

Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 agosto 2008, n. 3900

Deve ritenersi che siano ammissibili elementi giustificativi [dell'anomalia dell'offerta, corrispondenti agli elementi contemplati dall'art.87 del D.lgs.n.163/06], la cui pertinenza emerge da un oggettivo collegamento economico degli stessi con gli elementi costitutivi dell'offerta, cioè, in definitiva, con l'oggetto del contratto, sì da aversi una connessione che, sul piano della produzione del servizio, colloca le circostanze addotte come giustificazione all'interno del processo produttivo prefigurato in modo unitario, ed in concreto inscindibile, dall'offerente.

Tale unicità del processo produttivo, poi, si riflette in una vicenda giuridica di collegamento negoziale, complessivamente intelleggibile in relazione ad una causa giustificativa unificante, nel senso che i contratti relativi ai servizi aggiuntivi non solo hanno ragione economico-sociale di esistere in quanto sussista il contratto principale oggetto dell'appalto, ma il concreto assetto di interessi derivante da tali contratti è conformato proprio in ragione del contenuto del contratto principale, collegandosi inscindibilmente allo stesso in termini di convenienza coordinata delle operazioni negoziali poste in essere. In sostanza, l'unicità del processo produttivo ipotizzato conduce ad un'unica funzione economica giustificatrice dell'intera operazione. I contratti ulteriori, in tal guisa, sono compenetrati, sul piano causale, con gli elementi costitutivi dell'offerta, cioè con il contratto principale oggetto di appalto, all'interno dell'ideazione di un processo produttivo univocamente congegnato per rendere proprio il servizio oggetto di appalto, contrassegnandosi perciò per quella relazione di "pertinenza" di cui parla l'art.87, comma 1, del D.lgs. n.163/06.

Il sussidio incrociato implica l'effettuazione di un'operazione economica sottocosto da parte di un'impresa, compensata da un sovraprofitto imposto a carico della controparte o di terzi con una distinta operazione economica, sul presupposto dello sfruttamento di un "potere di mercato" abusivo in capo all'impresa stessa, per cui la controparte od i terzi non si rendano conto o non possano sottrarsi alla contrattazione svantaggiosa, collocandosi perciò sul versante delle violazioni dei principi di trasparenza e libertà contrattuale a tutela del mercato in un determinato settore.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.3900/08

Reg.Dec.

N. 2365-2366

2785 Reg.Ric.

ANNO 2008

Disp.vo 449/2008

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello riuniti nn. 2365-2366-2785 del 2008 proposti rispettivamente:

1) ric. n.2365\2008 da A.S. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Giustino Ciampoli, Francesco Bellocchio e Diego Vaiano ed elettivamente domiciliato in Roma presso quest'ultimo al Lungotevere Marzio n. 3;

contro

CONSIP s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Guarino presso cui è elettivamente domiciliato in Roma piazza Borghese n. 3;- appellante incidentale-

Q.T.S. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Sanino, Luigi Cocchi e Silvio Quaglia, ed elettivamente domiciliato in Roma presso il primo in viale Parioli n. 180;

D.Rs. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Arnaldo Tinarelli, Letizia Mazzarelli e Domenico Bonaccorsi di Patti, ed elettivamente domiciliato presso quest'ultimo in Roma via Vittoria Colonna n. 32;

F., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Federico Tedeschini e Pierpaolo Salvatore Pugliano ed elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, Largo Messico 7; - interveniente ad adjuvandum-

A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Federico Tedeschini e Pierpaolo Salvatore Pugliano ed elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, Largo Messico 7; - interveniente ad adjuvandum-

A.I. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Gabriele Pafundi e dall'avv. Tomaso Galletto con domicilio in Roma viale Giulio Cesare n. 14/A, presso lo studio del primo; - interveniente ad opponendum -

S.P. s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., non costituito;

Rc s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., non costituito;

2) ric. n. 2366\2008 da S.P.s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella, Paolo Vaiano e Diego Vaiano ed elettivamente domiciliato presso gli ultimi due in Roma Lungotevere Marzio n. 3;

contro

Q.T.S. s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Sanino, Luigi Cocchi e Silvio Quaglia, ed elettivamente domiciliato in Roma presso il primo in Viale Parioli n.180;

CONSIP s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Guarino presso cui è elettivamente domiciliato in Roma piazza Borghese n. 3;

D.R. s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Arnaldo Tinarelli, Letizia Mazzarelli e Domenico Bonaccorsi di Patti, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma via Vittoria Colonna n. 32;

A.S. s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

Rc s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

3) n.2785\2008 proposto da Rc s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Riccardo Anania ed Enrico Ingrilli ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Maria Cristina D'Alessandro, via Flaminia n. 366 Roma;

contro

CONSIP s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Guarino presso cui è elettivamente domiciliato in Roma Piazza Borghese 3;- appellante incidentale-

Q.T.S. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Mario Sanino, Luigi Cocchi e Silvio Quaglia, ed elettivamente domiciliato in Roma presso il primo in viale Parioli n. 180;

D.R. s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Arnaldo Tinarelli, Letizia Mazzarelli e Domenico Bonaccorsi di Patti, ed elettivamente domiciliato presso quest'ultimo in Roma via Vittoria Colonna n. 32;

F., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Federico Tedeschini e Pierpaolo Salvatore Pugliano ed elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, Largo Messico n. 7; - interveniente ad adjuvandum-

A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Federico Tedeschini e Pierpaolo Salvatore Pugliano ed elettivamente domiciliato presso il primo in Roma, Largo Messico n. 7; - interveniente ad adjuvandum-

A.S. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio Sezione III n.1372 del 14 febbraio 2008;

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti sopraindicate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 10 giugno 2008 relatore il Consigliere Luciano Barra Caracciolo.

Uditi gli avv.ti Ciampoli, Sanino, Cocchi, Quaglia, Guarino, Mazzarelli, Tedeschini, Pugliano, Pafundi, Tanzarella, Anania;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con la sentenza in epigrafe il Tar del Lazio ha accolto il ricorso proposto da Q.T.S. s.p.a. avverso la nota dell'Amministratore delegato della CONSIP s.p.a. di esclusione, quanto ai lotti 1, 2,

3, 4, 5, e 6, dalla “gara telematica per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto per le pubbliche amministrazioni” di cui all’avviso di gara pubblicato sulla G.U.U.E. n. s40 del 27.2.2007, avverso i verbali della Commissione giudicatrice del 9 maggio, 23 maggio e del 2 agosto 2007, avverso gli artt.VI.3) punto 8 dell’avviso di gara, VI.3 punto 8 del bando e 8 del disciplinare, nonché avverso l’aggiudicazione provvisoria relativa agli stessi lotti, e quella definitiva, in favore, tra l’altro, di D.R. s.p.a. per il lotto 4. Con motivi aggiunti la Q.T.S. s.p.a. impugnava altresì le successive note dell’Amministratore delegato di CSP indicate nell’epigrafe della sentenza impugnata.

L’adito Tribunale riteneva che (art.88 D.lgs.n.163/2006) al fine di valutare l’idoneità delle condizioni proposte dai partecipanti alla gara fosse necessario considerare l’offerta nel suo complesso; se per la prestazione principale offerta dall’odierna ricorrente non era previsto un utile, tale carenza era ampiamente compensata dai c.d. “servizi aggiuntivi” pattuiti dall’offerente con gli esercenti convenzionati, quantomeno sul piano economico. Sotto il profilo giuridico, le giustificazioni, anche alla luce di pronunce della CGE e dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (parere n.45 del 25 ottobre 2007), erano ammissibili per il carattere intrinseco all’offerta dei servizi aggiuntivi; ciò anche in riferimento al divieto di “sussidio incrociato”, poiché gli stessi servizi non potevano essere qualificati quali prestazioni connesse a quella oggetto di appalto, con conseguente estraneità alla causa dell’appalto, in quanto la complessità del servizio sostitutivo di mensa consentiva di includere nell’operazione negoziale complessiva posta in essere, dove i ristoratori convenzionati erano soggetti parte integrante del servizio oggetto di gara ed i servizi aggiuntivi erano quindi da ritenersi intrinseci alla prestazione oggetto dell’offerta, in quanto coinvolgenti gli erogatori del servizio materiale di ristorazione, incorporato nel servizio virtuale rappresentato dalla erogazione dei buoni pasto ad opera delle società emittitrici. I servizi aggiuntivi non costituivano sussidio incrociato, in quanto la relativa prestazione trovava la sua causa giustificativa all’interno della complessa operazione negoziale proposta, non potendo i servizi aggiuntivi incorporarsi dalla prestazione principale.

Per il Tar era pure da disattendere il profilo del difetto di interesse all’integrale annullamento degli atti impugnati, stante la possibilità della ricorrente di rendersi aggiudicataria di altri lotti di valore superiore, oltre a quelli, 3 e 4, per i quali si era classificata al primo posto della graduatoria. Quanto alla insufficiente specifica giustificazione dei minori costi e ricavi connessi ai servizi aggiuntivi, il Tar rilevava che l’esclusione e la contestazione erano state formulate dalla CONSIP in via pregiudiziale, relativa cioè alla “astratta” mancata giustificabilità dei servizi aggiuntivi per la loro natura di elementi di ricavo estrinseci all’offerta, senza richiedere approfondimenti relativi al “merito” dei costi correlati a tali servizi. Sotto il profilo della concreta giustificazione dei ricavi derivanti dai servizi aggiuntivi, rilevava che la nota presentata dalla ricorrente il 10 luglio 2007 non aveva ad oggetto la giustificazione dell’anomalia dell’offerta in quanto tale, quanto, piuttosto, l’analisi e relativa contestazione, della valutazione di eteroprodotto del ricavo da servizi aggiuntivi. Appariva pienamente giustificata l’affermazione della ricorrente circa il fatto che tali servizi aggiuntivi avrebbero dovuto essere prestati solamente agli esercenti convenzionati in relazione all’espletamento della prestazione principale. Inoltre le giustificazioni fondate su ricavi da “servizi aggiuntivi” concernevano il costo complessivo del servizio offerto dalla ricorrente e corrispondentemente il minor costo del buono pasto in modo tale da riferirsi da uno degli elementi costitutivi dell’offerta. Il Collegio rilevava poi che la natura intrinseca del servizio aggiuntivo rispetto all’oggetto principale dell’appalto non escludeva il carattere facoltativo del servizio aggiuntivo stesso che, seppure distinto dalla prestazione principale, formava pur sempre oggetto di una più ampia operazione negoziale. La *lex specialis* della gara non conteneva, inoltre, alcuna clausola da cui desumere un divieto dei servizi aggiuntivi, come precisato dalla stessa CONSIP nel rilevare che la “commissione\sconto incondizionato di cui al par.1 del capitolato di gara si riferiva

alla percentuale riconosciuta per ciascun buono pasto speso e non anche ad eventuali servizi aggiuntivi eventualmente offerti”.

Il Collegio ribadiva che le questioni sollevate dalle parti avverse attinenti alla fase giustificativa dell’offerta non apparivano aver formato oggetto di indagine di legittimità ad opera della Commissione di gara e, quindi, di impugnazione nel presente giudizio. Era infine respinta la domanda di risarcimento del danno, atteso che la necessaria rinnovazione della gara da parte dell’Amministrazione e la rivalutazione delle offerte presentate non poteva che importare espressione di discrezionalità nel nuovo giudizio e, conseguentemente, l’assenza di danno attuale.

Appella la A.S. s.r.l. deducendo i seguenti motivi:

1. Il riconosciuto carattere facoltativo del servizio aggiuntivo, contrariamente a quanto ritenuto, contraddicendosi, dal Tar, rende del tutto aleatorio e non stimabile il relativo provento, rendendo inattendibile la giustificazione che su tale provento si regge, dato che un servizio intrinseco alla prestazione principale, tale da costituire un elemento costitutivo dell’offerta, non può avere natura facoltativa.

2. Nella sentenza è omessa ogni indagine sulla natura e sulle concrete caratteristiche dei c.d.”servizi aggiuntivi” non solo ai fini dell’accertamento della loro natura “intrinseca” piuttosto che accessoria, ma al fine di verificare la configurabilità di un servizio autonomo.

3. Almeno uno di tali servizi aveva caratteristiche tali da non poter essere considerato autonomo, in quanto avente ad oggetto le medesime obbligazioni scaturenti dal contratto stipulato coi ristoratori per l’effettuazione del servizio (anticipazione di pagamento a fronte del riconoscimento di una commissione, da sommarsi a quella dichiarata e tenuta presente nella valutazione dell’offerta, per il rimborso del ticket). Esso cioè rappresenta una modificazione delle obbligazioni del contratto principale, preclusa dal divieto espresso (art.6, lett.c) del capitolato) di alterare la commissione di rimborso richiesta al ristoratore e dichiarata in sede di gara.

4. Gli altri servizi cui la ricorrente aveva fatto riferimento potevano non giustificare appieno i rilievi sollevati con riferimento al servizio “Q.s.”, ma ai fini della verifica dell’anomalia dell’offerta avevano rilievo solo i proventi rivenienti da quest’ultimo. I ricavi indicati per i vari lotti in relazione ai servizi aggiuntivi “non di natura finanziaria” non sono in nessun caso sufficienti a recuperare la perdita derivante dall’offerta presentata dalla ricorrente in ciascuno dei lotti. Risultava perciò dirimente lo specifico accertamento della valutabilità come “aggiuntivo” del servizio “Q.s.”, dato che alla ricorrente non poteva riconoscersi un interesse qualificato a censurare la mancata valutazione dei servizi di natura non finanziaria, in quanto i relativi proventi dichiarati dalla stessa non erano sufficienti da soli a giustificare la congruità dell’offerta.

5. Il Tar erra nel ritenere che la Commissione non potesse legittimamente affermare l’inattendibilità delle giustificazioni presentate dalla ricorrente senza prima richiederle “di fornire specifici elementi in grado di giustificare i ricavi da ”servizi aggiuntivi”. Dalle stesse giustificazioni presentate risulta chiaramente che i proventi in questione non sono documentabili, perché “presunti”, e fondati su stima, il cui fondamento logico-matematico risulta opinabile. Non è vero che la Commissione abbia omesso ogni valutazione sul “merito” della valutazione dell’anomalia, semplicemente ritenendo che non costituisse valida giustificazione il riferimento a proventi incerti, che per la loro aleatorietà non risultavano documentabili (nota CONSIP del 20 novembre 2007, che respingeva la richiesta di autoannullamento dell’esclusione avanzata dalla ricorrente a seguito della pronuncia dell’Autorità di vigilanza dell’11 ottobre 2007). Il Tar ha così omesso di decidere la questione, sollevata in primo luogo nella nota del 20 novembre predetta, se potesse essere accettata

una giustificazione che evidenziava un provento di carattere dichiaratamente eventuale e presuntivo, insuscettibile di prova certa.

6. Non è poi condivisibile che i servizi aggiuntivi, quello di natura finanziaria in particolare, “non sarebbero scorporabili dalla prestazione principale”. In sé considerati, a prescindere dalla liceità di rapporti così configurati, non si potrebbe non riconnettere ai “servizi aggiuntivi” l’esercizio di un’attività economica diversa, valendo il principio, per cui la redditività dell’offerta non può essere fondata in via esclusiva sui proventi derivanti da attività diverse, perché in violazione del divieto di “sussidio incrociato”.

7. Circa la non valutabilità di tali servizi, la CONSIP aveva posto in rilievo che laddove si fosse trattato di servizi non autonomi ciò si sarebbe risolto in una violazione delle norme di gara che imponevano di dichiarare e non modificare la commissione massima di rimborso dei buoni ai ristoratori. Il Tar si è limitato a riferirsi al carattere meramente facoltativo dei servizi aggiuntivi, ma le norme di gara erano inequivocabili (pag.24 disciplinare e art.5 capitolato). Il fatto che in conseguenza della facoltatività del servizio non tutti aderiscano risulta irrilevante ai fini di configurare la violazione delle norme di gara prospettata dalla Commissione. I proventi derivanti dai c.d. servizi aggiuntivi non possono comunque essere considerati: se qualificabili come servizi autonomi, perché frutto di “sussidio incrociato”; se non autonomi, perché in contrasto con la disciplina di gara che imponeva, a tutela della par condicio, l’immodificabilità della commissione praticata ai ristoratori rispetto a quella dichiarata in offerta. Si sottolinea che l’annullamento del provvedimento amministrativo è condizionato alla caducazione di tutte le motivazioni in esso contenute ed il rifacimento della procedura per aspetti meramente formali è in contrasto coi principi di economia del giudizio e dell’azione amministrativa, quando risulti che il rifacimento non potrebbe portare a conclusioni differenti.

La stessa sentenza è altresì impugnata, con appello “incidentale” nel medesimo giudizio introdotto dalla A.S., dalla CONSIP s.p.a., che ha dedotto i seguenti motivi:

I- 1. Le questioni rilevanti sono tre: a) la definizione del perimetro delle giustificazioni ammissibili in sede di valutazione della congruità dell’offerta; b) la collocazione dei servizi aggiuntivi all’interno o meno di questo perimetro; c) l’attendibilità della consistenza dei ricavi prodotti dai servizi aggiuntivi, così come dichiarata dalla ricorrente in primo grado.

2. La terza ha carattere assorbente e viene esaminata per prima.

3. Il Tar ha sostenuto che il sub-procedimento di verifica di anomalia avrebbe avuto ad oggetto solo il profilo dell’ammissibilità dei ricavi da servizi e non il “merito” della loro attendibilità.

4. Ciò è errato. Anzitutto la determinazione CONSIP del 20 novembre 2007 ha carattere novativo delle valutazioni precedenti e non meramente confermativo e prende in considerazione tutti gli aspetti attinenti alla congruità dell’offerta “Q.T.S.”, compresi quelli dell’attendibilità della stima dei ricavi dei servizi aggiuntivi.

5. Ciò rende inconferente il richiamo del Tar alla valutazione formata a suo tempo il 9 e 23 maggio dalla commissione di gara e dal provvedimento di esclusione del 2 agosto 2007. Tale errore travolge la sentenza.

6. Il Tar si sarebbe reso conto che la ricorrente non ha dato alcun elemento a sostegno dell’attendibilità delle proprie stime sui ricavi prodotti dai servizi aggiuntivi. Anche l’Autorità di vigilanza attesta che le giustificazioni non possono essere puramente assertive.

7. Il Tar ha poi omesso di rilevare che la ricorrente non ha sollevato alcuna contestazione specificamente indirizzata contro il capo del provvedimento del 20 novembre 2007 che riguarda l'attendibilità della stima dei ricavi. Essa ha sollevato una censura di illegittimità derivata, sostenendo che la questione dell'attendibilità non avesse formato oggetto degli atti precedenti.

8. Ne deriva che il particolare capo della determinazione CONSIP del 20 novembre 2007 è rimasto inoppugnato ed è sufficiente a sorreggere da solo la decisione di esclusione.

II- 1. Non è poi esatto che nei precedenti passaggi procedurali non fosse mai stato chiesto di apportare elementi che dessero conto dell'attendibilità delle stime.

2. La comunicazione di avvio del sub-procedimento di verifica del 20 giugno 2007, aveva comunque invitato la ricorrente a rendere noto il proprio punto di vista deducendo "qualsiasi elemento utile alla fattispecie evidenziata".

3. Il Tar incorre in una forzatura nel ritenere che la frase si riferirebbe alla sola questione dell'ammissibilità dei ricavi da servizi aggiuntivi.

4. L'art.88, comma primo, del D.lgs. n.163\06 precisa che anche congiuntamente ad un invito di carattere specifico, la stazione appaltante può rivolgere all'impresa un invito del tutto generico a fornire tutte le giustificazioni che ritenga utili.

5. Tale è l'ipotesi verificatasi con l'invito del 20 giugno 2007, alla luce della formula utilizzata.

6. Attribuire all'atto un significato diverso da quello corrispondente ad un'ipotesi normativa significa un travisamento della sua portata.

7. Nel momento in cui rivolge l'invito generico di fornire tutte le giustificazioni che ritiene utili, la stazione appaltante addossa all'impresa l'onere di dimostrare la congruità delle proprie offerte.

8. E' allora in tale ipotesi responsabilità dell'impresa fornire tutti gli elementi utili per consentire una valutazione complessiva della congruità dell'offerta anche nel merito e non può poi dolersi che la propria offerta venga giudicata non congrua se non fornisce adeguati elementi di congruità.

9. La ricorrente non ha nel caso assolto all'onere di dare dimostrazione che le stime dei ricavi da servizi aggiuntivi erano attendibili, e la CONSIP era legittimata a trarre la conclusione che la sua offerta non fosse congrua.

10. Richiesta o meno, la ricorrente era entrata nel merito della stima, producendo il 10 luglio 2007 una memoria accompagnata da una tabella di conteggi dettagliati circa i ricavi attribuiti ai vari servizi aggiuntivi e circa i margini di profitto.

11. Erra dunque il Tar nel dire che la nota avrebbe avuto ad oggetto solamente l'analisi della valutazione di eteroprodotto dei ricavi da servizi aggiuntivi. Nulla avrebbe impedito alla ricorrente di includere nella nota anche gli elementi che rendessero conto dell'attendibilità delle stime che vi erano enunciate.

III- 1. Sul perimetro delle giustificazioni ammissibili il Tar muove dalla premessa corretta che le giustificazioni non possono essere tipizzate, ma poi erra.

2. Sostiene che le giustificazioni non sono tipizzate e che di conseguenza si possono far valere dei ricavi esterni all'offerta "fondati su uno squisito carattere imprenditoriale". Ne discende che si possono far valere i ricavi da servizi aggiuntivi.

3. Ma non vi è alcun rapporto di consequenzialità necessaria tra la premessa (non tipizzazione) e la conclusione. Non basta che le giustificazioni non siano tipizzate per poter affermare che si può giustificare l'offerta con ricavi esterni ad essa. Il Tar non ha spiegato attraverso quali passaggi si perviene alla conclusione.

4. Il Tar è poi incorso in contraddizione, nella sua conclusione, con il dato normativo e con il rilievo della Autorità di vigilanza che dice di far proprio.

5. La norma dell'art.87 D.lgs. n.163 del 2006 prescrive che le giustificazioni devono essere pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta e ciò trova conferma nel parere dell'Autorità richiamato dal Tar.

6. Tutti questi riferimenti escludono che per giustificare la congruità dell'offerta ci si possa avvalere dei ricavi prodotti da iniziative imprenditoriali esterne all'offerta, occorrendo iniziative strettamente correlate all'appalto e da questo dipendenti.

7. Il Tar avrebbe dovuto allora spiegare perché si potessero ritenere pertinenti all'offerta e strettamente collegate ad essa iniziative imprenditoriali esterne all'offerta stessa.

8. La CONSIP aveva sostenuto in primo grado la violazione del divieto di sussidi incrociati, pratica per cui il deficit di redditività di una prestazione viene colmato con i proventi da "extra profitto" di una prestazione differente.

9. 10. Ciò genera una traslazione del costo della prestazione, sostenuto da un soggetto diverso dall'amministrazione committente. Ciò è incompatibile con la disciplina degli appalti pubblici perché contrasta con l'obiettivo concorrenziale dell'efficienza, e con i requisiti di trasparenza a par condicio delle gare d'appalto.

11. Pertanto non si può accettare che un'offerta riesca ad apparire congrua solamente perché beneficia di un sussidio incrociato.

12. Tutte tali conclusioni non sono contestate dal Tar.

13. Se l'avesse fatto sarebbe sicuramente incorso in errore, violando i principi fondamentali della disciplina degli appalti pubblici.

14. Il Tar avrebbe perciò dovuto realizzare che il divieto di sussidio incrociato è incompatibile con ricavi prodotti da "iniziative imprenditoriali" esterne all'offerta, forma paradigmatica di sussidio incrociato.

15. Il Tar avrebbe quindi dovuto verificare se i servizi aggiuntivi realizzassero o meno un sussidio incrociato. Sul punto ha errato.

16. Il semplice criterio da usare era accertare una traslazione a carico di terzi di una parte del costo dell'appalto. Se l'onere dei servizi aggiuntivi fosse gravato interamente sull'amministrazione committente i ricavi da servizi aggiuntivi sarebbero stati ammissibili nelle giustificazioni. In caso contrario rientrerebbero nel detto divieto.

17. Invece il Tar ha compiuto un solo apparente approfondimento dell'operazione negoziale oggetto dell'appalto, fondandosi sull'affermazione dell'Autorità che gli esercenti convenzionati non sarebbero terzi estranei ma parte integrante del servizio perché erogano la prestazione materiale incorporata nel servizio virtuale prestato dall'appaltatore.

18. Nel dire perciò che i servizi aggiuntivi trovano "causa giustificativa all'interno della complessa operazione negoziale proposta" il Tar finisce per affermare che essi consistono in un elemento costitutivo dell'offerta.

19. Invece, il coinvolgimento degli esercenti si realizza sul piano materiale, come erogatori di una prestazione materiale e manca qualsiasi evidenza e spiegazione circa la sussistenza di un collegamento negoziale.

20. Soprattutto, le prestazioni oggetto dei servizi aggiuntivi non hanno alcunché a vedere con la prestazione materiale che il Tar colloca al centro, cioè l'erogazione dei pasti. Si tratta invece di prestazioni che non incidono in alcun modo, materiale o giuridico, sull'attività di erogazione dei pasti.

21. 22. 23. Non è poi esatto che essi non potrebbero essere scorporati dalla prestazione principale. Tali servizi sono resi correntemente agli esercenti al di fuori di ogni rapporto con le convenzioni CONSIP. Correntemente, come è stato documentato in primo grado, sono normalmente resi da società che non sono emettitrici di buoni pasto. L'autonomia e la scorporabilità rispetto alla prestazione principale sono palesi per il servizio di pagamento a pronta cassa, nella sostanza un servizio di "factoring", o di sconto di titoli a pagamento, di fatto prestato da istituti finanziari.

24. 25. Escluso che siano un elemento costitutivo dell'offerta, il Tar avrebbe potuto rendersi conto che i servizi in questione sono in rapporto di semplice "concomitanza" con la prestazione oggetto dell'appalto, prestabili indipendentemente da quest'ultima e perfettamente scorporabili da essa.

26. 27. 28. I detti servizi non incidono sul "coinvolgimento", anche puramente materiale, degli esercenti nella prestazione del servizio oggetto dell'appalto. L'amministrazione corrisponde un compenso all'appaltatore che retribuisce le sole prestazioni da rendere a termini dell'appalto, cioè retribuisce le attività prestate dagli esercenti convenzionati se ed in quanto incluse od incorporate dalle prestazioni dovute dall'appaltatore. L'attività degli esercenti che è incorporata nella prestazione dell'appaltatore, come promessa del fatto del terzo, è la materiale erogazione di prestazioni di ristorazione.

29. 30. Perciò il compenso pagato dalla committente non retribuisce le prestazioni riferibili agli esercenti convenzionati che non hanno nulla a che vedere con la materiale erogazione di pasti. Il costo dei servizi aggiuntivi non è quindi retribuito dal compenso corrisposto all'appaltatore e non grava sull'amministrazione committente.

31. Le fonti di ricavo dell'appaltatore il cui costo non grava sul committente costituiscono altrettanti sussidi incrociati e non possono essere considerati in sede di valutazione della congruità dell'offerta.

32. 33. Il Tar ha semplicemente ignorato tutte queste considerazioni.

IV- 1. Il Tar è incorso in ulteriore autonomo errore rilevando che non si rinveniva nella disciplina di gara alcun espresso divieto circa la possibilità di fornire giustificazioni fondate sui

servizi aggiuntivi, desumendolo dalla risposta alla richiesta di chiarimento n.57 fornita dalla CONSIP.

2. 3. Non è in contestazione che i servizi aggiuntivi possano rientrare nel campo del lecito e che possano essere legittimamente prestati. Ma non per questo possono essere invocati in sede di giustificazioni dell'offerta. Occorre prestare attenzione alla risposta al chiarimento n.32 per cui la "congruità delle offerte verrà valutata in base ad elementi specifici rilevanti in relazione alle prestazioni contrattuali ed in relazione all'oggetto dell'appalto".

4. L'indicazione circoscrive con chiarezza l'ambito delle giustificazioni ammissibili e non è stata contestata dalle imprese interessate.

5. 6. Il Tar ha semplicemente ignorato questa circostanza. L'indicazione poteva essere giusta o sbagliata ma era stata impartita e non contestata, vincolando la CONSIP ed il Tar non poteva trascurarlo.

V. 1. Inoltre nella determinazione del 20 novembre 2007, si era affermato che ove non considerati come un sussidio incrociato, i proventi generati dai servizi aggiuntivi violerebbero il divieto di esigere dagli esercenti una commissione superiore a quella dichiarata in offerta e che i concorrenti si erano impegnati a rispettare.

2. 3. 4. I proventi ricavati dal pagamento "pronta cassa", sono determinanti per assicurare la congruità dell'offerta della ricorrente, ed il Tar liquida brevemente la questione riferendo argomentazioni difensive della ricorrente. Ciò in ragione del carattere facoltativo del pagamento pronta cassa (e degli altri servizi), e perché corrispondono ad attività diverse ed ulteriori rispetto al rimborso del valore del buono pasto, onde per il Tar non è violato il divieto di oltrepassare la commissione dichiarata in sede di offerta.

5. Il divieto è però violato anche se la commissione dichiarata viene oltrepassata solo in taluni casi ed anche con l'accordo dell'esercente.

6. 7. In base ai ricavi previsti dalla ricorrente per i servizi aggiuntivi, cifre ingenti, si tratta di un servizio nominalmente facoltativo, prevedendosi un ricorso sistematico e generalizzato al pagamento a pronta cassa. Questo non comporta alcuna attività diversa ed ulteriore rispetto al semplice rimborso del buono, differenziandosene solo per l'anticipazione della data di pagamento.

8. 9. 10. Si tratta allora di una differente modalità esecutiva della medesima prestazione fondamentale, che non si risolve in una prestazione ulteriore. La contropartita del pagamento a pronta cassa condivide dunque con la commissione dovuta dagli esercenti la stessa radice causale e la stessa funzione, costituendo una "commissione aggiuntiva" che viola surrettiziamente il divieto posto dalla disciplina di gara.

11. 12. 13. L'importo della commissione richiesta agli esercenti dà luogo in sede di gara ad un punteggio tanto più elevato quanto più ridotta è la commissione, sicché una commissione di fatto più elevata di quella offerta viola la par condicio. L'alternativa è considerare il pagamento a pronta cassa un'autonoma operazione di factoring. Ma ci si troverebbe allora di fronte ad un ricavo esterno agli elementi costitutivi dell'offerta, che darebbe vita da un sussidio incrociato e non potrebbe del pari essere considerato.

14. 15. 16. Anche di ciò il Tar ha omesso ogni considerazione, diversamente avrebbe constatato che senza l'apporto di elementi che non potevano essere accettati in sede di giustificazioni l'offerta della ricorrente non sarebbe risultata congrua.

Si è costituita la Q.T.S. s.p.a. deducendo anzitutto la riproposizione dei motivi assorbiti nella sentenza impugnata, in particolare quello attinente alla violazione dell'art.8.4 del disciplinare che demandava alla Commissione aggiudicatrice il compito di effettuare la verifica delle offerte sospette di anomalia e quindi tutto il relativo sub-procedimento. Invece, nel caso, l'audizione di cui all'art.88, comma 4, D.Lgs.n.163\06 è stata svolta non dalla Commissione, ma da organo collegiale completamente differente, di cui non sono stati indicati gli estremi dell'atto di nomina né compiti e funzioni. Le determinazioni conclusive sono state illegittimamente assunte non dalla Commissione ma dall'Amministratore delegato, che non ha previamente acquisito il parere dell'organo collegiale davanti al quale è stata tenuta l'audizione. In ogni modo, la valutazione di cui all'art.86, comma 5, D.lgs. n.163/06, relativa alla sufficienza delle giustificazioni "preventive" a corredo delle offerte, avrebbe dovuto essere effettuata dalla stazione appaltante e non dalla Commissione di gara. Ancora, in forza dell'art.10 del D.lgs.n.163/06, dell'art.8 del D.P.R. 4.4.02, n.101 e della premessa di cui alla lett. f) del disciplinare, in assenza di norme del codice degli appalti che attribuiscono ad altri organi o soggetti dell'amministrazione aggiudicatrice il compito di espletare e concludere il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, la competenza ad effettuare la contestazione iniziale e ad assumere il provvedimento finale era riservata al responsabile del procedimento e non all'Amministratore delegato.

L'illegittimità derivata predicata nei motivi aggiunti rispetto a tutti gli atti successivi, inclusi quelli di aggiudicazione viene costantemente integrata dal dedotto vizio di incompetenza dell'Amministratore delegato ad assumere, in luogo del responsabile del procedimento, tali ulteriori atti.

Si sono costituite, mediante intervento ad adjuvandum, la F. e l'A., sostenendo l'erroneità della sentenza impugnata che attribuisce comunque valore remunerativo a dei ricavi ipotetici e di incerta acquisizione, tali, poi, da aggirare l'indicata percentuale massima di commissione, valutata ai fini dell'attribuzione del punteggio all'offerta. Comunque tali ricavi non erano concretamente ed adeguatamente documentabili.

Si è costituita infine la D.R. s.p.a. sostenendo l'erroneità della sentenza e l'inaffidabilità dell'offerta della ricorrente in primo grado.

La stessa sentenza è stata altresì appellata, con distinto ricorso, da S.P. s.r.l., aggiudicataria dei lotti 2 e 6 della gara in questione, che ha dedotto i seguenti motivi:

1. Erroneità della sentenza nella parte in cui qualifica i c.d. "servizi aggiuntivi" come "elemento costitutivo dell'offerta".

Il Tar ha errato nel qualificare detti servizi come "pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta" ai sensi dell'art.87, comma 1, ultimo periodo, del D.lgs. n.163/06.

L'art.30.4 Direttiva 93\37\CEE dispone che le giustificazioni devono riguardare "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". Secondo CGE 27 novembre 2001, elementi costitutivi dell'offerta sono quelli di cui il concorrente "dispone" nel momento in cui formula l'offerta. Che per "elemento costitutivo dell'offerta" debba intendersi una condizione sicuramente posseduta dal concorrente prima della formulazione

dell'offerta è stato ritenuto indispensabile dallo stesso Tar. Questi infatti postula che i servizi aggiuntivi siano già "pattuiti", mentre invece, nel momento dell'offerta, nessun contratto aggiuntivo era stato sottoscritto. Le stesse giustificazioni preventive, in sede di offerta, fornite da Q.S.T., confermano la piena facoltà dei ristoratori di non utilizzare i servizi di cui trattasi, essendo ragionevole prevedere, sulla base di "precedenti esperienze", che parte degli stessi farà richiesta dei servizi aggiuntivi. Il ricavo aggiuntivo ipotizzato nella "scheda tecnica analisi prezzi e costi" dalla ricorrente, dunque, "sulla base di una valutazione del tutto prudentiale" era del tutto ipotetico..

Al Tar è anche sfuggito che la esclusione è stata disposta perché, in quanto relativi ad accordi "in fieri", i ricavi in questione non sono stati considerati quali elementi costitutivi dell'offerta, come attesta il verbale di audizione del 27 giugno 2007, che esige, al fine di poter giustificare l'offerta anomale, "elementi oggettivi, verificabili, controllabili, quantificabili".

Il Tar ha errato nell'ammettere alla prova di redditività una componente di prezzo non già nella disponibilità del concorrente anteriormente alla presentazione dell'offerta.

2. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che i servizi aggiuntivi possano astrattamente configurarsi quale elemento costitutivo dell'offerta nell'ambito della gara CONSIP.

La circostanza addotta dal Tar che i servizi aggiuntivi siano legittimi nulla aggiunge alla questione se essi siano o meno qualificabili come "elemento costitutivo dell'offerta". Quello che conta è il momento in cui questi servizi vengono eventualmente in rilievo. Posto che essi sono un complemento eventuale del contratto con l' esercente, in tanto essi possono rilevare quale "elemento costitutivo dell'offerta" in quanto anche il contratto con l' esercente lo sia. Ma nello specifico della legge di gara, il contratto con l' esercente non ha nessun rilievo ai fini della formulazione dell'offerta, cioè non è elemento costitutivo dell'offerta. Non era, per il concorrente, affatto necessario dimostrare l'esistenza della rete di esercizi convenzionati e l'esistenza di contratti con gli esercenti. In base alla legge di gara, la rete doveva essere organizzata soltanto successivamente all'aggiudicazione provvisoria, in un arco di tempo determinato (2 mesi, con successiva verifica a campione del rispetto dell'obbligo). Dunque il contratto con l' esercente non era parte dell'offerta tecnica, ma se tale era il contratto medesimo a maggior ragione non avrebbe potuto esserlo il contratto relativo ai servizi aggiuntivi, che costituiscono un accessorio del contratto principale aggiudicatario\esercente.

E' evidente che CONSIP ha qualificato come intrinseci solo tutti quelli che, potendosi correttamente qualificare come "elementi costitutivi dell'offerta" sono valutabili ai fini dell'esame di congruità, mentre l'espressione "estrinseci" ha inteso tutti gli altri profili non qualificabili come elemento costitutivo dell'offerta.

Ne discende che è irrilevante discutere se i servizi aggiuntivi possano, in linea teorica, entrare a far parte di quella che il Tar chiama "operazione economica nel suo complesso". Piuttosto la "offerta nel suo complesso", elemento da considerare correttamente, è solo quella ricostruibile alla luce degli elementi posseduti dal concorrente anteriormente alla formulazione della proposta contrattuale. E' stato poi lo stesso Tar ad evidenziare che nell'economia della gara erano del tutto indifferenti "i profili soggettivi di tali esercizi convenzionati...tant'è vero che il prestatore del servizio può liberamente sostituirli nel corso del rapporto". A maggior ragione si conferma che i servizi non possono essere considerati elemento costitutivo dell'offerta, perché non vi è certezza che i nuovi esercenti accettino, al pari di quelli che hanno sciolto il contratto, di sottoscrivere il contratto collegato per i servizi aggiuntivi.

3. Erroneità della sentenza nella parte in cui ha considerato illegittima la determinazione CONSIP del 20 novembre 2007.

Nel considerare illegittimo il detto provvedimento, che ammetteva che in linea astratta i servizi aggiuntivi avrebbero potuto configurarsi quale “elemento costitutivo dell’offerta”, ha affermato che gli stessi erano valutabili e ha fatto carico a CONSIP di non aver posto la ricorrente nelle condizioni di dimostrare in concreto quanto i servizi possano rendere, così da verificare la congruità dell’offerta. Ciò è erroneo in quanto i detti servizi potrebbero essere valutabili solo se e in quanto relativi a contratti stipulati anteriormente alla formulazione dell’offerta, poiché solo in tale ipotesi potrebbe correttamente parlarsi di un “elemento costitutivo dell’offerta”, non essendo ammissibile una valutazione probabilistica, fondata su semplici aspettative, come ritiene la giurisprudenza amministrativa. IV 2 aprile 2003, n.1707, ha considerato inidonea a giustificare l’offerta la semplice aspettativa, per quanto affidabile, di un titolo giuridico non ancora posseduto, esattamente come si è verificato nel caso di specie (tanto più che nel momento di formulazione dell’offerta ancora non si sapeva se la rete sarebbe stata costituita, sussistendo solo un impegno in tal senso in base all’offerta tecnica).

La semplice aspettativa che gli esercenti siano disponibili a convenzionare la somministrazione del pasto al prezzo proposto dalla ricorrente e che, nell’occasione, sottoscrivano anche uno o più dei contratti relativi ai servizi aggiuntivi non rende valutabile la giustificazione fondata su di essa.

Argomentando dalla legge di gara che riconosceva un punteggio a chi, indicato lo sconto che avrebbe richiesto l’esercente, si fosse impegnato a non modificarlo per l’intera durata dell’appalto, in primo grado si era fatto presente che l’acquisizione dei servizi aggiuntivi avrebbe comportato una violazione dell’obbligo di non alterare i costi a carico dell’esercente. I servizi aggiuntivi, seppure non vietati, non danno luogo a proventi che divengano parte dell’appalto come tali considerabili in sede di verifica. Se lo fossero, ne deriverebbe che i servizi aggiuntivi sono parte necessaria della convenzione tra esercente ed appaltatore e quindi che il relativo costo diviene parte necessaria degli oneri dell’esercente il che si traduce in una riduzione del margine operativo dell’esercente, cioè, in un incremento dello sconto.

A simili considerazioni il Tar si è limitato ad opporre la facoltatività dell’adesione ai servizi, ma il problema non è se gli esercenti siano costretti ad aderire alla proposta di contratto aggiuntivo, ma piuttosto che essi servizi abbiano un prezzo, e che questo divenga componente del ricavo della ricorrente per assicurare l’equilibrio della “operazione economica nel suo complesso”. Il prezzo del servizio aggiuntivo ha dunque identica funzione dello sconto, ma ne consegue che lo sconto praticato è in realtà quello dichiarato in gara maggiorato dell’incidenza percentuale del prezzo del servizio aggiuntivo sui costi dell’esercente (anche lo sconto condivide quella natura di costo per l’esercente che ha il prezzo del contratto di servizio aggiuntivo). Quindi per potersi dire che i servizi aggiuntivi siano elemento costitutivo dell’offerta, si deve coerentemente ritenere che il ricavo della ricorrente sia dato dallo sconto praticato dall’esercente, maggiorato dal prezzo che l’esercente paga ai fini dell’acquisto del servizio aggiuntivo. La verifica di congruità reclamata dalla ricorrente infatti riguarda solo gli esercenti anche abbiano accettato di sottoscrivere i contratti in questione.

Nel procedimento introdotto con tale ricorso si sono costituiti l’originaria ricorrente, chiedendo il rigetto dell’appello con memoria, la CONSIP, e D.R. s.p.a..

La medesima sentenza qui in rilievo (n.1372\2008) è stata infine appellata da Rc s.p.a., che ha dedotto in seguenti motivi:

1. Inammissibilità del ricorso di primo grado – difetto di motivazione, erroneità e contraddittorietà della sentenza appellata.

La ricorrente ha impugnato l'esclusione in relazione a tutti i lotti di gara. Ma per l'art.II.1.8 dell'avviso di gara telematica e per l'art.10 del D.P.R. n.101/2002 "è possibile presentare offerte per più lotti ma ciascun concorrente può risultare aggiudicatario al massimo di due lotti..." In relazione al lotto 5 aggiudicato alla Rc, la ricorrente non è risultata neppure inserita al primo posto della relativa graduatoria, ma al secondo. La ricorrente non ha interesse e doveva dichiararsi l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui aveva ad oggetto i provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione di tutti i lotti, anziché di quelli che, in base all'art.3.1. del disciplinare di gara, potrebbero esserle aggiudicati.

2. Sull'inammissibilità del ricorso di primo grado sotto ulteriore profilo- Erroneità della sentenza- inammissibilità del ricorso sotto ulteriori profili.

La dimostrazione dell'asserita congruità dell'offerta non è ricavabile né dalle giustificazioni presentate a corredo dell'offerta stessa, ex art.86, comma 5, del D.lgs. n.163/06, né dai successivi chiarimenti forniti nell'audizione. Anche a prescindere dall'inammissibilità di ricavi non attinenti alla prestazione oggetto di gara, la ricorrente non ha fornito alcuna concreta dimostrazione della possibilità di recuperare l'importo dichiarato in offerta, per cui avrebbe una perdita, nel lotto 5, pari a Euro 3.261.270,00, con i servizi aggiuntivi. Non si comprende da quali elementi e documenti il Tar abbia ricavato la certezza sia in ordine al fatto che tali servizi aggiuntivi fossero stati effettivamente già pattuiti, sia in ordine alla esatta entità della pretesa remuneratività dell'offerta stessa. Né corrisponde al vero che CONSIP non abbia concesso alla ricorrente la possibilità di fornire tali elementi di prova, dal momento che, in occasione della convocazione in contraddittorio, aveva invitato la ricorrente a fornire ogni elemento utile ai sensi dell'art.88 del D.lgs. n.163/06. E' allora da condividere quanto affermato da CONSIP con la nota del 2 agosto 2007, comunicazione di esclusione, ove si è affermato che le deduzioni e giustificazioni formulate in sede di contraddittorio sono risultate inidonee a vincere la prova di resistenza non avendo il concorrente sufficientemente esplicitato e dettagliato i costi relativi alle attività da cui discenderebbero i ricavi generati dai servizi aggiuntivi, sicché le giustificazioni fornite non sono sufficienti a valutare la congruità o meno dell'offerta. Su tale punto, l'Autorità di vigilanza aveva precisato che restava aperto il problema della concreta giustificazione documentata relativa alla effettiva remuneratività.

Il ricorso di I grado era inoltre inammissibile in quanto riguardava valutazioni di merito tecnico-discrezionali insindacabili se non per irrazionalità manifesta, errori di fatto ed insufficiente motivazione, aspetti non ricorrenti nel caso in esame.

3. Violazione e/o falsa applicazione degli artt.87 e 88 del D.lgs. n.163/06- erroneità e contraddittorietà della sentenza appellata.

La conclusione del Tar circa la remuneratività derivante dalla compensazione della perdita grazie ai "servizi aggiuntivi pattuiti dall'offerente" con gli esercenti convenzionati è errata. Il servizio "Q.s." che consente di rimborsare l'esercente aderente in tempi più rapidi di quelli previsti dal disciplinare di gara, comporta ingenti oneri economici per l'esercente stesso, (1,73% del valore facciale, tasso annuo del 36,63%) ed elevati costi per la stessa Q.T.S., costi che non risultano da essa neppure esposti. Comunque i costi per l'esercente non creavano alcun affidamento su una massiccia adesione degli esercenti cui era già applicata una commissione massima del 3,97%, considerato che la ricorrente si era già impegnata in offerta a rimborsare in tempi rapidi. La remuneratività del servizio aggiuntivo in questione sarebbe stata apprezzabile in quanto avesse riguardato l'intero giro d'affari derivante dall'appalto, ossia l'intero ammontare dei buoni pasto. La

ricorrente non ha in alcun modo documentato l'entità degli effettivi ricavi ottenuti da tale genere di servizi aggiuntivi. A prescindere dalla genericità e inattendibilità dei pretesi ricavi, le giustificazioni offerte erano comunque inaccettabili in quanto con il meccanismo ipotizzato la ricorrente avrebbe comunque eluso le regole d'appalto che prevedevano l'onere di dichiarare la commissione massima di rimborso a carico degli esercenti, null'altro potendosi richiedere all'esercente che potesse diminuire il valore imponibile della propria fattura in quanto derivante da un'operazione di ulteriore "sconto" sul valore nominale dei buoni pasto accettati.

Corretta è stata quindi la valutazione della CONSIP, ritenendosi valutabili i c.d. servizi aggiuntivi nell'ambito del giudizio di congruità solo se oggetto di contratti stipulati anteriormente alla formulazione dell'offerta.

Il Tar evidentemente fraintendendo i fatti ha preso in considerazione i servizi aggiuntivi perché ha creduto che gli stessi fossero stati già pattuiti con gli esercenti.

Inoltre, l'art.87, comma 2, del D.lgs. 163/06, elenca una serie di elementi in base ai quali valutare la congruità dell'offerta economica, ma facendo sempre riferimento all'oggetto della prestazione dedotta nel contratto d'appalto. La "originalità dei servizi offerti" ivi elencata deve comunque essere riferita direttamente al servizio oggetto del contratto e non a servizi non strutturalmente collegati a tale oggetto, essendo, in ipotesi, solo da questo eventualmente occasionati. Non può cioè assumere rilievo la eventuale remuneratività di prestazioni ed elementi che non attengono direttamente all'oggetto dell'appalto e/o non sono previsti dalla lex specialis di gara.

Secondo il Tar, sulla scorta del parere dell'Autorità di vigilanza n.45\2007, i ricavi prodotti dai servizi aggiuntivi, potrebbero considerarsi al fine di valutare la congruità dell'offerta se: a) destinati a soggetti che sono parte integrante del servizio sostitutivo di mensa oggetto della gara; b) se correlati alla gestione del servizio. Non si comprende quale sia, per il Tar, il vero limite della correlazione all'oggetto dell'appalto e quindi quale limite debba porsi alla valutabilità di ricavi che si palesano non solo del tutto ipotetici ed indimostrati, ma slegati da ogni rapporto con l'oggetto dell'appalto. Il Tar ha azzerato i principi giurisprudenziali in tema di giustificazioni delle offerte anomale, in quanto tutto ciò che può anche lontanamente diminuire le perdite dell'appaltatore, anche se non si tratta di elementi costitutivi dell'offerta, può essere considerato per ritenere congrua la stessa. Circa l'esclusione, da parte del Tar, dell'ipotesi di sussidio incrociato, nel caso, al contrario, una parte del costo della prestazione verrebbe sopportato da un soggetto diverso dal committente e cioè dal ristoratore cui è proposta l'adesione a servizi che non possono essere in alcun modo qualificati quali prestazioni connesse a quella oggetto di gara, con conseguente estraneità degli stessi alla causa dell'appalto.

Nel procedimento instaurato a seguito di tale ulteriore appello si sono costituiti la originaria ricorrente, che ha controdedotto con memoria ai motivi di appello, la CONSIP s.p.a., la s.p.a. Rs, e sono intervenute la F. e la A. nei sensi e con le posizioni già sopra illustrate.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Gli appelli in epigrafe vanno preliminarmente riuniti concernendo la medesima sentenza di primo grado.

2. Gli stessi, unitamente all'appello incidentale "improprio" in posizione di contestazione collimante, vanno peraltro respinti alla luce delle assorbenti considerazioni che seguono.

3. Deve anzitutto escludersi l'inammissibilità originaria del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado riproposta dalla Rc in relazione alla estensione di tale impugnazione a tutti e sei i lotti in cui era suddiviso l'appalto oggetto di gara ed alla circostanza che solo per i lotti 3 e 4 la ricorrente medesima era collocata in posizione utile per l'aggiudicazione.

Va infatti osservato che, a fronte della provvisorietà delle graduatorie da cui era stata esclusa in quella fase, sussisteva comunque l'interesse a mantenere una collocazione in esse, potendo l'utilità di ciò profilarsi, in quel momento, in relazione ai mutamenti che le graduatorie stesse, ai fini dell'aggiudicazione definitiva, avrebbero potuto subire in dipendenza dell'effettuazione delle verifiche incombenti, in detta fase, sulla stazione appaltante, ed in particolare dell'esito delle altre procedure di verifica della congruità delle offerte di cui si era preliminarmente riscontrata l'anomalia.

L'incerto esito di tali accertamenti ha cioè concretizzato, in capo alla ricorrente, la potenziale utilità, rilevante ai fini dell'interesse ad una globale impugnazione dell'esclusione da tutti i lotti per i quali aveva partecipato alla gara, derivante da una riammissione nella graduatoria, al fine di ottenere l'eventuale collocazione al primo posto anche in più di due graduatorie, in modo da avere poi la facoltà di acquisire l'aggiudicazione, tra le varie posizioni utili verificabili in suo favore, per quei due lotti che fossero, in concreto, maggiormente consistenti sul piano della convenienza economica.

4. L'inammissibilità o improcedibilità delle impugnazioni, quella originaria e quelle successivamente introdotte con i motivi aggiunti, non è neppure prospettabile in base alla presunta capacità novativa del diniego di annullamento in autotutela pronunziato dalla CONSIP il 20 novembre 2007, per essere questo incentrato sulla inattendibilità in concreto delle giustificazioni presentate dalla ricorrente, aspetto che non sarebbe stato censurato con i motivi aggiunti, in guisa tale che l'accoglimento del primo gravame e l'eventuale fondatezza dei (delimitati) motivi aggiunti non potrebbe condurre alla caducazione di tale diniego, che rimarrebbe cioè fermo nella sua idoneità a definire in senso preclusivo la posizione dell'originaria ricorrente.

Tale profilo, di carenza di interesse sopravvenuta della originaria esclusione e di inammissibilità rispetto all'impugnazione del predetto diniego di autoannullamento è però contraddetto dalla deduzione, rispetto a quest'ultimo atto, della sua illegittimità in via derivata per gli stessi vizi che avrebbero inficiato, in prospettiva, la stessa determinazione di esclusione.

Tra le corrispondenti censure dedotte dalla originaria ricorrente, in particolare, possiedono immediata efficacia caducante, di tutti gli atti così contestati, quelle riguardanti il difetto di istruttoria ed il connesso eccesso di potere denunciati a carico del provvedimento di esclusione (cfr; pagg.47 e 48, punto 2.13 dell'originario ricorso di primo grado), profili che non soltanto sono idonei a travolgere l'esclusione ma che si riflettono immediatamente sul diniego di autotutela.

Detto atto, infatti, ha come presupposto, implicito ma necessario, la completezza dell'originaria istruttoria operata in sede di procedura per la verifica della congruità, premessa che, sola, ha consentito di respingere l'istanza di esercizio del potere di autotutela, addivenendo ad una valutazione nel merito della insufficienza ed inattendibilità delle giustificazioni concretamente prodotte dalla concorrente-istante. Quest'ultima aveva infatti contestato il profilo "formale", ed avulso dalle giustificazioni preventive fornite in sede di offerta, del contraddittorio instaurato in sede di procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta medesima. Questo è stato appunto denunciato proprio in quanto teso all'accertamento del solo aspetto della preliminare inammissibilità di giustificazioni asseritamente fondate su elementi di costo "estrinseci alla prestazione che forma oggetto dell'offerta".

Il venir meno del segnalato presupposto del diniego di annullamento in questione, per la illegittimità del procedimento che lo ha fatto venire in essere, ove appunto accertata l'incompletezza preliminare del contraddittorio instaurato in sede di verifica dell'anomalia, travolge dunque anche il successivo diniego in questione, senza che possano profilarsi l'autonomia ed inoppugnabilità del medesimo, variamente prospettata dalle appellanti.

Il Tar ha toccato tale punto laddove ha sottolineato, in linea con le censure dell'originario ricorso, la natura incompleta e formale del contraddittorio instaurato in sede di verifica dell'anomalia ai sensi dell'art.88 del D.lgs. n.163/06.

5. Tali conclusioni possono essere condivise, con le precisazioni che seguono.

Conviene fin da ora precisare che, contrariamente a quanto dedotto nell'appello incidentale CONSIP, non è possibile rifarsi all'art.88, comma 1, del predetto D.lgs. per sostenere che l'invito rivolto alla società ricorrente, contenuto nella nota di avvio del procedimento del 20 giugno 2007, a *“dedurre...qualsiasi elemento...utile in relazione alle fattispecie sopra evidenziate”*, integrasse l'ipotesi della seconda parte del detto primo comma.

Quest'ultimo recita: *“La richiesta di giustificazioni è formulata per iscritto e può indicare le componenti dell'offerta ritenute anormalmente basse, ovvero, alternativamente o congiuntamente, invitare l'offerente a dare tutte le giustificazioni che ritenga utili.”*

In realtà, la formula in concreto usata dalla stazione appaltante si connette obiettivamente alle *“fattispecie sopra evidenziate”*, ponendosi in inequivoca relazione con le argomentazioni precedenti contenute nella stessa nota, tutte incentrate sulla inammissibilità della *“rilevanza di elementi di ricavo estrinseci all'offerta”*. Ciò non consente di ritenere che una indicazione *“congiunta”* di ulteriori chiarimenti da fornire, ai sensi della seconda parte del comma ora citato, - allargata cioè al concreto aspetto della attendibilità e documentabilità degli elementi giustificativi adottati in sede di offerta dalla ricorrente-, fosse contenuta obiettivamente nella nota medesima.

E ciò in disparte il valore di mera clausola di stile, che in una cornice di osservanza dei principi di correttezza procedimentale, avrebbe assunto anche solo una formula pedissequamente reiterativa della lettera della norma, posta poi in contraddizione con il chiaro e circoscritto tenore della precedente esposizione dei profili di anomalia comunicati all'interessata.

6. Le considerazioni che precedono conducono a trattare, allora, il profilo, centrale della controversia, della legittimità di un'esclusione per anomalia di un'offerta incentrata sulla giustificazione della propria adeguata remuneratività derivante dall'offerta di *“servizi aggiuntivi”* a soggetti, gli esercenti, necessariamente coinvolti nell'operazione economica oggetto dell'appalto, ma estranei alla contrattazione con la stazione appaltante.

Si tratta cioè di una fattispecie in cui l'offerente giustifica il proprio utile in dipendenza del fatto che, - procedendosi ad un appalto per l'emissione di buoni pasto per l'erogazione del servizio sostitutivo di mensa delle pubbliche amministrazioni-, dato lo sconto offerto alla stazione appaltante e la misura della commissione richiesta ai terzi ristoratori convenzionati, risultando tali entrate insufficienti a coprire i costi del servizio quale configurato nell'offerta, le perdite sono compensate dai ricavi derivanti, a favore dell'impresa che assume il servizio, dall'esecuzione remunerativa di ulteriori servizi offerti agli stessi ristoratori, quali l'anticipazione del rimborso rispetto ai termini contrattuali previsti dal disciplinare di gara, il ritiro a domicilio degli stessi buoni pasto ed il loro conteggio con relativa fatturazione.

Al riguardo occorre dare anzitutto risposta al quesito se, tali modalità giustificative dell'anomalia dell'offerta, corrispondano agli elementi contemplati dall'art.87 del citato D.lgs.n.163/06, anche tenendo conto del principio, pacificamente ammesso dalle parti in causa, per cui non esiste una tipizzazione normativa "chiusa" di tali elementi di possibile giustificazione, valendo semmai un limite logico-sistematico desumibile dalla formula dell'art.87 comma primo citato per cui "1. *Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante richiede all'offerente le giustificazioni, eventualmente necessarie in aggiunta a quelle già presentate a corredo dell'offerta, ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima.*"

Nel caso che ci occupa, peraltro, contrariamente a quanto contestato con le impugnazioni in esame, quali ampiamente riportate in narrativa, non è condivisibile la conclusione per cui i servizi aggiuntivi in questione attengano ad aspetti *non pertinenti* agli *elementi costitutivi dell'offerta*, facendo coincidere tale concetto, come ha ritenuto il provvedimento di esclusione annullato in primo grado, con quello di elementi di ricavo "*estrinseci*" all'offerta, in quanto non rientranti nell'oggetto del contratto di appalto da aggiudicare.

Questo infatti instaura un rapporto tra il solo soggetto emittente il buono pasto e la stazione appaltante, e le prestazioni obbligatorie dedotte nell'ambito di tale rapporto contrattuale sono soltanto quelle della emissione dei buoni pasto (dietro compenso, scontato per l'appaltante rispetto al valore nominale), e dell'impegno a praticare ai terzi esercenti, di cui si garantisce comunque il successivo convenzionamento, una commissione immutabile nel corso dell'esecuzione del contratto.

Tuttavia, l'errore in cui è incorsa la stazione appaltante, ed il cui rilievo non consente di condividere le censure appellatorie, è quello, emergente con evidenza dalla formula legislativa, di far coincidere la "pertinenza" con il più ristretto concetto di diretta attinenza, o coincidenza, con gli elementi costitutivi dell'offerta, costruendo un concetto di elementi "*estrinseci*" che non ha riscontro nel dato normativo.

Deve invece ritenersi che siano ammissibili elementi giustificativi la cui pertinenza emerga, come nel caso, da un oggettivo collegamento economico degli stessi con gli elementi costitutivi dell'offerta, cioè, in definitiva, con l'oggetto del contratto, sì da aversi una connessione che, sul piano della produzione del servizio, colloca le circostanze addotte come giustificazione all'interno del processo produttivo prefigurato in modo unitario, ed in concreto inscindibile, dall'offerente.

Tale unicità del processo produttivo prospettata dall'offerente, poi, si riflette in una vicenda giuridica di collegamento negoziale, complessivamente intelleggibile in relazione ad una causa giustificativa unificante, nel senso che i contratti relativi ai servizi aggiuntivi non solo hanno ragione economico-sociale di esistere in quanto sussista il contratto principale oggetto dell'appalto, ma il concreto assetto di interessi derivante da tali contratti è conformato proprio in ragione del contenuto del contratto principale, collegandosi inscindibilmente allo stesso in termini di convenienza coordinata delle operazioni negoziali poste in essere. In sostanza, l'unicità del processo produttivo ipotizzato conduce ad un'unica funzione economica giustificatrice dell'intera operazione.

I contratti ulteriori, in tal guisa, sono compenetrati, sul piano causale, con gli elementi costitutivi dell'offerta, cioè con il contratto principale oggetto di appalto, all'interno dell'ideazione di un processo produttivo univocamente congegnato per rendere proprio il servizio oggetto di appalto, contrassegnandosi perciò per quella relazione di "pertinenza" di cui parla l'art.87, comma 1, citato.

Quanto ora detto trova conferma nel comma 2 dello stesso articolo: “Le giustificazioni di cui all’articolo 86, comma 5 e di cui all’articolo 87, comma 1, possono riguardare, a titolo esemplificativo:

a) l’economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;

b) *le soluzioni tecniche adottate;*

c) *le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l’offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;*

d) *l’originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti;*

e) *[il rispetto delle norme vigenti in tema di sicurezza e condizioni di lavoro] ⁽⁸¹⁾;*

f) *l’eventualità che l’offerente ottenga un aiuto di Stato;”.*

Come si vede, infatti, la norma prevede la espressa rilevanza della “*economia del metodo di produzione del servizio*”, e non sarebbe consentito di delimitare la portata del concetto di “*pertinenza*”, così specificato, al di là delle espressioni utilizzate dalla norma, assimilando il collegamento negoziale e l’unicità di un concreto processo produttivo, ad elementi effettivamente *estrinseci* all’offerta, quali quelli considerati nel provvedimento di esclusione, che non sono *pertinenti*, nell’esemplificazione ivi operata, perché, a differenza di quelli qui considerati, attengono a diversi ed indipendenti processi produttivi, cioè alla restante attività di impresa, autonoma da quella generata dal contratto in questione.

7. Va peraltro escluso, poi, che la situazione di collegamento negoziale prospettata dalla ricorrente, fin dalle giustificazioni preventive rese ai sensi dell’art.86, comma 5, del D.lgs. n.163/06, possa configurare la situazione di “sussidio incrociato” paventata dagli appellanti, argomentazione non rinvenibile, peraltro, in termini espressi, né nell’esclusione del 2 agosto 2007 né nel menzionato diniego del 20 novembre 2007.

Valga, per quanto di rilievo, comunque osservare che il sussidio incrociato implica l’effettuazione di un’operazione economica sottocosto da parte di un’impresa, compensata da un sovraprofitto imposto a carico della controparte o di terzi con una distinta operazione economica, sul presupposto dello sfruttamento di un “potere di mercato” abusivo in capo all’impresa stessa, per cui la controparte od i terzi non si rendano conto o non possano sottrarsi alla contrattazione svantaggiosa, collocandosi perciò sul versante delle violazioni dei principi di trasparenza e libertà contrattuale a tutela del mercato in un determinato settore.

La ricorrenza di tale ipotesi è qui esclusa dall’obiettiva circostanza che l’impresa ricorrente “offre” detti servizi e non dispone, allo stato delle risultanze acquisite e comunque a lei contestate, di un potere di mercato tale da imporre, anche solo in teoria, la conclusione dei contratti relativi ai servizi aggiuntivi o, ancora, tale da indurre alla contrattazione i ristoratori convenzionati in condizioni di preconstituita disinformazione sulla reale convenienza di tali servizi aggiuntivi.

8. Quanto alla alternativa obiezione degli appellanti, questa in effetti mosse anche nel provvedimento di esclusione, che i compensi ritratti dai contratti per i servizi aggiuntivi vadano ad eludere l’impegno, sancito tra l’altro dal punto 8.1. del disciplinare di gara, a non superare la

commissione massima a carico degli esercenti convenzionati, indicata in sede di offerta, la stessa è da disattendere.

Deve infatti ritenersi che i compensi previsti per detti servizi si collocano su un piano sinallagmatico, cioè di corrispondenza tra prestazioni reciprocamente eseguite dalle parti, giustificante la stessa conclusione del contratto (che sarebbe in difetto rescindibile), onde proprio per la loro corrispettività rispetto ad una prestazione dotata di utilità per chi la richiede, vincolandosi con il relativo contratto, tali compensi si differenziano dalla commissione e non ne condividono la natura né giuridica né economica, sicché la sommatoria prospettata dagli appellanti è incongrua.

Essa, infatti, tende alla contaminazione di voci di corrispettivo disomogenee, la prima delle quali, la commissione, ha titolo nella funzione intermediaria strutturalmente svolta dall'appaltatore, in base alle previsioni del contratto di appalto stesso, e la seconda ha titolo nella distinta veste di erogatore di servizi complementari direttamente resi ai ristoratori che prestino il loro consenso negoziale.

Inoltre, e ciò a confutazione degli ulteriori profili di contestazione mossi variamente negli atti di appello, tale titolo di corrispettivo non può essere escluso soltanto perché in sé incerto e non attuale. Una volta chiarita la "pertinenza", all'ambito delle giustificazioni ammissibili in sede di verifica, dei ricavi derivanti dalla conclusione di contratti per servizi aggiuntivi, la natura potenziale e futura di tali contratti va valutata nel contesto della prassi che, in relazione a precedenti esperienze di contratti per erogazione di buoni pasto, possa allegare e comprovare la ricorrente, così come la stessa ha addotto, in primo luogo, nelle giustificazioni preventive fornite in sede di presentazione dell'offerta.

Il valore di una prassi, debitamente comprovata, attinge infatti naturalmente alla configurazione dei processi produttivi d'impresa, e respingendone a priori l'idoneità giustificativa si neutralizza la stessa previsione e portata della norma che attribuisce rilievo alla "*economia del metodo di produzione del servizio*", quale sopra enucleata.

Quest'ultima non può che fondarsi, dunque, sulla precedente attività di impresa svolta nello stesso settore, potendo cioè apprezzarsi, se debitamente comprovata, la capacità imprenditoriale di prevedere e modulare il complessivo processo produttivo in modo da rendere appetibile sul mercato il prodotto ad offerta complementare che, nella realtà economica, rende conto della complessiva competitività dell'offerta in gara presentata dall'impresa, la cui economia di gestione nell'erogazione del servizio richiesto costituisce in definitiva un vantaggio per la pubblica amministrazione appaltante.

Non osta alla conclusione ora raggiunta, il precedente della IV Sezione di questo Consiglio 2 aprile 2003, n.1707, relativo alla diversa fattispecie della aleatorietà di una giustificazione fondata non, come nel caso, sulle modalità produttive del servizio elaborate nella sua esperienza dall'impresa offerente, bensì sulla obiettiva incertezza (peraltro in concreto esclusa) dell'acquisibilità di un titolo giuridico, giustificativo di minori costi, dipendente dall'esercizio di un potere discrezionale autorizzativo della pubblica amministrazione, senza, appunto, che entrasse in gioco la concreta e dimostrabile competitività ed appetibilità, in un settore di mercato specifico, di moduli contrattuali proposti alla libertà negoziale dei soggetti strutturalmente coinvolti nella fase esecutiva del servizio oggetto di un pubblico appalto.

Rimane da precisare che le motivazioni della reiezione degli appelli derivanti dall'insieme delle considerazioni sopra illustrate, da ritenere assorbenti di ogni altro profilo di contestazione,

commisurano l'accoglimento del ricorso di primo grado, con il travolgimento di tutti gli atti impugnati, ad un'operazione di rinnovazione degli atti ad opera della stazione appaltante.

Ciò nel senso, conseguente alla natura delle illegittimità evidenziate, che non tanto possano ritenersi esaurienti ed adeguate le giustificazioni offerte dall'originaria ricorrente, quanto piuttosto che si debba rinnovare la procedura di verifica dell'anomalia, tenendo conto dei principi ad effetto conformativo qui enunciati. Cioè che, in primo luogo, la considerazione dei servizi aggiuntivi può trovare spazio nell'ambito della procedura medesima, e che, in secondo luogo, il contraddittorio deve essere esplicitato, fin dall'avvio, con riguardo alla concreta documentabilità ed attendibilità della previsione "statistica" e probabilistica di ricavi addotta in sede di giustificazioni dalla ricorrente.

L'incertezza della fattispecie giustifica l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge gli appelli sopra riuniti ed indicati in epigrafe nonché l'appello incidentale, confermando per l'effetto la sentenza impugnata.

Compensa le spese di giudizio.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, il 10.6.2008 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -, riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Giuseppe Barbagallo Presidente

Luciano Barra Caracciolo Consigliere est.

Aldo Scola Consigliere

Roberto Chieppa Consigliere

Bruno Rosario Polito Consigliere

Presidente

GIUSEPPE BARBAGALLO

Consigliere p.Segretario

LUCIANO BARRA CARACCILO GIOVANNI CECI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/08/2008

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

P. Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO