

N. 00050/2010 REG.SEN.
N. 00236/2009 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 Regionale di Giustizia Amministrativa
sezione autonoma di Bolzano

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 236 del 2009, proposto da:
Dell'Osso Cosimo & Nicola S.a.s, in persona del legale
rappresentante pt, rappresentata e difesa dall'avv. Cinzia Rubbo, con
domicilio eletto presso il suo studio, in Bolzano, via Duca d'Aosta, n.
51;

contro

Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano, in persona
del Direttore Generale e rappresentante pt, rappresentata e difesa
dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata per legge in Trento, largo
Porta Nuova 9;

nei confronti di

Sirio S.p.a., in persona del legale rappresentante pt, rappresentata e
difesa dagli avv.ti Delia Fornaro e Marco Montefiori, con domicilio

eletto presso lo studio dell'avv. Beniamino Migliucci, in Bolzano, corso Libertà, n. 30;

Cir Food Sc, in persona del legale rappresentante pt;

Serenissima Ristorazione S.p.a, in persona del legale rappresentante pt;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

1. del verbale di determinazione del Direttore del Comprensorio Sanitario di Bolzano n. 2009-D2-000932 dell'8.6.2009, comunicato all'odierna ricorrente con nota prot. n. 0071652-BZ dd. 11.6.2009, con il quale l'Azienda Sanitaria di Bolzano ha determinato "di aggiudicare la procedura aperta EC 9/08 per la concessione per 6 anni del servizio bar dell'ospedale di Bolzano alla ditta Sirio S.p.a. di Ravenna per un importo di Euro 2.442.000,00.- maggiorato di Iva 20%, per un totale di Euro 2.930.400,00.-";

2. della lettera prot. n. 0051271-BZ dd. 23.4.2009, a firma del dott. Enrico Wegher, inviata in qualità di Responsabile del Procedimento, al dott. Renato Martinolli, al signor Carlo Rigotti ed alla signora Maria Pia Pedrotti, avente ad oggetto "Convocazione commissione tecnica per valutazione offerta anomala";

3. del verbale della commissione tecnica nella procedura di gara EC 9/2008 dd. 13.5.2009;

4. della lettera prot. n. 0059955-BZ dd. 13.5.2009, a firma del dott. Enrico Wegher, inviata in qualità di Responsabile del Procedimento,

alla società Sirio S.p.a;

5. del verbale della commissione tecnica nella procedura di gara EC 9/2008 dd. 25.5.2009;

e, in via subordinata, qualora fosse ex adverso dichiarato che il contratto è già stato stipulato,

per la condanna dell'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano al risarcimento in favore della ricorrente di tutti i danni da essa subiti, causa l'aggiudicazione della gara alla società Sirio S.p.a, da accertarsi in corso di giudizio.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano e della società Sirio S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 23bis, comma 6, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatrice designata per l'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2010: consigliere Lorenza Pantozzi Lerjefors;

Ivi uditi, per le parti, i difensori: avv. C. Rubbo per la parte ricorrente; avv. D. Fornaro e avv. M. Montefiori per la Sirio S.p.a.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la società Dell'Osso Cosimo & Nicola S.a.s.

impugna il verbale di determinazione del Direttore del Compensorio sanitario di Bolzano n. 2009-D2-000932 dell'8 giugno 2009, con il quale è stata definitivamente aggiudicata alla ditta Sirio S.p.a. di Ravenna la procedura aperta EC 9/08 per la concessione del servizio bar all'interno dell'ospedale di Bolzano (per sei anni), nonché i presupposti verbali di gara, relativi al procedimento di verifica dell'offerta anomala, in epigrafe indicati.

A fondamento del ricorso la società Dell'Osso Cosimo & Nicola S.a.s. ha dedotto i seguenti motivi:

1. "Nullità del sub procedimento di verifica dell'offerta anomala - vizio procedimentale per difetto assoluto di nomina della Commissione per la verifica dell'offerta anomala e per difetto assoluto di conferimento di incarico; carenza di potere";
2. "Nullità del verbale di determinazione n. 2009-D2-000932 dd. 8.6.2009 del Direttore del Compensorio di Bolzano - difetto di approvazione dei verbali dd. 13.5. e 25.5.2009 - vizio dell'iter di aggiudicazione – difetto di motivazione";
3. "Illegittimità del procedimento di verifica dell'offerta anomala presentata dalla Sirio S.p.a. - difetto di motivazione - illogicità, contraddittorietà ed erroneità della valutazione - violazione di legge, in particolare artt. 86 e 87 D. Lgs. n. 163/09 (verbali dd. 13.5.2009 e 25.5.2009)".

Inoltre, la ricorrente ha chiesto, in via subordinata, nel caso in cui fosse già stato stipulato il contratto con la società Sirio S.p.a, che

l'Azienda Sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano sia condannata al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente per effetto dell'aggiudicazione della gara alla società Sirio S.p.a.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano e ha chiesto che il ricorso sia rigettato, siccome infondato.

Si è costituita in giudizio anche la società Sirio S.p.a, chiedendo il rigetto di tutte le domande contenute nel ricorso.

Con ordinanza n. 156/09, depositata il 6 ottobre 2009, il Tribunale ha rigettato l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente in via incidentale, rilavando da un lato che "la procedura di gara in esame ha per oggetto la concessione del servizio bar all'interno dell'ospedale, quindi trova applicazione l'art. 30 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163" e, d'altro lato, che "nei confronti del giudizio di 'non anomalia' non sussiste un dovere di motivazione puntuale ed analitica".

Nei termini di rito il procuratore della società ricorrente ha depositato una memoria, a sostegno della propria difesa. In particolare, la ricorrente, prendendo spunto dall'ordinanza cautelare n. 156/09 (nel punto in cui il Collegio afferma l'applicabilità dell'art. 30 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 alla procedura di gara in esame, avente per oggetto la concessione del servizio bar all'interno dell'ospedale di Bolzano) rileva che il Tribunale, nella propria precedente sentenza n. 146/09, depositata il 21 aprile 2009, avente

per oggetto la stessa procedura di gara e le stesse parti in causa, avrebbe “operato una valutazione ed interpretazione degli artt. 84, 86, 87 e 88 del D. Lgs. n. 163/2006 e della giurisprudenza in materia, ritenendo applicabili dette norme alla gara di cui si tratta”; di talché, l'applicazione alla gara in esame delle norme contenute nel D. Lgs. n. 163/2006 sarebbe formalmente coperta dal giudicato intervenuto sulla citata sentenza n. 146/09.

All'udienza pubblica del 27 gennaio 2010, sentite le parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

In data 1° febbraio 2010 il dispositivo della sentenza è stato depositato presso la segreteria di questo Tribunale, ai sensi dell'art. 23bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e sm.

DIRITTO

1. Ai fini della migliore comprensione della controversia in esame è opportuno premettere quanto segue.

Con verbale di determinazione n. 981 del 9 giugno 2008 il Direttore del Comprensorio Sanitario di Bolzano dell'Azienda Sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano indiceva una gara per la “concessione a terzi del servizio bar all'interno dell'Ospedale di Bolzano”.

Il relativo bando di gara - procedura aperta EC 9/2008 - prevedeva, tra l'altro, che la gara fosse esperita con la forma della procedura aperta e che l'aggiudicazione fosse disposta con il metodo di cui all'art. 83 del D.Lgs. n. 163 del 12.4.2006, con offerte esclusivamente

in rialzo ed in base ai seguenti criteri:

A) prezzo: punteggio massimo 51 punti;

B) qualità del prodotto: punteggio massimo 49 punti (suddiviso in base ai criteri di valutazione stabiliti dall'art. 12, punto 2, del capitolato d'oneri).

Il bando prevedeva l'aggiudicazione della gara a favore della ditta che avesse raggiunto il punteggio maggiore, ottenuto sommando il punteggio della qualità a quello del prezzo.

L'importo a base di gara, per il servizio di sei anni, veniva fissato in Euro 1.380.000,00, IVA esclusa.

Per la presentazione delle offerte il bando prevedeva il termine perentorio del 27 agosto 2008.

Alla gara partecipavano quattro ditte, tra le quali la società ricorrente Dell'Osso Cosimo & Nicola S.a.s. di Bolzano, che gestiva il servizio bar all'interno dell'ospedale, e le ditte Sirio S.p.a. di Ravenna, Cir Food S.c. di Reggio Emilia e la società Serenissima Ristorazione S.p.a. di Vicenza.

Il giorno 29 agosto 2008, presso la sala riunioni della Direzione medica dell'Ospedale di Bolzano, la Commissione di gara, composta dal dott. Fabio Abram, in qualità di Presidente, dall'avv. Jutta Hueber, in qualità di Ufficiale rogante e dal dott. Enrico Wegher, in qualità di segretario, procedeva all'apertura dei plichi contenenti la documentazione e le offerte economiche della gara. La documentazione contenuta nei quattro plichi veniva dichiarata

regolare.

Il giorno 2 settembre 2008 la Commissione di gara effettuava il sorteggio tra le offerenti ammesse alla procedura per il controllo sul possesso dei requisiti di capacità economico - finanziaria, ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Veniva sorteggiata la società Sirio S.p.a, alla quale veniva quindi richiesta la prova del possesso dei requisiti suddetti.

Con verbale di determinazione n. 1541 dell'8 settembre 2008 il Direttore del Comprensorio nominava la Commissione tecnica per la valutazione dei documenti di gara, nella seguente composizione: dott. Renato Martinoli, Direttore della Ripartizione Economato Provveditorato, Presidente; signor Giorgio Fait, funzionario della Ripartizione Patrimoniale Tecnica, membro; signor Carlo Rigotti, gestore del bar presso l'Ospedale Santa Chiara di Trento, membro; signora Maria Pia Pedrotti, Funzionario della Ripartizione Economato Provveditorato, segretaria redattrice.

La Commissione tecnica, riunitasi il 9 settembre 2008, dopo aver richiamato il contenuto dell'art. 12 del capitolato ed i criteri ivi stabiliti, procedeva all'apertura delle buste e alla verifica dei documenti richiesti. Relativamente al punto 1 lett. B, la Commissione decideva, all'unanimità, di richiedere alle seguenti ditte un'integrazione di documentazione, relativamente alle marche dei prodotti in vendita al banco: Sirio S.p.a, Coop. Italia Ristorazione Cir S.c. e Dell'Oso Cosimo & Nicola S.a.s.

Con i listini prezzi presentati dalle quattro offerenti la Commissione tecnica predisponeva il calcolo dei rispettivi punteggi, come da tabella A, che veniva allegata al verbale.

In data 18 settembre 2008, la Commissione tecnica si riuniva per la prosecuzione delle operazioni di competenza. In particolare, dopo aver esaminato i documenti integrativi richiesti alle tre concorrenti sopra citate, procedeva all'assegnazione dei punteggi relativi alla qualità dei prodotti in vendita, al progetto tecnico - estetico e alle precedenti esperienze lavorative.

In data 19 settembre 2008 il responsabile del procedimento redigeva il verbale di verifica documentale ai sensi dell'art. 48 del D.Lgs. n. 163/2007, riguardante - come detto sopra - la società Sirio S.p.a. Esaminati i bilanci societari richiesti e forniti dalla società per gli anni 2005, 2006 e 2007, alla società Sirio veniva confermato il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria.

In data 24 settembre 2008 la Commissione tecnica proseguiva le operazioni, prendendo in esame la documentazione relativa alla gestione del personale presentata dalle società offerenti e provvedendo all'assegnazione dei relativi punteggi, nonché al calcolo dei punteggi totali per la qualità delle offerte.

In data 30 settembre 2008 si riuniva la Commissione di gara per procedere all'aggiudicazione. Venivano aperte le buste contenenti le offerte economiche e veniva calcolato il punteggio relativo al prezzo. Dalla sommatoria dei punteggi di prezzo e qualità risultava la

seguinte graduatoria:

1. Sirio S.p.a: punti 94,73/100;
2. Dell'Osso Cosimo & Nicola S.a.s: punti 77,03/100;
3. Serenissima Ristorazione S.p.a: punti 76,93/100;
4. Cir Food S.c: punti 71,65/100.

Terminate le operazioni di gara, il Presidente comunicava che sarebbe stato necessario procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta, in quanto sia la valutazione tecnica, sia la valutazione economica della Sirio S.p.a, prima in graduatoria, risultava superiore ai 4/5 del punteggio massimo previsto.

Con determinazione n. 1752 del 6 ottobre 2008 il Direttore del Comprensorio sanitario di Bolzano nominava la Commissione per la valutazione dell'offerta anomala, nella seguente composizione: dott. Renato Martinolli – Direttore della Ripartizione Economato Provveditorato, Presidente; dott. Enrico Wegher – Responsabile del procedimento, membro; dott. Paolo Filippi – Funzionario della Ripartizione Economato Provveditorato, membro e redattore del verbale.

Tale Commissione si riuniva in data 16 ottobre 2008 e in data 29 ottobre 2008. Nel verbale del 29 ottobre 2008 veniva precisato tra l'altro che “dall'esame delle giustificazioni fornite dalla ditta in ordine alle richieste di chiarimento inviate, le stesse risultavano essere sufficientemente esaustive. Si ritiene quindi che la verifica dell'offerta anormalmente bassa della ditta Sirio S.p.a. possa far escludere

elementi di incongruità dell'offerta stessa.....”.

Con determinazione n. 1955 del 3 novembre 2008 il Direttore del Comprensorio sanitario di Bolzano disponeva l'aggiudicazione della procedura aperta EC 9/08 per la concessione del servizio bar all'interno dell'ospedale di Bolzano, per sei anni, alla ditta Sirio S.p.a, di Ravenna, per un importo di Euro 2.442.000,00, maggiorato di IVA 20%, per un totale di Euro 2.930.400,00.

Con comunicazione del 4 novembre 2008 l'Azienda Sanitaria comunicava alla società Dell'Osso Cosimo & Nicola S.a.s. l'avvenuta aggiudicazione della procedura aperta EC 9/08 alla Sirio S.p.a, di Ravenna.

Avverso l'aggiudicazione suddetta e avverso tutti gli atti di gara presupposti la società Dell'Osso Cosimo & Nicola S.a.s. proponeva ricorso a questo Tribunale, il quale, con sentenza n. 146/2009, depositata il 21 aprile 2009, in accoglimento parziale del ricorso, annullava l'aggiudicazione, insieme a tutti gli atti relativi al sub - procedimento di verifica dell'offerta anomala.

In esecuzione della sentenza suddetta, con nota del 23 aprile 2009, il responsabile del procedimento convocava la commissione tecnica (già nominata con determinazione del Direttore del Comprensorio n. 1541 dell'8 settembre 2008), per il giorno 5 maggio 2009, al fine di procedere alla verifica dell'offerta anomala. (la convocazione è stata successivamente rinviata, d'ufficio, al 13 maggio 2009).

Nella seduta del 13 maggio 2009 la Commissione tecnica, dopo aver

esaminato le giustificazioni presentate dalla società Sirio S.p.a. su tutti i punti richiesti dal Capitolato, ravvisava la necessità di chiedere alla ditta Sirio S.p.a. alcuni chiarimenti, relativi a:

1. presenza nel costo del lavoro degli oneri sociali e previdenziali;
2. presenza nel fatturato previsto della vendita di giornali e periodici;
3. presenza nelle spese varie degli oneri della polizza assicurativa, richiesta dall'art. 7 del Capitolato;
4. costi per imposte e tasse, che non risultano evidenziati nel prospetto riepilogativo dell'offerta.

Con nota del 13 maggio 2009 il responsabile del procedimento chiedeva quindi alla ditta Sirio S.p.a. di fornire i chiarimenti suddetti entro il 25 maggio 2009.

La ditta Sirio S.p.a. rispondeva con nota del 21 maggio 2009, fornendo i chiarimenti richiesti sui primi tre punti, mentre sul quarto (costi per imposte e tasse) precisava che non era tecnicamente possibile fornire i dati richiesti.

Nella seduta del 25 maggio 2009 la Commissione tecnica, preso atto delle risposte fornite dalla ditta Sirio S.p.a, giudicate sufficientemente esaustive e confermate delle giustificazioni allegate all'offerta, riteneva che non vi fossero elementi tali da dimostrare l'anomalia dell'offerta della ditta Sirio S.p.a, impresa che appariva solida ed in equilibrio.

Di seguito, con determinazione n. 932 dell'8 giugno 2009, il Direttore del Comprensorio di Bolzano aggiudicava definitivamente

la procedura aperta EC 9/08, per la concessione del servizio bar all'interno dell'ospedale di Bolzano (per il periodo di sei anni), alla ditta Sirio S.p.a. di Ravenna, per un importo di euro 2.442.000,00, maggiorato di Iva al 20%, per un totale di Euro 2.930.400,00.

Con comunicazione dell'11 giugno 2009 l'Azienda Sanitaria comunicava alla società Dell'Osso Cosimo & Nicola S.a.s. l'avvenuta aggiudicazione della procedura aperta EC 9/08 alla Sirio S.p.a, di Ravenna.

2. Ciò chiarito, prima di esaminare i singoli motivi del ricorso, è opportuno precisare che, dopo un più approfondito esame del ricorso (tipico della fase di merito), il Collegio ritiene di poter decidere il ricorso prescindendo dalla questione della applicabilità o meno alla fattispecie in esame dell'art. 30 del D. Lgs. n. 163 del 2006, questione sulla quale il Collegio si era pronunciato nella fase cautelare, in sede di sommaria delibazione del ricorso.

3. Con il primo motivo la società ricorrente si duole che l'Azienda Sanitaria, nel rinnovare il sub - procedimento di verifica dell'offerta anomala in esecuzione della sentenza n. 146/2009 di questo Tribunale, si sia limitata a "convocare" la Commissione tecnica, già istituita per la valutazione della qualità delle offerte, anziché procedere alla "nomina" di tale Commissione e alla formale attribuzione alla medesima dell'incarico di procedere alla valutazione dell'offerta anomala.

In altre parole, secondo la ricorrente, il disposto annullamento

giurisdizionale del sub - procedimento di verifica dell'offerta anomala avrebbe comportato la necessità per l'Azienda Sanitaria di istituire ex novo l'organo collegiale tecnico.

La censura non ha pregio.

Va premesso che questo Tribunale, con sentenza n. 146/2009, depositata il 21 aprile 2009, accogliendo il motivo con il quale la ricorrente aveva lamentato che la Commissione incaricata per la verifica dell'offerta anomala fosse composta da persone diverse rispetto a quelle che avevano fatto parte della Commissione incaricata della valutazione tecnica delle offerte, ha affermato, tra l'altro, che “la verifica dell'offerta anomala sulla base delle giustificazioni presentate dalla ditta interessata spetta, ai sensi degli artt. 84, 86, 87 e 88 del D. Lgs. n. 163/2006...alla stessa commissione giudicatrice incaricata della valutazione tecnica, in quanto dotata delle necessarie competenze tecniche”. Dunque il Tribunale ha chiarito che, nel caso in cui sia nominata la Commissione tecnica per la valutazione della qualità delle offerte sul piano tecnico, la stessa Commissione deve procedere anche alla verifica delle offerte anomale.

Orbene, siccome la decisione suddetta ha affermato, in modo inequivocabile, che il compito di valutare le offerte anomale “spetta” alla Commissione tecnica, la stazione appaltante, nel rinnovare le operazioni di gara, non era tenuta ad adottare alcun atto formale, né di nomina della Commissione (che era già stata nominata dal

Direttore del Compensorio con determinazione n. 1541 dell'8 settembre 2008), né di affidamento alla stessa dell'incarico di verifica dell'offerta anomala (dato che la stessa sentenza riconosceva in capo alla già nominata Commissione il potere di svolgere tale incarico).

Se poi la ricorrente - come sembra di capire - non condivideva l'interpretazione data dal Tribunale, avrebbe dovuto impugnare la sentenza n. 146/09 sul punto, anziché dolersi in questa sede della mancata (ri)nomina della Commissione, ovvero del mancato formale incarico alla stessa Commissione per la verifica dell'offerta anomala.

Ad abundantiam va ricordato che, in caso di rinnovo del procedimento di gara in seguito ad annullamento giurisdizionale, occorre tenere conto del canone fondamentale della conservazione degli atti giuridici, operante in tutti i settori dell'ordinamento giuridico, ma che, nel diritto amministrativo assume una valenza rafforzata, in relazione alle specifiche regole di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento (cfr, ex multis, Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 febbraio 2004, n. 422 e Sez. V, 21 gennaio 2002, n. 340).

In base al suddetto canone, la concreta portata dell'annullamento va circoscritta, rigorosamente, soltanto agli atti effettivamente toccati dalle accertate illegittimità; con la conseguenza che la rinnovazione del procedimento deve limitarsi solo alle fasi viziate ed a quelle successive, conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento.

In applicazione di tale principio, ad esempio, l'art. 84, comma 12, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 stabilisce che "in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione".

Orbene, nel caso di specie, la citata determinazione del Direttore del Compensorio, con la quale era stata nominata la Commissione tecnica non è stata annullata dal Tribunale con la sentenza n. 146 del 2009 e la stessa sentenza ha chiarito che la competenza per l'esame delle offerte anomale spettava alla Commissione tecnica.

In conclusione, ad avviso del Collegio, la stazione appaltante, convocando la Commissione tecnica già istituita per l'esame dell'offerta anomala presentata dalla ditta Sirio S.p.a, ha agito in piena conformità al disposto dalla sentenza n. 146 del 2009 e nel rispetto dei citati principi di conservazione degli atti giuridici, di economia procedimentale e di divieto di aggravio del procedimento.

4. Con il secondo motivo la ricorrente assume che il verbale di determinazione del Direttore del Compensorio Sanitario di Bolzano dell'8 giugno 2009 sarebbe viziato in quanto difetterebbe "della necessaria approvazione da parte dello stesso Direttore del Compensorio Sanitario di Bolzano dei lavori svolti dalla commissione, peraltro priva di nomina e di incarico, come cristallizzati nei verbali della commissione medesima di data 13.5.2009 e 25.5.2009".

In particolare, la ricorrente assume che la predetta determinazione sarebbe illegittima (e con essa l'intero sub - procedimento), non rinvenendosi alcun riferimento "al provvedimento - in effetti mancante - con il quale doveva essere nominata la commissione tecnica con il compito di valutare l'eventuale anomalia dell'offerta presentata dalla società Sirio S.p.a", né "in relazione alla trasmissione - in effetti non avvenuta - degli atti al Direttore del Compensorio per la sua approvazione. Nessun riferimento neppure della condivisione della procedura e dell'approvazione del contenuto del verbale di aggiudicazione".

Anche questa doglianza non è fondata.

Con riferimento alla censura rivolta alla mancata nomina della Commissione per la valutazione dell'offerta anomala il Collegio rimanda a quanto già esposto in sede di esame del primo motivo di ricorso.

Quanto alla asserita mancata approvazione dei lavori svolti dalla Commissione e risultanti dai verbali del 13 e del 25 maggio 2009, osserva il Collegio che dal tenore della stessa determinazione del Direttore del Compensorio si evince, senza margini di dubbio, che i citati atti della Commissione sono stati trasmessi al Direttore del Compensorio, il quale ha determinato di aggiudicare definitivamente alla società Sirio S.p.a. di Ravenna la procedura di gara solo dopo aver preso atto del verbale di aggiudicazione provvisoria del 30 settembre 2009 (dal quale risultava che la sopra citata ditta aveva

ottenuto il maggior punteggio per la valutazione di prezzo e qualità) e della sentenza di questo Tribunale n. 146/2009 del 21 aprile 2009 (che aveva indicato nella Commissione tecnica di valutazione il collegio cui spettava la verifica dell'anomalia dell'offerta della ditta Sirio S.p.a.) e dopo aver dato atto dell'avvenuta riconvocazione della Commissione tecnica in data 23 aprile 2009, nonché “visti i relativi verbali di data 13.5.2009 e 25.5.2009”.

Ebbene, prendendo atto dei lavori della Commissione tecnica e del loro esito e, successivamente, disponendo l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta EC 9/08 alla ditta Sirio S.p.a, il Direttore del Compensorio ha evidentemente condiviso e fatto propri gli atti svolti dalla Commissione tecnica in sede di rinnovazione del sub - procedimento di verifica dell'offerta anomala, senza che ciò comporti la necessità di una loro formale “approvazione”.

Peraltro osserva il Collegio che la ricorrente ha lamentato, genericamente, il “difetto di approvazione dei verbali dd. 13.5. e 25.5.2009” e il “vizio dell'iter di aggiudicazione”, senza indicare in base a quali norme il Direttore del Compensorio sarebbe stato tenuto ad approvare formalmente i verbali della Commissione tecnica che ha eseguito la valutazione dell'offerta anomala.

Vero è che un tale obbligo non risulta né dal Bando di gara, né dal Capitolato d'onori: il primo, trattando il tema dell'aggiudicazione della gara si limita a chiarire che “l'Amministrazione si riserva la facoltà di aggiudicare la gara anche in presenza di una sola offerta

valida” e che “l’offerente è vincolato alla propria offerta per 120 giorni..., l’aggiudicatario per 78 mesi” (doc. n. 1 della ricorrente, pag. 4); il secondo si limita a dire che il giorno stabilito per l’aggiudicazione, il Presidente di gara procederà all’apertura delle buste contenenti le offerte economiche stilando la rispettiva graduatoria dopo aver sommato al punteggio del prezzo quello dei fattori diversi dal prezzo. “Proporrà, quindi, alla Direzione del Compensorio Sanitario di Bolzano di aggiudicare la gara al miglior offerente (quello con il miglior punteggio). L’Amministrazione si riserva la facoltà di aggiudicare la gara anche in presenza di una sola offerta valida. L’Amministrazione si riserva anche la facoltà, a proprio insindacabile giudizio, di non procedere all’aggiudicazione. L’aggiudicazione sarà immediatamente vincolante per la ditta aggiudicataria, mentre per l’Amministrazione sarà subordinata agli adempimenti previsti dalla legislazione ed alle verifiche dei requisiti e delle eventuali dichiarazioni sostitutive” (cfr. doc. n. 2 della ricorrente, pag. 23/28).

Dunque la *lex specialis* non prevedeva alcun obbligo di formale approvazione dei verbali di gara.

Quanto al nuovo Codice degli appalti, il quale - a differenza della normativa precedente - contiene una compiuta disciplina delle fasi delle procedure di affidamento, l’art. 11, comma 4, secondo periodo, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 stabilisce che “al termine della procedura è dichiarata l’aggiudicazione provvisoria a favore del

miglior offerente”. Il successivo comma 5, stabilisce che “la stazione appaltante, previa verifica dell’aggiudicazione provvisoria ai sensi dell’art. 12, comma 1, provvede all’aggiudicazione definitiva”. L’art. 12, comma 1, a sua volta, prevede che “l’aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell’organo competente secondo l’ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell’aggiudicazione provvisoria da parte dell’organo competente ... Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l’aggiudicazione si intende approvata”.

Dunque, in base al nuovo Codice degli appalti, viene dichiarata l’aggiudicazione provvisoria al miglior offerente, poi l’aggiudicazione viene approvata dall’organo competente nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, nel termine di trenta giorni, decorsi i quali, con evidente intento semplificatorio del legislatore, l’aggiudicazione provvisoria si intende approvata. All’aggiudicazione provvisoria, approvata nei termini suddetti, consegue l’aggiudicazione definitiva, che tuttavia non è ancora efficace, ma diviene tale solo “dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti” (cfr. comma 8 del citato art. 11).

Tornando al caso in esame, la disciplina sopra descritta (di cui la ricorrente, va sottolineato, non ha neppure contestato la violazione) non contempla alcun obbligo di approvazione formale di tutti i

verbali di gara, limitandosi a prescrivere l'approvazione dell'atto di aggiudicazione provvisoria da parte degli organi competenti, prima dell'aggiudicazione definitiva da parte della stazione appaltante. Ma con riferimento a tale obbligo di approvazione, non sussisterebbe comunque, nel caso di specie, alcuna violazione dell'art. 12, comma 1, del D. Lgs. n. 163 del 2006 (si ribadisce neppure dedotta dalla ricorrente), in quanto, nel momento in cui il Direttore del Comprensorio ha disposto l'aggiudicazione definitiva, l'aggiudicazione provvisoria era in ogni caso da considerarsi approvata, per decorso dei termini, come previsto dallo stesso art. 12, comma 1, del D. Lgs. n. 163 del 2006.

5. Con il terzo motivo la ricorrente contesta la legittimità del giudizio di congruità espresso dalla Commissione tecnica in esito al sub - procedimento di verifica dell'offerta, lamentando, in sostanza, il difetto di motivazione, nonché l'illogicità, la contraddittorietà e l'erroneità del giudizio stesso.

Anche queste censure non colgono nel segno.

Va anzitutto precisato che, in linea di principio, le valutazioni espresse dalla Commissione tecnica, anche in sede di verifica dell'offerta anomala, attengono alla discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, sottratta al sindacato del Giudice amministrativo, se non sotto i profili della manifesta illogicità ed irrazionalità della motivazione e dell'errore di fatto, sotto profili, cioè, che non incidono nella sfera di autonomia decisionale della

Pubblica amministrazione (cfr, ex multis, Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 aprile 2004, n. 2411, 17 giugno 2003, n. 4350; 14 febbraio 2002 n. 882, Sez. V, 4 maggio 2001 n. 2515, TRGA di Bolzano 21 aprile 2009, n. 146; 15 giugno 2004, n. 297 e 15 settembre 2004, n. 410).

Nel caso di specie il Collegio non ravvisa la sussistenza di tali profili, in quanto la valutazione di congruità dell'offerta presentata dalla ditta Sirio S.p.a. non appare, né illogica né affetta da errori di fatto; di talché il Collegio non reputa necessario l'espletamento della consulenza tecnica richiesta dalla ricorrente.

Ciò chiarito, sui singoli punti di doglianza il Collegio rileva quanto segue.

5.1. La Commissione tecnica, riunitasi il 13 maggio 2009, ha proceduto alla verifica dell'offerta anomala. In primo luogo ha esaminato le giustificazioni fornite dalla società Sirio S.p.a. sui punti richiesti dall'art. 9 del Capitolato d'onori (cioè le giustificazioni relative agli elementi costitutivi dell'offerta, con particolare riferimento al costo di acquisizione dei prodotti, all'incidenza dei costi generali, al margine aziendale e al costo dell'arredo, nonché il prospetto dimostrativo dei costi relativi alla sicurezza).

La Commissione tecnica ha ritenuto di non dover chiedere ulteriori chiarimenti in ordine alla documentazione presentata in relazione ai costi della sicurezza, giudicata "completa ed esaustiva", mentre, in ordine alle giustificazioni fornite sugli elementi costitutivi dell'offerta, la Commissione, dopo aver preso atto che la società Sirio S.p.a. ha

fornito le giustificazioni su tutti i punti richiesti dal Capitolato, ha ritenuto opportuno chiedere alcuni chiarimenti, relativi alla presenza nel costo del lavoro degli oneri sociali e previdenziali, alla presenza (nel fatturato previsto) della vendita di giornali e periodici, alla presenza nelle spese varie degli oneri della polizza assicurativa, richiesta dall'art. 7 del capitolato e ai costi per imposte e tasse, che non risultavano evidenziati nel prospetto riepilogativo dell'offerta.

Ad avviso del Collegio non sussiste alcuna contraddittorietà o illogicità nel comportamento adottato dalla Commissione: invero, dall'esame del verbale della seduta del 13 maggio 2009, si evince chiaramente che il giudizio di completezza, cui fa riferimento la ricorrente per mettere in luce la asserita contraddittorietà del comportamento della Commissione (che avrebbe nonostante la giudicata completezza, richiesto chiarimenti), non è riferito al contenuto delle giustificazioni, bensì al fatto che la società Sirio S.p.a. aveva presentato giustificazioni su tutti i punti richiesti dal Capitolato.

5.2. Vanno disattese anche le doglianze, secondo cui, nel fornire i chiarimenti richiesti sui dati del costo del lavoro e sui ricavi relativi alla vendita di giornali periodici, la società Sirio S.p.a. avrebbe integrato le proprie giustificazioni, con dati, valori ed elementi fondamentali in precedenza omessi.

Osserva in primo luogo il Collegio che l'offerta economica presentata dalla ditta Sirio S.p.a. è rappresentata dal canone annuo di

Euro 407.000,00, da versarsi all'Azienda Sanitaria, risultante dall'apposito modello compilato dall'offerente. Detta offerta economica non risulta mai essere stata modificata, né integrata dalla società Sirio S.p.a.

La Commissione tecnica si è limitata a chiedere chiarimenti, come è sua facoltà, sul prospetto economico presentato dalla ditta Sirio S.p.a a corredo della propria offerta, prospetto che, ai sensi del citato art. 9 del Capitolato, contemplava un elenco (peraltro non tassativo) di elementi economici dell'attività, utili ai fini della valutazione della congruità del canone offerto e, quindi, del grado di economicità della gestione del servizio.

Né vale affermare, ai fini del calcolo dei costi del personale, che sarebbe esistito, a carico della ditta aggiudicataria, un onere di assunzione dei dipendenti già occupati presso il precedente gestore del servizio, atteso che né il Bando, né il Capitolato di gara prevedevano un tale onere (il Capitolato richiedeva solo che il personale impiegato fosse in numero tale da garantire l'efficienza del servizio - cfr. doc. n. 2 della ricorrente, pag. 7/28). D'altra parte anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione sostengono, concordemente, l'inapplicabilità dell'art. 2112 c.c. alla successione derivante dall'esaurimento di un rapporto di appalto di servizi (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 novembre 2002, n. 6415 e Cassazione civile, Sez. Lavoro, 20 novembre 2007, n. 11575).

5.3. Con riferimento al quarto chiarimento richiesto dalla Commissione tecnica alla ditta Sirio S.p.a. (costi per imposte e tasse), quest'ultima precisava che non era tecnicamente possibile predeterminare le imposte e tasse imputabili alla singola unità locale "in quanto l'imposizione fiscale grava sul bilancio complessivo della società, la quale comprende oltre quaranta unità locali". A tal riguardo la ricorrente afferma che la Commissione si sarebbe limitata ad accettare "la mancata risposta al chiarimento, senza peraltro motivare in alcun modo detta scelta" e che tale comportamento avrebbe creato "una ingiusta discriminazione nei confronti dei restanti concorrenti che hanno correttamente conteggiato nel loro conto economico l'ulteriore costo rappresentato dal carico fiscale dell'esercizio, con una conseguente riduzione dell'utile previsto".

La censura è infondata.

Osserva il Collegio che la società Sirio, contrariamente a quanto affermato dalla ricorrente, ha risposto anche al quesito relativo alle imposte e tasse, precisando che, "a fronte di un fatturato di Euro 17.021.963,00, il carico fiscale è stato pari ad Euro 218.345,00" e evidenziando che "le recenti modifiche normative circa la deducibilità del costo del lavoro, hanno alleggerito il carico fiscale gravante sulla società".

Va aggiunto che non vi era alcun obbligo di specificare il carico fiscale con riferimento alla singola unità locale. Il Capitolato di gara, invero, richiedeva la sola indicazione del "margine aziendale", il

quale, in assenza di ulteriori precisazioni, non può considerarsi comprensivo anche delle imposte e delle tasse. Di conseguenza non si profila alcuna discriminazione nei confronti delle altre concorrenti.

5.4. Per quanto concerne, infine, il lamentato difetto di motivazione in ordine al giudizio di “non anomalia” dell’offerta presentata dalla ditta Sirio S.p.a, rileva il Collegio che, secondo un consolidato e condiviso orientamento della giurisprudenza, “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” (cfr, ex multis, Consiglio Stato, Sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348; id. Sez. V, 23 giugno 2008, n. 3122; Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1080 e TRGA Bolzano, 26 giugno 2009, n. 230).

Nel verbale della seduta del 25 maggio 2009 la Commissione ha esplicitato le ragioni che hanno determinato il proprio giudizio di “non anomalia” dell’offerta presentata dalla ditta Sirio S.p.a.

Il giudizio di non anomalia dell’offerta non è basato solo sulle risposte fornite in merito ai chiarimenti richiesti in sede di verifica

dell'anomalia (“la Commissione ritiene che le stesse risultino sufficientemente esaustive e congrue e che confermino ed integrino le giustificazioni allegate all’offerta presentata”), ma anche sulle informazioni e documenti, già esaminati in sede di valutazione qualitativa dell’offerta, e, in particolare, sui risultati dell’analisi dei requisiti di capacità economico - finanziaria e tecnico - organizzativa (condotta nei confronti della società Sirio S.p.a, ai sensi dell’art. 48 del D. Lgs. n. 163 del 2006), che aveva evidenziato risultati di bilancio positivi negli ultimi tre anni di attività e ricavi in crescita, con un forte incremento nell’ultimo anno considerato. La situazione finanziaria e patrimoniale della società Sirio S.p.a. appariva, quindi, solida e in equilibrio.

La Commissione tecnica, quindi, ha tratto le seguenti conclusioni: “una eventuale assenza di oculatezza nella redazione e formulazione dell’offerta...non pare conciliabile con la storia societaria dell’offerente e soprattutto con i successi e le dimensioni raggiunti..in questo specifico segmento di mercato, con oltre 40 punti vendita di ristorazione commerciale, distribuiti in 10 location con oltre 300 addetti, che comprende grandi strutture sanitarie, universitarie, stradali e autostradali, e con i relativi risultati economici, attestati da un fatturato di oltre 17 milioni di euro, raggiunto a fine 2007, a dimostrazione di una strategia ed una logica aziendale, estranea ad avventurismi e ad operazioni finanziariamente rischiose e non remunerative”.

In conclusione, ad avviso del Collegio, le motivazioni poste alla base del giudizio della Commissione tecnica sulla congruità dell'offerta presentata dalla ditta Sirio S.p.a, devono considerarsi più che sufficienti, tenuto conto che, nel caso di giudizio di non anomalia, non è richiesta una approfondita motivazione, potendo essa essere più stringata, o addirittura, espressa per relationem alle giustificazioni fornite dall'impresa.

Va inoltre considerato che, secondo consolidata giurisprudenza, “la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile o inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; id, Sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348; TAR Toscana, Firenze, Sez. I, 20 gennaio 2009, n. 39).

6. Per tutte le ragioni espresse, il ricorso va respinto, compresa la domanda di risarcimento dei danni, legata agli effetti degli atti impugnati, posto che tali atti sono stati giudicati legittimi e, quindi, inidonei ad integrare una fattispecie di danno illecito.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate dal seguente dispositivo. Il contributo unificato rimane a carico della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa - Sezione

Autonoma di Bolzano - disattesa ogni contraria istanza ed eccezione, definitivamente pronunciando, rigetta il ricorso.

Condanna la società ricorrente a rifondere all'Azienda Sanitaria della Provincia Autonoma di Bolzano e alla società Sirio S.p.a. le spese di giudizio, che si liquidano, a favore di ciascuna delle parti, in Euro 2.000,00 (duemila/00), oltre IVA, CAP ed altri accessori di legge.

Il contributo unificato rimane a carico della ricorrente.

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

Così deciso in Bolzano nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Margit Falk Ebner, Presidente

Anton Widmair, Consigliere

Luigi Mosna, Consigliere

Lorenza Pantozzi Lerjefors, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/02/2010

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

IL SEGRETARIO