

## **Determinazione del prezzo a base d'asta e attività istruttoria.**

*di Cesare Caturani*

*Data di pubblicazione: 27-3-2018*

1. Anche in vigore del d. lgs. n. 50/2016, come richiesto dal suo art. 30, co. 1, le stazioni appaltanti devono garantire la qualità delle prestazioni, non soltanto nella fase di scelta del contraente, ma anche in quella di predisposizione dei parametri della gara, attraverso un'attività istruttoria approfondita ed adeguata.

### **Guida alla lettura**

In questa pronuncia il T.A.R. accoglie un ricorso proposto contro gli atti di indizione di una procedura avente ad oggetto il servizio di mantenimento dei detenuti e internati attraverso l'approvvigionamento di derrate alimentari per il confezionamento di pasti per gli istituti penitenziari, stigmatizzando l'istruttoria compiuta dalla stazione appaltante per quantificare la diaria giornaliera per il servizio, tradottasi in una base d'asta irragionevole e tale da rendere il sotteso rapporto contrattuale insostenibile.

Il mancato svolgimento di un'istruttoria adeguata ed approfondita trova evidenza nell'assenza di un piano economico-finanziario in grado di giustificare i valori economici indicati dalla stazione appaltante a base di gara, i quali, per giunta, si rivelano essere gli stessi già impiegati per procedure simili svolte negli anni precedenti, pur in presenza di richieste più articolate, oltre al fisiologico aumenti dei prezzi negli anni. Analogamente incongruente l'utilizzo di uno studio diretto a stimare la percentuale di incidenza sul prezzo a base d'asta delle derrate alimentari, laddove esso risulti riferito ad una diversa tipologia di utenti e frequenza dei pasti, oltre che risalente a diversi anni prima.

In sostanza, si ribadisce il principio per cui la base d'asta concernente una diaria giornaliera, sebbene non debba corrispondere necessariamente al prezzo di mercato, nemmeno può essere determinata arbitrariamente, pena l'alterazione della concorrenza.

**Repubblica Italiana**

**In nome del popolo italiano**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna**

## (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 573 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da Saep s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giovanni Crisostomo Sciacca, Biagio Giliberti, Giuseppe De Vergottini, Antonella Capria, Gennaro Terracciano, Vincenzo Barrasso, Edoardo Rulli, Francesca Carlesi, Luca Amicarelli, Enrico Esposito, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuseppe De Vergottini sito in Bologna, via Santo Stefano n. 16;

### *contro*

- il Ministero della Giustizia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato presso i cui uffici distrettuali è domiciliato per legge in Bologna, via Guido Reni, n. 4;

### *nei confronti di*

- Pastore s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

### *per l'annullamento*

a) *quanto al ricorso introduttivo:*

- del bando di gara avente ad oggetto il «servizio di mantenimento dei detenuti e internati attraverso l'approvvigionamento di derrate alimentari per il confezionamento di pasti per gli istituti penitenziari, con assicurazione del servizio di sopravvitto», indetto dal Provveditorato Regionale per l'Emilia Romagna e Marche pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 5 luglio 2017;

- del disciplinare di gara, del capitolato prestazionale, dello schema di accordo quadro, delle tabelle vittuarie invernali ed estive, delle appendici al capitolato prestazionale, nonché di tutti gli altri atti inclusi nella *lex specialis* di gara, ivi inclusa, ove occorrer possa, la determina a contrarre decreto n. 451 adottata dal Provveditorato Regionale per l'Emilia Romagna e Marche in data 22 giugno 2017 e pubblicata sul sito web del Ministero della Giustizia in data 11 luglio 2017;

- di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ivi inclusi quelli istruttori ove assunti a presupposto per l'individuazione dei prezzi unitari a base d'asta relativi alla diaria giornaliera;

b) *quanto al ricorso per motivi aggiunti:*

- del bando di gara avente ad oggetto il “servizio di mantenimento dei detenuti e internati attraverso

l'approvvigionamento di derrate alimentari per il confezionamento di pasti per gli Istituti penitenziari, con assicurazione del servizio di sopravvitto”, indetto dal Provveditorato Regionale per l'Emilia Romagna e Marche pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 5 luglio 2017;

- del disciplinare di gara, del capitolato prestazionale, dello schema di accordo quadro, delle tabelle vittuarie invernali ed estive, delle appendici al capitolato prestazionale, nonché di tutti gli altri atti inclusi nella *lex specialis* di gara, ivi inclusa, ove occorrer possa, la determina a contrarre decreto n. 451 adottata dal Provveditorato Regionale per l'Emilia Romagna e Marche in data 22 giugno 2017 e pubblicata sul sito web del Ministero della Giustizia in data 11 luglio 2017;

- di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, ivi inclusi quelli istruttori, dal contenuto ignoto, ove assunti a presupposto per l'individuazione dei prezzi unitari a base d'asta relativi alla diaria giornaliera;

- nonché, ove occorrer possa, della relazione depositata in giudizio.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della Giustizia;

Vista la memoria di parte ricorrente;

Visti i decreti presidenziali nn. 225/2017 e n. 299/2017 con i quali sono state respinte le istanze di misure cautelari provvisorie avanzate dalla parte ricorrente;

Vista l'ordinanza n. 337/2017 con la quale è stata respinta l'istanza cautelare ex art. 119 cod. proc. amm.;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. dott. Giuseppe La Greca;

Uditi nell'udienza pubblica del 31 gennaio 2018 gli avv.ti Maria Pia Bianchi, in sostituzione dell'avv. Giuseppe De Vergottini, Giovanni Sciacca Crisostomo e Biagio Giliberti; nessuno presente per il Ministero della Giustizia;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.- Oggetto della domanda di annullamento proposta con il ricorso in epigrafe è il bando di

gara del 5 luglio 2017 emanato dal Ministero della Giustizia avente ad oggetto la conclusione di un accordo quadro per l'affidamento del «servizio di mantenimento dei detenuti e internati attraverso l'approvvigionamento di derrate alimentari per il confezionamento di pasti per gli istituti penitenziari, con assicurazione del servizio di sopravvitto» - Provveditorato Emilia Romagna e Marche. Tale bando prevede un prezzo a base d'asta di € 3,90 che la ricorrente – al fine di giustificare il proprio interesse al ricorso – ritiene essere non remunerativa e, in quanto take, ostativa alla partecipazione alla gara.

2.- Il ricorso si articola in quattro motivi di doglianza con i quali la ricorrente ha dedotto i vizi come di seguito rubricati:

1) Violazione di legge (artt. 4, 23, 35, 54, 95 del d. lgs. n. 50 del 2016); eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria e travisamento in punto di qualificazione della diaria giornaliera per il servizio di mantenimento detenuti. La ricorrente sostiene che il prezzo posto a base d'asta non sarebbe congruo, per le ragioni esposte nel parere *pro veritate* del prof. Angelo Maizza (professore ordinario di Economia e gestione delle imprese presso l'Università del Salento) e nella relazione tecnica del prof. Paolo Cupo (professore ordinario di Economia ed estimo rurale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II), entrambi allegati agli atti del giudizio, nonché sulla base di quanto emergerebbe da uno studio generale sui prezzi dei prodotti alimentari in Italia redatto dalla società di consulenza Ernst & Young (le cui risultanze sono state prodotte in giudizio).

Osserva parte ricorrente che:

- nell'intervallo 2010-2017 vi sarebbe stata una crescita media del prezzo dei prodotti tradizionali pari al 14-15% e che con riferimento ai prodotti biologici le quantità richieste dall'Amministrazione sarebbero difficilmente reperibili sul mercato nazionale;
- tra le prestazioni oggetto del corrispettivo rientrerebbero obblighi, attività e prestazioni - anche diverse dalla fornitura di derrate alimentari - che darebbero luogo ad ulteriori costi;
- nel bando non sarebbero stati specificati i criteri e le modalità utilizzati per giungere alla stima della diaria pari ad € 3,90 considerato che la stessa sarebbe identica a quella posta a base di gara nella precedente procedura del 2010 la quale non prevedeva l'obbligo di fornitura di prodotti biologici e da denominazione di origine controllata;
- che la diaria media per le prestazioni di cui trattasi, secondo le risultanze dei predetti parere *pro veritate* e relazione tecnica, si attesterebbe in una forbice compresa tra € 4,82 ed € 5,59;

2) Violazione di legge (art. 34 d. lgs. n. 50 del 2016; art. 57 TFUE e art. 3 Cost.); eccesso di potere per irragionevolezza ed impossibilità della prestazione richiesta. L'Amministrazione avrebbe chiesto la certificazione DOP/IGP/STG anche per prodotti asseritamente non rinvenibili sul mercato e la quantità di prodotti biologici richiesta in applicazione dei criteri minimi ambientali (d.m. 25 luglio 2011, implicherebbe una impossibilità di approvvigionamento da parte delle imprese. In tal senso ha dubitato della legittimità costituzionale e della

compatibilità con il diritto dell'Unione Europea dell'art. 34 d. lgs. n. 50 del 2016 il quale, per effetto dei quantitativi percentuali ivi previsti, impedirebbe agli operatori economici la partecipazione alle gare pubbliche);

3) Eccesso di potere per irragionevolezza ed indeterminatezza della *lex specialis*; impossibilità di «definire seriamente l'offerta». Secondo parte ricorrente le clausole della legge di gara sarebbero indeterminate ed impedirebbero di comprendere e valutare con precisione l'entità delle prestazioni da offrire e ciò con particolare riferimento al punto 5.2 del capitolato, allorché sarebbe prevista la possibilità di modificare in ogni momento l'atto di regolamentazione del servizio;

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 162 d.lgs. n. 50 del 2016; difetto di motivazione. Lamenta parte ricorrente la mancata indicazione della procedura selettiva secondo il regime dei contratti secretati di cui all'art. 162 d. lgs. n. 50 del 2016, ciò che darebbe luogo ad una dequotazione del requisito curriculare in possesso degli operatori economici che vantino esperienze di forniture di derrate alimentari per detenuti.

3.- Con successivo ricorso per motivi aggiunti parte ricorrente ha dedotto ulteriori vizi del provvedimento impugnato conseguenti al deposito da parte del resistente Ministero di una relazione sui fatti di causa (priva di indicazione dell'ufficio emanante e priva di sottoscrizione):

1) Violazione di legge (artt. 30, 95, e 97 d. lgs. n. 50 del 2016; artt. 1, 3, 12 della l. n. 241 del 1990); eccesso di potere sotto diversi profili. L'Amministrazione non avrebbe spiegato le ragioni per le quali ha reiterato la base d'asta prevista per le gare pregresse pur in presenza delle odierne tabelle applicative dei criteri ambientali minimi e della diversa qualità e quantità delle prestazioni complessivamente considerate. Sarebbe in tal senso inconferente il richiamo operato dal Ministero della Giustizia a criteri di stima del prezzo sulla base di gare espletate per l'aggiudicazione di servizi di ristorazione, involgenti prestazioni diverse da quelle oggetto della fornitura di derrate alimentari;

2) Violazione dell'art. 9 della l. n. 354 del 1975 e dell'art. 11 d. P.R. n. 230 del 2000; violazione delle tabelle vittuarie del d.m. Giustizia 9.5.2017; difetto di istruttoria e motivazione, incompetenza e contraddittorietà. L'Amministrazione ha previsto nella legge di gara l'applicazione dei criteri ambientali minimi i quali, pur se già in vigore da data precedente al d.m. di approvazione delle tabelle vittuarie, non sarebbero stati utilizzati anche per redigere queste ultime. Ne discenderebbe l'illegittimità del bando sia se si ritenga aver applicato i predetti criteri a tabelle vittuarie elaborate indipendentemente da essi, sia laddove si ritenga che la fornitura sia eseguita in base a tabelle vittuarie approvate nella vigenza dei criteri ambientali minimi ma che a questi non fanno alcun riferimento.

4.- Si è costituito in giudizio il Ministero della Giustizia il quale non ha spiegato difese scritte ma ha depositato in giudizio numerosi documenti, comprensivi di relazioni redatte dagli uffici, sulla vicenda procedimentale per cui è causa.

Con un primo documento («relazione sui fatti di causa») depositato dall'Avvocatura dello Stato il 1° settembre 2017, gli uffici centrali del Ministero della Giustizia hanno evidenziato, per

quanto qui d'interesse, che:

- con riferimento all'introduzione dei criteri minimi ambientali in materia di derrate alimentari l'Amministrazione non avrebbe vincolato ogni derrata alla percentuale minima ivi contemplata ma avrebbe «mantenuto l'impostazione dei C.A.M. che ancorano la predetta percentuale all'insieme dei generi afferenti alle singole macrocategorie» ed in nessun caso verrebbe richiesto il 100% di derrate con provenienza corrispondente a quanto previsto nei C.A.M

- con riferimento alla quantificazione del prezzo a base d'asta, essa sarebbe stata stimata «avendo a riferimento i ribassi ottenuti nel precedente affidamento e le risultanze delle gare di appalto dei servizi di mensa in tutti gli istituti penitenziari aggiudicate [...] nel primo semestre 2017 con analoghe caratteristiche di sostenibilità ambientale»;

- dai suddetti prezzi di aggiudicazione sarebbero stati «sottratti i costi direttamente ed esclusivamente riferibili al servizio di ristorazione quali la gestione della mensa e la manipolazione e confezionamento dei cibi [...]»;

- con riferimento al rapporto tra tabelle vittuarie e C.A.M. nessuna incongruenza sussisterebbe;

- quanto, da ultimo, all'atto di regolamentazione ed alla sua modificabilità, essa sarebbe strumentale a definire aspetti di dettaglio che rendano «più agevole ed efficace l'intera attività».

Con un secondo documento depositato il 27 settembre 2017 gli uffici centrali del Ministero della Giustizia hanno evidenziato che l'abbattimento nella misura del 65-70% dei costi del servizio di mensa oggetto di altra gara aggiudicata sulla base di analoghi parametri ambientali sarebbe «stato stimato prendendo a riferimento, in particolare, un documento di analisi comparativa dei costi per l'erogazione del servizio di ristorazione scolastica [...] predisposto da una società di servizi specializzata nel settore agroalimentare (Conal, *n.d.e.*) e commissionato dall'ASP di Viareggio per meglio definire il prezzo di un pasto e dei servizi ad esso collegati nell'ambito della ristorazione scolastica».

Con un'ulteriore relazione della struttura periferica emiliano-marchigiana del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, il resistente Ministero ha osservato che i criteri di determinazione del prezzo a base d'asta sarebbero stati esplicitati nella determinazione a contrarre n. 451 del 22 giugno 2017. La relativa definizione muoverebbe, invero, dagli elementi emersi nel corso della valutazione dell'anomalia delle offerte nella - diversa - gara per l'affidamento del servizio di mensa nell'ambito della quale sarebbe stata fatta applicazione della stima del costo delle derrate alimentari emerso in appositi studi (delle Società Unilabor, Marconi Group, Rica).

Da ultimo, la predetta relazione evidenzia che la mancata variazione del prezzo rispetto a quello del 2010 sarebbe dipesa dalla circostanza che la precedente gara prevedeva una procedura riservata sicché ciò dava luogo - in tesi - ad un ristretto numero di partecipanti con offerte limitate a ribassi minimi.

5.- In prossimità dell'udienza il Provveditorato regionale per l'Emilia Romagna e Marche del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha depositato apposita relazione mentre parte ricorrente ha depositato la comunicazione della disposta sospensione delle operazioni di gara da parte della stessa Amministrazione.

6.- All'udienza pubblica del 31 gennaio 2018, presenti i procuratori della parte ricorrente il quali si sono riportati agli scritti difensivi, il ricorso, su richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

7.- Rammenta, in primo luogo, il Collegio come in *subiecta materia* la sentenza sia ordinariamente redatta «in forma semplificata», potendo consistere «in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo» (artt. 120, co. 6 e 74 c.p.a.). È in stretta aderenza a dette coordinate normative, e richiamando come «precedente conforme» la sentenza del T.A.R. Campania, Sezione IV, del 20.11.2017, n. 5476 (ma, negli stessi termini, *cf.* anche, stesso T.A.R., sentenze nn. 5477/2017 e 5483/2017, T.A.R. Sicilia, Palermo, 27.12.2017, n. 3015), che la Sezione intende procedere di seguito allo scrutinio della *res iudicanda*.

8.- Sempre in via preliminare, occorre verificare se l'avvenuta partecipazione della parte ricorrente alla gara per cui è causa (*cf.* relazione del Ministero depositata il 20 dicembre 2017) abbia determinato effetti sulla permanenza dell'interesse della stessa ad impugnare il bando.

La risposta a tale interrogativo non può che essere di segno negativo.

S'intendono come noto per clausole escludenti, non solo le clausole che dettano i requisiti di partecipazione in senso stretto, ma anche quelle che impongono, ai fini della partecipazione, «oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati, ovvero che impediscono o rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnico o economico, ovvero che prevedono condizioni negoziali eccessivamente onerose o obiettivamente non convenienti» (*cf.*, *ex aliis*, Cons. Stato, n. 491 del 2015) o anche solo impositive di oneri del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (Cons. St. n. 3110 del 2017).

9.- Ne discende che l'avvenuta partecipazione della ricorrente alla gara non determina l'improcedibilità del gravame il quale deve essere, invece, accolto in ragione della fondatezza del primo motivo.

10.- Nella controversia in esame va fatta applicazione dei principi di diritto formulati dal T.A.R. Campania, Napoli, con la sentenza n. 5476 del 2017 e dal T.A.R. Sicilia, Palermo, con la sentenza n. 3015 del 2017, sugli omologhi ricorsi proposti dalla Saep s.p.a. quanto all'irragionevolezza della base d'asta che renderebbe il rapporto contrattuale economicamente insostenibile, come prospettato con le corrispondenti censure nel presente gravame.

11.- «Anche nel caso in esame, come già ritenuto dal T.A.R. Napoli con la sentenza citata, per una più compiuta disamina in ordine alla contestata irragionevolezza della diaria giornaliera posta a base di gara, può farsi riferimento alla relazione tecnica di parte e segnatamente sia al parere pro-veritate sulla congruità del prezzo a base d'asta, predisposto e giurato dal Prof.

Amedeo Maizza, Ordinario di Economia e Gestione delle Imprese presso l'Università del Salento; sia alla relazione tecnica redatta dal Prof. Paolo Cupo, Professore Ordinario di Economia ed Estimo Rurale presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, entrambe versati in atti.

Dette relazioni, che sono il risultato dell'elaborazione di una serie di dati raccolti presso diverse fonti ufficiali, come già riconosciuto dal T.A.R. Campano, conducono ad una elaborazione di prezzi superiori a quelli posti a base di gara per la diaria e costituiscono un serio indizio della irragionevolezza del prezzo posto a base di gara, che avrebbe dovuto essere smentito dalla dimostrazione di una approfondita e adeguata istruttoria da parte della stazione appaltante, il che stando agli atti di causa, non è avvenuto.

Il T.A.R. di Napoli ha sottolineato come l'elemento qualificante della procedura selettiva in argomento, rispetto a quella caratterizzante la precedente commessa, va colto nell'inserimento, all'interno del rapporto di fornitura posto a base di gara, di una percentuale di prodotti "a basso impatto ambientale". Ed tal riguardo, ha condivisibilmente evidenziato che la finalità di somministrare alimenti di qualità, compatibili con i C.A.M., oltre che imposta dalla disciplina di settore, appare del tutto meritevole e coerente con la funzione costituzionale della pena e con la tutela del benessere fisico dei detenuti, anch'esso costituzionalmente garantito (v. artt. 27 e 32 Cost.).

Quello che anche in questa sede viene avvertito da parte ricorrente è proprio la prospettata inidoneità delle previsioni del bando a conseguire, in concreto, le ambiziose finalità sopra esposte non essendo le previsioni di gara sostenute da una chiara e preventiva verifica di fattibilità.

Come già sostenuto dal T.A.R. campano, anche nel caso in esame è da ritenersi che la procedura di gara sia stata avviata senza una adeguata istruttoria e, segnatamente, in assenza di un preliminare piano economico-finanziario capace di giustificare i valori economici posti a base della selezione» (T.A.R. Sicilia, *cit.*).

Costituisce un rilievo ampiamente sintomatico la circostanza che la base d'asta sia identica a quella di cui alla gara svoltasi diversi anni addietro nonostante il fisiologico aumento dei prezzi e nonostante allora non fossero richieste le rilevanti percentuali di alimenti C.A.M. che sono, invece, richieste nella presente procedura.

La citate sentenze n. 5476 del 2017 e n. 3015 del 2017 hanno sottolineato come, in sostanza, l'Amministrazione, per determinare la base d'asta, abbia proceduto con il mero scorporo del costo medio delle derrate alimentari rilevato nelle gare, svolte sul territorio nazionale per il - diverso - servizio mensa erogato agli agenti della polizia penitenziaria, le quali sarebbero state strutturate secondo analoghi criteri di sostenibilità ambientale. Segnatamente, per le succitate sentenze, l'Amministrazione ha ritenuto che, nella complessiva economia del servizio aggiudicato, il costo delle derrate alimentari fosse pari al 30-35% del prezzo di aggiudicazione ed ha, così, calcolato il prezzo di tali forniture a cui ha rapportato la base d'asta di cui si discute.



Ritiene il Collegio di poter condividere tale assunto ed in particolare la considerazione che, in tale operazione di «scorporo», risiedano ulteriori vizi istruttori che corroborano la dedotta irragionevolezza della base d'asta denunciata dalla parte ricorrente.

Ciò su cui il Collegio ritiene di soffermarsi, per brevità di trattazione, è il passaggio delle condivise sentenze già più volte citate, in cui si tratta il tema della prospettata metodologia seguita dalla P.A. per l'individuazione della prescritta percentuale di scorporo, siccome definita sulla base di uno studio (reperibile su internet) operato da una società privata (CONAL) per conto dell'azienda pubblica di servizi alla persona (ASP) di Viareggio in relazione alla fornitura di pasti operata, nell'anno 2012/2013, a beneficio, soprattutto, di scuole dell'infanzia, scuole primarie e asili, nonché di alcune altre tipologie di utenze (cooperative sociali e casa di riposo).

È proprio nell'ambito di questo studio, infatti, che viene stimato il costo delle derrate alimentari in una percentuale di circa il 35%-40% del costo totale.

Tuttavia, come sostenuto nella sentenza n. 3015 del 2017, «l'Amministrazione non ha tenuto conto della profonda diversità dell'ambito di riferimento in cui è maturato tale studio, tanto differente da rendere ancora più fievole quel rapporto di equivalenza che, già in prima battuta, al T.A.R. Napoli era sembrato infatti forzato nel confronto tra l'appalto qui in rilievo e quello del servizio mensa.

Ed infatti, nello studio preso a riferimento i pasti sono forniti, in grande prevalenza, a studenti dell'asilo e della scuola dell'infanzia e primaria, con la conseguenza che gli alimenti sono indubbiamente somministrati in quantità intuitivamente minori rispetto a quelle di cui sono bisognevoli gli adulti che, per l'ovvia applicazione delle norme in tema di imputabilità penale (artt. 97 e 98 c.p.), compongono la popolazione carceraria. In secondo luogo, si condivide con il T.A.R. Campano l'osservazione secondo cui lo studio si riferisce a pasti confezionati per individui liberi che effettuano anche dei pasti al di fuori del circuito monitorato, il che costituisce un ulteriore profilo di diversità significativa.

Detti rilievi corroborano la prospettazione di parte ricorrente, formulata con la prima doglianza, di palese irragionevolezza della presunzione che l'incidenza del costo delle derrate alimentari sia analogo in procedure rivolte a utenze tanto diverse.

Si riporta altro significativo passo della sentenza n. 5476/2017 *cit.*: “A ben vedere, poi, la conclusione in merito alla non estensibilità delle conclusioni dello studio effettuato dal CONAL a prestazioni di carattere diverso è confermata dall'introduzione dello studio medesimo, secondo cui, il confronto con i prezzi di mercato in situazioni analoghe non è operazione metodologicamente corretta “perché ogni situazione è un caso a se stante e non esistono situazioni sovrapponibili *sic et simpliciter*, essendo molteplici le variabili che possono intervenire: numero di pasti erogati giornalmente, durata contrattuale, modalità di erogazione del servizio, logistica, eventuali ammortamenti, livello di qualità del servizio, efficienza, livello di soddisfazione del cliente ecc.. Tuttavia il confronto con situazioni similari può essere effettuato, ma solo per avere un'idea di massima sull'andamento del mercato e non per conoscere la congruità dei singoli elementi costitutivi del costo pasto, in relazione alla ricaduta qualitativa sul

servizio in generale” (cfr. pag. 3 del citato studio della CONAL). Inoltre, lo studio è datato non essendosi potuto tener conto, evidentemente, dell’eventuale fluttuazione dei prezzi delle diverse tipologie di cibo successiva al 2013» (cfr. TAR Sicilia, *cit.*).

Innanzi a una operazione tanto complessa e potenzialmente fallace di per sé, emerge con ancora maggiore evidenza il vizio istruttorio sopra descritto nell’utilizzare un parametro modellato in tempi diversi e per una gara relativa a un servizio destinato a una ben diversa tipologia di utenza.

Preme ribadire, ancora, che la documentazione depositata dalla P.A., non solo, non ha confutato le asserzioni della parte ricorrente in merito alla irragionevolezza della determinazione della base d’asta, ma, anzi, ha confermato la sussistenza di un’istruttoria superficiale, che non consente di ritenere la diaria giornaliera indicata a base d’asta adeguata a garantire un’offerta di qualità, competitiva e remunerativa (cfr., sulla necessità di determinare la base d’asta facendo riferimento a criteri verificabili, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 agosto 2017 n. 4081, per cui: “...la base d’asta stessa, seppure non deve essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza; id., Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2168). Alla stessa stregua il tentativo del Provveditorato regionale per l’Emilia Romagna e Marche di sostenere la congruità della motivazione circa i criteri di determinazione del prezzo a base d’asta mediante un rinvio al contenuto della determinazione a contrarre n. 451 del 2017 (cfr. relazione depositata il 20 dicembre 2017) è fallace sul rilievo che, sul piano sostanziale, nessuna ulteriore enucleazione del *modus operandi* è nella stessa contenuto.

Va rimarcato, infine, come, anche nella disciplina del nuovo codice degli appalti, le stazioni appaltanti debbano garantire la qualità delle prestazioni, non solo nella fase di scelta del contraente (cfr. art. 97 in tema di esclusione delle offerte anormalmente basse), ma anche nella fase di predisposizione dei parametri della gara (cfr. art. 30, co. 1 d.lgs. 50/2016).

12.- Conclusivamente, alla luce delle argomentazioni che precedono, devono ritenersi fondati i suesposti profili del motivo qui in rilievo.

13.- Il ricorso va, pertanto, accolto, dovendo ritenersi assorbiti gli ulteriori motivi di gravame, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

14.- Sussistono tuttavia eccezionali ragioni, legate alla peculiarità e novità della questione controversa, per compensare le spese di lite tra le parti costituite; le stesse vanno dichiarate irripetibili nei confronti della parte privata non costituita in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Emilia Romagna (Sezione seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l’effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Compensa le spese tra e parti costituite e le dichiara irripetibili nei confronti della Pastore s.r.l., non costituita in giudizio.

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