

N. 00039/2009 REG.SEN.

N. 01173/2008 REG.RIC.

**R E P U B B L I C A I T A L I A N A****IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana****(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Sul ricorso numero di registro generale 1173 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Colzi e Roberto Invernizzi, con domicilio eletto presso Fabio Colzi in Firenze, via San Gallo N. 76;

***contro***

Azienda ASL 6 – Livorno, non costituitasi in giudizio ;  
Estav Nord Ovest - Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Iaria, con domicilio eletto presso Studio Legale Lessona in Firenze, via dei Rondinelli N. 2;

Azienda USL 5 - Pisa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Alessandra Di Bugno, con domicilio eletto presso Cristina Sorelli in Firenze, via Massaia 86;  
Azienda Ospedaliera Pisana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Carla Fiaschi, Annalisa Vagelli, con domicilio eletto presso Paolo Sandiford in Firenze, via Pier Capponi 41;

INAIL - Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Vincenzo Pone, Giuseppe Quartararo, Bettino Torre, domiciliata per legge in Firenze, via Bufalini N. 7;

***nei confronti di***

Auxilium Vitae di Volterra S.p.A., non costituitasi in giudizio;  
Centro di Riabilitazione Motoria Inail di Volterra, non costituitosi in giudizio;  
Serenissima Ristorazione S.p.A., in proprio e quale Mandataria A.T.I., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Mario Calgaro, Guido Marrone, con domicilio eletto presso Guido Marrone in Firenze, viale Mazzini, 35;  
8 Marzo Societa' Coop. di Lavoro a r.l., in proprio e quale Mandante A.T.I., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Bassano, Federico De Meo, con domicilio eletto presso Federico De Meo in Firenze, via dell'Oriuolo 20;

*- per l'annullamento:*

della nota Estav 6 maggio 2008 prot. 2008/0006674, che comunica l'aggiudicazione provvisoria a terzi della gara de qua, della deliberazione del Direttore Generale ESTAV 30 aprile 2008 n. 406 di aggiudicazione provvisoria, delle note ESTAV 30 maggio 2008 prot. 2008/0008067 e prot. 2008/0008069 di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva dei lotti 1 e 2, della deliberazione del Direttore Generale ESTAV 27 maggio 2008 n. 499, di aggiudicazione definitiva dell'appalto, della nota Estav 20 maggio 2008 prot. 2008/0007284, del bando e dei suoi allegati, della lettera di invito, nota ESTAV 8 marzo 2007 prot. 2007/3433 e dei suoi allegati, del capitolato speciale d'appalto completo di ogni allegato, dei verbali della Commissione giudicatrice, nonché di tutti gli atti richiamativi e in specie la comunicazione a mezzo fax inviata all'a.t.i. Serenissima-8 marzo per convocarla ai lavori della Commissione, citata nel verbale del 7 dicembre 2007 ma non in possesso della ricorrente, del verbale delle operazioni di verifica dell'anomalia delle offerte delle aa.tt.ii Dussmann-Alisea e Serenissima - Coop. 8 marzo, delle note di chiarimento diramate da ESTAV ai concorrenti, dell'atto dirigenziale S.o.p. di Viareggio n. 1/2007 del 5 marzo 2007 di invito delle aggiudicatriche alla gara, citato nella lettera di invito ma non a disposizione della ricorrente, delle deliberazioni del Direttore Generale ESTAV 3 gennaio 2007 n. 3, 17 maggio 2007 n. 438, 7 giugno 2007 n. 491, 21 agosto 2007 n. 716 e 5 settembre 2007 n. 784, queste ultime di nomina della Commissione giudicatrice, citate negli atti di gara, ma non messe a disposizione della ricorrente, oltre, in quanto occorra, alla nota ESTAV 25 giugno 2008 prot. 2008/0009378,

nonchè per

la caducazione del contratto frattanto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, o per la declaratoria di nullità o inefficacia dello stesso,

nonchè per

il risarcimento, in forma specifica, o in subordine per equivalente, del danno arrecato alla ricorrente da atti e comportamenti di ESTAV;

- nonchè, per l'annullamento, chiesto con i motivi aggiunti depositati il 21 ottobre 2008:

delle note ESTAV 29 luglio 2008, prot.2008/0011118, di richiesta a SODEXO di proseguire nella gestione del servizio e prot.228/0011115 che annuncia l'intenzione di ESTAV di annullare in autotutela l'aggiudicazione impugnata, delle note ESTAV 30 luglio 2008, prot.2008/0011173, di precisazione delle precedenti e 4 agosto 2008 prot.2008/0011314, che accorda il diritto di accesso richiesto dalla ricorrente, della deliberazione del Direttore generale di ESTAV 6 agosto 2008 n.811, di annullamento delle precedenti deliberazioni 406/2008 e 499/2008 "limitatamente al lotto 2, concernente l'aggiudicazione provvisoria e definitiva del servizio di ristorazione per AUSL6 - zona livornese" e di "rinviare gli atti di gara al Responsabile del Procedimento affinché proceda a riconvocare il seggio di gara che dovrà provvedere all'esame della tabella di scomposizione dell'offerta economica e delle relative giustificazioni presentate in sede di gara dall'ATI Serenissima ai fini dell'espressione del giudizio di anomalia ed effettuare gli adempimenti conseguenti", delle note ESTAV 9 settembre 2008, prot.2008/0012561, afferente il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta in precedenza aggiudicataria e 24 settembre 2008, prot.2008/0013414, di ulteriore invito a SODEXO a proseguire nella gestione del servizio, oltre a tutti i provvedimenti presupposti, consequenziali o comunque connessi, ivi compresi gli atti - di estremi ignoti del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta originariamente aggiudicataria, nonchè - ove esistenti - gli atti di conferma provvisoria e definitiva dell'aggiudicazione stessa a seguito della verifica di anomalia, nonchè, per la caducazione del contratto frattanto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, o per la declaratoria di nullità o inefficacia dello stesso, nonchè per il risarcimento, in forma specifica, o in subordine per equivalente, del danno arrecato alla ricorrente da atti e comportamenti di ESTAV;

- nonchè per l'annullamento, chiesto con i motivi aggiunti depositati presso questo Tribunale in data 7 novembre 2008:

oltre che degli atti già impugnati della deliberazione del Direttore Generale dell' Estav 7 ottobre 2008 n. 983, che approva le risultanze del sub procedimento di vaglio dell' anomalia dell' offerta dell' a.t.i capeggiata da Serenissima Ristorazione S.P.A ("Serenissima") e le riaggiudica la gara, della nota ESTAV 8 ottobre prot. 2008/0014158, dei verbali delle sedute di vaglio dell' anomalia dell' offerta del 14

agosto 2008 e dell'8 e 16 settembre 2008 oltre agli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi, compresa la nota del 30 settembre 2008 del Responsabile del procedimento, le valutazioni espresse in sede di vaglio dell'anomalia, della deliberazione dirigenziale ESTAV 6 ottobre 2008 n. 970 e della nota ESTAV 7 ottobre 2008 prot. n. 2008001415, della nota ESTAV 13 ottobre 2008 prot 2008/0014354;

nonchè per

la caducazione del contratto frattanto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria, o per la declaratoria di nullità o inefficacia dello stesso,

nonchè per

il risarcimento, in forma specifica, o in subordine per equivalente, del danno arrecato alla ricorrente da atti e comportamenti di ESTAV.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estav Nord Ovest - Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Usl n. 5 - Pisa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Pisana;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Inail - Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro Infortuni sul Lavoro;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Serenissima Ristorazione S.p.A., in proprio e quale Mandataria A.T.I.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di 8 Marzo Societa' Coop. di Lavoro a r.l., in proprio e quale Mandante A.T.I.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19/11/2008 il dott. Saverio Romano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

## FATTO

Con atto ritualmente notificato, Sodexo Italia s.p.a. ha impugnato gli atti sopra indicati, concernenti l'appalto del secondo lotto dei servizi di ristorazione per i degenti di RSA, CSM e mensa dipendenti dell'Asl, chiedendone l'annullamento per i seguenti motivi: 1) violazione dell'art. 45 comma 3 del capitolato d'appalto, poiché sarebbe stato inserito nell'offerta tecnica un elemento che andava collocato nella busta economica; 2) violazione degli artt. 75 c. 8 e 113 del d. lgs. n. 163/06, oltre che dei principi affermati dall'A.P. n. 8/05, posto che l'impegno per la cauzione non può esser assunto verso il concorrente (cioè verso il contraente) ma va indirizzato all'appaltante cioè al beneficiario (non al garantito); 3) sarebbero state proposte due soluzioni alternative, il che integra una causa di esclusione prevista; 4) mancata attestazione solidità economica: sarebbero insufficienti le referenze bancarie prodotte (da Serenissima); 5) stesso motivo riferito alle referenze bancarie prodotte dalla Cooperativa 8 marzo; 6) carenza del potere di rappresentanza del Vice Presidente della Cooperativa 8 marzo, dovendo ritenersi insufficiente la delega predisposta non in forma pubblica); 7) la medesima censura integrerebbe la violazione di norme del codice dei contratti; 8) la stessa carenza di potere comporterebbe che non sono stati rispettati i termini perentori per l'offerta; 9) omessa verifica anomalia dell'offerta; 10) violazione del canone di buon andamento della pubblica amministrazione; 11) in ordine ai punteggi assegnati: non sarebbe giustificato lo scarto tra le due offerte; la motivazione sarebbe comunque insufficiente, ecc.; 12) in ordine al programma di formazione dei dipendenti: la motivazione addotta sarebbe la stessa, i corsi sarebbero inutili, privi di contenuti, al più sarebbero finalizzati ad acquisire conoscenze doverose; 13) in ordine alla proposta di menù diversificati: essa non sarebbe stata neanche indicata; 14) in ordine alla proposta migliorativa: la prevista distribuzione sotterranea dei pasti mancherebbe di concretezza; 15) in generale, si riscontrerebbero carenza di istruttoria e motivazioni generiche; 16) violazione della segretezza delle operazioni: hanno partecipato due soggetti estranei alla gara (non rappresentanti dell'a.t.i. aggiudicataria); 17) pur trattandosi di due gare (per due distinti lotti), sarebbe stata estratta a sorte una sola ditta ex art. 48 c.1 d. lgs n. 163/06; 18) carenza di motivazione dei punteggi; 19) omessa segretezza delle offerte tecniche.

Dopo l'ordinanza di sospensione degli atti impugnati, emessa dal Tribunale, è stato emesso un provvedimento di autotutela e di rinnovazione della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria.

Di seguito, la ricorrente ha prodotto una prima memoria depositata il

1 e 8, c. mo i g. ti c. i. li ha i  
 2 edi i im r. o ivo, s in icati:  
 co e tra c' (v. ta di ret  
 one co el- ti  
 m 1; l il i t ore at ui per ta  
 pr . 2 ) co a anc im egno x . 75, c. 8  
 d.lgs conce lito e co tto a e o (r ferimento alla  
 m ia di stav), n uale il fid e lo a e revocare  
 ex . 1411 . 2 c.c. fino alla dichiar io del fici o (Es v) di  
 vole e a offittare, il che provereb ch la cl sola n n era s a  
 s isfatta.

Avverso gli atti successivamente emessi, la ricorrente ha proposto (con la stessa memoria) un primo gruppo di motivi aggiunti, di seguito accennati: 23) illegittimità del provvedimento di autotutela: nonostante le osservazioni presentate ex l. n. 241/90, il provvedimento sarebbe limitato alla verifica dell'anomalia dell'offerta, risultando così viziato per carenza di motivazione e violazione del diritto di difesa; 24) pertanto, sarebbero viziati in via derivata gli atti conseguenti.

Con separata memoria, depositata il 7 novembre 2008, sono stati proposti i seguenti ulteriori motivi aggiunti: 26) violazione del diritto di accesso sul giudizio di anomalia (cfr. d.lgs. 152/08, che ha inserito il c. 2 nell'art. 13 d. 162/06, prevedendone il differimento fino all'aggiudicazione definitiva) che non poteva essere differito; 27) stessa censura già formulata; 28) appiattimento della commissione sulle giustificazioni ricevute; 29) violazione dell'ordinanza emessa dal Tribunale; 30) insussistenza degli sconti previsti nell'acquisto di derrate; 31) mancato confronto dei prezzi con le condizioni mercato; 32) irragionevolezza e contraddittorietà degli atti, i quali da un lato omettono l'indagine di mercato, dall'altro ne ammettono l'incongruità; 33) il costo per pasto sarebbe inferiore a quello del 2001; 35) impossibilità di utilizzare il centro cottura sostitutivo; 36) erronea indicazione del monte ore lavorative che sarebbe inferiore a quello reale (non essendo state considerate ferie e malattie): errore di fatto; 37) in considerazione del previsto costo del personale si annullerebbe l'utile aziendale; 38) la giustificazione relativa al costo per manutenzione locali, impianti, arredi e attrezzature, sarebbe "autoreferenziale" e pertanto priva di riscontri; 39) conferma dell'undicesima censura, nella parte in cui si ravvisa l'erroneità del parametro di punteggio riferito al monte ore per addetto al servizio; 40) nelle giustificazioni addotte i corsi per la formazione sarebbero inferiori a quelli indicati nell'offerta.

L'istanza di accesso inizialmente prodotta è stata rinunciata.

La ricorrente ha chiesto, infine, il risarcimento in forma specifica, o in

subordine per equivalente, del danno subito derivante da atti e comportamenti di Estav.

Costituitisi in giudizio, l'Azienda Usl n. 5, l'Azienda ospedaliera universitaria e l'I.n.a.i.l. hanno chiesto di essere estromessi dal giudizio, stante l'eccezione difetto di legittimazione passiva.

Costituitisi in giudizio, Estav e le società controinteressate hanno eccezione l'inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti, chiedendone in subordine la reiezione nel merito, in quanto infondati.

Le parti hanno depositato memorie difensive, argomentando le rispettive tesi sostenute.

All'udienza sopra indicata, la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

1 – Preliminarmente, vanno esaminate le eccezioni di difetto di legittimazione passiva, sollevate da Azienda U.s.l. n. 5 di Pisa, Azienda ospedaliero universitaria pisana e I.n.a.i.l., sul presupposto di non aver mai partecipato alla gestione delle procedure di gara, in quanto le due Aziende non sono destinatarie dei servizi di ristorazione relativi al lotto n. 2, mentre l'I.n.a.i.l. si è solo limitato ad utilizzarne le prestazioni.

In effetti, solo E.s.t.a.v. risulta avere emesso gli atti della procedura contestata dalla ricorrente, procedendo, con la deliberazione n. 499 del 27.5.2008, all'aggiudicazione definitiva dell'appalto avente ad oggetto il servizio di ristorazione relativo al secondo lotto che interessa l'Azienda U.s.l. n. 6 zona livornese, assegnandolo alla Serenissima Ristorazione s.p.a., quale mandataria a.t.i.

Pertanto, in accoglimento delle eccezioni sollevate, deve essere dichiarata l'estromissione dal giudizio di Azienda U.s.l. n. 5 di Pisa, Azienda ospedaliero universitaria pisana e I.n.a.i.l.

2.1 – Passando all'esame del merito della causa, con il primo motivo, la ricorrente ha dedotto la violazione dell'art. 43 comma 3 del capitolato d'appalto, del bando e della lettera di invito, nonché delle norme ivi citate, poiché l'a.t.i. controinteressata avrebbe inserito nell'offerta tecnica un elemento che avrebbe dovuto essere collocato solo nella busta economica; questa infatti reca l'identico listino prezzi impropriamente inserito anche in busta tecnica, con violazione del principio della separazione delle tre buste separate (una per l'offerta tecnica, una per quella economica, una per la documentazione amministrativa).

Il motivo è infondato (al pari del motivo n. 20 dedotto come motivo aggiunto).

Osserva il Collegio che lo stesso capitolato speciale d'appalto (art. 42 lett. E, art. 43) prevede che il listino prezzi delle singole derrate alimentari sia da inserire anche nell'offerta tecnica; trattasi inoltre di una voce per la quale non risulta attribuito un punteggio come dato economico.

In secondo luogo, la nota E.s.t.a.v. del 3.5.2007, emessa su richiesta di chiarimenti, precisava che uno specifico elenco prezzi avrebbe potuto essere allegato con l'indicazione della percentuale di sconto.

Non è contestato che l'inserimento dell'elenco prezzi anche nella busta tecnica non ha comportato l'attribuzione di punteggio da parte della commissione.

2.2 - Con il secondo motivo, si deduce la violazione degli artt. 75 c. 8 e 113 del d. lgs. n. 163/06, oltre che dei principi affermati dall'A.P. n. 8/05, sul presupposto dell'invalidità della garanzia prodotta dall'a.t.i. controinteressata; secondo la tesi della ricorrente, l'impegno per la cauzione non può esser assunto verso il concorrente (cioè verso il contraente) ma va indirizzato all'appaltante, e cioè al beneficiario; nella fattispecie, viceversa, sarebbe stato violato anche l'art. 1936, comma 1, cod. civ. secondo il quale "è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui". Pertanto, il documento depositato da Serenissima non costituirebbe una fideiussione.

Il motivo è infondato (al pari del motivo n. 22 dedotto come motivo aggiunto).

Osserva il Collegio che l'art. 75 del d. lgs. n. 163/2006, rubricato come "garanzie a corredo dell'offerta", dopo aver precisato che l'offerta deve essere corredata da una garanzia che può assumere la forma della cauzione o della fideiussione, a scelta dell'offerente (comma 1), stabilisce che la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo (comma 6); stabilisce poi che "l'offerta è altresì corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto di cui all'art. 113, qualora l'offerente risultasse affidatario".

La legge prevede, pertanto, due distinte formalità di carattere garantistico.

La prima, che è finalizzata a garantire l'impegno dell'aggiudicatario di



sottoscrivere il contratto ed è automaticamente svincolata al momento della sottoscrizione del medesimo, può assumere la forma di una cauzione o di una fideiussione, a scelta dell'offerente; la seconda, che è destinata ad assicurare l'esecuzione del contratto, dovrà essere prestata "qualora l'offerente risultasse affidatario".

Trattasi di due istituti tra loro ben distinti disciplinati da norme diverse, anche se entrambe definite "garanzie a corredo dell'offerta".

La prima, disciplinata dallo stesso art. 75, è pari al due per cento del prezzo base, può assumere la forma della cauzione o della fideiussione, copre la mancata sottoscrizione del contratto ed è svincolata al momento della sottoscrizione del medesimo (comma 1 e 6); la seconda, definita come "cauzione definitiva" (cfr. art. 113), è una garanzia fideiussoria del 10 per cento dell'importo contrattuale, è svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, copre gli oneri del mancato o inesatto inadempimento e cessa di avere effetto solo dalla data di emissione del certificato di collaudo (commi 1, 3 e 5 dell'art. 113).

In via anticipata rispetto al momento della prestazione della garanzia definitiva, il concorrente dovrà allegare all'offerta l'"impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria" per l'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 75, comma 8.

Come ben evidenziato dalla disciplina in esame, prima dell'individuazione del soggetto affidatario dell'appalto, l'offerente non ha l'obbligo di prestare una vera e propria garanzia fideiussoria, ma solo quello di corredare l'offerta da un impegno di un fideiussore a rilasciarla.

Nella fattispecie, il documento prodotto dalla controinteressata individua: la compagnia di assicurazioni che si è assunto l'impegno a prestare la garanzia fideiussoria, l'ente garantito (E.s.t.a.v.), gli estremi della gara con l'indicazione del servizio da affidare, l'indicazione della somma garantita e del soggetto contraente.

Nell'appendice n. 1 alla polizza, si precisa che "qualora il contraente risultasse aggiudicatario, la presente polizza deve intendersi automaticamente svincolata al momento della sottoscrizione del contratto di appalto. In tale ipotesi la società si impegna sin da ora nei confronti del contraente a rilasciare la garanzia fideiussoria per la cauzione definitiva prevista dall'art. 113 della legge".

Ne consegue che, nella fattispecie, con un unico atto, la compagnia assicuratrice ha adempiuto ad entrambi gli obblighi previsti dall'art. 75 d. lgs. n. 163/06.

In questa sede, ha la garanzia che crea la mancanza di iscrizione del contratto, la quale, peraltro, è svincolata al momento in cui l'intervento ha preso l'impegno a restituire la somma a garanzia dell'adempimento del contratto, di cui l'art. 113, quale al momento di aggiudicazione.

Né vale opporre, da parte ricorrente, come se si intendesse come contratto a favore di terzo quello stipulato dalla controinteressata con la compagnia assicuratrice, la garanzia sarebbe nulla poiché, ai sensi dell'art. 1411 c. civ., la compagnia di assicurazioni potrebbe revocare l'impegno prima che la stazione appaltante manifesti la volontà di accettare l'obbligazione contratta dal terzo aggiudicatario.

Invero, la disciplina sopra esaminata non prevede – come preteso dalla ricorrente – la stipulazione di un contratto tra il garante e il beneficiario, cioè l'appaltante, ma solo l'obbligo dell'offerente di presentare un impegno di un soggetto autorizzato a prestare fideiussione nei confronti della stazione appaltante.

La volontà del beneficiario di avvalersi dell'obbligazione contratta dall'offerente è stata già manifestata con il bando di gara, con la conseguenza che il garante non può recedere dall'obbligazione assunta verso l'offerente con la stipula del contratto.

In conclusione, correttamente la controinteressata ha prodotto, nella fattispecie, un documento attestante l'impegno della compagnia di assicurazioni, nei confronti della costituenda a.t.i., a prestare la necessaria fideiussione per il caso che questa, all'esito della gara, fosse risultata vincitrice.

Infine, è appena il caso di precisare che, con la tesi qui accolta, non contrasta la decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8/2005, richiamata dalla ricorrente, secondo cui il contratto di fideiussione interviene tra il garante ed il beneficiario e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (ai sensi dell'art. 1333 cod. civ.).

La pronuncia in questione, invero, ha riferimento ad un'ipotesi regolata dal primo comma dell'art. 75; essa pertanto non fa che affermare che, nel contratto di fideiussione, il garantito (nella specie l'a.t.i. costituenda) non è parte necessaria, poiché la fideiussione è efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (cfr. art. 1936 cod. civ.).

La decisione richiamata, pertanto, non rileva nel caso in esame, nel quale (per le ragioni già esposte) non si discute della garanzia definitiva, ma dell'impegno a prestarla, correttamente assunto dal garante nei confronti dell'offerente e posto a corredo dell'offerta.

2.3 – Con il terzo motivo, si deduce la violazione dell'art. 72 del r.d. n. 827/1924, che pone il divieto di offerte condizionate o alternative, recepito dalla disciplina di gara che tra le cause di esclusione prevede “la presentazione di offerta sottoposta a condizioni, termini o vincoli di qualsiasi tipo”; nella specie, la controinteressata, nell'allegato 2 all'offerta tecnica, avrebbe violato tale divieto, avendo proposto “due distinte soluzioni” alternative fra esse lasciando all'appaltante la scelta in merito.

Il motivo è infondato.

L'art. 12 del capitolato speciale d'appalto prevede l'obbligo di predisporre un servizio sostitutivo per la somministrazione dei pasti agli aventi diritto, nel periodo necessario a riqualificare i locali e in generale in caso di indisponibilità delle cucine/centri di cottura, le cui caratteristiche tecniche devono essere indicate nell'offerta tecnica.

La controinteressata ha, pertanto, prospettato due soluzioni alternative, per il periodo transitorio, con facoltà di scelta dell'amministrazione.

Com'è evidente, il servizio è svincolato dall'offerta tecnica, poiché attiene all'organizzazione del servizio nella fase transitoria dell'appalto; per esso non è stato attribuito alcun punteggio.

Del pari non costituisce un'offerta alternativa la “soluzione distributiva sotterranea”, con la quale l'a.t.i. Serenissima ha predisposto un progetto per la veicolazione sotterranea dei carrelli per il trasporto dei pasti.

Le imprese concorrenti erano, infatti, tenute ad inserire, nella parte relativa alle migliorie, proposte integrative, migliorative e innovative, ai sensi dell'art. 42, lett. E) del capitolato.

D'altra parte, la stessa ricorrente, nella propria offerta tecnica, ha prospettato modalità alternative rimesse alla scelta del committente.

2.4 – Con il quarto ed il quinto motivo, si deduce la violazione dell'art. 41 del d. lgs. n. 163/06 e 47 della direttiva 2004/18/Ce, nonché la violazione del bando, che definiscono i requisiti minimi di capacità economica e finanziaria, sostenendo che la documentazione bancaria prodotta da Serenissima non ne dimostrerebbe la solidità economica, attesa l'insufficienza delle referenze bancarie in relazione alle specifiche necessità dell'appalto; la stessa censura, con distinto motivo, è riferita alle referenze bancarie prodotte dalla Cooperativa 8 marzo.

Entrambi i motivi sono palesemente infondati.

La disciplina di gara prevede che i concorrenti forniscano “indicazioni di istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d. lgs. 385/93 in grado di attestare la solvibilità e solidità finanziaria”.

Le imprese contro interessate hanno prodotto referenze scritte con le quali gli istituti bancari ne attestano l'affidabilità, la solidità e la solvibilità.

Inoltre, le imprese in questione hanno anche prodotto copia delle attestazioni di servizio e dei bilanci, tesi a comprovare altrimenti la solidità e solvibilità di ciascuna di esse, in adempimento di quanto previsto dall'art. 41 d. lgs. 163/06, che prevede che la dimostrazione della capacità economica e finanziaria può essere fornita con uno dei seguenti documenti: idonee dichiarazioni bancarie, bilanci o estratti dei bilanci delle imprese.

2.5 - Con i motivi sesto, settimo ed ottavo, si deduce che: il vice presidente della cooperativa avrebbe agito senza poteri essendo insufficiente la delega non predisposta in forma pubblica; ciò avrebbe comportato la violazione dell'art. 1392 cod. civ. e 16 r.d. n. 2440/1923 nonché la violazione degli artt. 38, 39, 41 e 42 del d. lgs. n. 163/06; per la stessa ragione (mancanza di una valida procura) non sarebbero stati rispettati i termini perentori previsti per la presentazione dell'offerta.

I motivi sono infondati.

Osserva il Collegio che la delega rilasciata dal Presidente della Cooperativa 8 marzo al Vice Presidente è finalizzata alla partecipazione alla gara mediante la presentazione dell'offerta, non alla stipulazione del contratto di appalto.

Non occorre, pertanto, che tale delega fosse rilasciata in forma pubblica, dovendo il rappresentante dell'impresa sottoscrivere solo scritture private.

Inoltre, in base allo Statuto della Cooperativa (cfr. art. 36), previa autorizzazione del Consiglio di amministrazione il Vice Presidente, delegato dal Presidente, esercita tutte le funzioni a lui spettanti, in caso di assenza o di impedimento.

Infine, si osserva che, ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, può essere considerato rappresentante legale di una società il funzionario sottoscrittore dell'offerta, la cui manifestazione di volontà è direttamente riferibile alla società stessa in virtù del rapporto organico con l'ente ed in base alle norme statutarie (T.A.R. Liguria, sez. II, 05 dicembre 1997 n. 404).

2.6 – Con il nono ed il decimo motivo, si deduce la violazione degli art. 86, 87 e 88 d. lgs. n. 163/06, della direttiva 2004/18/Ce, dei rr. dd. 2440/23 e 827/24, del bando e della lettera di invito, della l. 241/90, nonché il vizio di sviamento; secondo la ricorrente, non sarebbe stata operata alcuna verifica di anomalia dell'offerta da parte della Commissione la quale si sarebbe limitata a riscontrare le circostanze dichiarate dall'a.t.i. Serenissima nella propria offerta.

I motivi sono infondati.

Accertato che l'offerta dell'a.t.i. controinteressata superava la soglia di anomalia, la Commissione ha proceduto a valutare la congruità degli elementi economici dell'offerta.

Al termine delle operazioni, la Commissione ha ritenuto le dichiarazioni relative ai diversi elementi di composizione dell'offerta, coerenti ed attendibili in quanto supportate da argomentazioni e giustificazioni pertinenti e circostanziate.

Anche alla luce dell'art. 43 del capitolato speciale d'appalto, le motivazioni relative alla congruità dell'offerta, fornite dall'a.t.i., richiamano le singole voci nelle quali l'offerta economica andava scomposta. Per ciascuna di esse, la controinteressata ha indicato il costo effettivo previsto richiamando ove necessario la specifica documentazione allegata all'offerta.

Sul punto, vale richiamare la giurisprudenza secondo cui, nel caso il giudizio di anomalia abbia esito positivo, l'amministrazione non è tenuta a riportare in motivazione l'iter procedimentale e le valutazioni che l'hanno condotta a ritenere congrua l'offerta (Cons. St., sez. IV, 11 aprile 2007 n. 1658).

In particolare, è stato affermato che il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta in una gara d'appalto non richiede di regola una motivazione puntuale ed analitica, poiché le giustificazioni presentate dall'offerente possono costituire per relationem la motivazione del provvedimento.

Pertanto, nelle gare per la realizzazione di un'opera pubblica il giudizio di anomalia dell'offerta richiede una motivazione rigorosa ed analitica ove si concluda in senso negativo; in caso, invece, di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti, essendo sufficiente anche una motivazione espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate (Cons. St., sez. IV, 20

maggio 2008 n. 2348; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 07 aprile 2008 n. 2919; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 19 febbraio 2008 n. 1462; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 07 novembre 2007 n. 3740; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 17 aprile 2007 n. 1774).

Alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale richiamato, dal quale il Collegio non ha motivo di discostarsi, il giudizio di congruità dell'offerta operato dalla Commissione appare scevro dai vizi dedotti e adeguatamente motivato, anche in riferimento agli elementi forniti dall'a.t.i. controinteressata in relazione a tutte le voci componenti l'offerta.

2.7 – Con l'undicesimo, il dodicesimo, il tredicesimo, il quattordicesimo e il quindicesimo motivo, la ricorrente deduce censure con le quali si contesta l'attribuzione dei punteggi in relazione a taluni sub parametri; inoltre, si contestano profili di carenza di istruttoria che inficerebbero l'intera fase di valutazione delle offerte.

In dettaglio, secondo la ricorrente: in ordine al sub parametro a1), una motivazione pressoché identica non può generare un significativo scarto di punteggio tra le due offerte in gara; la motivazione riferita (alla sua offerta) sarebbe contraddittoria e incomprensibile; in ordine al sub parametro a2), relativo al "programma di formazione e aggiornamento permanente del personale", i corsi di formazione del personale sarebbero privi di spessore informativo, sostanzialmente inutili, per altro verso riguardanti aspetti minimali che devono essere conosciuti per legge; in ordine al parametro d), relativo alla "Proposta dei menù e del dietetico", l'offerta della controinteressata sarebbe carente di indicazioni (per i dializzati ed i pazienti con problemi oncologici); in ordine al parametro e), "Proposte integrative/migliorative/innovative del servizio", sarebbe stata prescelta la "soluzione distributiva sotterranea" della controinteressata, del tutto ipotetica, condizionata ad adempimenti dell'appaltante; in generale, le valutazioni sarebbero frutto di formule stereotipate che non permettono la ricostruzione degli itinerari logici seguiti dall'appaltante.

I motivi sono tutti infondati.

Come noto, il giudizio sulla congruità dell'offerta non può che essere globale.

L'art. 88, comma 6, del d. lgs. n. 163/06 (nel testo vigente prima della sua abrogazione disposta con l'art. 2 del d. lgs. 11 settembre 2008 n. 152) disponeva che "la stazione appaltante esclude l'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulti, nel suo complesso, inaffidabile".

ve n d on i un' ha natura b e e s il sul  
e o o s o s ess i ce  
s et c salva l' in u e i i  
s o su ins en m azio o  
err di (C . St., z. V, ag io 2 n. 2348;  
ns. St., , 1 o gno 7, n. 3097).

In al i termini, i sir oli el m nti di i l'offerta si c e non  
no essere e considerazi e separatamente, ma debbono  
essere valutati per la loro incidenza sull'offerta complessiva (da  
tino, cfr. Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008 n. 2794).

P to, il giudizio non mira a ricercare incongruenze nelle singole  
componenti dell'offerta, bensì a v lutare se quest'ultima, nel suo  
co plesso, sia seria e attendibile e trovi rispondenza sia nella realtà del  
mercato che in quella dell'impresa.

Nella fattispecie, il capitolato speciale d'appalto contempla criteri  
analitici ai fini dell'attribuzione dei punteggi con indicazione del  
punteggio massimo previsto per ciascuna componente e sub  
componente, corrispondente al giudizio espresso dalla Commissione  
alla soluzione proposta dall'impresa (cfr. art. 44, secondo paragrafo); il  
coefficiente attribuito è moltiplicato per il fattore ponderale previsto e  
la somma dei punteggi ottenuti determina il punteggio totale assegnato  
ai vari elementi della qualità e quindi all'offerta tecnica (cfr. terzo  
paragrafo); i giudizi sintetici sono espressi dalla Commissione secondo  
una scala di valutazione predeterminata (es. al giudizio di "ottimo"  
corrisponde un coefficiente pari a 1).

La Commissione ha attribuito per ciascun sub elemento un giudizio  
sintetico con relativo coefficiente, calcolando poi il relativo punteggio  
tramite il fattore ponderale previsto.

Inoltre, la stessa Commissione ha anche indicato, succintamente, i  
motivi posti a base di una determinata valutazione con riferimento a  
ciascun sub elemento.

Sul punto della adeguatezza della motivazione, la giurisprudenza è  
ferma nel ritenere che, in sede di esplicazione di gara d'appalto, il solo  
punteggio numerico può essere ritenuto una sufficiente motivazione in  
relazione agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più  
vantaggiosa quando i criteri prefissati di valutazione siano  
estremamente dettagliati, potendo anche il solo punteggio numerico, di  
cui sono prestabiliti il minimo e il massimo, essere idoneo a dimostrare  
la logicità e la congruità del giudizio tecnico, non senza considerare

che l'obbligo di motivazione è imposto dall'art. 3 l. n. 241 del 1990 per i provvedimenti, vale a dire per gli atti finali del procedimento e non anche per gli atti preparatori, quali gli atti di giudizio (Cons. St., sez. V, 11 maggio 2007 n. 2355; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 20 giugno 2006, n. 4842; Cons. St., sez. V, 20 marzo 2006 n. 1444).

Pertanto, anche alla stregua della giurisprudenza citata, la motivazione fornita dalla Commissione in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta deve ritenersi soddisfacente e rispettosa dei principi richiamati.

2.8 – Con il sedicesimo motivo, si deduce la violazione del principio di riservatezza delle gare sul presupposto che al dialogo sul contenuto dell'offerta Serenissima avrebbero preso parte anche due esponenti di tale New Chef Service, non parte dell'avversa a.t.i. né aliunde partecipante alla gara.

Il motivo è palesemente infondato.

In sede di chiarimenti resisi necessari, nel corso della gara, sul punto b1 dell'offerta tecnica (cfr. verbale 7.12.2007), sono stati interpellati dalla commissione i due tecnici della ditta che avrebbe curato la ristrutturazione delle cucine in caso di aggiudicazione (cfr. progetto allegato all'offerta tecnica dell'a.t.i.).

Il dialogo con la Commissione si è pertanto svolto con esclusivo riferimento al punto ritenuto bisognoso di chiarimenti (cfr. verbale del 8.1.2008), né la ricorrente ha inteso contestarne il contenuto, il che avrebbe imposto l'espressa impugnativa, sotto il profilo in esame, del relativo verbale.

2.9 – Con il diciassettesimo motivo, si deduce che, a fronte di due gare, una per ciascun lotto, avrebbero dovuto essere sorteggiate - ex art. 48, comma 1, d. lgs. n. 163/06 - due offerte, una per ciascun lotto.

Il motivo è infondato.

Rileva il Collegio – anche a prescindere dalla dubbia ammissibilità del motivo posto che i requisiti dell'a.t.i. Serenissima sono stati accertati a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto – che non sembra esatta la ricostruzione della ricorrente secondo cui si tratterebbe di due gare distinte.

A fronte di un unico bando di gara, di un'unica lettera di invito e di un unico capitolato speciale (cfr. verbale n. 1 in data 8 giugno 2007), deve ritenersi che la suddivisione dell'appalto di fornitura in due lotti derivi da un'esigenza pratica afferente la tipologia della stessa fornitura e la pluralità delle strutture di essa destinatarie; pertanto, la detta



suddivisione non incide sull'unitarietà della fornitura medesima, non venendosi a determinare un'autonomia funzionale delle relative frazioni (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 7 marzo 2006 n. 1722).

Nella fattispecie, essendo pervenute cinque offerte (cfr. verbale n. 1) e dovendo essere sorteggiato un numero di concorrenti non inferiori al 10 % delle offerte presentate, la stazione appaltante ha correttamente sorteggiato un concorrente.

Ne consegue che, nella fattispecie, l'art. 48 d. lgs. 163/06 non è stato violato, essendo stata estratta una sola impresa tra quelle che avevano presentato offerte per i due lotti.

2.10 – Con il diciottesimo motivo, si deduce la violazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, per omessa motivazione dei punteggi assegnati.

Il motivo è palesemente infondato, per le ragioni già esposte ai paragrafi che precedono.

2.11 – Con il diciannovesimo motivo, si deduce che non sarebbe stata predisposta alcuna garanzia dell'integrità delle buste contenenti le offerte tecniche, non risultando quali accorgimenti sarebbero stati adottati, sia per le buste già aperte sia per quelle da aprire, per impedirne l'accesso e la visione di chi fosse penetrato nella stanza ove esse erano custodite, nel corso dei quasi undici mesi di durata dei lavori della Commissione.

Ciò che rileva, secondo la ricorrente, non è la circostanza che la violazione dei principi invocati si sia effettivamente verificata, bensì l'astratta possibilità che le offerte tecniche prodotte possano, data l'assenza di cautele volte ad impedirlo, essere state divulgate (Cons. St., sez. V, 28 marzo 2008 n. 1296).

Il motivo è infondato.

Risulta dai verbali di gara che le offerte tecniche sono state custodite nella stanza del rag. Pardini, Presidente dell'E.s.t.a.v., e cioè in un luogo non accessibile da parte del pubblico.

D'altra parte, l'esame della documentazione tecnica si è protratto per diverse sedute, più volte interrotto e poi ripreso nella seduta successiva, il che avrebbe permesso alla commissione di accorgersi di eventuali alterazioni dei plichi.

La stessa ricorrente non sostiene che la documentazione relativa alle offerte tecniche sia stata alterata, il che avrebbe imposto l'espressa

impugnativa dei verbali sotto il profilo in esame mediante querela di falso.

Nel richiamare la giurisprudenza citata, la ricorrente omette di considerare che in quel caso si trattava di un concorrente riammesso a presentare l'offerta dopo l'apertura delle offerte tecniche senza che all'esito delle sedute la commissione avesse adottato alcuna misura a tutela della segretezza della documentazione già aperta; da qui la necessità di uno speciale rigore per escludere che il concorrente riammesso potesse essere a conoscenza delle offerte già esaminate.

Nella fattispecie, in ogni successiva seduta, la Commissione ha verificato l'integrità dei plichi, dandone atto nel relativo verbale (cfr. verbali del 19.9.2007, 24.9.2007, 28.9.2007, 8.10.2007, 19.10.2007, 24.10.2007, 29.11.2007, 7.12.2007, 8.1.2008, 11.1.2008, 1.4.2008) ed ha concluso le operazioni della seduta dando atto che la documentazione sarebbe stata custodita nella stanza corrispondente all'ufficio del rag. Pardini.

Si osserva infine che, ad avviso della prevalente giurisprudenza, il rispetto dei generalissimi ed inderogabili principi della par condicio tra i concorrenti e del regolare, trasparente ed imparziale svolgimento della gara, esige che sia garantita l'assoluta segretezza delle offerte economiche fintanto che non siano state valutate l'ammissibilità dei partecipanti e le componenti tecnico-qualitative dell'offerta. Tale rigoroso formalismo – che non tollera equipollenti – si spiega con l'esigenza di evitare che, a seguito di un'indebita ed intempestiva conoscenza delle offerte economiche, possano avanzarsi contestazioni per la concreta possibilità di prendere visione del contenuto della documentazione tecnica racchiusa nei plichi e di provvedere alla sua sostituzione "mirata" (Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2002 n. 6795 e 10 luglio 2002 n. 3848; Sez. V, 31 dicembre 1998 n. 1996; Sez. VI, 3 giugno 1997 n. 839; nonché, da ultimo, T.A.R. Lombardia, Brescia, 23 maggio 2005 n. 555).

Nella specie, le offerte economiche sono state custodite all'interno di una cassaforte fino al termine del procedimento di valutazione delle offerte tecniche, con la conseguenza che nessuno dei concorrenti avrebbe avuto interesse ad alterare le buste originarie contenenti tali offerte, non avendo alcun elemento per ipotizzare eventuali modifiche a proprio vantaggio.

3 – Passando alla disamina dei motivi aggiunti proposti dalla ricorrente, si rileva, in primo luogo, che un primo gruppo di motivi è indirizzato avverso l'atto con il quale la stazione appaltante, al fine di emendare il procedimento dei vizi ravvisati dal Tribunale (cfr. ordinanza n. 747/2008), ha annullato le precedenti deliberazioni 406/08

e 499/08, limitatamente al lotto n. 2, e rinnovato la procedura di verifica di anomalia dell'offerta presentata dalla aggiudicataria dell'appalto.

Un secondo gruppo di motivi sono stati poi dedotti avverso l'atto con il quale, a conclusione del procedimento di riesame, l'appalto è stato nuovamente aggiudicato all'a.t.i. controinteressata.

4 – I motivi 20, 21 e 22, costituiscono una riproposizione di motivi già dedotti ed esaminati.

Con i motivi 23 e 24 si deduce che gli atti impugnati sarebbero affetti da vizi propri.

Peraltro, trattasi di censure assorbite dai successivi motivi aggiunti dedotti avverso il provvedimento che ha aggiudicato nuovamente l'appalto all'a.t.i. controinteressata.

Il motivo n. 25, concernente l'istanza di accesso agli atti della procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta, è stato superato dalla successiva messa a disposizione dei documenti che ha fatto cessare la materia del contendere in ordine all'azione ex art. 25 della legge n. 241/1990 (cfr. memoria del 7.11.2008).

5 – Si può, dunque, passare alla disamina del secondo gruppo di motivi aggiunti.

Con i motivi n. 26 e 27, si insiste sulla violazione della legge n. 241 del 1990.

I motivi sono palesemente infondati.

Come già esposto, la messa a disposizione dei documenti ha fatto cessare la materia del contendere in ordine all'azione ex art. 25 della legge n. 241/1990; la ricorrente tuttavia ritiene di avere interesse a rimarcare detta violazione poiché essa sarebbe stata strumentale alla sua estromissione dal procedimento di vaglio dell'anomalia.

Invero, la ricorrente ha impugnato, con i motivi aggiunti in esame, l'atto con il quale, a conclusione del procedimento di riesame, l'appalto è stato nuovamente aggiudicato all'a.t.i. controinteressata, previo accesso agli atti del procedimento stesso.

Né vale contestare la violazione della legge n. 241/90 sotto il profilo che la stazione appaltante avrebbe violato l'onere di tempestivo rilascio di documenti ai fini delle deduzioni ex art. 10 della legge citata nel procedimento di vaglio dell'anomalia.

Non sussistendo alcun obbligo della pubblica amministrazione di consentire la partecipazione della ricorrente al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta formulata dall'a.t.i. Serenissima, entrambi i motivi dedotti sono destituiti di fondamento.

6 – Con i motivi n. 28 e 29, la ricorrente illustra sia le giustificazioni fornite dall'a.t.i. aggiudicataria sia le valutazioni su di esse formulate da E.s.t.a.v., confrontandone il contenuto, al fine di dimostrare che esse quasi si identificano e che, pertanto, il giudizio finale espresso dalla stazione appaltante a conclusione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta sarebbe apparente e, conseguentemente, la scelta di affidare l'appalto alla controinteressata sarebbe priva di motivazione o basata su una motivazione solo apparente.

Entrambi i motivi sono palesemente infondati.

Non è contestato che, nel corso del procedimento di che trattasi, la controinteressata abbia fornito tutte le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante e che esse siano state esaminate ed apprezzate dall'amministrazione che ne ha fornito ampia motivazione.

La legittimità del giudizio finale di congruità delle giustificazioni fornite dall'impresa esaminata non può essere desunta dal grado di originalità delle valutazioni espresse dalla stazione appaltante rispetto alle predette giustificazioni.

Vale, sul punto, richiamare la giurisprudenza citata in sede di esame dei motivi n. 9 e 10 del ricorso introduttivo, con i quali sono state dedotte censure analoghe a quelle riproposte nei confronti del nuovo procedimento di verifica dell'anomalia (e cioè la violazione degli art. 86, 87 e 88 d. lgs. n. 163/06, della direttiva 2004/18/Ce, dei rr. dd. 2440/23 e 827/24, del bando e della lettera di invito, della l. 241/90, nonché il vizio di sviamento; anche con le censure già esaminate, secondo la ricorrente, non sarebbe stata operata alcuna verifica di anomalia dell'offerta da parte della Commissione la quale si sarebbe limitata a riscontrare le circostanze dichiarate dall'a.t.i. Serenissima nella propria offerta).

Il giudizio di anomalia dell'offerta richiede una motivazione rigorosa ed analitica ove si concluda in senso negativo; in caso, invece, di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti, essendo sufficiente anche una motivazione espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa vincitrice, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate (Cons. St. , sez. IV, 20 maggio 2008 n. 2348; T.A.R. Lazio,

Roma, sez. III, 07 aprile 2008 n. 2919; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 19 febbraio 2008 n. 1462; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 07 novembre 2007 n. 3740; T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 17 aprile 2007 n. 1774).

Nella fattispecie, la pubblica amministrazione ha adempiuto pienamente all'onere motivazionale previsto dalla legge; né ciò può essere utilmente contestato dalla ricorrente sulla base di proprie valutazioni diverse, nel merito, da quelle formulate dalla stazione appaltante.

7 – Con il motivo n. 30, si deduce la violazione dell'art. 87 del d. lgs. 163/06, che prevede che, in sede di giustificazioni dell'offerta, possano essere indicate le condizioni particolarmente favorevoli di cui dispone l'offerente; secondo la ricorrente, la giustificazione fornita dalla controinteressata, fondata sul fatto che essa avrebbe il controllo di un grossista di derrate alimentari, non sarebbe idonea sotto il profilo in esame, poiché trattandosi di controllo totalitario il risultato del gruppo sarebbe consolidato in capo alla stessa controinteressata, con la conseguenza che gli sconti alla stessa praticati dalla controllata si tradurrebbero in minore redditività della partecipazione di Serenissima nella stessa controllata.

Invero, la partecipazione dell'aggiudicataria in una società di compravendita all'ingrosso di generi alimentari, da essa controllata, consente alla prima di utilizzare un'organizzazione commerciale capace di abbattere costi di ulteriore intermediazione che necessariamente sussisterebbero ove i prodotti fossero acquistati da terzi.

In ogni caso, non sembra ragionevole ritenere che tale condizione non concreti una condizione particolarmente favorevole di cui dispone l'offerente, secondo quanto previsto dal citato art. 87.

8 – Con i motivi n. 31, 32 e 33, si deducono censure volte a contestare il giudizio di congruità dei costi delle derrate alimentari.

Premesso che solo le "condizioni di mercato" costituiscono il legittimo parametro per stabilire la congruità dei prezzi esposti, la stazione appaltante avrebbe omesso di effettuare proprie indagini di mercato e si sarebbe limitata sul punto in esame a recepire acriticamente le giustificazioni fornite dall'a.t.i. aggiudicataria; gli atti impugnati sarebbero anche irragionevoli in quanto da un lato accantonano l'indagine di mercato, dall'altro, ammettono l'incongruità dichiarando che non si può procedere a confrontare tra loro le incidenze dichiarate dalle imprese partecipanti alla gara; infine, in base al costo medio dei pasti dichiarati dall'aggiudicataria, risulterebbe che esso è inferiore al

costo praticato durante la precedente gestione, senza che alcuna giustificazione sia stata fornita al riguardo.

I motivi sono infondati.

Invero, la stazione appaltante aveva richiesto all'a.t.i. la valorizzazione di una giornata alimentare tipo, insieme ai dati della società controllata di compravendita di generi alimentari all'ingrosso.

Gli elementi richiesti sono stati puntualmente forniti.

Nell'ambito della gara, i due soli concorrenti che vi hanno partecipato hanno offerto prezzi dei pasti sostanzialmente identici; anche la ricorrente, al pari della controinteressata, ha indicato un prezzo medio inferiore a quello praticato nella precedente gestione.

Diversamente da quanto si verifica nel settore delle opere pubbliche, in quello di cui si discute non esistono prezzari ufficiali di riferimento.

Nel contesto delineato, le valutazioni della stazione appaltante non sono censurabili per il solo fatto che non si è proceduto ad autonomi accertamenti di mercato.

A prescindere dalla difficoltà di ricorrere a tale modalità di verifica dei prezzi, in assenza di parametri ufficiali, non appare irragionevole la valutazione di congruità del prezzo indicato dall'aggiudicataria, a fronte della sostanziale identità tra i prezzi indicati dalle due imprese partecipanti alla gara.

In definitiva, la congruità del prezzo in questione è stata desunta dal fatto che l'a.t.i. Serenissima ha dimostrato di poter fornirsi delle derrate attraverso una propria azienda e dalla circostanza che anche l'altra impresa partecipante alla gara ha offerto un prezzo analogo.

9 – Con il motivo n. 35 (il n. 34 manca), si deduce che, stante la mancanza del certificato prevenzione incendi relativo ad uno dei due centri di cottura di cui la controinteressata ha dichiarato di avvalersi, sarebbe confermata l'incongruità dell'offerta dell'aggiudicataria e la violazione della lex specialis, atteso che la circostanza sopra riferita si rifletterebbe sui punteggi attribuiti e vizierebbe anche la riaggiudicazione della gara da parte dell'amministrazione appaltante.

Il motivo è infondato in fatto.

Il certificato in questione risulta essere stato rinnovato con scadenza al 2.12.2009 (cfr. doc.1 prodotto da E.s.t.a.v.).

In ordine alla ricaduta sui punteggi della circostanza dedotta, si osserva che il servizio sostitutivo di mensa non costituisce un elemento di valutazione della qualità dell'offerta, come reso evidente dal capitolato speciale in cui è previsto l'onere dell'appaltatore di predisporre un servizio sostitutivo per la somministrazione dei pasti ai degenti, ai dipendenti e agli ospiti delle strutture durante l'esecuzione dei lavori di qualificazione dei locali e in caso d'indisponibilità delle cucine/centri di cottura utilizzati per l'espletamento del servizio (art. 12 del capitolato).

10 – Con i motivi n. 36 e 37, entrambi relativi al costo annuo del personale, si deduce che: a) sarebbe errata l'indicazione del monte-ore, su cui poggia l'intero computo della voce di cui trattasi; b) sarebbero stati omessi gli oneri legati a sostituzioni, turni, ferie e malattie del personale, non considerando le cicliche assenze dei lavoratori in occasione dei detti eventi; c) il monte ore settimanale sarebbe, pertanto, superiore a quello indicato nell'offerta della controinteressata; d) anche il costo annuo del personale sarebbe superiore a quello indicato; e) di conseguenza, resterebbe annullato l'utile aziendale di Serenissima, il che evidenzerebbe anche sotto tale profilo l'insostenibilità dell'offerta avanzata, la quale prevede oltretutto la disponibilità di personale aggiuntivo (la c.d. "squadra jolly").

I motivi sono infondati.

Secondo la giurisprudenza, l'art. 1 comma 1, l. 7 novembre 2000 n. 327, costituisce una specificazione della previsione normativa di cui all'art. 25 comma 2, d.lg. 17 marzo 1995 n. 157, nel senso che introduce un parametro certo - le tabelle ministeriali sul costo del lavoro - cui riferire la valutazione dell'anomalia delle offerte, ma non nel senso di autorizzare l'esclusione automatica di quelle che contengano valori inferiori a quelli minimi, quanto in quello di impedire l'allegazione di giustificazioni sulla remuneratività delle offerte riferite alle tariffe sul costo del lavoro e di precludere alle amministrazioni di tenere conto di quelle eventualmente prodotte (Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2003, n. 9318; Cons. St., sez. V, 9 giugno 2008 n. 2835).

Nella fattispecie, il riferimento per le offerte in gara era costituito dalle tabelle del costo orario del lavoro, che riportano un costo orario medio al netto di IRAP ed IRES (cfr. verbale del 8.9.2008).

Invero, il costo orario indicato dall'a.t.i. aggiudicataria (che fa riferimento alle tabelle FIPE del 2008 con le quali tale costo è stato adeguato a seguito del rinnovo del CCNL) è già comprensivo delle assenze per malattie, ferie, permessi, festività.

Facendo riferimento al parametro comprensivo dei costi relativi alle assenze del personale, e cioè ad un parametro superiore, Serenissima ha evidenziato l'effettivo costo orario del personale ed ha successivamente moltiplicato tale costo per un numero di ore pari alle effettive prestazioni (e non per le ore ancora al lordo delle assenze, il che avrebbe comportato una duplicazione dell'incidenza degli stessi oneri sulla voce di prezzo in questione).

Ne consegue l'infondatezza di tutte le censure articolate dalla ricorrente sulla base dell'erroneo presupposto ipotizzato.

11 – Con il motivo n. 38, si deduce che la giustificazione addotta dall'a.t.i. aggiudicataria, relativa al costo per la “quota manutenzione locali, impianti, arredi e attrezzature”, che riposa sull’”esperienza dell’a.t.i. maturata in servizi analoghi”, sarebbe autoreferenziale e priva di riscontri, in violazione degli artt. 86 e ss. D.lgs. n. 163/06.

Il motivo è infondato.

Non è contestato che la controinteressata vanta, nel settore, una vasta e riconosciuta esperienza, il che rende plausibile la giustificazione addotta in riferimento alla voce di che trattasi.

Non è irrilevante, oltre tutto, la circostanza, evidenziata dalla difesa dell'amministrazione, che il costo contestato ha un'incidenza assolutamente minima sul costo complessivo del servizio (essendo pari allo 0,56% dello stesso).

12 - Con il motivo n. 39 la ricorrente ripropone la censura relativa all'asserita erroneità dei punteggi attribuiti per la voce ove rileva il personale, che sarebbero stati confermati in sede di riaggiudicazione, nonostante le ammissioni fatte da Serenissima al fine di giustificare la propria offerta.

La censura, come già esposto, richiama quella già esaminata relativa al sub parametro a1).

Vale solo osservare, in merito, che lo scarto tra il monte ore indicato dalla ricorrente e quello offerto dalla controinteressata rimane lo stesso, sia che lo si consideri al lordo ovvero al netto, il che giustifica, ex se, il divario di punteggio contestato dalla ricorrente.

13 – Con il motivo n. 40, si deduce che il dato relativo ai “costi della sicurezza”, indicato da Serenissima nelle giustificazioni, sarebbe contraddittorio con le indicazioni sui corsi di formazione fornite in offerta.



Il motivo è palesemente infondato.

Le giustificazioni della controinteressata contengono, quanto alla voce di che trattasi, dati coincidenti con quelli indicati in sede di offerta (n. 4 corsi indicati nelle giustificazioni nella voce relativa ai corsi della sicurezza, anche se descritti con l'espressione generica "corsi di formazione alla mansione"; altrettanti indicati nell'offerta relativi alla "prevenzione degli infortuni e sicurezza sui luoghi di lavoro").

14 – Anche avverso il provvedimento di riaggiudicazione della gara la ricorrente ripropone tutte le censure di illegittimità dedotte in ricorso e nel primo gruppo di motivi aggiunti, già esaminate e respinte.

15 – Conclusivamente, per tutte le ragioni esposte, deve essere dichiarata l'estromissione dal giudizio di Azienda U.s.l. n. 5 di Pisa, Azienda ospedaliero universitaria pisana e I.n.a.i.l.

Il ricorso ed i motivi aggiunti devono essere integralmente respinti.

Spese ed onorari di giudizio, secondo la regola generale, vanno posti a carico della parte soccombente e sono liquidati nella misura di cui in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, definitivamente pronunciando, così provvede:

- dichiara l'estromissione di Asl 5 – Pisa, Azienda Ospedaliera Pisana e di Istituto Nazionale per Assicurazione Contro Infortuni Sul Lavoro;
- respinge il ricorso ed i relativi motivi aggiunti;
- condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio che si liquidano complessivamente in Euro 30.000,00 (trentamila/00) a favore, in parti uguali, delle parti costituite.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19/11/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Gaetano Ciccio, Presidente

Saverio Romano, Consigliere, Estensore

Carlo Testori, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

**IL SEGRETARIO**