

N. 04415/2016REG.PROV.COLL.

N. 01814/2016 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1814 del 2016, proposto da:

Sodexo Motivation Solutions Italia Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giancarlo Tanzarella, Massimiliano Napoli, Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, via Cicerone N.44;

contro

Qui Group Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Luigi Cocchi, Silvio Quaglia, Maria Cristina Pieretti, con domicilio eletto presso Maria Cristina Pieretti in Roma, via Panama N. 26;

nei confronti di

Ferservizi Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Rodolfo Mazzei con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via XX Settembre 1;  
Fiepet Federazione Italiana Esercenti Pubblici e Turistici non costituito in giudizio;

per la riforma della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III TER n. 01833/2016, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio sostitutivo di ristorazione aziendale mediante fornitura di ticket/buoni pasto - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Qui Group Spa e di Ferservizi Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 settembre 2016 il Cons. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Giancarlo Tanzarella, Massimiliano Napoli, Silvio Quaglia, Rodolfo Mazzei;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Ferservizi spa ha bandito la gara telematica per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa aziendale mediante fornitura di buoni pasto cartacei a ridotto impatto ambientale ed elettronici nei confronti dei dipendenti delle società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane, da utilizzare in una rete di ristoranti, self service, tavole calde, ed esercizi commerciali ed in genere, con i quali sono stati sottoscritti convenzioni e/accordi per la loro utilizzazione.

All'affidamento si sarebbe proceduto, mediante procedura ristretta, in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e mediante stipula di accordo quadro, della durata triennale e con due possibili proroghe annuali, per un complessivo valore di € 240.000.000,00.

La disciplina di gara ha attribuito 60 punti alla offerta economica e 40 alla offerta tecnica, quest'ultima articolata in quattro elementi, ciascuno tributario fino a 10 punti, e per la precisione:

indicazione del numero degli ulteriori esercizi convenzionati; indicazione dell'entità del rimborso dei buoni pasto agli esercizi convenzionati; offerta migliorativa sui livelli di esercizio; progetto tecnico;

In relazione a quest'ultimo, la disciplina di gara (art. 4.2 e 6.2), ha specificato che esso avrebbe dovuto illustrare: In relazione al progetto tecnico, da predisporre in ragione del disposto di cui agli art. 4.2 e 6.2, quest'ultima norma ha specificato che esso avrebbe dovuto illustrare:

"1) focus sulla modalità di erogazione del servizio in formato elettronico, con particolare attenzione alla gestione della rete POS, alla selezione / attivazione di nuovi esercenti, alla tempestività e completezza delle comunicazioni e/ o delle informazioni verso la Committente;

2) caratteristiche tecniche e completezza delle informazioni necessaria al Committente indicate nel capitolato tecnico al monitoraggio della gestione del servizio del sistema di gestione Portale Titolari;

3) modalità di erogazione del servizio in formato cartaceo, con particolare attenzione alla gestione delle consegne e all'adozione di idonee misure antifalsificazione e di tracciabilità del buono pasto.

L'operatore potrà inoltre offrire ulteriori elementi migliorativi rispetto a quanto precisato nel capitolato tecnico quali ad esempio l'elaborazione di reports delle transazioni registrate (per periodi, per lavoratori, per esercizio convenzionato, ecc.) esportabili con programma Excel/ Microsoft ovvero la consultazione anagrafica dei lavoratori abilitati all'uso del buono pasto elettronico, ecc."

In relazione al progetto tecnico la lettera invito ha precisato che il punteggio relativo sarebbe stato attribuito mediante confronto a coppie ex allegato P (punto a.2) al DPR n. 207/2010.e quindi secondo le linee guida riportate nell'allegato G.

Al termine della gara è risultata aggiudicataria Sodexo Motivation Solutions srl (con 100 punti, dinanzi a Qui Group con 98,221.

Qui Group (precedente gestore) ha impugnato l'aggiudicazione definitiva deducendo illegittimità che hanno riguardato sia la prima classificata (il primo ed il terzo) che la lex specialis (secondo, quarto e quinto).

L'anzidetta concorrente ha poi notificato il promo dei motivi aggiunti riguardanti la composizione della commissione di gare in relazione alla mancanza di esperti; almeno due dei suoi membri non sarebbero stati esperti del settore dei buoni sostitutivi di pasto; la mancata motivazione del punteggio attribuito al "progetto tecnico"; l'attribuzione del medesimo punteggio da parte della Commissione di gara al proprio "progetto tecnico" " e a quello dell'aggiudicataria.

A seguito dei controlli previsti dalla lex specialis riguardanti il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara ed all'effettivo convenzionamento del numero minimo di esercenti la stazione appaltante ha stipulato l'Accordo Quadro con Sodexo.

Con un secondo atto di motivi aggiunti Qui Group ha impugnato di conseguenza il provvedimento con il quale veniva dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione nonché il diniego opposto all'istanza d'accesso all'elenco degli esercizi affiliati di Sodexo .

Con il terzo dei motivi aggiunti QuiGroup ! ha contestato l'aggiudicazione avendo interessato un'offerta anomala, che la Commissione di gara o la Stazione appaltante avrebbero dovuto accertare e dichiarare.

Con la sentenza in epigrafe il primo giudice dopo aver dichiarato la inammissibilità dell'intervento di FIEPET e respinto cinque motivi del ricorso introduttivo, ha accolto invece il primo dei motivi aggiunti, in relazione al difetto di motivazione, resa solo nella forma numerica, dei punteggi attribuiti dalla Commissione ai due progetti tecnici di Qui Group e Sodexo (ad entrambi è stato assegnato il punteggi più alto di 10 punti).

La sentenza, ha anche dichiarato la caducazione del contratto e condannato Ferservizi al risarcimento del danno in forma specifica mediante riedizione della sola fase di valutazione tecnica dei progetti, concedendo alla Stazione appaltante 120 giorni per la conclusione delle operazioni di gara (facendo decorrere solo da questo termine la caducazione del contratto, al fine di garantire comunque il servizio), con condanna delle spese di lite a carico di Ferservizi e Sodexo.

La sentenza viene impugnata da Sodexo deducendo con unico articolato motivo; illogicità, contraddittorietà, violazione e falsa applicazione di norme di legge (artt. 83 e 84 del dlgs 163/96 in coordinamento con l'allegato P al Regolamento dpr 207/2010); travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Qui Group si è costituita in giudizio per resistere all'appello principale riservandosi di controdedurre analiticamente al riguardo con successiva memoria ed ha proposto a sua volta appello incidentale deducendo 1) erroneità della decisione di primo grado , nella parte in cui ha respinto il quarto mezzo del ricorso introduttivo;

2) erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha omesso di pronunciarsi sul terzo motivo, nonché in subordine su uno dei profili di censura dedotti nell'ambito del primo motivo aggiunto e sul terzo mezzo del ricorso introduttivo; motivo d'impugnazione che viene in ogni caso ripro , posto anche ex art.101 co 2 , cod.proc.amm.

3) violazione da parte di Sodexo dell'impegno a non alterare lo "sconto incondizionato verso gli esercenti " attraverso l'introduzione altri corrispettivi a favore della società di emissione dei buoni pasto (Sodexo) che si risolve in un ulteriore prezzo per servizi aggiuntivi a carico degli esercenti che si affianca allo "sconto" che quest'ultimi già debbono versare alla stessa società di emissione; motivo il cui accoglimento comporta la revoca dell'aggiudicazione è lo scorrimento della graduatoria e che dunque il primo giudice non avrebbe potuto dichiarare assorbito per effetto dell'imposta riedizione della gara conseguente all'accoglimento del primo dei motivi aggiunti depositato in primo grado.

Vengono quindi riproposti ex art.101 co 2 , cod.proc. amm. anche i motivi di illegittimità non esaminati in primo grado contenuti rispettivamente nel terzo dei profili di censura dedotti nell'ambito del primo motivo aggiunto contestando il giudizio di parità dato dalla Commissione di gare al progetto tecnico rispettivamente di Sodexo e di Qui Group e nel terzo motivo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado volto ad affermare l'illegittimità dell'omessa verifica dell'anomalia dell'offerta di Sodexo.

Nel corso del presente giudizio tutte le parti hanno depositato memoria illustrative, di controdeduzioni e di replica.

All'udienza del 29 settembre 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

La sentenza impugnata ha accolto la censura dedotta con il primo motivo aggiunto motivo del ricorso di primo grado con il quale parte deducente ha lamentato "che i punteggi numerici all'esito del confronto a coppie non sarebbero stati in alcun in alcun modo motivati , né dai singoli commissari né dalla commissione collegialmente intesa non essendo stato nemmeno previsto alcun sub-criterio o sub-punteggi in relazione ai tre elementi che il progetto tecnico avrebbe dovuto illustrare , con conseguente impossibilità di verificare tanto l'iter logico seguito dalla stazione appaltante quanto rispetto il rispetto della *lex specialis* ( oltre che il rapporto tra ticket elettronici e cartacei , di 90 a 10 , stabilito in riferimento allo sconto percentuale".

Il motivo, attinente alla fase di gara della valutazione delle offerte, ed in particolare delle offerte tecniche è stato accolto dal primo giudice nella considerazione che in assenza dei sub- criteri non fosse chiara, sul piano della motivazione, la ragione per la quale la commissione avesse attribuito alla Sodexo e a qui Group i rispettivi punteggi al "progetto tecnico" presentato dalle anzidette concorrenti..

La Sezione, premesso che nel presente giudizio ricorrono le condizioni per applicare la normale regola di rito secondo la quale l'esame del ricorso principale deve precedere l'esame del ricorso incidentale, esaminati i motivi dell'appello proposto da Sodexo e la memoria ad esso adesiva depositata da Ferservizi, non ritiene di condividere le ragioni dell'accoglimento del ricorso di primo grado esternate nella sentenza impugnata.

A tal fine deve essere ricordato che la *lex specialis* prevede 60 punti per l'offerta economica e 40 per l'offerta tecnica; quest'ultima è composta dall' indicazione del numero degli ulteriori esercizi convenzionati; dall'indicazione dell'entità del rimborso dei buoni pasto agli esercizi convenzionati; dall'offerta migliorativa sui livelli di esercizio; dal progetto tecnico.

Per ciascuno di tali ultimi elementi è previsto il punteggio massimo di 10. (40 punti complessivi)

Per i primi tre dei detti elementi l'attribuzione del punteggio sarebbe avvenuta applicando la formula matematica ricavata dal dpr n.207 del 2010; criterio di attribuzione del punteggio che il primo giudice ha ritenuto corretto respingendo il secondo motivo del ricorso principale ( pag 23 e segg.)

Ai fini dell'attribuzione dei 10 punti al "progetto tecnico", la lettera invito (art.6.2 , n.1) poiché la Commissione di gara avrebbe dovuto effettuare una valutazione di tipo discrezionale, ha previsto che il concorrente doveva illustrare le modalità di erogazione del servizio in formato elettronico , le caratteristiche tecniche e le informazioni necessarie concernenti il monitoraggio della gestione del "Portale Titolari", le modalità di erogazione del servizio in formato cartaceo ed infine eventuali elementi migliorativi.

E' di immediata evidenza che nell'ambito dell'offerta tecnica uno dei quattro elementi è rappresentato dal "progetto tecnico" , il quale a sua volta viene illustrato attraverso i tre sub-criteri poc'anzi esposti della cui chiarezza nonché coerenza con le finalità della gara non pare si possa dubitare.

In relazione a tali sub-criteri la lettera invito, poiché implicanti una valutazione discrezionale della commissione di gara, ha precisato che il relativo punteggio, nella misura massima di 10 punti, sarebbe stato attribuito con il metodo del "confronto a coppie" ai sensi dell'allegato P .2.a) al dpr n.207/2010.

Non è dubbio che il confronto a coppie è stato correttamente eseguito dalla Commissione di gara; né si può dubitare, ad avviso della Sezione, che attraverso gli esposti sub-criteri la stazione appaltante abbia inteso definire, a beneficio della tendenziale omogeneità delle valutazioni sulle offerte concorrenti, ed in coerenza con le caratteristiche e le finalità della gara , il perimetro del giudizio discrezionale spettante a tale organismo nell'ambito di dette caratteristiche e finalità, ad esso peraltro certamente note.

Ciò ha fatto definendo gli elementi, anche con riferimento al rapporto tra ticket elettronici e cartacei di 90 a 10, che dovevano rappresentare, in linea con le dette finalità, il contenuto dell'offerta tecnica, considerandoli inderogabili, inscindibili, di pari rilevanza tra loro ed oggetto di valutazione globale; aspetto quest'ultimo che giustifica l'assenza di punteggi da attribuire a ciascuno di essi .

A questo punto ben si possono comprendere le critiche che parte appellante e Ferservizi rivolgono alla sentenza impugnata se si tengono presenti le caratteristiche del "confronto a coppie", che com'è noto consiste nella comparazione tra coppie di offerte con attribuzione da parte di ciascun commissario di un punteggio che va da un minimo ad un massimo, a quella di esse che considera prevalente e che esprime anche il grado di tale prevalenza ovvero una parità tra di esse.

Come già messo in evidenza il primo giudice ha ritenuto illegittimo per difetto di motivazione il giudizio sulle offerte espresso unicamente attraverso un punteggio.

Non ha però tenuto presente che nel metodo del confronto a coppie, per espressa previsione delle linee guida di cui all'allagato G del Regolamento recato dal dpr n.207 del 2010, al punteggio di ciascun commissario di gara corrisponde un giudizio di preferenza variamente graduato espresso in forma lessicale che, sommato a quello degli altri commissari, esprime la preferenza della commissione sull'offerta di ciascun concorrente e che vale come motivazione del punteggio finale da essa attribuito anche con riferimento al rapporto tra ticket elettronici e cartacei , di 90 a 10 , stabilito in riferimento allo "sconto percentuale"

In tal senso è del resto il costante orientamento di questo Consiglio, dal quale non si ha ragione di dissentire, per il quale "non sussiste alcun vizio di motivazione laddove il metodo di valutazione è basato sul cd.confronto a coppie" ( Cons.Stato Sez.III, n.2050/2015), e dove è evidente il fine di non consentire un inammissibile sindacato sul merito dei punteggi attribuiti dalla commissione di gara.

L'appello della Sodexo in virtù delle argomentazioni che precedono non soltanto non è inammissibile , secondo quanto dedotto da parte resistente , ma è fondato, con l'effetto che non occorre esaminare le altre argomentazioni sviluppate da parte appellante a supporto della richiesta di riforma della sentenza impugnata concernenti l'omogeneità dei punteggi dati dalla commissione di gara, il ridotto scarto tra i punteggi finali attribuiti da quest'ultima alle due parti del presente giudizio, la marginalità del punteggio previsto dalla *lex specialis* per il solo progetto tecnico (10 punti), rispetto al punteggio massimo (40 punti) stabilito per l'intera offerta tecnica.

Per effetto l'accoglimento dell'appello principale deve procedersi all'esame delle censure esposte nell'appello incidentale, che parte appellante ha riproposto anche ai sensi dell'art.101 co.2 del cod.proc.amm. essendo state dichiarate assorbite nella sentenza impugnata.

Poiché nessuna di esse merita d'essere accolta può prescindersi dall'esame di tutte le eccezioni d'inammissibilità dedotte dalla parti resistenti.

Con il primo motivo del ricorso incidentale viene riproposto il quarto motivo del ricorso principale di primo grado con il quale parte deducente lamenta l'illegittimità della *lex specialis* per non aver indicato i meccanismi di verifica e di controllo dell'effettiva attivazione, in sostanza del convenzionamento, "della rete degli esercizi" entro il termine indicato dal bando a pena di decadenza dall'aggiudicazione.

In proposito parte deducente ripropone con il motivo in esame censure sostanzialmente analoghe a quelle esposte nel ricorso principale che il primo giudice ha rigettato ( v.punto 2.4 della sentenza) con argomenti che la Sezione condivide e che possono quindi intendersi qui richiamati, incentrati, da un lato , sulla legittimità della possibilità di rendere ex art.285 , 8° co, d.P.R. 207/2010, una dichiarazione ai sensi del d.P.R. n.445/2000, e dall'altro sulla possibilità che il controllo sul contenuto degli atti di convenzionamento potesse essere effettuato " a campione" in ragione dell'elevato numero degli esercizi, come previsto dall'art.5 del Capitolato Tecnico in linea con le "" linee Guida "di cui alla Determinazione Avcp (oggi ANAC) n.5/2011.

Per l'esattezza una critica ai suddetti argomenti del primo giudice nell'appello incidentale non è assente, e si riferisce alla parte in cui nella sentenza impugnata a supporto del rigetto contestato viene richiamato il punto 11 della *lex specialis* ed i collaudi da effettuare presso su un "numero significativo della rete POS degli esercenti, a mente dell'art.5 del capitolato tecnico.

Si tratterebbe secondo parte deducente di adempimenti che presuppongono l'aggiudicazione riguardando la fase di esecuzione contrattuale e quindi non ineriscono alla fase a quest'ultima antecedenti ai quali si è riferita la censura esaminata, tuttavia tali inesattezze, anche ad ammettere che tali debbano essere considerate, non inducono a dissentire dall'esito di rigetto della censura esaminata, essendo riferibili ad argomentazioni che il primo giudice ha svolto *ad abundantiam*, rispetto a quelle di cui s'è detto e che nell'economia dell'esame svolto hanno avuto un rilievo decisivo.

Il primo motivo dell'appello incidentale deve quindi essere respinto.

Con il secondo motivo dello stesso mezzo parte appellante rileva che Sodexo ha violato l'obbligo assunto in gara di mantenere inalterato lo "sconto" (4,50) sul valore nominale di ciascun buono, pasto cartaceo o elettronico, accettato dall'esercizio commerciale.

Ciò sarebbe avvenuto prevedendo negli accordi di convenzionamento oneri aggiuntivi a carico degli esercenti stessi.

La censura pur ampiamente argomentata da parte deducente non merita d'essere accolta.

Al tal proposito, esaminata l'analitica esposizione effettuata sull'argomento con il mezzo in esame, la Sezione deve essere rilevato che detti "oneri aggiuntivi" non sono da considerare di per sé illegittimi, non essendo esclusi dall'art.285, 9°co.,lett. d), d.P.R. n.207/2010;sono posti a carico degli esercenti se ed in quanto da essi accettati, né può smentire ciò il fatto che siano stati inseriti nelle condizioni generali di convenzionamento; non corrispondono affatto, come sostenuto da parte appellante, all'intermediazione già compensata con il predetto "sconto", essendo bensì, ad essa complementari e al tempo stesso autonomi, afferendo agli oneri dell'attività istruttoria e di gestione della convenzione, laddove lo sconto attiene soltanto all'utilizzazione del buono pasto nell'esercizio commerciale.

Si tratta quindi di corrispettivi di attività che l'emittente svolge, anche a beneficio dell'esercente, e che comporta costi che debbono essere necessariamente remunerati.

Per altro verso si deve osservare che l'analitica disamina effettuata da parte deducente per dimostrare l'illegittimità dei costi aggiunti descritti rispetto all'impegno assunto sulla percentuale dello sconto, si sottrae strumentalmente alla necessità di esaminare l'insieme dell'operazione negoziale al centro della quale si colloca l'uso del buono -pasto alla quale partecipano con scopi diversi ma strettamente collegati, l'azienda, l'esercizio commerciale e la società che li emette.

In questo quadro, ad avviso della Sezione, potrebbe essere indagata la legittimità dei servizi aggiuntivi in esame soltanto assumendo come parametro di valutazione non il maggior costo di ciascuno di essi rispetto allo sconto, ma, unicamente, se hanno le caratteristiche anzidette, gli effetti distortivi da essi generati sulla finalità della gara , cioè il servizio sostitutivo dei buoni pasto rispetto alla ristorazione a beneficio dei dipendenti dell'azienda che ha indetto la gara per il loro affidamento, che se verificati da quest'ultima giustificano la revoca dell'aggiudicazione.

Emerge allora che il vincolo a mantenere invariata la percentuale di sconto, riveste una duplice funzione; da un lato quella diretta ad impedire che nel convenzionamento tale sconto venga formalmente modificato in aumento a danno degli esercenti, dall'altro quella indiretta di consentire la verifica, dopo il convenzionamento, dell'onere complessivo che i costi aggiuntivi generano e che oggettivamente si aggiunge alla commissione di sconto, in modo tale da poter stabilire se il costo complessivo a carico dell'esercente determina l'effetto distortivo delle cui conseguenze s'è detto.

Di ciò non si tiene conto dalla deducente e quindi anche il secondo motivo dell'appello incidentale è infondato.

Con il terzo motivo viene dedotta l'illegittimità della omessa verifica, da parte della Commissione di gara e dalla Stazione appaltante, in violazione dell'art.86 d.lgs. n.163/2006 dell'anomalia dell'offerta di Sodexo considerato che il rapporto tra commissione di sconto ( 4,50%) e ribasso (20,70%) è inidoneo a generare utili,

Nella lettera invito (art.9) la Stazione appaltante (Ferservizi) si è riservata di verificare a suo insindacabile giudizio la congruità di tutte le offerte, tuttavia non aver proceduto in tal senso nei confronti di Sodexo, non determina alcuna illegittimità.

La gara per cui è causa rientra nella categoria delle gare ricomprese nella disciplina dei Settori Speciali, l'art.339 d.P.R. n.207/2010, richiama le esclusioni e le precisazioni recate dall'art.206 del codice dei contratti pubblici dove l'art.86 sui "criteri di individuazione delle offerte anomale viene richiamato "con la precisazione che gli enti aggiudicatori hanno facoltà di utilizzare i criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse".

Anche il terzo motivo dell'appello incidentale deve in conclusione essere respinto.

Alla stregua delle considerazioni che precedono si deve accogliere il ricorso principale, con reiezione del gravame incidentale.

Considerata la particolarità della controversia le spese dell'intero giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello principale, respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE  
Sandro Aureli

IL PRESIDENTE  
Francesco Caringella