



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 398 del 2012, proposto da:

Markas Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Pietro Adami, Nicola Creuso, Francesco Campanile e Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso Alberto Salvadori in Brescia, via XX Settembre, 8;

contro

Comune di Moglia, Fondazione "Pietro Sissa" R.S.A. di Moglia, rappresentati e difesi dall'avv. Alberto Arrigo Gianolio, con domicilio eletto in Brescia presso la Segreteria del T.A.R., via Carlo Zima, 3;

nei confronti di

Copra Ristorazione S.p.a., ora Copra Elior S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Augusto Mosconi e Rodolfo Ventura, con domicilio eletto presso Augusto Mosconi in Brescia, c.so Palestro, 38;

per l'annullamento

- della nota prot. n. 1656/2012 dell'8 marzo 2012, trasmessa a mezzo fax;
 - della determinazione n. 19 del 25 febbraio 2012 di "approvazione delle risultanze dei verbali di gara e di aggiudicazione in via definitiva alla ditta COPRA Ristorazione sp.a. di Piacenza della gestione del servizio di ristorazione collettiva nel Comune di Moglia in forma associata con la Fondazione "Pietro Sissa" R.S.A. di Moglia, relativamente al periodo 01.01.2012-31.08.2017;
 - per quanto occorrer possa di tutti i verbali di gara, della determinazione n. 2 del 12 gennaio 2012 e di tutti gli atti della procedura di gara;
- nonché per l'accertamento
del diritto di Markas s.r.l. al conseguimento dell'aggiudicazione ed al subentro nel contratto eventualmente stipulato, con dichiarazione di inefficacia del contratto medesimo;
nonché, in subordinata alternativa,
per il risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Moglia e Fondazione "Pietro Sissa" R.S.A. di Moglia e della Copra Elior Spa;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Copra Elior Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2012 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara per l'affidamento della gestione del servizio di ristorazione collettiva nel Comune di Moglia, in forma associata con la Fondazione "Pietro Sissa" R.S.A. di Moglia, relativamente al periodo 01.01.2012-31.08.2017, collocandosi al secondo posto in graduatoria.

Ritenendo illegittima l'aggiudicazione alla controinteressata, la Markas s.p.a. ha notificato il ricorso in esame, nel quale sono dedotti i seguenti vizi:

1. violazione dell'art. 3 del capitolato e dell'art. 38 del DPR 445/2000, disparità di trattamento, illogicità manifesta, sviamento di potere, violazione dei principi di trasparenza e par condicio.

Ciò in quanto la offerta tecnica dell'aggiudicataria non sarebbe stata sottoscritta ai sensi del DPR 445/2000, mancando il documento di identità del sottoscrittore. Tale obbligo di allegazione, oltre ad essere previsto dalla legge, era richiesto, a pena di esclusione, anche dal Capitolato, laddove prescriveva, con riferimento alle autodichiarazioni rese ai sensi del DPR 445/2000 che, "in quanto prive di sottoscrizione autenticata, devono essere corredate di copia fotostatica semplice di un documento di riconoscimento in corso di validità del sottoscrittore a pena di esclusione dall'ammissione e dalla valutazione alla gara". E la necessità della sottoscrizione anche della offerta tecnica era desumibile dal terzo paragrafo dell'art. 3 del capitolato che espressamente recitava "La medesima offerta va sottoscritta ai sensi del DPR n. 445/2000, sottoscritta con firma leggibile dal legale rappresentante o Procuratore del soggetto concorrente". La mancata allegazione del documento di identità sarebbe, secondo la ricorrente, imputabile al tentativo, con questo escamotage, di non superare il limite delle 30 pagine previsto dal capitolato, che prevedeva espressamente che entro lo stesso fosse contenuto anche l'allegato per la sottoscrizione, destinando una pagina in più degli altri alla descrizione del progetto tecnico. Il capitolato prevedeva, infatti, che le facciate fossero trenta "comprese anche quelle d'intestazione e/o rilegatura varia e/o di allegato per la sottoscrizione e dunque in maniera complessiva". Allegando copia del documento, dunque, l'offerta avrebbe superato le 30 pagine e per questo avrebbe dovuto essere esclusa, così come espressamente previsto dal capitolato, in quanto, in assenza della copia del documento d'identità la sottoscrizione doveva ritenersi inammissibile;

2. violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 38 del DPR 163/2006 sotto una pluralità di profili.

Copra avrebbe omesso di dichiarare gli amministratori di cinque società incorporate mediante fusione nel periodo di un anno antecedente alla data di pubblicazione del bando. In particolare, quantomeno con riferimento a Poli Stefano, amministratore di tre di tali società, non vi sarebbe alcuna dichiarazione attestante l'assenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38. Ciò integrerebbe una violazione dell'obbligo di cui all'art. 38, sanzionata dalla giurisprudenza, escludendosi, peraltro, ogni possibilità di sanatoria, in quanto il possesso dei requisiti doveva essere dimostrato alla data di presentazione della domanda. Inoltre la controinteressata avrebbe omesso di dichiarare l'avvenuto conferimento di amplissimi poteri di rappresentanza al sig. Mario Rossi a far data dal 6 dicembre 2011;

3. eccesso di potere per disparità di trattamento, illogicità manifesta, sviamento di potere, violazione del principio di trasparenza e *par condicio*. L'attribuzione del punteggio sarebbe viziata da macroscopici errori. In primo luogo, rispetto al punto "Attrezzature integrative e sostitutive", Markas ha evidenziato investimenti consistenti e incisivi sia sulle modalità di preparazione e conservazione, che nella distribuzione, mentre la controinteressata avrebbe

fatto solo un breve riferimento a tale elemento. In ragione di ciò l'offerta di Markas è stata giudicata ottima e quella di Copra "di base", ma, ciononostante, il punteggio è stato per la prima di 2,5 e per la seconda di 3,5: l'attribuzione del punteggio risulterebbe, dunque, essere illogica. Analogamente per il punteggio relativo al punto c1.2.1.: a fronte di un giudizio ottimo il punteggio è stato di 1,80, mentre la controinteressata, per una prestazione valutata come "di base" ha ottenuto 1,667.

Si è costituita in giudizio la controinteressata, la quale ha, in primo luogo, sostenuto l'infondatezza del ricorso, atteso che la mancanza dell'allegazione del documento di identità del sottoscrittore dell'offerta non inficerebbe la regolarità della stessa, richiesta solo nel caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione o atto notorio e non anche di manifestazione della volontà contrattuale. Inoltre, la mancata dichiarazione ex art. 38 d. lgs. 163/2006 con riferimento all'amministratore di società incorporata per fusione sarebbe stata correttamente ritenuta irrilevante, attesa la tassatività delle clausole di esclusione che si riferirebbero solo agli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e direttori tecnici in carica e cessati e non anche agli amministratori delle società incorporate, che non rappresentano e non hanno mai rappresentato la incorporata. Per quanto attiene al sig. Rossi, invece, la difesa di Copra si fonda sul fatto che lo stesso non ha mai posseduto ampi poteri di rappresentanza, ma era solo titolare di procure *ad negotia* e di una procura speciale per limitati compiti all'interno della società.

Con riferimento al punteggio attribuito, la Copra ha sostenuto la bontà dell'operato della commissione che, adottando il metodo aggregativo-compensatore, ha consentito a ciascun componente della commissione di esprimere un proprio giudizio sia qualitativo, che quantitativo.

Con Ordinanza 9 maggio 2012, n. 205, questa Sezione ha accolto l'istanza cautelare di parte ricorrente, nell'espressa considerazione che:

<< - che il bando di gara espressamente richiedeva che il numero di 30 pagine di cui doveva essere composta l'offerta dovesse essere calcolato comprendendo "anche quelle d'intestazione e/o rilegatura varia e/o di allegato per la sottoscrizione e dunque in maniera complessiva";

- che la questione della necessità della dichiarazione, ex art. 38 del d. lgs. 163/2006, dell'assenza di cause di esclusione con riferimento agli amministratori delle società incorporate per fusione dall'aggiudicataria, risulta essere stata rimessa all'Adunanza Plenaria con ordinanza della V sezione del Consiglio di Stato del 31 marzo 2012, n. 1886;

- che il punteggio attribuito sia per il punto "Attrezzature integrative e sostitutive", che per il punto c.1.2.1. appare illogico rispetto al giudizio espresso, sia in relazione a quello troppo basso assegnato alla ricorrente, che a quello troppo alto assegnato alla contro interessata: sembra potersi condividere la tesi secondo cui ad una prestazione giudicata "di base" non sarebbe possibile attribuire un punteggio superiore alla metà di quello massimo previsto per la voce stessa. >>

La controinteressata ha altresì proposto ricorso incidentale, nel quale sono stati dedotti:

1.1. violazione dell'art. 3, punto 3, del capitolato di gara, in quanto il progetto, che avrebbe dovuto essere di solo 30 pagine, è stato ulteriormente sviluppato in cinque pagine intitolate "approfondimento al punto 3.1.6. <<Piano di manutenzione programmata>>", surrettiziamente incluse tra le circa 150 pagine di "schede tecniche e brochures illustrative" allegate al progetto stesso;

1.2. violazione dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006, in quanto la dichiarazione relativa al direttore tecnico cessato, sig. Verzari, è stata impropriamente riferita al "periodo di permanenza in Markas" e non anche al momento della domanda.

In vista della pubblica udienza, il Comune di Moglia ha, in primo luogo, rinunciato al rinvio *ex lege* connesso al recente sisma che ha colpito il suo territorio, avendo urgenza per la definizione della controversia e, quindi,

eccepiteo l'infondatezza del ricorso principale, senza nulla rappresentare in ordine al ricorso incidentale.

Copra Ristorazione s.p.a. ha ribadito quanto già rappresentato nel proprio ricorso incidentale e nella propria difesa. Markas ha eccepito, a sua volta, l'infondatezza del ricorso incidentale, atteso che l'allegato citato altro non sarebbe che un elaborato qualificabile alla stregua di quella "documentazione che ritengono utile presentare in relazione agli elementi di valutazione dell'offerta progettuale" che era espressamente previsto i concorrenti potessero inserire nella busta 2, seppur consci che l'obbligo di valutazione dell'offerta della commissione si fermava al progetto di trenta pagine, essendo solo eventuale la valutazione dell'ulteriore documentazione allegata per maggiore chiarezza.

Il contestato allegato altro non conterrebbe se non le schede tecniche e le istruzioni per l'uso e la manutenzione di alcune attrezzature sostitutive ed integrative previste dall'offerta.

Per quanto attiene alla dichiarazione ex art. 38, anche quella relativa al sig. Verzari, direttore tecnico cessato, sarebbe del tutto conforme alla normativa vigente in materia di certificazioni e dichiarazioni sostitutive di atto notorio.

Sia la ricorrente, che Copra Ristorazione s.p.a. hanno depositato memorie di replica, insistendo nelle proprie tesi.

Alla pubblica udienza del 18 luglio 2012 il Collegio ha ritenuto necessario, al fine della decisione ed alla luce di quanto precisato nella decisione n. 17 dell'Adunanza Plenaria del 7 giugno 2012, acquisire il certificato penale del sig. Poli Stefano, Amministratore cessato della società Copra Elior s.p.a., incorporata dall'odierna controinteressata. Il Comune ha adempiuto tempestivamente a tale onere, producendo un certificato penale dal quale non risulta alcuna condanna a carico del suddetto soggetto.

Alla pubblica udienza del 7 novembre 2012 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente esaminato il ricorso incidentale, di natura paralizzante, il quale non merita positivo apprezzamento.

Con la prima censura si lamenta un'integrazione dell'offerta, mediante il surrettizio uso degli allegati, così superando il numero di pagine massimo previsto per l'offerta.

A tale proposito il Collegio ritiene di poter condividere la posizione espressa dal Consiglio di Stato nella sentenza 4277/2011, nella quale si è chiarito che la prescrizione potrebbe ritenersi violata "solo se gli allegati avessero modificato il senso della proposta di base, ovvero ampliata in settori non trattati"... "Rientra nella discrezionalità della commissione di gara valutare se la proposta è stata redatta in termini di per sé completi ed esaustivi, ai quali gli allegati apportano una mera integrazione".

Nel caso di specie la concorrente Markas risulta essersi limitata a produrre delle schede illustrative delle programmate modalità di manutenzione delle apparecchiature integrative offerte, senza in alcun modo innovare o modificare l'offerta, assumendosi il rischio, peraltro, che tali schede non fossero visionate dalla commissione, che non vi era in alcun modo tenuta. Non risulta, comunque, che la programmazione della manutenzione periodica delle attrezzature e le modalità della stessa abbiano formato oggetto di valutazione da parte della Commissione, anche in considerazione del fatto che la *lex specialis* prevedeva, come elemento da valutare, solo la proposta di attrezzature integrative e/o sostitutive di quelle presenti.

Pertanto, benché l'allegato in questione non possa certo essere qualificato come una "brochure illustrativa", non appare nemmeno possibile escludere *tout court* la sua qualificazione come "scheda tecnica", dal momento che si tratta di un'elencazione delle manutenzioni necessarie per ogni macchinario, con indicazione della loro programmazione: particolari, questi, che se possono indicare con maggiore precisione quelle operazioni a cui è

comunque tenuto l'utilizzatore delle attrezzature, non era previsto avrebbero formato oggetto di valutazione e non hanno, in concreto, condotto all'attribuzione di alcun maggiore e diverso punteggio.

Non appare, dunque, ravvisabile alcuna illegittima estensione dell'offerta oltre il limite del numero delle pagine previsto dagli atti di gara, in quanto l'allegato in questione non ha fornito alcun particolare, nuovo ed ulteriore, elemento di valutazione dell'offerta di Markas.

Né risulta violata la *par condicio*, dal momento che nulla impediva alla ricorrente incidentale di esplicitare anch'essa le previste modalità di manutenzione delle attrezzature a disposizione, a propria piena discrezione, così come per tutte le schede tecniche e le brochure illustrative che potevano essere allegate o omesse.

Anche il secondo motivo di ricorso appare infondato, atteso che, legittimamente, la dichiarazione relativa al direttore tecnico cessato è stata rilasciata con riferimento a quanto a conoscenza dell'attuale amministratore e, più precisamente, al periodo in cui il soggetto ha collaborato con l'azienda.

Del resto la dichiarazione in questione dà puntualmente atto della cessazione del sig. Verzari, della periodica richiesta, rivolta allo stesso, di aggiornamento del proprio stato giuridico, del possesso, ciononostante, da parte della Markas di un'ultima dichiarazione datata solo aprile 2011 cui è stato fatto espresso riferimento nell'attestare l'assenza di cause di esclusione previste dall'art. 38 del d. lgs. 163/2006. La dichiarazione attestante tale condizione, dunque, appare, alla luce di tutto ciò, conforme al dettato di legge. Ciò anche considerando che essa risulta essere riferita "al periodo di permanenza presso la scrivente" e non anche al momento della presentazione dell'offerta. Non potrebbe, infatti, essere diversamente, in quanto la dichiarazione richiesta è volta ad accertare che l'azione della partecipante alla gara non sia stata frutto dell'amministrazione di un soggetto che, durante il periodo in cui rappresentava ed agiva per conto della società, ha subito condanne per fatti incidenti sulla sua moralità. Non rileva, dunque, il comportamento di tale soggetto dopo la cessazione della sua carica all'interno della società.

L'autocertificazione prodotta da Markas appare, dunque, rispettosa dei principi generali relativi alle dichiarazioni sostitutive di atto notorio ed esaustiva rispetto agli obblighi di certificazioni imposti alla società rispetto agli amministratori cessati, anche alla luce dei principi elaborati al proposito dalla giurisprudenza, tenendo conto della difficoltà che acquisire una dichiarazione di tal genere da soggetti non aventi più rapporti con la società può in concreto rappresentare e dei limiti incontrati da ogni soggetto terzo nella dichiarazione di fatti e stati non direttamente a conoscenza o conoscibili dallo stesso (cfr Cons. Stato, IV, 27 giugno 2011, n. 3862).

Così respinto il ricorso incidentale, si deve procedere all'esame di quello principale.

In ordine alla prima censura dedotta, il più approfondito esame della documentazione in atti e delle considerazioni di tutte le parti coinvolte ha indotto il Collegio a maturare una convinzione diversa rispetto a quella manifestata in sede cautelare..

Il bando di gara espressamente richiedeva che il numero di 30 pagine ammesso per l'offerta dovesse essere calcolato comprendendo "anche quelle d'intestazione e/o rilegatura varia e/o di allegato per la sottoscrizione e dunque in maniera complessiva".

Orbene, la giurisprudenza, anche di questo Tribunale, si è recentemente allineata a quella maggioritaria nell'affermare che nei propri atti di gara le stazioni appaltanti possono includere solo due tipologie di clausole escludenti: quelle che riproducono obblighi previsti dal codice appalti o da altre disposizioni normative e quelle che sono comunque funzionali ad evitare incertezze sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, ad assicurarne la completezza contenutistica, ovvero ad assicurarne la segretezza (sul punto cfr T.A.R. Lombardia Milano Sez. III, Sent., 23-05-2012, n. 1397).

Nessuna disposizione impone di allegare la carta d'identità agli atti aventi natura di proposta contrattuale, quali sono le offerte tecniche ed economiche proposte dai concorrenti che partecipano alle gare pubbliche (cfr, TAR

Lombardia Brescia, sez. II, 26 marzo 2012 n. 530). Siffatto obbligo, in base all'art. 38, comma 3, del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, è difatti previsto solo per le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà e per le istanze rivolte all'amministrazione.

Per altro verso non sembra effettivamente potersi ritenere che la mancata allegazione della copia della carta d'identità possa determinare incertezza assoluta sulla provenienza dell'offerta, in quanto contenuta in una busta a sua volta contenuta in un'altra busta in cui è inserita l'istanza di partecipazione alla gara, la quale, invece, deve essere ed è stata, anche nel caso di specie, necessariamente corredata dalla copia della carta d'identità.

Pertanto, alla luce di tutto ciò e considerato che la specifica clausola escludente era prevista dal disciplinare di gara con esclusivo riferimento alle "autocertificazioni" rilasciate ai sensi del DPR 445/2000 e non anche alle mere "sottoscrizioni" ai sensi dello stesso testo unico, la mancata allegazione della copia della carta d'identità non parrebbe sufficiente a giustificare l'esclusione dell'offerta. Non può, però, trascurarsi che, nella fattispecie, l'allegazione del documento doveva essere contenuta nel numero massimo di pagine ammissibili, per cui la mancata presentazione della stessa potrebbe risultare rilevante sotto questo profilo, potendo avvantaggiare chi abbia utilizzato lo spazio destinato alla fotocopia del documento per meglio esplicitare la propria offerta.

L'esame dell'offerta della Copra, peraltro, evidenzia come una diversa organizzazione dello spazio nelle ultime due pagine avrebbe comunque consentito all'impresa di rispettare il vincolo del numero massimo imposto dal capitolato di gara. Ciò anche in considerazione del fatto che non appare condivisibile la tesi di parte ricorrente, secondo cui la sottoscrizione avrebbe dovuto essere necessariamente corredata di un autonomo allegato: la *lex specialis*, infatti, prevede esplicitamente che il numero di trenta pagine debba essere comprensivo di tutte le pagine relative all'offerta "e/o l'allegato per la sottoscrizione". L'uso dell'alternativa non può che far pensare alla possibilità di riportare copia del documento di identità in calce alla sottoscrizione, anche nel medesimo foglio.

Ne deriva il rigetto della doglianza, con la conseguenza che può ragionevolmente escludersi che il rispetto della condizione (allegazione di copia del documento di identità) avrebbe comportato la violazione di quella che imponeva il numero massimo delle pagine dell'offerta.

La questione della necessità della dichiarazione, ex art. 38 del d. lgs. 163/2006, con riferimento agli amministratori delle società incorporate per fusione dall'aggiudicataria, che risultava rimessa all'Adunanza Plenaria con ordinanza della V sezione del Consiglio di Stato del 31 marzo 2012, n. 1886 è stata definita con la sentenza n. 17 del 7 giugno 2012. In tale pronuncia, nella quale sono ripresi i principi affermati nella sentenza n. 10 del 4 maggio 2012, avente ad oggetto la diversa, ma assimilabile fattispecie della cessione d'azienda, sono stati chiariti i seguenti principi:

1) in caso di incorporazione o fusione societaria sussiste in capo alla società incorporante, o risultante dalla fusione, l'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006 anche con riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la società incorporata o le società fuse nell'ultimo triennio ovvero che sono cessati dalla relativa carica in detto periodo (dopo il d.l. n. 70 del 2011: nell'ultimo anno). Resta ferma la possibilità di dimostrare la c.d. dissociazione;

2) l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, sia prima che dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 70 del 2011, impone la presentazione di una dichiarazione sostitutiva completa, a pena di esclusione, e tale dichiarazione sostitutiva deve essere riferita, quanto all'art. 38, comma 1, lett. c), anche agli amministratori delle società che partecipano ad un procedimento di incorporazione o di fusione, nel limite temporale ivi indicato;

3) nel contesto di oscillazioni della giurisprudenza e di conseguente incertezza delle stazioni appaltanti, fino alla plenaria n. 10/2012 e alla plenaria odierna, i concorrenti che omettono la dichiarazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163/2006, relativamente agli amministratori delle società partecipanti al procedimento di fusione o

incorporazione, possono essere esclusi dalle gare - in relazione alle dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. c) fino alla data di pubblicazione della presente decisione - solo se il bando espliciti tale onere di dichiarazione e la conseguente causa di esclusione; in caso contrario, l'esclusione può essere disposta solo ove vi sia la prova che gli amministratori per i quali è stata omessa la dichiarazione hanno pregiudizi penali".

Ciò in quanto la sentenza n. 10/2012 ha affermato il principio secondo cui il cessionario, come si avvale dei requisiti del cedente sul piano della partecipazione a gare pubbliche, così risente delle conseguenze, sullo stesso piano, delle eventuali responsabilità del cedente, anche se l'esclusione potrà essere disposta, in caso di mancata dichiarazione di condanne relative all'amministratore della società cedente, solo laddove risulti che la cessionaria non ha posto in essere le attività necessarie a frapporre una completa cesura tra vecchia e nuova gestione.

Lo stesso principio di valutazione in concreto deve trovare applicazione con riferimento alla concreta situazione dell'amministratore della società incorporata, escludendo la rilevanza dell'omessa dichiarazione nel caso esso sia incensurato, salvo che il bando non preveda espressamente l'obbligo di dichiarazione anche per tali soggetti.

Nel caso di specie l'esistenza di condanne in capo all'Amministratore dell'impresa incorporata è stata esclusa dalla produzione, in esecuzione dell'ordinanza di questo Tribunale n. 1388/12, del certificato attestante l'assenza di condanne in capo al sig. Poli, con la conseguenza che l'omissione della dichiarazione deve ritenersi, per ciò stesso, irrilevante.

Per quanto attiene al sig. Rossi, invece, non risulta che lo stesso fosse dotato di veri e propri poteri di rappresentanza dell'impresa, nel senso inteso dall'art. 38 del d. lgs. 163/2006, essendo esso titolare solo di talune procure speciali, limitate a specifici settori.

Esclusa, dunque, la fondatezza del ricorso con riferimento alle prime due censure, aventi ad oggetto l'ammissibilità dell'offerta della controinteressata, risulta determinante, ai fini della definizione della controversia, accertare l'assenza di eccesso di potere ed illogicità nell'attribuzione del punteggio riservato alle due offerte.

Per quanto attiene al punteggio attribuito per "Attrezzature integrative e sostitutive", non pare potersi escludere un'illogica assegnazione di un punteggio eccessivo ad una dotazione giudicata "di base", ma a cui è stato attribuito un punteggio superiore alla metà di quello massimo previsto per la voce stessa.

Mentre, infatti, la Markas ha individuato la fornitura di numerose nuove attrezzature e la necessità di sostituire quelle già esistenti, nell'offerta di Copra sono previste poche innovazioni (lampada germicida, bilancia per verifica pesi e termometri, dissipatore di rifiuti organici, sterilizzatore di coltelli, apparecchiatura per addolcire l'acqua e termosaldante per la chiusura ermetica dei pasti) e la formula generica "si impegna inoltre a sostituire - con onere a proprio carico - tutte le attrezzature che: in corso di rapporto dovessero ammalorarsi o divenire obsolete; venissero richieste dall'Asl quale complemento di quelle esistenti per esigenze produttive; dovessero risultare non conformi alle esigenze del servizio da rendere anche nei terminali".

In prima battuta ciò potrebbe determinare, come è stato, il riconoscimento di un punteggio superiore al minimo, però, a ben vedere, l'offerta risulta essere indeterminata, non essendo previsto chi, come e quando potrà/dovrà determinare il sopravvenuto ammaloramento o la non conformità alle esigenze di servizio.

Il Collegio ritiene, dunque, incoerente l'attribuzione di un punteggio di 2,5 (quale quello attribuito a Copra) per un'offerta giudicata come "sufficiente" e comunque presentante le caratteristiche di incertezza suddette, a fronte del punteggio riconosciuto a Markas, la cui offerta è stata giudicata "ottima", ma con il riconoscimento di soli 3,5 punti su 5 disponibili.

Anche con riferimento al punto c.1.2.1, peraltro, deve ravvisarsi l'illogicità del punteggio attribuito: nonostante il tentativo di Copra di sminuire la rilevanza dell'offerta di Markas, sostenendo che quest'ultima avrebbe qualificato come migliori interventi (quali installazione di collettore gas corpo cucina centro cottura, installazione di

impianto di condizionamento nell'area di stazionamento dei carrelli termini) che, in concreto, valutata la situazione complessiva nulla aggiungerebbero alla qualificazione del servizio, il punteggio appare irragionevolmente attribuito nel confronto tra le due offerte. Mentre l'offerta di Copra si limita a prevedere la "tinteggiatura – previa stuccatura – delle pareti e dei soffitti della cucina del Centro di Cottura con applicazione di mano di fondo isolante acrilica e n. 2 mani di idropittura superlavabile acrilica", quella di Markas (articolata sulle pagg. da 22 a 24), oltre ad estendere gli interventi sugli ammaloramenti e le muffe anche ai locali dell'area di stazionamento carrelli e al locale lavaggio, prevede anche "specifici interventi di risanamento regolamentati dai protocolli aziendali", oltre alla realizzazione di una controsoffittatura per la riduzione dei rapporti aero/illuminanti. Oltre a ciò prevede una pluralità di interventi (come il trattamento antiscivolo dei locali, il condizionamento dell'area stazionamento carrelli, la sostituzione di parte degli arredi) che, ragionevolmente, possono ritenersi incidenti in senso migliorativo sul servizio. Ne discende, alla luce di tutto ciò, che appare irragionevole una differenziazione del punteggio minima, quale quella operata nel caso di specie, dove alla ricorrente principale è stato attribuito un punteggio di 1,80 su 2 e alla Copra un punteggio di 1,667 su 2.

Deve, invece, ritenersi corretta la valutazione dell'elemento "organizzazione del personale" operata dalla stazione appaltante, considerato che, dall'esame dei documenti prodotti, alla luce dei chiarimenti forniti da Copra, non pare potersi ritenere che la maggiore offerta di personale di Copra sia ingannevole, in quanto riferita al servizio di distribuzione dei pasti. Il maggiore monte ore del personale indicato in offerta deve ritenersi riferito esclusivamente alla preparazione dei pasti e non anche alla sua veicolazione, affidata ad un soggetto terzo (la soc. Cooperativa Sociale Sanithad). La previsione, nelle mansioni giornaliere del personale addetto al trasporto pasti, della consegna a domicilio dei pasti SAD è finalizzato solo a far fronte all'eventuale necessità di sopperire a carenze momentanee della cooperativa o specifiche richieste del Comune (con contabilizzazione a parte della prestazione). Inoltre la quantificazione dell'impegno orario per la preparazione dei pasti SAD in sole 1, 5 ore è dovuta alla limitatissima incidenza dei 20 pasti/die sui 300/350 previsti a favore delle scuole e della fondazione Pietro Sissa.

Tutto ciò premesso, il ricorso merita positivo apprezzamento sotto il profilo della non corretta valutazione dell'offerta con riferimento ai due specifici punteggi più sopra esaminati. Ciò risulta sufficiente a travolgere il risultato che ha condotto all'aggiudicazione a favore della controinteressata.

Rimane da esaminare, dunque, la correlata domanda risarcitoria, tendente, in via principale, ad ottenere l'esecuzione in forma specifica, mediante subentro nella posizione di aggiudicatario, e solo in subordine mediante riconoscimento di un risarcimento per equivalente.

A tale proposito si deve rilevare come, in sede cautelare, questo Tribunale abbia inibito alla stazione appaltante di stipulare il contratto con la controinteressata. Ne deriva la possibilità, per la ricorrente, di ottenere il pieno soddisfacimento della propria pretesa risarcitoria, previo espletamento, da parte della stazione appaltante di tutti gli adempimenti imposti dalla legge al fine di verificare la sussistenza delle condizioni per la stipula del contratto con l'odierna ricorrente.

Si ravvisano, peraltro, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio, attesa la complessità delle questioni dedotte, l'assenza di chiarezza nella giurisprudenza al momento del verificarsi dei fatti e la particolarità di alcuni profili oggetto d'esame.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso incidentale, di natura paralizzante, accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Dispone la compensazione delle spese del giudizio tra le parti in causa, fatto salvo il rimborso, a favore della

ricorrente, del contributo unificato dalla stessa anticipato ai sensi del comma 6 bis dell'articolo 13 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)