nel suo complesso, infondato.

Per ragioni di coerenza logica, è opportuno esaminare per prima la censura relativa alla presunta violazione del divieto di anticipazione dell'offerta economica in quella tecnica: al riguardo, va escluso che detta violazione sussista, tant'è che i valori indicati nel progetto tecnico non coincidono con quelli indicati nell'offerta economica.

Risulta invece dagli atti, come già evidenziato dal primo giudice, che la società All Foods s.r.l. ha semplicemente ottemperato a quanto specificamente imposto (a pena di esclusione) dall'art. 4 del bando di gara, per cui i partecipanti dovevano presentare una dettagliata

indicazione delle voci degli oneri per la sicurezza aziendale all'interno del proprio progetto gestionale.

In ragione della vincolatività di tale clausola, la società evidenziava le singole voci componenti le misure della sicurezza aziendale, limitandosi però a specificare i valori delle singole voci e non i costi delle stesse.

Appare quindi corretta l'argomentazione del primo giudice, per cui *“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”*.

Né dal progetto presentato da All Foods s.r.l. risulta l'indicazione che il costo indicato a titolo di oneri della sicurezza aziendale fosse un mero ed astratto valore di riferimento, come invece dedotto dall'appellante incidentale.

Per contro, solo nell'offerta economica venivano indicati, in modo puntuale, i costi per la sicurezza, stimati in euro 10.526,90 (relativi a 6 anni di servizio): risulta quindi maggiormente persuasiva la difesa dell'appellata incidentale, secondo cui le argomentazioni della Cir Food si fondano su un presupposto totalmente errato, l'aver cioè sommato i meri valori assoluti indicati da All Food s.r.l. nel prospetto dell'offerta tecnica per dettagliare le singole voci della sicurezza, ritenendo che indicassero i costi (e non i valori) annuali della sicurezza.

In ogni caso, evidenzia condivisibilmente il primo giudice, *“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”*.

Per le medesime ragioni non è fondata la doglianza per cui il primo giudice avrebbe dovuto verificare l'attendibilità dell'offerta aggiudicataria, nella parte vi sarebbe una discrasia tra gli oneri indicati nell'offerta progettuale e quelli dell'offerta economica, con conseguente esclusione della stessa: invero, lungi dall'emergere la lamentata discrasia, la richiesta di Cir Food presenta altresì dei profili di inammissibilità, laddove implichi la richiesta al giudice amministrativo di surrogarsi alla stazione appaltante nell'esercizio di una valutazione di congruità che è tipica espressione della discrezionalità tecnica di quest'ultima.

Con il secondo motivo di appello incidentale, strettamente legato al precedente, si rinnova la censura per cui la condotta di gara dell'impresa All Foods s.r.l. si sarebbe tradotta in un'illegittima violazione del principio in forza del quale non sono ammesse giustificazioni al ribasso degli oneri della sicurezza aziendale: ciò sarebbe evincibile, giustappunto, dalla già dedotta contraddittorietà tra gli importi indicati nell'offerta progettuale ed economica e le relative giustificazioni, nonché dal riscontro che la valorizzazione degli oneri della sicurezza aziendale rappresentati nell'offerta economica e nei successivi giustificativi, non avrebbe in realtà avuto alcuna corrispondenza con l'indicazione presentata dalla medesima impresa

nell'offerta progettuale (in violazione dell'art. 97, comma 5, lett "c" del d.lgs. n. 50 del 2016).

Il motivo non è fondato, alla luce delle considerazioni già esposte in ordine a quello precedente, in quanto l'offerta tecnica di All Foods s.r.l., per le ragioni già viste, non contiene una preventiva indicazione dei costi di sicurezza.

Infine, con il terzo motivo di appello incidentale viene contestato, per tuziorismo, che – nonostante la sentenza di primo grado avesse accolto il secondo ed il terzo motivo del ricorso proposto da Cir Food, sul presupposto che il giudizio di congruità compiuto dalla stazione appaltante in merito all'offerta di All Foods s.r.l. fosse illogico – le seconde giustificazioni trasmesse da All Foods costituissero parte integrante e complementare delle prime.

Per l'effetto, il primo giudice avrebbe altresì dovuto prender atto che l'offerta di quest'ultima avrebbe dovuto essere esclusa anche per contraddittorietà ed incompatibilità tra entrambe le giustificazioni rese in sede di verifica dell'anomalia, essendosi verosimilmente in presenza di due distinte offerte.

Neppure questo motivo è fondato.

Come già evidenziato in precedenza, non è corretto ritenere che All Food s.r.l. abbia presentato due distinte giustificazioni, dal momento che le "prime" erano state redatte per illustrare la sostenibilità dell'intero progetto economico finanziario, nella sua completezza (presupponendo anche lo sfruttamento del centro di cottura per la produzione di pasti destinati a utenti terzi rispetto a quelli della refezione scolastica).

Le "seconde", chieste espressamente dal Rup, risultavano invece riferite alla sostenibilità dell'offerta e dei relativi costi, parametrati sulla sola preparazione dei pasti per la refezione scolastica, con correlato minor sfruttamento delle potenzialità del centro di cottura e dell'attività da eseguire.

Per l'effetto, come già evidenziato, i diversi dati di costo non sono riferibili, con evidenza, a due distinte tipologie di offerta, ma sono verosimilmente dovuti alla diversa incidenza del numero di pasti da fornire sui diversi fattori considerati.

Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono l'appello principale va accolto, dovendosi invece respingere quello incidentale.

La particolarità e complessità delle circostanze trattate giustifica peraltro, ad avviso del Collegio, l'integrale compensazione tra le parti delle spese di lite del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l'effetto respingendo – in riforma dell'appellata sentenza – il ricorso introduttivo proposto da Cooperativa Italiana di

Ristorazione soc. coop. - Cir Food soc. coop.

Respinge l'appello incidentale proposto da quest'ultima.

Compensa tra le parti le spese di lite del grado di giudizio.

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