

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. 9420/2007 proposto dalla QUI! TICKET SERVICE S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Luigi Cocchi e Silvia Quaglia ed elett.te dom.ta in Roma, viale Parioli n. 180 presso lo studio del primo;

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

- Accor Service Italia S.r.l. (già Gemeaz Cusin S.r.l.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giustino Ciampoli, Francesco Bellocchio e Diego Vaiano ed elett.te dom.ta presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

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

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

- Ristochef S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Anania, Enrico Ingrassia e Maria Cristina D'Alessandro ed elett.te dom.ta presso lo studio di quest'ultima in Roma, via Flaminia n. 366;

PER L'ANNULLAMENTO PREVIA SOSPENSIONE

- della nota dell'Amministratore Delegato di Consip S.p.a. prot. n. 13010/2007 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 1, 2, 3, 4, 5 e 6';
- delle note dell'Amministratore Delegato di Consip S.p.a. prot. n.ri 13727/2007, 13732/2007, 13740/2007, 13746/2007, 13751/2007 e 13757/2007 in data 31 agosto 2007, con le quali è stata comunicata alla ricorrente l'aggiudicazione provvisoria della gara telematica per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per le PP.AA. ai sensi dell'art. 26 L. n. 488/1999 s.m.i. e dell'art. 58 L. n. 388/2000, lotti 1, 2, 3, 4, 5 e 6;
- della nota dell'Amministratore Delegato di Consip S.p.a. prot. n. 13332/2007 del 20 luglio 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 convocazione dell'audizione per la verifica in contraddittorio dell'offerta anormalmente bassa ai sensi degli artt. 86 ss. D.Lgs. n. 163/2006;
- dei verbali della Commissione Giudicatrice prot. n. 86 bis/DL/R/2007 del 9 maggio 2007, prot. n. 94/DL/R/2007 del 23 maggio 2007 e prot. n. 245/DL/R/2007 del 2 agosto 2007;
- in subordine e per quanto possa occorrere, dell'art. VI.3), punto 8, dell'avviso di gara, dell'art. VI.3, punto 8, del bando e dell'art. 8 del disciplinare;
- di ogni altro atto presupposto, preparatorio e/o consequenziale ed in particolare, per quanto possa occorrere, del verbale in data 27 giugno 2007, nonché dei provvedimenti di aggiudicazione definitiva della gara relativa ai lotti 1, 2, 3, 4, 5 e 6 se ed in quanto esistenti, non comunicati alla ricorrente.

NONCHE' CON MOTIVI AGGIUNTI

- della nota prot. n. 18492/07 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. n. 18658/07, 18664/07, 18673/07, 18680/07 e 18685/07 del 21 novembre 2007 con le quali la stazione appaltante in relazione ai lotti 2, 3, 4, 5 e 6 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;
- delle determinazioni con le quali la Consip, nonostante i rilievi di illegittimità formulati dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, con il parere del Consiglio n. 45 dell'11

ottobre 2007 ha ritenuto di confermare i provvedimenti precedentemente assunti e, quindi, di proseguire la procedura di scelta del contraente sulla base di essi;

NONCHE' CON ULTERIORI MOTIVI AGGIUNTI

- delle note dell'Amministratore Delegato di Consip prot. n. 19238/2007 del 30 novembre 2007, prot. n. 19386/2007 del 3 dicembre 2007, prot. n. 19394/2007 del 3 dicembre 2007 e 19247/07 del 30 novembre 2007, aventi 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. e dell'art. 58 L. n. 388/2000, Lotto 5. Comunicazione ex art. 79, comma 5, D.Lgs. n. 163/06, trasmessa a mezzo fax il 4 dicembre 2007;

- degli eventuali atti di aggiudicazione del lotto n. 1 se ed in quanto esistenti, non comunicati alla ricorrente;

NONCHE' CON ULTERIORI MOTIVI AGGIUNTI

- della nota dell'Amministratore Delegato di Consip prot. n. 19490/2007 del 4 dicembre 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. e dell'art. 58 L. n. 388/2000, Lotto 5. Comunicazione ex art. 79, comma 5, D.Lgs. n. 163/06, trasmessa a mezzo fax il 5 dicembre 2007;

- degli eventuali atti di aggiudicazione del lotto n. 1 se ed in quanto esistenti, non comunicati alla ricorrente;

NONCHE' PER IL

- risarcimento di tutti i danni subiti.

Visto il ricorso con i relativi atti.

Vista la costituzione della Consip, della Accor Services Italia S.r.l. (già Gemeaz Cusin), della Ristochef e della Sodexho Pass. S.r.l.

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 ormai da alcuni anni, nell'esercizio della propria attività di impresa offre ai locali convenzionati una serie di cd. 'servizi aggiuntivi' instaurando con gli esercenti che accettano tale offerta un rapporto più complesso rispetto al mero rimborso del valore

nominale del buono pasto decurtato della percentuale di commissione riconosciuta dal ristoratore e di quella derivante dallo scorporo dell'IVA.

Tali cd. servizi aggiuntivi hanno ad oggetto l'espletamento da parte della società emittitrice di una serie di attività altrimenti destinate a rimanere a carico dell'esercente, quali, ad esempio, il ritiro a domicilio dei buoni pasto, il conteggio e la fatturazione dei buoni, l'effettuazione del pagamento del controvalore di essi in via anticipata rispetto ai termini contrattualmente previsti.

Lo svolgimento di tali attività, che, se espletate direttamente dal ristoratore costituiscono per quest'ultimo, privo di adeguate strutture, fonte di notevoli costi e di considerevoli perdite, da parte delle società emittitrici, le quali sono in possesso dell'organizzazione necessaria per la corretta e tempestiva esecuzione dei cd. 'servizi aggiuntivi', rappresenta una prassi ormai molto diffusa nel mercato dei buoni pasto, che comporta vantaggi per i ristoratori ed una ulteriore fonte di ricavi per le società emittitrici, incidendo, in definitiva, sul costo del buono pasto per queste ultime.

La ricorrente, nel formulare le offerte da presentare nell'ambito delle gare pubbliche e, quindi, nel valutare la complessiva sostenibilità economica di esse, tiene conto anche dei ricavi/minori costi del buono pasto derivanti dalla prestazione dei cd. 'servizi aggiuntivi', i quali, anche a seguito della stipula delle convenzioni Consip e dell'entrata in vigore del DPCM 18 novembre 2005 che hanno reso le modalità di fatturazione da parte degli esercenti assai più complesse rispetto a quanto si verificava in precedenza, sono in progressivo e costante aumento e costituiscono ormai un elemento rilevante nell'ambito del rapporto complessivo intercorrente tra la società emittitrice ed i ristoratori, che incide sensibilmente sull'effettivo costo del buono pasto per la società esponente.

Consip S.p.a. ha pubblicato sulla GURI n. 269 del 18 novembre 2006 e sulla GUUE n. s 214 del 10 novembre 2006 il bando di abilitazione alle gare telematiche 'Buoni pasto 106'.

In riferimento a tale bando Consip ha indetto una gara telematica per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per le PP.AA. diviso in 6 lotti.

La ricorrente, avendo conseguito l'abilitazione alla negoziazione con riguardo a tutti i sei lotti nei quali è stata suddivisa la gara di cui trattasi, è stata invitata a partecipare alla procedura di scelta del contraente.

La società odierna ricorrente ha presentato offerte in relazione a tutti i sei lotti, corredando tali offerte dalle giustificazioni 'preventive' di cui all'art. 86, comma 5, ed 87, comma 2, D.Lgs. n. 163/2006.

Nelle sedute riservate del 9 e del 23 maggio 2007 la Commissione giudicatrice ha preso in esame le giustificazioni ex art. 87, comma 2, ed 86, comma 5, D.lgs. n. 163/2006, presentate dai concorrenti, pervenendo alla conclusione che 'l'offerta per ritenersi affidabile e congrua debba essere autoconsistente sul piano economico' e che, quindi, non avrebbero potuto essere considerate ammissibili le giustificazioni basate su ricavi 'i quali non si collocano all'interno delle prestazioni contemplate dall'offerta: cd. servizi aggiuntivi'.

Sulla base di tali considerazioni, la Commissione giudicatrice ha, quindi, provveduto a dedurre dall'utile dichiarato dai concorrenti nelle giustificazioni presentate a corredo delle offerte i ricavi dei 'servizi aggiuntivi dichiarati':

- da quattro concorrenti su sei, in relazione ai lotti 3, 1, 2, 5 e 4;
- da tre su cinque in relazione al lotto 6;

proponendo a Consip l'esclusione, senza neppure richiedere ulteriori chiarimenti, di tutte le offerte che, a seguito di tale deduzione, presentavano margini di redditività negativi e decidendo di richiedere ulteriori chiarimenti a Day Ristoservice in relazione alle offerte da essa presentate nei lotti 3, 6, 2 e 4.

A seguito della presentazione dei chiarimenti richiesti, la Commissione Giudicatrice, nella seduta del 19 giugno 2007, ha proposto a Consip l'esclusione di Day Ristoservice dal lotto 2, senza dover richiedere ulteriori chiarimenti.

Con nota prot. n. 10332/2007 del 20 giugno 2007, Consip ha comunicato alla ricorrente le valutazioni effettuate dalla Commissione Giudicatrice e l'ha invitata a prendere parte all'audizione per la verifica in contraddittorio delle offerte anormalmente basse, fissata per le ore 9,30 del giorno 27 giugno 2007.

Nel corso dell'audizione del 27 giugno 2007 tenutasi davanti ad un organo collegiale completamente diverso rispetto alla Commissione di gara, la ricorrente ha prodotto una memoria di controdeduzioni corredata da 17 documenti ed ha ulteriormente sviluppato le proprie argomentazioni in sede di trattazione orale.

Anche Repas Lunch, Pellegrini, Cir-Food, EP e Day Ristoservice hanno esposto le proprie difese sia con atti scritti sia nel corso delle rispettive audizioni.

Con raccomandata a.r. anticipata a mezzo fax il 10 luglio 2007, la ricorrente ha svolto alcune ulteriori considerazioni con riguardo a quanto era emerso nel corso dell'audizione del 27 giugno 2007.

Con nota n. 13010/07 del 2 agosto 2007, l'Amministratore Delegato di Consip ha disposto l'esclusione della ricorrente dalle successive fasi della gara relativa ai lotti 1, 2, 3, 4, 5 e 6 in quanto le offerte da essa presentate sarebbero risultate, nel complesso, inaffidabili ai sensi dell'art. 88, comma 6, D.Lgs. n. 163/06.

Nella seduta del 2 agosto 2007, la Commissione giudicatrice ha preso atto delle determinazioni assunte da Consip in ordine alla esclusione di una serie di società partecipanti alla gara di appalto ed ha formulato le graduatorie.

Con nota prot. nn. 13727/07, 13732/07, 13740/07, 13746/07, 13751/07 e 13757/07 del 31 agosto 2007, l'Amministratore Delegato di Consip ha comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione provvisoria dei vari lotti.

La ricorrente, ritenendo gravemente illegittime le determinazioni assunte da Consip ha:

- richiesto l'accesso agli atti della gara;

- trasmesso vari esposti all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, alla Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici ed alla Commissione Europea, sollecitandone l'intervento sotto i profili di rispettiva competenza;
- fatto pervenire a Consip S.p.a. un parere legale, nel quale è stata evidenziata l'illegittimità dei provvedimenti emanati dall'Amministrazione aggiudicatrice, sollecitandone la rimozione in via di autotutela;
- ha presentato all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, istanza di parere per la soluzione della controversia ex art. 6, comma 7, lett. N) D.Lgs. n. 163/06.

A seguito di tali istanze ed esposti:

- Consip S.p.a. ha, dapprima, con nota prot. n. 13538/07 del 21 agosto 2007, differito l'accesso alla conclusione del procedimento di gara e, poi, lo ha, peraltro solo parzialmente, consentito per il giorno 3 ottobre 2007;
- l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici con nota prot. n. 47533/07/ISP-SEGR del 30 agosto 2007 ha fissato l'audizione delle parti interessate dinanzi la Direzione Generale della Vigilanza per il giorno 5 settembre 2007; a seguito di tale audizione ha convocato per il giorno 19 settembre 2007 una seconda audizione presso il Consiglio dell'Autorità. Successivamente si è espressa nel senso della illegittimità delle determinazioni assunte da Consip, evidenziando, altresì, i gravi effetti distorsivi sul principio di libera concorrenza da esse derivanti;
- la Commissione Europea, con comunicazione del 20 settembre 2007, ha reso noto che le segnalazioni presentate dalla ricorrente sarebbero state esaminate ai fini di verificare la sussistenza di una violazione delle regole comunitarie applicabili agli appalti pubblici suscettibile di dar luogo all'avvio nei confronti della Repubblica Italiana di una procedura per inadempimento ex art. 226 del Trattato CE;
- l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, dopo aver acquisito tutta la documentazione relativa alla gara di cui trattasi, ha fissato una audizione per il 15 novembre 2007.

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

- violazione e/o falsa applicazione degli artt. 10, 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; incompetenza; eccesso di potere; difetto di istruttoria;
- violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, 85, 86, 87 ed 88 D.Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 55 Direttiva 2004/18 CE in relazione ai principi statuiti dalla Corte di Giustizia CE, Sez. VI, 27 novembre 2001 C-285/99 e C-286/99, dell'art. VI.3, n. 8, dell'avviso di gara, dell'art. VI.3, n. 8, del bando e dell'art. 8 del disciplinare, dei principi di economicità, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., dei principi di par condicio, di libera iniziativa economica e di libera concorrenza di cui agli artt. 3 e 41 Cost., degli artt. 43, 49, 81 ed 82 del Trattato CE, degli artt. 2 e 3 L. n.

287/1990, nonché degli artt. 3 e 10 L. n. 241/1990; eccesso di potere; falsità dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e/o di motivazione; illogicità; contraddittorietà; ingiustizia grave e manifesta; disparità di trattamento; sviamento; in subordine: illegittimità derivata dei provvedimenti di esclusione dalla gara e di aggiudicazione provvisoria a causa dei vizi propri della *lex specialis* della procedura;

- violazione e/o 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 in relazione ai principi statuiti dalla Corte di Giustizia CE, Sez. VI, 27 novembre 2001 C-285/99 e C-286/99, dell'art. VI.3, n. 8, dell'avviso di gara, dell'art. VI.3, n. 8, del bando e dell'art. 8 del disciplinare, dei principi di par condicio, di libera iniziativa economica e di libera concorrenza di cui agli artt. 3 e 41 Cost., degli artt. 43, 49, 81 ed 82 del Trattato CE, dei principi di imparzialità, economicità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché dell'art 3 L. n. 241/1990; eccesso di potere; falsità dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e/o di motivazione; illogicità; contraddittorietà; ingiustizia grave e manifesta; disparità di trattamento; sviamento; in subordine: illegittimità derivata dei provvedimenti di esclusione dalla gara e di aggiudicazione provvisoria a causa dei vizi propri della *lex specialis* della procedura;

- illegittimità, in via derivata, del verbale della Commissione prot. 245/DL/R/2002 del 2 agosto 2007, delle note prot. nn. 13727/07, 13732/07, 13740/07, 13746/07, 13751/07 e 13757/07 a causa dei vizi propri del provvedimento di esclusione delle offerte della ricorrente dalla gara; violazione e/o falsa applicazione degli artt. 10, 84 ed 88 D.Lgs n. 163/2006 e dell'art. 8 D.P.R. n. 101/2002, dell'art. 8 del disciplinare e della lett. F) delle premesse di tale disciplinare; incompetenza.

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

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

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

DIRITTO

Il ricorso è fondato.

La questione che si pone all'attenzione del Collegio attiene alla individuazione degli elementi 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 nel massimo, 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 tutti i 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.

Come risulta dal verbale della Commissione giudicatrice prot. n. 69/DL/R/2007 del 16 aprile 2007, la ricorrente, all'esito delle operazioni di negoziazione telematica si è classificata:

- al quarto posto della graduatoria relativamente al lotto n. 1, con un punteggio complessivo di punti 93,238, contro i punti 95,149 di Gemeaz Cusin, i punti 94,317 di Pellegrini ed i punti 93,469 di Cir-Food;
- al quarto posto della graduatoria relativamente al lotto n. 2, con un punteggio complessivo di punti 90,856, contro i punti 95,240 di Gemeaz Cusin, i punti 94,982 di Day Ristoservice ed i punti 93,899 di Cir-Food;
- al primo posto della graduatoria relativamente al lotto n. 3, con un punteggio complessivo di punti 96,054, contro i punti 96,002 di Gemeaz Cusin ed i punti 95,081 di Day Ristoservice;
- al primo posto della graduatoria relativamente al lotto n. 4, con un punteggio complessivo di punti 96,052, contro i punti 95,997 di Repas-Lunch ed i punti 95,882 di Gemeaz Cusin;
- al secondo posto della graduatoria relativamente al lotto n. 5, con un punteggio

complessivo di punti 96,886, contro i punti 97,447 di Repas-Lunch ed i punti 96,397 di Gemeaz Cusin;

- al quarto posto della graduatoria relativamente al lotto n. 6, con un punteggio complessivo di punti 92,596, contro i punti 95,364 di Gemeaz Cusin, i punti 94,180 di Sodexho Pass ed i punti 93,152 di Day-Ristoservice.

L'offerta dell'odierna ricorrente, peraltro, teneva conto anche dei ricavi - minori costi del buono pasto derivanti dalla prestazione di 'servizi aggiuntivi' [per ciò che concerne il contenuto dei servizi aggiuntivi si veda l'allegato n. 2 alla dichiarazione di offerta economica dove si legge che *"Il rapporto tra la società emittitrice ed il ristoratore può essere – ed in molti casi, in concreto, è – più complesso ed articolato rispetto a quello basato sul mero rimborso al valore nominale (decurtato della percentuale di commissione pattuita – sconto – con lo scorporo dell'IVA), dei buoni pasto fatti pervenire alla società e fatturati dal ristoratore, potendo comprendere, a titolo esemplificativo, l'espletamento da parte della società emittitrice di attività altrimenti destinate a rimanere a carico dell'esercente, quali il ritiro dei buoni pasto presso il locale ed il trasporto al centro servizi della società, il conteggio e la fatturazione dei buoni pasto, l'effettuazione del pagamento del controvalore dei buoni pasto in via anticipata rispetto ai tempi contrattualmente previsti, ecc. La gestione dei buoni incassati, infatti, rappresenta di norma per gli esercenti, privi di adeguate strutture, causa di notevoli costi nonché di considerevoli perdite di denaro (sotto l'aspetto sia dello smarrimento e/o della scadenza dei buoni pasto sia dei ritardi nella percezione del rimborso di essi). Per questi motivi, l'affidamento di tali attività, da parte degli esercenti alle società emittitrici, le quali sono in possesso della struttura organizzativa necessaria per la corretta e tempestiva esecuzione dei servizi di cui sopra, rappresenta una prassi ormai molto diffusa (tanto da aver trovato espresso riconoscimento, a livello normativo, da parte dell'art. 8, lett. D), del DPCM 18/11/05), che comporta vantaggi per i ristoratori ed una ulteriore fonte di guadagno per le società. Per quanto riguarda Qui! Ticket, la nostra società offre ai propri ristoratori convenzionati i sottoelencati servizi che, se accettati dall'esercente, danno vita ad un ulteriore rapporto contrattuale, al di là di quello delineato dalla 'convenzione base', con specifici e separati ricavi per l'Azienda"]].*

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. (...) Come si evince, le società Qui! Ticket Service e Pellegrini, non considerando i servizi aggiuntivi, non raggiungono l'utile necessario per considerare autoremunerativa l'offerta presentata e la Società Day Ristoservice non ha fornito alcun elemento economico necessario per giudicare tale autoremuneratività. La Commissione decide pertanto di proporre a Consip l'esclusione della società Qui! Ticket Service e Pellegrini, senza dover richiedere ulteriori chiarimenti".)

Sulla base di tali assunti, conseguentemente, la Consip, con nota prot. n. 10332/07 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. 1, 2, 3, 4, 5 e 6.

A seguito del deposito di memoria scritta e di documenti da parte della ricorrente, nonché della audizione in data 27 giugno 2007, l'Amministratore Delegato di Consip, con nota prot. n. 13010 del 2 agosto 2007, ha valutato inaffidabile l'offerta della Qui!Ticket Service S.p.a. con conseguente esclusione della stessa dall'appalto di cui in oggetto.

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

In via preliminare occorre 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, 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 comunque 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, rilevare 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'” (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 (si veda la memoria Consip per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008 a pag. 21 *“Il sussidio incrociato consiste nella pratica per cui il deficit di redditività di una determinata prestazione viene colmato con i proventi di una prestazione differente. Il sussidio incrociato è un fattore di inefficienza. La prestazione sussidiante deve infatti essere eseguita ad un prezzo più elevato per poter generare l’extra-profitto che è richiesto dalla necessità di colmare il deficit dell’attività sussidiaria”*).

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, secondo la prospettazione della Consip, soltanto allorché 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 venga a costituire un elemento costitutivo della offerta e, in quanto tale, debba qualificarsi quale servizio ‘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. 18492/2007 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 pag. 55 della memoria per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008 "*nella determinazione n. 18492/07 si afferma per prima cosa – all pagina 1, 3° cpv. – che anche qualora la precedente esclusione venisse annullata Qui!Ticket si collocherebbe in posizione non utile per l'aggiudicazione nei lotti 1, 2, 5 e 6. Nei confronti di tale statuizione Qui!Ticket non solleva alcuna contestazione. Si conferma così il difetto di interesse di Qui!Ticket a contestare la propria esclusione dai lotti 1, 2, 5 e 6*"; si veda, sul punto, la memoria difensiva per l'udienza del 6 febbraio 2008 depositata dalla Accor Service Italia S.r.l. ed anche la memoria per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008 depositata dalla Ristochef S.p.a.).

Sotto tale profilo, infatti, aderendo alle specifiche contestazioni sollevate dalla ricorrente, 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 possibilità, per la stessa, di rendersi aggiudicataria di altri lotti di valore superiore [si veda la pag. 20 della memoria difensiva della ricorrente per l'udienza del 6 febbraio 2008 "(...) è agevole rilevare come Q.T.S., a fronte di una pluralità di impugnazioni presentate nei confronti degli atti assunti da Consip, degli effetti derivanti dall'eventuale accoglimento di esse (o di alcuni di esse), delle verifiche alle quali la *lex specialis* della procedura subordina l'aggiudicazione definitiva nonché della regola per cui ciascun concorrente non può rendersi aggiudicatario di più di due lotti, abbia interesse ad essere riammessa alla gara non solo per i lotti 3 (di importo pari ad Euro 168.000.000,00) e 4 (di importo pari ad Euro 78.000.000,00), in relazione ai quali era stata collocata al primo posto della graduatoria, ma anche per gli altri lotti (aventi tutti importo superiore al lotto 4), nella prospettiva, all'esito dei giudizi pendenti, del riavvio della procedura dal punto in cui si sono verificati i vizi di legittimità dedotti dalle società ricorrenti e delle verifiche previste dagli atti di gara, di ottenere l'affidamento, oltre che del lotto 3, di altro lotto di valore più elevato rispetto al lotto 4"; si veda anche a pag. 28 "*Tali considerazioni valgono, a maggior ragione, per il lotto 5, a cui si riferisce Ristochef. In relazione a tale lotto, avente un valore (Euro 100.000.000,00) superiore al lotto 4 (Euro 78.000.000,00), Q.T.S. si è, infatti, collocata al secondo posto della graduatoria, mentre la società prima classificata (Repas Lunch) è stata esclusa dalla gara con determinazione da essa impugnata dinanzi codesto On.le TAR Lazio. In tale situazione, l'esponente ha certamente interesse a veder riammessa la propria offerta alla gara, nella prospettiva di poter rendersi aggiudicataria del lotto 5, nell'ipotesi in cui il ricorso di Repas Lunch venisse respinto ovvero quest'ultima società, pur a seguito di una decisione giurisdizionale ad essa favorevole, non riuscisse, comunque, a conseguire l'aggiudicazione provvisoria e/o definitiva dell'appalto*"].

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. 10332 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”* (si vedano le pagg. 58-59 della memoria Consip per la camera di consiglio del 9 gennaio 2007 dove si legge anche che la ricorrente *“aveva l'onere di produrre gli elementi necessari per dimostrare l'attendibilità delle giustificazioni anche indipendentemente da una specifica richiesta in tal senso. Costata che Qui!Ticket ha indicato solo l'importo totale dei servizi aggiuntivi indicati solo in maniera esemplificativa, senza specificare come l'importo totale si ripartirebbe tra le varie tipologie di servizi, senza spiegare come essa è pervenuta a quantificare l'importo e senza fornire alcun elemento o documento che dimostri l'attendibilità delle indicazioni. Conclude affermando che anche se si ritenesse che i ricavi da servizi aggiuntivi possano essere utilizzati per giustificare l'offerta, difetterebbero gli elementi ed i presupposti per considerare attendibili le giustificazioni presentate da Qui!Ticket”*; medesime contestazioni, sul punto, vengono prospettate dalle parti controinteressate).

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. 10332/2007 abbia avuto ad oggetto la richiesta di qualsiasi elemento utile alla valutazione della offerta.

Come si legge nella nota prot. n. 10332/2007 in data 20 giugno 2007, infatti, l'invito rivolto alla odierna ricorrente da parte della Consip a *“dedurre 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. 10332/2007 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 Qui! Ticket Service S.p.a., relativamente ai Lotti 1, 2, 3, 4, 5 e 6. La Commissione ha esaminato le giustificazioni prodotte da quest'ultima a corredo delle offerte, ed ha ritenuto, dopo approfondita analisi, che tali giustificazioni non siano sufficienti a dimostrare la loro congruità. La Commissione 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’ (si veda anche la memoria della parte ricorrente per l'udienza del 6 febbraio 2008 alle pagg. 10 ed 11 *“Del resto, l'esame nel ‘merito’ delle giustificazioni relative ai cd. ‘servizi aggiuntivi’ avrebbe necessariamente presupposto la definizione della ‘questione di principio’, avente ad oggetto la astratta ammissibilità di esse, in senso favorevole all'impresa concorrente, mentre gli intendimenti espressi da Consip con la not prot. n. 10332/07 erano di segno completamente opposto. Con tale nota, la stazione appaltante ha, infatti, reso noto come la Commissione di gara si fosse già pronunciata nel senso della non ammissibilità, in linea di principio, delle giustificazioni basate sui cd. ‘servizi aggiuntivi’ e, quindi, a prescindere da qualsiasi esame del ‘contenuto’ di esse”*).

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 nota di conteggi in data 10 luglio 2007 (si veda, ancora, la memoria Consip per la camera di consiglio in data 9 gennaio 2008 *“La pretesa di Qui!Ticket di riaprire e proseguire il contraddittorio è da respingere anche sotto ulteriori profili. Qui!Ticket sostiene di essersi riservata, nel corso dell'audizione del 20.6.2007, di fornire gli elementi occorrenti per dimostrare in concreto*

la sufficienza delle giustificazioni. Sottintende che la Consip non avrebbe dato la possibilità di attuare tale proposito. E' vero il contrario. Qui!Ticket si è avvalsa della riserva. Il 10.7.2007 ha presentato una nota di conteggi con la quale 'entra nel merito' dei ricavi da servizi aggiuntivi. E' così documentalmente smentita l'affermazione di Qui!Ticket per cui essa non avrebbe avuto la possibilità di dettagliare ulteriormente le proprie giustificazioni e, comunque, il contraddittorio non sarebbe stato mai 'esteso al merito'; si veda anche la memoria Ristochef per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008 pagg. 10-11 "La ricorrente non ha dato alcuna prova, neppure nell'ambito del presente giudizio, dell'effettiva remuneratività e quindi della congruità della propria offerta. Qui!Ticket Service Spa si è limitata a contestare il provvedimento di esclusione soltanto con riferimento alla posizione assunta legittimamente da CONSIP in ordine alla non valutabilità di elementi di ricavo estrinseci all'offerta. La dimostrazione dell'asserita congruità dell'offerta non è ricavabile né dalle giustificazioni presentate a corredo dell'offerta medesima, ex art. 86, comma 5, del D.Lgs. n. 163/06, né dai successivi chiarimenti forniti nel corso dell'audizione. Anche in tale occasione, con nota in data 26 giugno 2007, Qui!Ticket Service Spa ha contestato la non valutabilità dei servizi aggiuntivi ma non ha fornito alcuna prova documentale dell'effettiva possibilità di conseguire gli ingenti ricavi che dovrebbero rendere remunerativa la propria offerta economica").

Sotto tale profilo, infatti, è sufficiente rilevare che la nota presentata dalla ricorrente in data 10 luglio 2007 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.

Non può, del resto, ritenersi rilevante quanto sostenuto da Consip al punto n. 110 della memoria per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008 e, cioè, che *"anche gli ulteriori capi della nota n. 18492/07 resistono alle censure di Qui!Ticket"*.

In primo luogo, alcun rilievo assume la circostanza secondo cui la ricorrente non avrebbe sollevato alcuna contestazione al capo della nota prot. n. 18492/07 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"* (pp. 64-65 della memoria Consip).

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, nemmeno si comprendono i successivi rilievi avanzati dalla Consip nei punti 111, 112 e 113 della memoria per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008.

In particolare, secondo quanto si legge nella stessa memoria, *"nel passaggio successivo la determinazione n. 18492/07 riferisce le ulteriori opinioni dell'Autorità. Riferisce che secondo l'AVCP la prestazione dell'appaltatore consisterebbe in un servizio complesso, che comprenderebbe la materiale disponibilità di pasti. Che secondo l'AVCP gli esercenti, in quanto erogatori del servizio materiale di ristorazione compreso nel*

servizio ‘virtuale’ fornito dall’appaltatore non sarebbero terzi indifferenti. Che, sempre secondo l’AVCP, i servizi aggiuntivi sarebbero ‘intrinseci’ rispetto alle prestazioni oggetto dell’appalto e preordinari a migliorarne la qualità e l’efficienza. Che, infine, a giudizio dell’AVCP, l’ammissibilità dei servizi aggiuntivi sarebbe comprovata dalla sentenza n. 5047/07 del TAR Lazio, che ha ammesso la considerazione dei ricavi prodotti dalla fornitura del local loop. Nei passaggi ancora successivi la nota n. 18492/07 ripercorre criticamente le opinioni espresse dall’Autorità e formula le proprie valutazioni. a) Condivide le premesse enunciate dall’Autorità, in ordine alla necessità di un rapporto di connessione e pertinenza. b) Ricostruisce la prestazione dovuta dall’appaltatore in termini di promessa del fatto del terzo, dove il fatto promesso è costituito dall’accettazione del buono pasto in contropartita di prestazioni alimentari. c) Deduce che rispetto a tale prestazione i servizi aggiuntivi non soddisfano alle condizioni richieste. Non sono direttamente connessi con la somministrazione di prestazioni alimentari. Sono estranei al profilo della erogazione materiale della ristorazione che l’AVCP ha ritenuto fosse incorporato nella prestazione dovuta dall’appaltatore. Qui! Ticket non contesta alcuna delle tre enunciazioni formulate nella nota n. 18492/07. Non contesta la condizione relativa alla sussistenza di un rapporto di connessione e pertinenza. Non contesta nemmeno, del resto, che l’Autorità avesse a sua volta enunciato tale condizione. Non contesta la ricostruzione da parte di Consip del contenuto e della qualificazione della prestazione dovuta dall’appaltatore”.

A parte l’ovvia considerazione secondo la quale sia la contestazione in merito alla condizione relativa alla sussistenza di un rapporto di connessione e pertinenza che quella afferente alla enunciazione di tale condizione da parte della Autorità appaiono, nel caso concreto, irrilevanti in relazione alla netta affermazione dell’Autorità di Vigilanza in ordine alla esistenza di un rapporto di connessione tra la prestazione principale ed i servizi aggiuntivi offerti dalla ricorrente, occorre anche rilevare come l’intero impianto motivazionale del provvedimento prot. n. 18492/07 – che, peraltro, riprende in più punti la motivazione dell’originario provvedimento di esclusione – è stato oggetto di censura da parte della ricorrente (si vedano i motivi aggiunti in data 30 novembre 2007).

Allo stesso modo non appare fondato il rilievo di Consip secondo cui la ricorrente “non contesta che i servizi aggiuntivi siano estranei alle prestazioni dovute dall’appaltatore, Non contesta, egualmente, che i servizi aggiuntivi siano estranei al profilo preso in considerazione dall’AVCP quando ha individuato la condizione alla quale i ricavi si sarebbero potuti concretamente far valere” (si veda p. 67 della memoria Consip).

Sotto tale profilo, infatti, è sufficiente rilevare 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.

Infondati, sono, infine, i rilievi di cui ai punti nn. 118, 119, 120 e 121 della memoria Consip per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008.

In primo luogo (quanto al punto n. 118) appare evidente il rilievo secondo cui i ‘servizi aggiuntivi’ in quanto accessori rispetto ad un servizio principale, non possono che essere

prestati in relazione a tale servizio, con la conseguenza che risulta pienamente giustificata l'affermazione di parte ricorrente in ordine al fatto che tali servizi aggiuntivi verrebbero ad essere prestati solamente agli esercenti convenzionati in relazione all'espletamento della prestazione principale.

Quanto, poi, alla circostanza secondo cui i servizi aggiuntivi sarebbero indirizzati a soggetti terzi rispetto al committente (punto n. 119) e, quindi, costituirebbero una commessa differente rispetto a quella che forma oggetto dell'appalto posto a gara (punto n. 120), 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 (si veda anche il ricorso per motivi aggiunti in data 30 novembre 2007 alle pagg. 97-99 "*poiché, come sopra precisato, l'erogazione dei cd. 'servizi aggiuntivi' a cui QTS ha fatto riferimento in sede di giustificazione prezzo: - è rivolta solo ed esclusivamente ai ristoratori presso i quali verranno consumati i buoni pasto e, quindi, è necessariamente condizionata all'aggiudicazione ed all'esecuzione dell'appalto di cui trattasi; - essendo destinata a produrre ricavi, che si traducono in un minor costo del servizio per QTS, incide sull'equilibrio economico complessivo della offerta da essa presentata; - di conseguenza, rappresenta uno degli elementi costitutivi dell'offerta, di cui il concorrente ha tenuto conto in sede di formulazione del prezzo; la tesi di Consip, secondo cui la prestazione di tali 'servizi aggiuntivi' si qualificherebbe come una commessa differente rispetto a quella che costituisce oggetto della gara, si rivela del tutto priva di qualsiasi giuridico fondamento. (...) Nel caso di specie, al contrario di quanto si assume nella nota prot. n. 18492/07, i ricavi derivanti dai cd. 'servizi aggiuntivi' forniti ai ristoratori destinati a somministrare i pasti nell'ambito delle convenzioni Consip comportano, in definitiva, un minor costo per la società emittitrice del buono pasto, in relazione al quale tali servizi sono stati prestati, e, di conseguenza, rappresentano un elemento costitutivo del prezzo, di cui, come è stato evidenziato dal parere n. 45/07, sulla base dei principi statuiti dalla Corte di Giustizia e recepiti sia dalla normativa comunitaria che da quella interna richiamata dalla *lex specialis*, si deve necessariamente tenere conto ai fini di verificare la congruità dell'offerta*").

Quanto, poi, alla mancata risposta, da parte della odierna ricorrente, al rilievo di non pertinenza del richiamo alla sentenza n. 5747/07 del TAR Lazio (punto n. 121), rileva il Collegio la irrilevanza del profilo in esame rispetto alla ammissibilità/inammissibilità dell'impugnazione del provvedimento prot. n. 18492/07.

Da ultimo occorre rilevare la infondatezza delle censure sollevate dalla Consip ai punti nn. 122 e 123 della memoria per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008.

In particolare, secondo la tesi della Consip (punto n. 122), l'odierna ricorrente non avrebbe fornito argomenti convincenti in ordine alla dedotta violazione del divieto di esigere una commissione più elevata di quella dichiarata in sede di offerta (si veda la memoria Consip alle pagg. 73-74 "*Si afferma ancora nella determinazione n. 18492/07 che se il contenuto dei servizi aggiuntivi fosse inerente all'oggetto dell'appalto, la loro prestazione a titolo oneroso violerebbe il divieto di esigere una commissione più elevata di quella dichiarata in sede di offerta. Qui!Ticket obietta che l'usufruire dei servizi aggiuntivi è pienamente facoltativo per gli esercenti. L'obiezione è però in conferente. Se la prestazione di servizi aggiuntivi è totalmente libera e svincolata dall'appalto allora*

essa costituisce effettivamente una commessa differente. Se invece è strettamente connessa all'appalto, allora il corrispettivo dovuto dall'esercente per i servizi aggiuntivi si pone obbiettivamente sullo stesso piano della commissione contemplata dalla disciplina di gara, per le ragioni di cui si è detto ai nn. 74, 75 e 76. In questo caso, evidentemente, l'appaltatore percepirebbe una commissione più elevata di quella dichiarata in sede di offerta").

Rileva il Collegio come la natura 'intrinseca' del servizio aggiuntivo rispetto all'oggetto principale dell'appalto non escluda in alcun modo il carattere 'facoltativo' del servizio aggiuntivo che, seppure distinto dalla prestazione principale, forma pur sempre oggetto di una più ampia operazione negoziale [si veda anche la memoria di motivi aggiunti della Qui!Ticket alle pagg. 103-104 "*QTS ha regolarmente assunto l'impegno di non richiedere, per tutta la durata dell'appalto, agli esercenti una commissione/sconto incondizionato superiore rispetto a quello offerto in sede di gara; - tale impegno, come chiarito dalla stessa Consip, riguarda, peraltro, esclusivamente la percentuale riconosciuta alla società emittitrice per ciascun buono pasto speso presso il locale convenzionato e non anche la prestazione dei servizi aggiuntivi eventualmente offerti: - di conseguenza, in sede di formulazione delle offerte, QTS, al fine di valutare la sostenibilità economica complessiva di esse e, quindi, di predisporre le giustificazioni preventive, ferma restando l'invariabilità, per l'intera durata dell'appalto, della commissione/sconto incondizionato richiesta ai ristoratori per ogni buono pasto consumato presso di essi, ha, in coerenza con l'interpretazione della lex specialis fornita da controparte prima della presentazione delle offerte nonché sulla base delle esperienze in precedenza maturate ed, in particolare, di quella relativa ai lotti n.ri 1 e 3 della precedente gara Consip, tenuto conto anche dei c.d. 'servizi aggiuntivi', i quali riguardano lo svolgimento di attività (ulteriori e diverse rispetto al mero rimborso del buono pasto, al valore nominale decurtato della commissione/sconto condizionato e della percentuale derivante dallo scorporo dell'IVA), che: il ristoratore è libero di non chiedere, assumendo a propria esclusiva cura e spese l'espletamento di esse, ovvero di chiedere a QTS; nel caso in cui vengano richieste, devono essere remunerate a parte rispetto alla commissione/sconto incondizionato, così rendendo configurabile una ulteriore voce di ricavi destinata, in definitiva, a comportare un minor costo complessivo del servizio per la società emittitrice nonché, quindi, ad incidere sull'equilibrio economico complessivo dell'offerta e sulla sua congruità; - in conclusione, la prestazione dei cd. 'servizi aggiuntivi', non comportando alcun incremento della commissione indicata in sede di gara (quest'ultima deve, infatti, essere riconosciuta dal ristoratore per il solo fatto dell'utilizzo del buono presso il suo esercizio, mentre il corrispettivo per la prestazione dei 'servizi aggiuntivi' viene riconosciuto solo se ed in quanto l'esercente decida di usufruire delle prestazioni 'aggiuntive', altrimenti destinate a rimanere a carico di esso, postegli a disposizione della società emittitrice); e, quindi, costituendo una componente eventuale, ma certamente ammissibili dell'offerta (tanto che ben sette concorrenti su nove la hanno prevista e nove su nove la effettuano) non si pone in contrasto con la lex specialis della procedura e, pertanto, ben poteva essere tenuta presente in sede di formulazione dell'offerta e di giustificazione del prezzo"]].*

Da ultimo, occorre ribadire – quanto al punto n. 122 della memoria Consip per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008 – che la *lex specialis* della gara in oggetto non contiene alcuna clausola da cui desumere l'esistenza di un divieto dei servizi aggiuntivi; 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 emittitrici 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”*].

Altrettanto inidonee ad escludere la fondatezza della prospettazione di parte ricorrente appaiono le censure avanzate dalle controinteressate che, con varie argomentazioni, ripercorrono i medesimi rilievi sollevati dalla Consip e rispetto ai quali il Collegio si è già espresso nel corpo della motivazione.

Occorre soltanto rilevare che le questioni sollevate al punto 3.2 della memoria Ristocheff per la camera di consiglio del 9 gennaio 2008, attenendo alla fase giustificativa dell’offerta presentata, non appaiono in alcun modo aver formato oggetto di indagine di legittimità ad opera della Commissione di gara e, quindi, di impugnazione nel presente giudizio.

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 merito, infine, alla domanda di risarcimento del danno, la stessa - allo stato - non può che essere respinta. La necessaria rinnovazione della gara da parte della Amministrazione e la rivalutazione delle offerte presentate non può che importare espressione di discrezionalità nella formulazione del giudizio finale e, conseguentemente, l'assenza di un danno attuale nella sfera giuridico-soggettiva della ricorrente.

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

Deve, invece, respingersi la domanda di risarcimento del danno.

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

P.Q.M.

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

Respinge la domanda di risarcimento del danno.

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 Baccarini, Presidente;

- Alessandro Tomassetti, Primo Referendario - estensore.