

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio

Sezione Terza

Composto dai Signori Magistrati:

Stefano BACCARINI Presidente

Giuseppe SAPONE Componente

Alessandro TOMASSETTI Componente-Relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 10518/2007 proposto dalla DAY RISTOSERVICE S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Arnaldo Tinarelli, Letizia Mazzarelli e Domenico Bonaccorsi di Patti ed elett.te dom.ta in Roma, via Vittorio Colonna n. 32 presso lo studio di quest'ultimo;

C O N T R O

- CONSIP S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Andrea Guarino ed elett.te dom.ta presso lo studio dello stesso in Roma, piazza Borghese;

E NEI CONFRONTI DI

- Sodexho Pass S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella, Paolo Vaiano e Diego Vaiano ed elett.te dom.ta presso lo studio di questi ultimi in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIONE

- del provv. prot. n. 13012/2007 del 2 agosto 2007 col quale la Consip ha disposto l'esclusione della ricorrente dalla gara telematica per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per le Pubbliche Amministrazioni relativamente al lotto n. 2;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria relativamente al lotto n. 2;

- della comunicazione Consip in data 20 giugno 2007 di convocazione alla audizione per la verifica in contraddittorio della presunta anomalia dell'offerta presentata dalla ricorrente

NONCHE', CON MOTIVI AGGIUNTI

- del provvedimento prot. n. 19236/2007 del 30 novembre 2007, con il quale la Consip S.p.a. ha disposto l'aggiudicazione definitiva del lotto n. 2 della gara telematica per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto alla Sodexho Pass S.r.l.;
- di ogni altro atto o provvedimento allo stesso preordinato, conseguente o comunque connesso ed in particolare di quelli già impugnati con ricorso principale.

Visto il ricorso con i relativi atti.

Vista la costituzione della Consip.

Vista la costituzione della Ristocheff

Visti gli atti tutti di causa.

Designato Relatore il Primo Referendario Alessandro Tomassetti.

Udite le parti, come da verbale, alla pubblica udienza del 6 febbraio 2008.

FATTO

Con ricorso n. 10518/2007, notificato in data 19 novembre 2007 e depositato il 28 novembre 2007, la ricorrente impugnava i provvedimenti in epigrafe deducendo i seguenti fatti:

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dalla Consip S.p.a. per l'affidamento dell'appalto del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per le P.A., classificandosi, in relazione al lotto n. 2, al primo posto della graduatoria formata al termine della negoziazione della gara telematica, essendosi l'impresa prima collocata in graduatoria già provvisoriamente aggiudicata il numero massimo (2) di lotti affidabili.

La Commissione giudicatrice, ritenendo insufficienti le giustificazioni già prodotte dalla ricorrente a corredo dell'offerta, accertava in data 20 giugno 2007 il carattere anormalmente basso della stessa e chiedeva dunque l'integrazione di dette giustificazioni, invitando la ricorrente a valorizzare ogni variabile economica rilevante ai fini della gestione dell'appalto.

A seguito dell'esame delle ulteriori giustificazioni fornite, la Commissione illegittimamente concludeva che l'offerta non fosse autoremunerativa: in quanto, senza l'apporto dei proventi scaturenti dai servizi aggiuntivi proposti ai ristoratori convenzionati, la stessa sarebbe risultata insostenibile. La ricorrente veniva, quindi, invitata dalla Consip ad esporre, in contraddittorio con il 'Collegio costituito per la verifica delle offerte anormalmente basse', gli elementi giustificativi posti a sostegno dell'offerta e tutti gli argomenti che riteneva utili a tal fine.

Va subito chiarito che i servizi aggiuntivi in questione si identificano nel servizio 'Pagosubito'. Il ristoratore convenzionato può recarsi due volte al mese, secondo un calendario prestabilito, in uno dei punti di ritiro predisposti a consegnare tutti i buoni Day

ritirati, che: vengono letti contestualmente alla presenza del ristoratore, valorizzati negli importi, separati da eventuali buoni scaduti o irregolari (questi ultimi immediatamente restituiti). Alla fine della lettura il ristoratore comunica all'operatore il numero e la data della fattura che intende emettere, la fattura viene stampata in duplice copia assieme alla dichiarazione di pagamento di Day previsto per il mercoledì successivo alla consegna. L'esercente ha quindi immediatamente l'originale della fattura e la ricevuta Day che attesta: la regolarità dei buoni consegnati, il loro valore, l'importo che verrà pagato, la disposizione di pagamento completa delle coordinate bancarie dell'accredito. Il servizio, in altre parole, permette all'esercente, con modalità molto semplici, trasparenti e veloci, di eliminare ogni rischio connesso alla tradizionale procedura di rimborso dei buoni. Qualsiasi evento successivo alla consegna non è infatti addebitabile al ristoratore: quantità, valore dei buoni, validità sono certificati in contraddittorio con il medesimo. Egli, inoltre, riceve un pagamento veloce (mediamente a 5 giorni) ed elimina qualsiasi costo di spedizione, oltre al rischio di furto o smarrimento. Il servizio ha un costo molto contenuto per l'esercente, che trova ampia giustificazione nel risparmio di costi amministrativi, dei costi di spedizione e nella anticipazione finanziaria che riceve. Dall'altra parte per l'impresa che lo eroga (day) il servizio comporta un ricavo netto significativo, la cui prima componente è data dal pagamento della prestazione di ritiro, conteggio e fatturazione dei buoni pasto, cui va aggiunta una notevole semplificazione amministrativa in totale assenza di costi gestionali aggiuntivi. I documenti generati producono in automatico tutte le registrazioni contabili: si evita, dunque, qualsiasi documento di rettifica dovuto ad errore di fatturazione, si evitano costi di assistenza per telefonate dell'esercente per conferma nel ricevimento dei buoni, conferma del pagamento e altro. La seconda componente positiva per Day è l'impiego attivo e senza rischi di parte della liquidità generata dalla commessa attraverso la valorizzazione dello spread fra tassi attivi (il tasso di remunerazione per Day) e tassi passivi (il tasso di anticipazione per l'esercente) che il mercato bancario propone come normale alternativa. Al servizio 'Pagosubito' si aggiungono anche quelli promo-pubblicitari.

Il giorno 27 giugno 2007 si teneva l'audizione dinanzi al 'Collegio per la verifica dell'offerta'; nel corso dell'audizione il legale rappresentante della società ribadiva la natura intrinseca dei servizi aggiuntivi in quanto strettamente inerenti la gestione dell'appalto.

Ciò nonostante, le giustificazioni addotte non sono state ritenute soddisfacenti dalla Consip, nell'erroneo rilievo che l'offerta non sarebbe 'autoconsistente' sul piano economico.

Deduce la ricorrente la illegittimità dei provvedimenti impugnati per i seguenti motivi:

- eccesso di potere per illogicità manifesta, carenza di motivazione, travisamento, contraddittorietà ed errore nei presupposti;
- violazione e falsa applicazione degli artt. 87 ed 88 D.Lgs. n. 163/2006 nonché dei principi vigenti in tema di anomalia dell'offerta; eccesso di potere per errore nei presupposti; illogicità, travisamento;
- violazione e falsa applicazione degli artt. 10, 84, 88 D.Lgs. n. 163/2006 e del paragrafo 8.4 del disciplinare di gara.

Con motivi aggiunti regolarmente notificati e depositati, la odierna ricorrente provvedeva ad impugnare anche tutti gli atti successivi per i motivi meglio descritti negli atti di causa.

Si costituiva in giudizio l'Amministrazione resistente ed i soggetti controinteressati deducendo la infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Alla pubblica udienza del 6 febbraio 2007, il ricorso veniva posto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

La questione che si pone all'attenzione del Collegio attiene alla individuazione degli elementi da prendere in considerazione in sede di giustificazione della congruità della offerta.

In particolare, l'odierna ricorrente, in sede di giustificazione della congruità delle offerte relative ad uno dei sei lotti oggetto di appalto, ha provveduto a documentare i ricavi della propria offerta economica per il tramite della prestazione di 'servizi aggiuntivi', in assenza dei quali ciascuna delle offerte sarebbe risultata non congrua.

In tale ambito, quindi, la Commissione di gara ha proposto alla Consip di escludere le offerte presentate dalla ricorrente in quanto non 'autoremunerative'.

Sulla base di tali assunti, conseguentemente, la Consip, con nota prot. n. 10329/07 del 20 giugno 2007 ha invitato la ricorrente a prendere parte alla audizione per la verifica, in contraddittorio, delle offerte anormalmente basse relativamente ai lotti nn. 2, 3, 4 e 6 (si veda l'atto prot. n. 10329/2007 in data 20 giugno 2007 dove si legge che *"la Commissione Giudicatrice ha accertato, ai sensi dell'art. 87 del D.Lgs. n. 163/2006, il carattere anormalmente basso delle offerte presentate dalla Day Ristoservice S.p.a., relativamente ai Lotti 2, 3, 4 e 6. La Commissione ha esaminato le giustificazioni prodotte da quest'ultima a corredo delle offerte, ed ha ritenuto, dopo approfondita analisi, che tali giustificazioni non siano sufficienti a dimostrare la loro congruità. La Commissione ha ritenuto altresì di richiedere alla società Day Ristoservice S.p.a. di integrare le dette giustificazioni valorizzando ogni variabile economica rilevante ai fini della gestione dell'appalto in quanto, tale società, non aveva fornito dettagli economici a corredo delle offerte. A seguito dell'esame e dell'approfondita analisi delle ulteriori giustificazioni pervenute in riscontro a detta richiesta, la Commissione ha rilevato che Day Ristoservice S.p.a. ha imputato nel conto economico, presentato a sostegno della congruità delle offerte, delle voci di ricavo generate da 'servizi aggiuntivi' di natura estrinseca alla prestazione posta a gara. La Commissione, nel valutare la congruità delle offerte, ha ritenuto di dover considerare congrue solo quelle offerte che sono risultate autoconsistenti sul piano economico, senza computare, quindi, nel calcolo degli utili i 'servizi aggiuntivi'. La Commissione è giunta a tale valutazione sulla scorta dei rilievi e delle argomentazioni di seguito specificate. L'art. 88, co. 6, d.lvo 163/06 prevede che 'La stazione appaltante esclude l'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile'. Dall'interpretazione della disposizione citata, l'indicazione che se ne può ricavare è che l'autocongruità dell'offerta e, dunque, la*

valutazione di congruità della stessa nel suo complesso è circoscritta alla rilevanza di elementi di costo intrinseci alla commessa, non potendo, invece, considerarsi rilevanti ai fini della valutazione di congruità, quegli elementi di costo estrinseci alla prestazione che forma oggetto dell'offerta. Ciò considerato, non è, pertanto, possibile tener conto di elementi di ricavo che non si collocano all'interno delle prestazioni contemplate dall'offerta(...)".

A seguito del deposito di memoria scritta e di documenti da parte della ricorrente, nonché della audizione in data 27 giugno 2007, l'Amministratore Delegato di Consip, con nota prot. n. 13012 del 2 agosto 2007 ha valutato inaffidabile l'offerta della Day Ristoservice s.p.a. con conseguente esclusione della stessa dall'appalto di cui in oggetto.

Rileva il Collegio la illegittimità dei provvedimenti impugnati sotto l'assorbente profilo della violazione e falsa applicazione dei principi in materia di offerta nell'ambito delle gare di appalto oltre che di violazione dei principi di economicità, imparzialità e buon andamento della azione amministrativa.

Occorre innanzitutto rilevare come questo Collegio non ponga in alcun modo in discussione il principio della cd. remuneratività delle offerte [T.A.R. Puglia-Lecce, 2 aprile 2007, n. 1398 *"In primo luogo, per ciò che concerne la questione della congruità dell'utile di impresa che Geotec ricaverebbe dall'esecuzione dell'appalto, il Collegio osserva che: - seppure è vero che la giurisprudenza amministrativa è orientata in prevalenza nel senso di ritenere che un utile di impresa esiguo non denota di per sé l'inaffidabilità dell'offerta economica (vedasi al riguardo le sentenze depositate in giudizio dalla ricorrente all'odierna camera di consiglio Cons. Stato, IV, n. 882/2002; TAR Lazio, III, n. 7338/2004; TAR Lazio, I-bis, n. 6200/2006 - nonché la recente ordinanza della Sezione 20.1.2007, n. 51, in cui il Tribunale ha ritenuto che, allorquando lo scostamento fra l'offerta economica presentata da un concorrente e il costo reale dell'appalto sia comune assorbibile dall'utile d'impresa, di modo che l'offerta nel suo complesso risulti comunque affidabile, il concorrente non può essere escluso), è altrettanto vero che l'utile non può ridursi ad una cifra meramente simbolica; - nel caso di specie, stando alle risultanze dei lavori della Commissione (nelle parti non contestate dalla ricorrente) l'utile atteso è pari a circa 2.800,00 /anno, nel mentre l'appalto ha un valore annuo di circa 500.000,00 ed una durata di cinque anni. Pertanto, non si può negare che sussistano dubbi sulla regolare esecuzione dell'appalto da parte della ricorrente, laddove questa risultasse aggiudicataria, sia perché l'utile risulta quasi completamente assorbito dalle imposte, sia perché, tenuto anche conto del valore totale e della durata dell'appalto, è sufficiente che si verifichi un qualsiasi piccolo inconveniente durante l'esecuzione del contratto perché l'utile si trasformi in una perdita; - nè è tutelabile di per sé l'interesse dell'impresa a eseguire comunque (ossia, anche in perdita o con utile aziendale pari a zero) un appalto al fine di acquisire esperienza professionale e fatturato da utilizzare in vista della partecipazione a futuri appalti, in quanto tale interesse va comunque comparato con l'interesse del committente pubblico a poter confidare sulla regolare esecuzione del servizio (e questo interesse è stato, nel caso di specie, valutato dalla Commissione secondo un percorso argomentativo che il Collegio non ritiene illogico o irrazionale)]".*

Occorre, tuttavia, osservare come al fine di valutare la idoneità delle condizioni proposte dai partecipanti alla gara sia necessario considerare l'offerta nel suo complesso.

Se, infatti, è vero – così come rilevato dalla Amministrazione resistente - che per la prestazione principale offerta dalla odierna ricorrente non è previsto un utile, è anche vero che tale carenza è ampiamente compensata dai cd. ‘servizi aggiuntivi’ pattuiti dall’offerente con gli esercenti convenzionati.

Dall’operazione economica nel suo complesso considerata - e, cioè, comprensiva dei ‘servizi aggiuntivi’ - emerge, quindi, in modo evidente che l’offerente trarrà certamente una remunerazione.

Evidenziata la sussistenza di una indubbia remuneratività dell’operazione sul piano economico, occorre valutarne la legittimità sotto il profilo giuridico.

In tale ambito, occorre in primo luogo osservare come la normativa in tema di appalti non contenga alcun principio in grado di vincolare i partecipanti alle gare di appalto in sede di giustificazioni della anomalia dell’offerta.

Così come evidenziato anche nel parere della Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, infatti, *“l’art. 87, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 si limita a stabilire che le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, debbano essere ‘pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell’offerta medesima”* (Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, parere n. 45 del 25 ottobre 2007).

Del resto, la illegittimità di una restrizione dello spettro di possibili giustificazioni prospettabili dalle imprese offerenti in merito alla anomalia delle offerte era già stata evidenziata dalla Corte di Giustizia CE (sentenza 27 novembre 2001 relativa alle cause riunite C-285/1999 e C-286/1999 *“Per quanto riguarda il secondo aspetto delle questioni pregiudiziali così come riformulate al punto 28 della presente sentenza, occorre sottolineare che, ai sensi dell’art. 30, n. 4, secondo comma, della direttiva, l’amministrazione aggiudicatrice ‘può’, ai fini della valutazione di un’offerta anormalmente bassa, prendere in considerazione ‘giustificazioni’ riguardanti l’economia del procedimento di costruzione o le soluzioni tecniche adottate o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l’offerente per eseguire i lavori o l’originalità del progetto dell’offerente. Come risulta dalla sua stessa formulazione, questa disposizione riconosce all’Amministrazione aggiudicatrice la semplice facoltà, e non l’obbligo, di basarsi su taluni tipi di giustificazioni obiettive del prezzo proposto da un determinato offerente. Ricollocata nel suo contesto, tale disposizione ha per oggetto unicamente di precisare la regola enunciata all’art. 30, n. 4, primo comma, della direttiva, in forza del quale l’amministrazione aggiudicatrice richiede all’offerente interessato precisazioni sulla composizione dell’offerta che ritiene utili e verifica detta composizione tenendo conto delle giustificazioni fornite. Ora, ai punti 51-59 della presente sentenza, la Corte ha già sottolineato l’importanza del principio secondo cui, prima che l’amministrazione aggiudicatrice possa respingere un’offerta come anormalmente bassa, l’offerente deve poter far valere, utilmente e in contraddittorio, il suo punto di vista su ciascuno dei vari elementi di prezzo proposti. Dato che, nella prospettiva dello sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti pubblici, è essenziale che questa facoltà sia la più ampia e completa possibile, l’offerente deve poter presentare a sostegno della sua offerta tutte le giustificazioni, in particolare quelle enunciate all’art. 30, n. 4, secondo comma, della direttiva, che, tenuto conto della natura*

e delle caratteristiche dell'appalto di cui trattasi, ritiene utili, senza alcuna limitazione al riguardo. Per quanto riguarda l'amministrazione aggiudicatrice, essa è tenuta a prendere in considerazione l'insieme delle giustificazioni dedotte dall'imprenditore prima di adottare la sua decisione circa l'accoglimento o il rigetto dell'offerta di cui trattasi. Ne deriva che, in considerazione sia della sua formulazione sia della sua finalità, l'art. 30, n. 4, secondo comma, della direttiva non contiene un elenco esaustivo delle giustificazioni che possono essere presentate, ma si limita a fornire esempi di giustificazioni che l'offerente può presentare al fine di dimostrare la serietà dei vari elementi di prezzo proposti. A maggior ragione la disposizione di cui trattasi non autorizza l'esclusione di taluni tipi di giustificazioni. Come hanno fatto valere il governo austriaco e la Commissione nelle loro osservazioni e l'avvocato generale ha sottolineato ai paragrafi 50 e 51 delle sue conclusioni, qualsiasi limitazione al riguardo sarebbe infatti in evidente contraddizione con l'obiettivo della direttiva di facilitare il gioco della libera concorrenza fra tutti gli offerenti, in quanto una tale limitazione comporterebbe l'esclusione pura e semplice delle offerte giustificate da considerazioni diverse da quelle ammesse dalla normativa nazionale vigente, nonostante un prezzo eventualmente più vantaggioso. Ne deriva che l'art. 30, n. 4, della direttiva si oppone ad una normativa nazionale, come quella applicabile nelle cause principali, che, da un lato, impone all'amministrazione aggiudicatrice di prendere in considerazione, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, solo talune giustificazioni limitativamente elencate, tralasciando per di più le giustificazioni relative all'originalità del progetto dell'offerente alle quali tuttavia fa riferimento formalmente il secondo comma di tale disposizione, e che, dall'altro, esclude esplicitamente taluni tipi di giustificazioni, come quelle relative a tutti quegli elementi i cui valori minimi sono stabiliti da disposizioni legislative regolamentari o amministrative, ovvero i cui valori sono rilevabili da dati ufficiali”).

Peraltro, così come evidenziato dalla stessa Autorità di Vigilanza, dalla lettura dell'elenco esemplificativo di giustificazioni possibili ai sensi dell'art. 87 D.Lgs. n. 163/2006 emerge la possibilità – per le imprese partecipanti – di fondarsi su elementi “che nulla hanno a che vedere con il carattere strettamente matematico dell'offerta e che presentano, invece, uno squisito carattere imprenditoriale, rendendo l'offerta stessa sostenibile in quanto fondata su elementi di ricavo esterni ad essa, cioè su elementi che, seguendo la logica di CONSIP illustrata in premessa, si sarebbe erroneamente indotti a qualificare ‘estrinseci’ alla prestazione posta a gara, riduttivamente identificata dalla stazione appaltante nel caso in esame con la ‘spendibilità’ del buono pasto” (Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, parere n. 45 del 25 ottobre 2007 dove si legge anche che “Il quadro normativo sopra ricostruito sembra, dunque, autorizzare a sostenere che non è affatto inibito all'offerente di supportare l'economicità dell'offerta sulla base di iniziative imprenditoriali strettamente correlate all'appalto, in quanto dipendenti dall'aggiudicazione della gara e dall'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, quali nella specie l'espletamento dei cd. ‘servizi aggiuntivi’ o la vendita di pubblicità veicolata attraverso i buoni pasto. Anzi, il dato letterale e la ratio della disciplina in esame come sopra evidenziato sembrano orientare nel senso opposto”).

Né un espresso divieto in merito alla possibilità di fornire giustificazioni fondate sui servizi aggiuntivi emerge dagli atti di gara (si veda, anche sotto tale profilo, l'esaustivo parere n. 45 del 25 ottobre 2007 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici dove si legge che “Peraltro, la lex specialis della gara in oggetto non contiene alcuna clausola da cui sia possibile desumere l'esistenza di un divieto in tal senso. Al contrario, la

CONSIP, nell'ambito delle risposte alle richieste di chiarimenti formulate da alcune imprese interessate a partecipare alla gara, ha rilevato che 'la commissione/sconto incondizionato di cui al paragrafo 1 del capitolato di gara si riferisce alla percentuale riconosciuta per ciascun buono pasto speso e non anche ad eventuali servizi aggiuntivi eventualmente offerti', con ciò confermando, quantomeno, come le società emittitrici dei buoni pasto avrebbero legittimamente potuto offrire ai ristoratori i suddetti 'servizi aggiuntivi' e, pertanto, altrettanto legittimamente avrebbero potuto tenere conto, in sede di predisposizione delle offerte, dei ricavi derivanti da tali servizi e, parimenti, fare riferimento a detti ricavi in sede di giustificazione del prezzo, trattandosi di un elemento che, in quanto considerato ai fini della formulazione dell'offerta, è costitutivo di essa, quindi 'intrinseco'").

Una ulteriore argomentazione, peraltro, risulta confortare la tesi della legittimità dei servizi aggiuntivi nella fattispecie oggetto del presente ricorso.

Ritiene, infatti, il Collegio che la questione relativa alla qualificazione delle prestazioni offerte in relazione ai 'servizi aggiuntivi' non possa prescindere dalla interpretazione della complessiva operazione negoziale posta in essere relativamente all'oggetto dell'appalto.

Così come rilevato dalla Autorità di Vigilanza, infatti, la prestazione posta a gara dalla Consip non può essere identificata con la mera 'spendibilità' del buono pasto, bensì deve rinvenirsi nella messa a disposizione della stazione appaltante di un servizio complesso – il servizio sostitutivo di mensa – che si compone anche della disponibilità dei pasti materialmente forniti dai ristoratori convenzionati (si veda il parere n. 45 del 25 ottobre 2007 dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici dove si legge che *"Alla luce della ricostruzione giuridica delle caratteristiche strutturali del servizio sostitutivo di mensa sopra richiamata la prestazione posta a gara dalla CONSIP e, quindi, dovuta dalle società emittitrici dei buoni pasto non sembra potersi identificare con la mera 'spendibilità' dello stesso, bensì con la messa a disposizione della stazione appaltante (e per essa delle pubbliche amministrazioni clienti), attraverso l'erogazione dei buoni pasto, di un servizio complesso, il servizio sostitutivo di mensa, che si compone anche della disponibilità dei pasti materialmente forniti dai ristoratori convenzionati. Questi, pertanto, non sono terzi indifferenti ed estranei rispetto all'oggetto della gara, ma sono parte integrante del servizio sostitutivo di mensa, in quanto erogatori del servizio 'materiale' di ristorazione, incorporato nel servizio 'virtuale' rappresentato dalla erogazione dei buoni pasto ad opera delle società emittitrici degli stessi. Tutto ciò induce a concludere nel senso che gli eventuali 'servizi aggiuntivi' offerti ai ristoratori convenzionati, in quanto destinati a soggetti che sono parte integrante del servizio sostitutivo di mensa oggetto della gara e correlati alla gestione del servizio stesso, siano da ritenersi 'intrinseci' alla prestazione oggetto dell'offerta ed intesi a migliorarne la qualità e l'efficienza, con conseguente possibilità di valutare le voci di ricavo relative alla prestazione degli stessi ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta"*).

In conclusione, dunque, ad avviso del Collegio, non si potrebbe parlare di sussidio incrociato dal momento che la prestazione offerta con riguardo ai servizi aggiuntivi trova la sua causa giustificativa all'interno della complessa operazione negoziale proposta, non potendo i servizi aggiuntivi - in quanto tali - scorporarsi dalla prestazione principale e, così, essere oggetto di una autonoma prestazione resa al di fuori di quella relativa al servizio sostitutivo di mensa oggetto di offerta.

Sotto tale profilo, dunque, ben può affermarsi, che il servizio aggiuntivo viene a costituire un 'elemento costitutivo della offerta' e, in quanto tale, 'intrinseco' alla prestazione principale oggetto di offerta.

In conclusione, il ricorso è fondato e, pertanto, deve essere accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati nei sensi di cui in motivazione.

Le spese, in considerazione della sussistenza di giusti motivi, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei sensi di cui alla motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 6 febbraio 2008.

- Stefano Baccharini, Presidente;

- Alessandro Tomassetti, Primo Referendario - estensore.