

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. 9419/2007 proposto dalla REPAS LUNCH COUPON S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. prof. Antonio Briguglio e dall'avv. Alessandra Siracusano ed elett.te dom.ta in Roma, via M. Mercati n. 51 presso lo studio degli stessi;

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

- Day Ristoservice S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

- Ristochef S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIONE

- della nota dell'Amministratore Delegato di Consip S.p.a. prot. n. 13008/2007 del 2 agosto 2007, avente ad oggetto 'Gara telematica per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per le Pubbliche Amministrazioni, ai sensi dell'art. 26 L. n. 488/1999 s.m.i., dell'art. 58 L. n. 388/2000 – di cui all'avviso di gara pubblicato sulla G.U.U.E. n. S40 del 27/2/07 e G.U.R.I. n. 27 del 5/3/2007 – Comunicazione di esclusione dalla gara relativa ai lotti 4 e 5';

- dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria relativamente ai lotti nn. 4 e 5;

- di ogni altro atto presupposto, preparatorio e/o consequenziale.

#### NONCHE' CON MOTIVI AGGIUNTI

- della nota prot. n. 18491/2007 del 20 novembre 2007 con la quale Consip S.p.a. ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente;

- delle successive note prot. nn. 18674/07 e 18679/07 con le quali la stazione appaltante ha comunicato che, a seguito dell'esito positivo delle verifiche ispettive preliminari previste dall'art. 8.4 del disciplinare di gara, si sarebbe proceduto agli adempimenti per la stipula della convenzione;

#### NONCHE' CON ULTERIORI MOTIVI AGGIUNTI

- della nota n. 19399/2007 inoltrata a Repas in data 4 dicembre 2007 avente ad oggetto la 'comunicazione ex art. 79, comma 5, D.Lgs. n. 163/06' con la quale Consip ha dichiarato la Day Ristoservice S.p.a. aggiudicataria definitiva relativamente al lotto n. 4;

#### NONCHE' CON ULTERIORI MOTIVI AGGIUNTI

- della nota n. 19492/2007 inoltrata a Repas in data 5 dicembre 2007 avente ad oggetto la 'comunicazione ex art. 79, comma 5, D.Lgs. n. 163/06' con la quale Consip ha dichiarato la Day Ristoservice S.p.a. aggiudicataria definitiva relativamente al lotto n. 5.

Visto il ricorso con i relativi atti.

Vista la costituzione della Consip.

Vista la costituzione della Ristochef

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. 9420/2007, regolarmente notificato e depositato, 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 ai lotti nn. 4 e 5, rispettivamente al secondo ed al primo posto della graduatoria formata al termine della negoziazione della gara telematica.

L'offerta della ricorrente veniva quindi sottoposta – ai sensi e per gli effetti dell'art. 86, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006 ed essendo stata considerata rispondente ai requisiti previsti da tale disposto – a procedimento di verifica di congruità.

Successivamente la ricorrente veniva invitata dalla stazione appaltante, con nota prot. n. 10328/2007 del 20 giugno 2007 “a prender parte all’audizione per la verifica in contraddittorio delle offerte anormalmente basse relative ai lotti 4 e 5”, onde fornire ulteriori chiarimenti in relazione alle giustificazioni già prodotte a corredo dell’offerta e ritenute non sufficienti a dimostrarne la congruità.

In particolare, in quella nota si comunicava che la Commissione giudicatrice – premesso “che la società (Repas) ha imputato sul conto economico delle voci di ricavo generate da ‘servizi aggiuntivi’” e qualificati questi ultimi quali servizi “di natura estrinseca alla prestazione” – aveva ritenuto di poter considerare congrue solo quelle offerte che fossero risultate “autoconsistenti sul piano economico, non computando quindi nel calcolo degli utili i ‘servizi aggiuntivi’”.

I quali ultimi, per come prospettati dalla ricorrente – e a parere della Commissione – non avrebbero potuto essere considerati ai fini della congruità richiesta dall’art. 88, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006, “circostritta alla rilevanza di elementi di costo intrinseci alla commessa, non potendo, invece, considerarsi rilevanti ai fini della valutazione della congruità, quegli elementi di costo estrinseci alla prestazione che forma oggetto dell’offerta”.

In sede di audizione per la verifica in contraddittorio della congruità dell’offerta tenutasi in data 28 giugno 2007 innanzi ad organo collegiale totalmente diverso rispetto alla Commissione di gara, l’odierna ricorrente forniva i chiarimenti richiesti, evidenziando l’erroneità, sia in fatto che in diritto, del ragionamento seguito dalla Commissione, tutto incentrato sulla pretesa impossibilità di tener conto dei ‘servizi aggiuntivi’ indicati da Repas quali voci di ricavo, in quanto asseritamene estrinseci rispetto alla prestazione oggetto dell’offerta.

Innanzitutto – esponeva la ricorrente – non poteva in alcun modo condividersi la valutazione di ‘estrinsecità’ dei servizi aggiuntivi offerti, trattandosi invece di servizi intrinseci all’oggetto dell’offerta, suscettibili di attuazione solo in caso di vittoria della gara e conseguente aggiudicazione.

Inoltre ed in ogni caso, non vi era nel quadro normativo di riferimento, né nella lex specialis, nulla che autorizzasse la distinzione apoditticamente assunta dalla Consip tra servizi intrinseci e servizi estrinseci e che deponesse nel senso del divieto, per l’impresa concorrente alla gara, di apprestare servizi aggiuntivi e di considerare il corrispondente utile al fine del ribasso della propria offerta.

Ciò nonostante, con nota prot. 13008/2007 del 2 agosto 2007, l’amministratore delegato della Consip, aderendo alla tesi della Commissione giudicatrice, comunicava l’esclusione della ricorrente, relativamente ai lotti nn. 4 e 5, dalle successive fasi di gara “in quanto l’offerta risulta nel suo complesso inaffidabile ai sensi dell’art. 88, comma 6, D.Lgs. n. 163/2006”.

Successivamente e conseguentemente aggiudicava la gara in via provvisoria a Day Ristoservice S.p.a. (relativamente al lotto n. 4) ed a Ristochef S.p.a. (relativamente al lotto n. 5).

Ritenendo gravemente illegittime le determinazioni assunte dalla Consip, la ricorrente, come altra società in analoga situazione, ha presentato all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, istanza di parere per la soluzione della controversia, avviando così la relativa procedura conclusasi con l'emanazione del parere n. 45/2007.

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

- violazione e falsa applicazione degli artt. 84 ed 88 D.Lgs. n. 163/2006; dell'art. 8 D.P.R. n. 101/2002; della lett. F) delle premesse del disciplinare di gara telematica e dell'art. 8.4 di tale disciplinare; eccesso di potere; difetto di istruttoria;
- violazione e falsa applicazione della normativa di gara, dell'art. 87, comma 2, ed 88 D.Lgs. n. 163/2006; dell'art. 55 Direttiva 2004/18; dell'art. 8, lett. D) D.P.C.M. 18 novembre 2005, nonché dei principi statuiti dalla Corte di Giustizia CE, Sez. VI, 27 novembre 2001 C-285/99 e C-286/99;
- eccesso di potere per motivazione illogica e contraddittoria nonché per travisamento dei fatti e dei presupposti in ordine alla valutazione della congruità dell'offerta Repas; violazione e falsa applicazione degli artt. 86, comma 5, 87, comma 1, 88, commi 1, 2, 3, 4 e 6, D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 55 Direttiva 2004/18 CE;
- eccesso di potere per contraddittorietà tra più atti e disparità di trattamento in ordine ai criteri di valutazione della congruità delle offerte; violazione dei principi di economicità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui agli artt. 3 e 97 Cost.;

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.

Proponeva ricorso incidentale la Ristochef S.p.a. deducendo la inammissibilità del ricorso principale avanzato dalla Repas 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 di ricavo in grado di giustificare la congruità ed affidabilità dell'offerta.

Oggetto della gara di appalto di cui all'odierno ricorso risulta essere la fornitura del 'servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto'.

Il servizio consiste nella materiale messa a disposizione di un titolo di legittimazione cartaceo in grado di poter essere utilizzato al fine di ottenere la somministrazione di prestazioni alimentari.

La prestazione fondamentale consiste nell'assicurare la spendibilità dei buoni pasto – per l'intero valore nominale – presso gli esercizi di somministrazione.

La spendibilità dei buoni pasto si realizza attraverso un rapporto di convenzionamento in forza del quale gli esercizi di generi alimentari si impegnano ad accettare i buoni pasto emessi dal concorrente in pagamento delle prestazioni alimentari; la società emittente dei buoni, a sua volta, si impegna a rimborsare l'esercente.

Il prestatore del servizio deve, peraltro, assicurare la presenza di un certo numero di esercizi convenzionati, adeguatamente diffusi sul territorio nazionale; i profili soggettivi di tali esercizi convenzionati, tuttavia, sono irrilevanti per la stazione appaltante, tant'è vero che il prestatore del servizio può liberamente sostituirli nel corso del rapporto.

L'Amministrazione committente non corrisponde l'intero valore del buono; lo sconto offerto dalla società emittente sul valore nominale del buono pasto costituisce, anzi, l'elemento in base al quale viene attribuito il punteggio economico dell'offerta.

Il valore della commissione pretesa dalla società emittente a carico degli esercenti convenzionati non è in alcun modo stabilito, nemmeno nei massimi, dalla disciplina di gara, ciascun concorrente lo può liberamente stabilire nella misura che ritiene più opportuna.

E' del tutto indifferente, peraltro, anche il contenuto della prestazione alimentare.

L'odierna ricorrente ha presentato offerte per quattro dei sei lotti nei quali si articolava la gara, corredando tali offerte delle giustificazioni 'preventive' di cui all'art. 86, comma 5, ed 87, comma 2, D.Lgs. n. 163/06.

L'offerta dell'odierna ricorrente, peraltro, teneva conto anche dei ricavi - minori costi del buono pasto derivanti dalla prestazione di 'servizi aggiuntivi'

Nelle sedute riservate del 9 e del 23 maggio 2007, la Commissione ha preso in esame le giustificazioni presentate dai concorrenti giungendo alla conclusione di proporre alla Consip l'esclusione di tutte le offerte presentate dalla ricorrente in quanto carenti del requisito della 'autoremuneratività'.

In particolare, la Commissione ha rilevato che *“l'offerta per ritenersi 'affidabile' e 'congrua' debba essere autoconsistente sul piano economico: un prestatore di servizi deve necessariamente ricavare dall'esecuzione di un appalto pubblico un utile economicamente apprezzabile”* (si veda il verbale della Commissione prot. n. 86 bis/DL/R/2007 in data 9 maggio 2007 dove si legge, ancora, che *“le ragioni a sostegno di tale conclusione sono molteplici. L'art. 88, co. 6, d.lvo 163/06, nel prevedere l'esclusione delle offerte anomale parla di offerte inaffidabili le loro complesso. L'indicazione che se ne può ricavare è che l'offerta nel suo complesso circoscrive l'ambito della valutazione di congruità. Non si possono, pertanto, prendere in considerazione degli elementi di ricavo che non si collocano all'interno delle prestazioni contemplate dall'offerta. Se si ammettesse la rilevanza di elementi di ricavo estrinseci all'offerta non si potrebbero poi, sul piano logico, delimitare una o più categorie di elementi estrinseci utilizzabili per giustificare la congruità dell'offerta. Non vi sarebbe motivo, allora, di non consentire di*

*imputare alla commessa dedotta in offerta una parte dei ricavi prodotti da una commessa differente, o addirittura di utilizzare fondi accantonati o comunque nella disponibilità dell'impresa per colmare il deficit economico dell'offerta. Questo, però, da un lato porterebbe all'impossibilità di escludere offerte dichiaratamente non sostenibili e, dall'altro lato, contrasterebbe con i principi della concorrenza e con lo stesso oggetto della verifica di congruità. Oggetto di quest'ultima è infatti la sostenibilità economica dell'offerta e non l'utile complessivo che realizza l'impresa nell'esercizio finanziario (art. 88 d.lvo 163/06; art. 55, direttiva CE n. 18/04). Viceversa, se si ammettesse la rilevanza ricavi estrinseci all'offerta si porterebbe la verifica proprio sul piano della redditività complessiva dell'esercizio. La commissione, alla luce delle considerazioni sopra svolte decide di non considerare ove compresi, i ricavi che non si collocano all'interno delle prestazioni contemplate dall'offerta cd servizi aggiuntivi. (...)"*; si veda anche il verbale della Commissione prot. n. 94/DL/R/2007 in data 23 maggio 2007 dove si legge, relativamente ai lotti nn. 4 e 5, che *"La commissione, alla luce delle considerazioni svolte lo scorso 9 maggio, decide di non considerare ove compresi, i ricavi che non si collocano all'interno delle prestazioni contemplate dall'offerta cd. servizi aggiuntivi (...). Come si evince, le società Repas (..), non considerando i servizi aggiuntivi, non raggiungono l'utile necessario per considerare autoremunerativa l'offerta presentata"*).

Sulla base di tali assunti, conseguentemente, la Consip, con nota prot. n. 10328/07 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. 4 e 5 (si veda l'atto prot. n. 10328/2007 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 da Repas Lunch Coupon s.r.l., relativamente ai Lotti 4 e 5. 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 dopo approfondito esame ed analisi degli elementi costitutivi delle offerte di Repas Lunch Coupon s.r.l., effettuati in base al complesso delle giustificazioni fornite dal concorrente, ha evidenziato che la società 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 28 giugno 2007, l'Amministratore Delegato di Consip, con

nota prot. n. 13008 del 2 agosto 2007 ha valutato inaffidabile l'offerta della Repas Lunch Coupon s.r.l. 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.

Preliminarmente il Collegio deve analizzare le censure avanzate dalla Ristochef S.p.a. nel ricorso incidentale depositato agli atti del giudizio.

Con un primo motivo si deduce la illegittimità dei verbali della Commissione giudicatrice del 16 aprile 2007, 23 aprile 2007, 9 maggio 2007, 23 maggio 2007, 19 giugno 2007 e 2 agosto 2007 nonché i successivi provvedimenti della stazione appaltante che, pur avendo disposto l'esclusione di Repas per anomalia dell'offerta, non avrebbero neppure dovuto ammettere la stessa alla procedura.

L'assunto è infondato.

Come si chiarirà meglio nel prosieguo della motivazione, il Collegio ritiene illegittima l'esclusione della odierna ricorrente fondata sull'asserita estraneità dei cd. 'servizi aggiuntivi' rispetto all'oggetto dell'appalto, con la conseguenza che – a maggior ragione – l'Amministrazione non avrebbe in ogni caso potuto escludere l'odierna ricorrente dalla partecipazione alla procedura di gara.

Con una seconda censura si deduce la inammissibilità del ricorso principale in considerazione del fatto che la Repas non avrebbe dato alcuna prova in merito alla effettiva remuneratività e, quindi, congruità della propria offerta.

L'assunto è infondato.

Come si rileverà nel seguito della motivazione, l'odierna ricorrente non è stata messa in alcun modo messa in condizione di provare la congruità dell'offerta in considerazione del fatto che l'esclusione si è fondata sulla pregiudiziale della impossibilità di giustificare elementi estrinseci della offerta.

Passando al merito della controversia 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'esauritivo 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.

Secondo la impostazione della Consip, infatti, la redditività dell'offerta della ricorrente fondata in via esclusiva sui servizi aggiuntivi sarebbe illegittima in quanto resa in violazione del divieto del sussidio incrociato.

Il sussidio incrociato, nella prospettiva della Amministrazione, si caratterizzerebbe per il fatto che una parte del costo della prestazione verrebbe ad essere sopportato da un soggetto diverso dal committente. In particolare, il sussidio incrociato non sussisterebbe soltanto allorquando la prestazione 'diversa' rientri nella 'causa' del contratto ovvero sia ad essa collegata per il tramite di un nesso volontario o funzionale.

Nella fattispecie concreta, al contrario, i 'servizi aggiuntivi' non potrebbero essere in alcun modo qualificati quali prestazioni connesse a quella oggetto di appalto con conseguente estraneità degli stessi alla causa dell'appalto.

Ritiene 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.

Esaurita la trattazione in merito all'oggetto del ricorso principale, il Collegio deve esaminare i motivi aggiunti avanzati dalla parte ricorrente avverso gli ulteriori atti posti in essere dalla Amministrazione.

Occorre, in primo luogo analizzare le censure sollevate rispetto alla determinazione prot. n. 18491/2007 in data 20 novembre 2007 con la quale la Consip ha respinto l'istanza di annullamento in autotutela della esclusione della ricorrente dalla gara in oggetto.

Anche tali censure appaiono fondate.

Preliminarmente occorre rilevare come l'odierna ricorrente, contrariamente a quanto affermato dalla Amministrazione resistente e dalle controinteressate, ha sicuramente interesse ad ottenere l'integrale annullamento degli atti impugnati (si vedano i rilievi della Consip a pag. 3 della memoria per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008).

Sotto tale profilo, infatti, è sufficiente rilevare come – pur prescindendo da qualsiasi considerazione in ordine all'interesse della ricorrente all'annullamento in ogni sua parte di un provvedimento che afferma un principio di carattere generale lesivo della sfera giuridica del ricorrente – l'interesse della ricorrente appare meritevole di tutela in relazione alla necessaria rivalutazione, ad opera della Commissione, degli atti di gara a seguito dell'annullamento della presente procedura di gara.

Quanto, poi, alla dedotta assenza di concrete giustificazioni in ordine alla attendibilità delle giustificazioni, occorre rilevare la infondatezza delle censure sollevate dalla Amministrazione resistente.

In particolare, secondo la prospettazione della Consip, l'odierna ricorrente era stata invitata, con la nota n. 10328 del 20.6.2007, a produrre qualsiasi elemento utile anche in relazione alla effettiva e concreta sufficienza dei ricavi da servizi aggiuntivi per assicurare la congruità dell'offerta.

Rileva il Collegio come, da un lato, l'odierna ricorrente abbia contestato gli specifici rilievi operati dalla Consip in ordine al profilo indicato e, dall'altro, come in alcun modo la nota prot. n. 10328/2007 abbia avuto ad oggetto la richiesta di qualsiasi elemento utile alla valutazione della offerta.

Come si legge nella nota prot. n. 10328/2007 in data 20 giugno 2007, infatti, l'invito rivolto alla odierna ricorrente da parte della Consip a *“produrre in quella sede qualsiasi elemento che la stessa riterrà utile in relazione alle fattispecie sopra evidenziate”*, faceva riferimento non già alle analisi giustificative dell'offerta, quanto, piuttosto, alla asserita impossibilità di inserire voci di ricavo generate da *“servizi aggiuntivi”* (si veda la nota prot. n. 10328/2007 del 20 giugno 2007 dove si legge *“Con riferimento alla gara in oggetto, si rappresenta quanto segue. La Commissione giudicatrice ha accertato, ai sensi dell'art. 87 del D.lgs. n. 163/2006, il carattere anormalmente basso delle offerte presentate da Repas Lunch Coupon s.r.l., relativamente ai Lotti 4 e 5. 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 dopo approfondito esame ed analisi degli elementi costitutivi delle offerte di Qui! Ticket Service S.p.a., effettuati in base al complesso delle giustificazioni fornite dal concorrente, ha evidenziato che la società 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 della 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. Più specificamente, se si ammettesse la rilevanza di elementi di ricavo estrinseci all'offerta non si potrebbero poi, sul piano logico, delimitare una o più categorie di elementi estrinseci utilizzabili per giustificare la congruità dell'offerta. Non vi sarebbe motivo, allora, di non consentire di imputare alla commessa dedotta in offerta una parte dei ricavi prodotti da una commessa differente, o addirittura di utilizzare fondi accantonati o comunque nella disponibilità dell'impresa per colmare il deficit economico dell'offerta. Questo, però, da un lato porterebbe all'impossibilità di escludere offerte dichiaratamente non sostenibili e, dall'altro lato, contrasterebbe con i principi della concorrenza e con lo stesso oggetto della verifica di congruità. Infatti, l'art. 88 del d.lgs. 163/06 prevede che la verifica di congruità sia effettuata sulla sostenibilità economica dell'offerta e non l'utile complessivo che realizza l'impresa nell'esercizio finanziario. Viceversa, se si ammettesse la rilevanza ricavi estrinseci all'offerta si porterebbe la verifica proprio sul piano della redditività complessiva dell'esercizio").*

Tali conclusioni, del resto, appaiono confermate dalla stessa Autorità di Vigilanza che, nel parere n. 45 in data 11 ottobre 2007, espressamente afferma che *“sembra opportuno rilevare che, per quanto risulta dagli atti inviati a questa Autorità, la nota con la quale la CONSIP ha comunicato la convocazione dell'audizione per la suddetta verifica in contraddittorio (nota CONSIP prot. n. 10332 del 20 giugno 2007) formula rilievi con specifico riferimento alla ‘possibilità’ di fornire giustificazioni utilizzando elementi di ricavo derivanti dai servizi aggiuntivi, senza richiedere eventuali ulteriori chiarimenti e/o approfondimenti relativi al ‘merito’ di dette giustificazioni, e quindi attinenti anche ai costi correlati a tali servizi”*.

Alcun dubbio, dunque, può sussistere in merito alla avvenuta esclusione della ricorrente in via ‘pregiudiziale’ senza, cioè, che la stessa Amministrazione si sia in alcun modo espressa con riguardo al ‘merito’ delle giustificazioni della rilevata anomalia dell'offerta e senza, quindi, avere richiesto alla odierna ricorrente di fornire specifici elementi in grado di giustificare i ricavi da ‘servizi aggiuntivi’.

Né, a confutazione della prospettazione della parte ricorrente, può valere l'argomentazione della Consip secondo la quale la ricorrente avrebbe esaurito la propria possibilità di presentare giustificazioni con la presentazione della memoria in data 28 giugno 2007 (si veda la memoria Consip per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008 alle pagg. 11 e 12).

Sotto tale profilo, infatti, è sufficiente rilevare che il contraddittorio instauratosi tra la odierna ricorrente e l'Amministrazione non aveva ad oggetto la giustificazione dell'anomalia dell'offerta quanto, piuttosto, l'analisi - e relativa contestazione - della valutazione di eteroprodotto del ricavo da servizi aggiuntivi (si veda il verbale della Commissione in data 28 giugno 2007).

Allo stesso modo infondati sono i rilievi - oggetto, peraltro, di specifica censura da parte

della ricorrente - mossi dalla Consip ai punti nn. 27-32, 33 e 34 della memoria per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008.

Rileva, infatti, il Collegio come né la *lex specialis* della gara in oggetto, né la normativa di riferimento in tema di appalti pubblici contengano alcuna previsione in merito alla sussistenza di un divieto dei servizi aggiuntivi di varia tipologia; al contrario la CONSIP - così come rilevato dalla Autorità di Vigilanza - 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 che le società emettitrici dei buoni pasto avrebbero legittimamente potuto offrire ai ristoratori i ‘servizi aggiuntivi’ [si veda, ancora, il parere n. 45/2007 dell’Autorità di Vigilanza *“In ogni caso, sembra opportuno evidenziare al riguardo che, per quanto si qui argomentato, l’eventuale previsione negli atti di gara di un divieto in tal senso, consentendo alla stazione appaltante di esercitare il potere di verifica delle offerte anomale in termini restrittivi, in evidente contrasto con l’obiettivo di facilitare il gioco della libera concorrenza fra tutti gli offerenti, perseguito dalla disciplina in materia secondo l’interpretazione delineata dalla stessa Corte di Giustizia, qualora non trovasse un’adeguata motivazione nella particolare natura e nelle specifiche caratteristiche dell’appalto di cui trattasi si tradurrebbe inevitabilmente in una violazione da parte dell’amministrazione aggiudicatrice sia del principio comunitario di libera concorrenza, sia di altri principi di portata generale, quali il buon andamento e l’imparzialità della P.A., nonché la trasparenza e la ‘par condicio’ fra i partecipanti alle gare di appalti pubblici. La lesione del principio di concorrenza, peraltro, sembrerebbe idonea a produrre effetti distorsivi particolarmente gravi nel caso in esame. Infatti, le specifiche modalità per l’acquisizione centralizzata del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto, adottate nella gara CONSIP in oggetto, volta ad individuare in un’unica soluzione il fornitore di detto servizio per tutte le Amministrazioni Pubbliche nell’ambito dei 6 lotti indicati nel relativo bando, paiono autorizzare a ritenere, in analogia con quanto in passato sostenuto dalla stessa Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (provvedimento n. 10831 del 13 giugno 2002, Pellegrini/Consip) e dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 2 marzo 2004, n. 926) in ordine ad una gara simile indetta dalla stessa CONSIP, che la gara in oggetto individui un ‘mercato rilevante distinto’ rispetto al mercato dei buoni pasto offerti in regime di libera attività imprenditoriale nel settore privato e sia destinata ad assorbire una cospicua parte della domanda di buoni pasto nel settore pubblico sul territorio nazionale. Conseguentemente, la contestata interpretazione dell’art. 88, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006, fornita dalla Commissione giudicatrice e condivisa dalla CONSIP, consentendo alla stazione appaltante di esercitare il potere di verifica delle offerte anomale in termini restrittivi, acquisterebbe rilievo non solo perché si risolverebbe in un’impropria condizione selettiva non prevista dal bando di gara, ma anche in quanto proveniente da un soggetto (la CONSIP) di fatto titolare della domanda di acquisto del servizio e quindi in grado di iporre ai fornitori le proprie condizioni nonché di escludere dal proprio ‘mercato rilevante’ i soggetti non selezionati”*].

Non può, del resto, ritenersi rilevante quanto sostenuto da Consip - al punto n. 36 della memoria per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008 - in merito alla assenza di alcuna specifica contestazione da parte della ricorrente al capo della nota prot. n. 18491/07

Consip relativamente alla affermazione secondo la quale l'Autorità di Vigilanza avrebbe espresso l'avviso che in sede di giustificazioni della congruità dell'offerta si possono far valere 'iniziative imprenditoriali' strettamente collegate all'appalto a condizione che esse siano dipendenti dall'aggiudicazione della gara dall'esecuzione della prestazione che ne costituisce l'oggetto.

L'affermazione riportata, infatti, appare assolutamente neutra ed in alcun modo lesiva della posizione della ricorrente che, sotto tale profilo, non aveva alcun onere di impugnazione; d'altra parte occorre anche osservare come, da un lato, la stessa Autorità di Vigilanza abbia rilevato l'esistenza, nella concreta fattispecie, di un rapporto di connessione tra la prestazione principale ed i servizi aggiuntivi offerti dalla ricorrente e, dall'altro, come l'intero impianto motivazionale del provvedimento prot. n. 18491/07 – che, peraltro, riprende in più punti la motivazione dell'originario provvedimento di esclusione – è stato oggetto di censura da parte della ricorrente.

Quanto, poi, al rilievo secondo cui i servizi aggiuntivi sarebbero estranei alle prestazioni dovute dall'appaltatore, rileva il Collegio come, da un lato, la parte ricorrente abbia fondato gran parte delle censure sulla erroneità della qualificazione del servizio aggiuntivo come 'estraneo' rispetto all'oggetto dell'appalto, mentre, dall'altro, la stessa Autorità di Vigilanza ha qualificato i servizi aggiuntivi offerti quali prestazioni intrinseche all'appalto stesso.

Quanto, poi, alla circostanza secondo cui i servizi aggiuntivi sarebbero indirizzati a soggetti terzi rispetto al committente e, quindi, costituirebbero una commessa differente rispetto a quella che forma oggetto dell'appalto posto a gara, è sufficiente in questa sede ribadire che le giustificazioni fondate su ricavi derivanti da 'servizi aggiuntivi' concernono il costo complessivo del servizio offerto dalla ricorrente e, corrispondentemente, il minor costo del buono pasto in modo tale da riferirsi ad uno degli elementi costitutivi dell'offerta.

In ordine, infine, alla questione relativa alla vendita di pubblicità occorre osservare come il servizio aggiuntivo offerto dalla odierna ricorrente appare pienamente legittimo non solo sotto il profilo sostanziale – si veda il parere della Autorità di Vigilanza n. 45/2007 a pag. 8 – ma anche sotto quello formale a nulla rilevando la 'proprietà' del buono pasto in relazione alla natura complessa dell'appalto oggetto di aggiudicazione che non si fermava alla mera fornitura del titolo quanto, piuttosto, si sostanzialmente in un servizio sostitutivo di mensa da fruirsi per il tramite del titolo di legittimazione (si veda la memoria di motivi aggiunti della ricorrente per l'udienza del 9 gennaio 2008 alle pagg. 15 e 16).

Quanto, poi, agli ulteriori atti impugnati con i motivi aggiunti rileva il Collegio la fondatezza delle censure sotto l'assorbente profilo della illegittimità derivata.

Sotto tale aspetto occorre, infatti, osservare come tutti i provvedimenti impugnati con ulteriori motivi aggiunti costituiscono atti consequenziali rispetto alla esclusione della odierna ricorrente ed all'atto di conferma di tale esclusione che, dichiarati illegittimi, travolgono le statuizioni successive.

In conclusione - respinto il ricorso incidentale in quanto infondato - deve essere

accolto il ricorso principale 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, così decide:

- a. respinge il ricorso incidentale;
- b. accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei sensi di cui alla motivazione;
- c) 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.