



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6526 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Qui! Group s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Cristina Pieretti, Luigi Cocchi e Silvio Quaglia, elettivamente domiciliata presso lo studio della prima in Roma, Via Panama n. 26;

contro

Ferservizi s.p.a., in persona dell'istitutore avv. Francesco Leggiadro, rappresentata e difesa dall'avv. Rodolfo Mazzei, presso il cui studio in Roma, Via XX Settembre n. 1, ha eletto domicilio;

nei confronti di

Sodexo Motivations Solutions Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giancarlo Tanzarella, Massimiliano Napoli e Giovanni Corbyons, elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Cicerone n. 44;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Fiepet – Federazione italiana esercenti pubblici e turistici, in persona del

presidente *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avv. Vittorio Minervini, presso il cui studio in Roma, Via di Villa Patrizi n. 13, ha eletto domicilio;

per l'annullamento

(ric. e I[^] mm.aa.)

- della nota di Ferservizi, prot. AD/PRT/P/2015/0010116, avente a oggetto “eGPN 131/2014 – svolta in modalità telematica, relativa all’affidamento del servizio sostitutivo di ristorazione aziendale mediante fornitura di ticket/buoni pasto cartacei – a ridotto impatto ambientale – e/o elettronici nei confronti dei dipendenti delle società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiano – CIG 602728943A. Comunicazione ex art. 79, comma 5, lett., a) del d.lgs. n. 163/06 e s.m.i.”, trasmessa tramite portale in data 9.4.2015;

- dell’aggiudicazione definitiva di tale gara a Sodexo Motivation Solutions Italia s.r.l., comunicata a Qui! Group con la nota sopra indicata;

- dei verbali della commissione aggiudicatrice nn. 1 dell’1.4.2015, 2 del 2.4.2015, 3 del 3.4.2015 e 4 del 7.4.2015;

- di ogni altro atto presupposto, preparatorio e conseguente, con particolare riferimento all’avviso di gara pubblicato nella GU 233 del 3.12.2014, alla lettera di invito nonché agli allegati di quest’ultima;

(II[^] mm.aa.)

- dell’atto di “nomina della commissione di gara”, di cui alla nota prot. 20/15 del 31.3.2015;

- della nota di Ferservizi, prot. AD/PRT/P/2015/0017296 del 15.6.2015, avente a oggetto “eGPN 131/2014 – svolta in modalità telematica, relativa all’affidamento del servizio sostitutivo di ristorazione aziendale mediante fornitura di ticket/buoni pasto cartacei – a ridotto impatto ambientale – e/o elettronici nei confronti dei dipendenti delle società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiano – CIG 602728943A. Comunicazione di efficacia dell’aggiudicazione definitiva”, consegnata a Qui! Group in occasione dell’accesso agli atti effettuato il 29.9.2015;

- della nota di Ferservizi, prot. AD/PRT/P/2015/0027238 del 2.10.2015, contenente la “comunicazione ex art. 79, comma 5, lett. b-ter), del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.”, della circostanza “che in data 2.10.2015, è stato stipulato l’accordo quadro repertorio n. 61/ALS, con l’impresa Sodexo ...”;

- della nota di Ferservizi, prot. AD/PRT/P/2015/0029919 del 26.10.2015, avente a oggetto “eGPN 131/2014 – svolta in modalità telematica, relativa all’affidamento del servizio sostitutivo di ristorazione aziendale mediante fornitura di ticket/buoni pasto cartacei – a ridotto impatto ambientale – e/o elettronici nei confronti dei dipendenti delle società del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiano – CIG 602728943A. Accesso agli atti ex legge 241/90 e successivo D.P.R. n. 184/06”;

nonché per la declaratoria

dell’inefficacia dell’accordo quadro rep. n. 61/ALS in data 2.10.2015 e degli eventuali contratti applicativi successivamente stipulati;

e per la condanna,

di Ferservizi, dato atto della disponibilità di Qui! Group a subentrare nell’aggiudicazione e nel contratto, al risarcimento del danno in forma specifica, mediante l’aggiudicazione della gara e la stipula del contratto e/o l’ordine di rinnovare le operazioni di scelta del contraente e/o di espletare le verifiche e i controlli omessi dalla stazione appaltante e/o di indire una nuova gara

nonché, in via subordinata,

per la condanna di Ferservizi al risarcimento per equivalente di tutti i danni subiti e subendi, nella misura che sarà accertata in corso di causa, anche all’esito di c.t.u., oltre rivalutazione monetaria e interessi sugli importi annualmente rivalutati.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Visto l’atto di intervento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica dell'8 gennaio 2016 il cons. M.A. di Nezza e uditi i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato quanto segue in fatto e in diritto.

FATTO

A) Con ricorso passato per le notificazioni l'11.5.2015 (dep. il 26.5) la società Qui! Group, nel premettere di essersi classificata al secondo posto (con 98,221 punti) dietro la società Sodexo (100 punti) nella procedura negoziata per l'affidamento del servizio sostitutivo di ristorazione aziendale mediante fornitura di buoni pasto cartacei ed elettronici ai dipendenti del gruppo Ferrovie dello Stato, indetta da Ferservizi con bando pubblicato il 3.12.2014, ha impugnato l'aggiudicazione e gli altri atti indicati in epigrafe, adducendo:

1) Violazione degli artt. 2, 27, 38, 46 e 206 d.lgs. n. 163/06, dell'art. 2 d.l. n. 210/2002, degli artt. III.2.1 e VI.3 dell'avviso di gara nonché degli artt. 4, 8 e 10 della lettera di invito; eccesso di potere; falsità dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità e irragionevolezza; contraddittorietà:

l'assenza della "dichiarazione, resa ai sensi del D.P.R. 445/2000, attestante i dati di regolarità contributiva" nella busta digitale relativa alla documentazione amministrativa di Sodexo, accertata dal seggio di gara (verb. n. 1 dell'1.4.2015), costituirebbe violazione dell'art. 4.1.D della lettera di invito, sanzionata con l'esclusione; Sodexo avrebbe pertanto dovuto essere o esclusa dalla gara, se priva del requisito in questione alla data di scadenza del termine per la presentazione delle offerte (31.3.2015), ovvero ammessa alla regolarizzazione, se solo inadempiente all'inerente obbligo dichiarativo (secondo la disciplina del soccorso istruttorio, previo pagamento di sanzione pecuniaria); inoltre, il citato art. 4.1.D sarebbe illegittimo qualora avesse previsto come solamente "eventuale" la presentazione di detta dichiarazione, risultando tale qualificazione giustificabile in relazione ad accadimenti,

quali le modificazioni soggettive o il subappalto (come stabilito dalla *lex specialis*), posteriori alla prequalifica ed effettivamente ipotetici, ma non per uno dei requisiti di cui all'art. 38, co. 1, d.lgs. n. 163/06;

2) *Violazione degli artt. 2, 27, 46, 83 e 206 d.lgs. n. 163/06, degli artt. 283, 285 e 339 nonché dell'all. P del d.P.R. n. 207/2010, dell'art. IV.2.1 del bando nonché dell'art. 18 del "regolamento delle gare on line"; eccesso di potere; falsità dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità e irragionevolezza; contraddittorietà; ingiustizia grave e manifesta; sviamento:*

pur avendo recepito le disposizioni degli artt. 283 e 285, nonché dell'All. P, del d.P.R. n. 207/2010, la lettera di invito, quanto ai criteri di valutazione delle offerte tecnica ed economica, cui assegnare rispettivamente 40 e 60 punti massimo:

i) avrebbe illegittimamente compreso, tra gli elementi della "valutazione tecnico-qualitativa" e dunque nelle offerte tecniche, il criterio del "rimborso del buono pasto/ticket agli esercizi convenzionati offerto, valutato quale percentuale di commissione trattenuta dal concorrente sul valore nominale" (art. 6.2.3); tale "percentuale di commissione" rileverebbe però solo sotto l'aspetto economico, stanti le modalità di determinazione dell'equilibrio economico complessivo di una qualsiasi offerta relativa alla prestazione di un servizio sostitutivo di mensa, connotata dal rapporto tra percentuale di ribasso sul valore nominale del buono (consistente nel prezzo erogato dall'amministrazione committente per il servizio, e dunque costituente ricavo) e "percentuale della commissione" (o sconto) da applicare sul medesimo valore nominale in occasione del rimborso all'esercente (costituente voce di costo); in questa prospettiva, l'entità della commissione non inciderebbe sulla qualità del servizio, atteso che "i buoni pasto [...] consentono all'utilizzatore di ricevere un servizio sostitutivo di mensa di importo pari al valore facciale del buono pasto" (art. 285, co. 4, lett.a, d.P.R. n. 207/2010), indipendentemente dall'ammontare retrocesso dalla società di emissione all'esercente convenzionato; sicché Ferservizi, pur avendo mostrato di condividere il principio di

segretezza dell'offerta economica (art. 8 lett. inv.), ne avrebbe erroneamente escluso l'applicazione, atteso che la ridetta "percentuale di commissione" avrebbe influenzato le operazioni del seggio di gara (messo in grado di desumere da tale dato l'"ordine di grandezza dei ribassi offerti", stante la "reciproca dipendenza" tra sconto e ribasso offerto);

ii) quanto agli elementi di natura quantitativa, avrebbe previsto una formula di attribuzione dei punteggi non agevolmente percepibile e comunque diversa da quella prevista al punto II.b), All. P, cit. (vale a dire il rapporto $Ra/Rmax$, in cui Ra è il valore offerto dal concorrente a e $Rmax$ il valore dell'offerta migliore), preordinata a garantire, in ottica procompetitiva, la differenziazione dei punteggi da assegnare ai concorrenti e l'effettiva e concreta rilevanza di ciascuno degli elementi di valutazione; ciò varrebbe, oltre che per la menzionata "percentuale di commissione trattenuta dal concorrente" (art. 6.2.3), anche per il "numero esercizi ulteriori convenzionati" (art. 6.2.2) e per i "livelli di servizio migliorativi" (art. 6.2.4), consistenti in elementi di natura quantitativa, di cui sarebbe stata prevista la valutazione non ai sensi del menzionato All. P, ma attraverso punteggi corrispondenti a valori rigidamente predeterminati; in concreto, tutti i concorrenti avrebbero presentato offerte tali da conseguire i punteggi massimi, sicché il criterio prescelto avrebbe sortito il duplice effetto di rendere del tutto irrilevanti i due elementi in questione (incidenti per ben 20 punti) e, al contempo, di attribuire agli altri criteri un'"importanza" effettiva maggiore;

3) Violazione dell'art. 97 Cost., degli artt. 2, 27, 86, 87, 88 e 206 d.lgs. n. 163/06, degli artt. 121, 284 e 339 d.P.R. n. 207/2010, nonché dell'art. 18 del "regolamento delle gare on line"; eccesso di potere; falsità dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità e irragionevolezza; contraddittorietà; ingiustizia grave e manifesta; sviamento:

la stazione appaltante avrebbe dovuto sottoporre l'offerta Sodexo, basata su un rapporto tra "percentuale di commissione" (4,5%) e ribasso (20,07%)

particolarmente oneroso per la concorrente e “unico” per i due tipi di buoni pasto, cartacei ed elettronici (nonostante la notoria maggiore onerosità del servizio con modalità elettroniche, incidente per il 90% sull'intero contratto), a verifica di anomalia, in applicazione dell'art. 121, co. 10, d.P.R. n. 207/2010 (giusta il richiamo all'art. 86, co. 2, d.lgs. n. 163/06); e anche a non voler riconoscere l'obbligatorietà di detta valutazione, gli elementi economici appena menzionati, apprezzati alla luce dell'ammontare dell'appalto, avrebbero dovuto indurre la stazione appaltante a procedere comunque alla verifica (facoltativa);

4) Violazione degli artt. 2, 27 e 83 d.lgs. n. 163/06, dell'art. 285 d.P.R. n. 207/2010, della determinazione Avcp n. 5 del 20.10.2011 nonché dell'art. 18 del “regolamento delle gare on line”; eccesso di potere; falsità dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e di motivazione; illogicità e irragionevolezza; contraddittorietà; ingiustizia grave e manifesta; sviamento:

in riferimento al criterio della “rete degli esercizi da convenzionare” e all'impegno all'attivazione della stessa entro un congruo termine dal momento dell'aggiudicazione, fissato in sede di bando, con previsione della decadenza dall'aggiudicazione stessa in caso di mancata tempestiva attivazione (art. 285, commi 7 e 8, d.P.R. n. 207/2010), l'Avcp (oggi Anac) avrebbe chiarito come l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto dovessero essere “subordinate all'esito delle verifiche ispettive da condurre a seguito dell'aggiudicazione provvisoria”, con necessità di dettagliare i “controlli pre-stipula” (in sede di comprova), oltre che quelli successivi al contratto, sin dall'indizione della procedura, attraverso l'invio e la verifica degli accordi di convenzionamento o l'espletamento di ispezioni *in loco* (se del caso a campione, in relazione al numero di esercizi; det. n. 5/2011); in concreto, la *lex specialis* avrebbe previsto “l'impegno del concorrente a convenzionare una rete di esercizi ulteriori rispetto a quelli indicati nell'elenco di cui all'allegato 6” (art. 6.2.2 lett. inv.), onerando l'aggiudicatario della produzione, nei 30 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione definitiva, di una dichiarazione di

“avvenuto convenzionamento degli esercizi costituenti requisito minimo di servizio” e di un modulo excel recante “i dati relativi agli eventuali ulteriori e diversi esercizi offerti in aggiunta” (art. 11); non sarebbe stato pertanto individuato alcun meccanismo di verifica e controllo sul corretto e tempestivo adempimento degli obblighi di convenzionamento (riguardanti ca. 3.200 esercizi quale requisito minimo e più di 2.000 esercizi ulteriori), a parte l’espletamento di un collaudo sul corretto funzionamento del portale titolari, della card dedicata e della smart card aziendale da mettere a disposizione del committente; di qui, l’illegittimità della *lex specialis* (e, in via derivata, dell’aggiudicazione a Sodexo), anche in riferimento all’impossibilità di verificare il puntuale adempimento della “distribuzione territoriale” (degli esercizi necessari e ulteriori, secondo l’all. 6), della “percentuale di commissione” e dei termini di pagamento indicati in offerta;

5) Per quanto possa occorrere, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 24, 103 e 113 Cost., degli artt. 6 e 13 della Cedu della dir. 2007/66/CE, dell’art. 245 del d.lgs. n. 163/2006 nonché degli artt. 1, 1190 e 120 del d.lgs. n. 104/2010.

B) Con ricorso per motivi aggiunti (I[^] mm.aa.) passati per la notificazione il 28.5.2015 (dep. il 10.6), la ricorrente, deducendo di avere acquisito ulteriore documentazione da Ferservizi attraverso accesso informale in data 28.4.2015 (visione dei verbali della commissione di gara) e formale in data 6.5.2015 (consegna del progetto tecnico, scansionato dall’originale “oscurato”, di Sodexo), ha ulteriormente dedotto:

9) Primo motivo aggiunto: Violazione degli artt. 2, 27, 83, 84 e 206 d.lgs. n. 163/06, degli artt. 282, 283, 285, 339 e dell’all. P d.P.R. n. 207/2010, dell’art. 97 Cost., dell’art. IV.2.1 dell’avviso di gara nonché degli artt. 4.2.1, 6.1, 6.2.1 e 9 della lettera di invito; incompetenza; eccesso di potere; falsità dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e di motivazione; manifesta illogicità e irragionevolezza; contraddittorietà; ingiustizia grave e manifesta; sviamento:

la valutazione dei progetti tecnici effettuata dalla commissione aggiudicatrice sarebbe

illegittima in quanto:

- la commissione stessa non sarebbe composta in maniera prevalente da “esperti nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto” (art. 84 d.lgs. n. 163/06), risultando solo per il presidente tale caratteristica ma non per gli altri componenti (tenuto conto delle posizioni rivestite nella stazione appaltante); ciò sarebbe comprovato dalla radicale divergenza dei giudizi da essi espressi;
- i punteggi numerici assegnati all’esito del confronto a coppie sarebbero del tutto immotivati, non essendo stati nemmeno fissati preventivamente i sub-criteri o sub-punteggi per la valutazione dei progetti tecnici (i quali ultimi avrebbero dovuto “illustrare dettagliatamente” le modalità di erogazione del servizio in formato elettronico, le caratteristiche tecniche e la completezza delle informazioni necessarie al committente concernenti il monitoraggio della gestione del “Portale titolari” e le modalità di erogazione del servizio in formato cartaceo, e avrebbero potuto “offrire ulteriori elementi migliorativi”); il punteggio sarebbe stato dunque assegnato all’“intero progetto”, ciò avendo impedito di verificare se i singoli commissari avessero rispettato quanto stabilito dalla lettera di invito in relazione ai menzionati elementi specifici e se avessero tenuto conto o non del rapporto tra ticket elettronici e cartacei (90/10), stabilito in riferimento allo “sconto percentuale” (art. 6.1 lett. inv.) e applicabile anche in sede di attribuzione dei punteggi; il vizio motivazionale sarebbe ancora più evidente alla luce della radicale divergenza delle valutazioni dei tre commissari;
- i punteggi sarebbero illegittimi anche sotto l’aspetto sostanziale: la valutazione dei progetti della ricorrente e della controinteressata sarebbe del tutto illogica e affetta da palese travisamento, stante l’evidente superiorità dell’offerta di Qui! Group, attestata da una “tabella di raffronto” recante indicazione delle caratteristiche tecniche “addizionali e migliorative” da essa proposte (pagg. 13 ss. mm.aa.); per giunta, la commissione non avrebbe dovuto valutare gli allegati del progetto tecnico di Sodexo (pag. 21 mm.aa.), non consistenti in “meri dettagli visivi” di quanto

proposto nel progetto stesso e dunque non suscettibili di apprezzamento (art. 4.2.1).

C) Costituitesi in resistenza le società Ferservizi e Sodexo, con istanza del 5.6.2015 la ricorrente ha chiesto il rinvio della trattazione della domanda cautelare.

D) Con successivo ricorso per motivi aggiunti (*II[^] mm.aa.*), spedito per le notificazioni a mezzo del servizio postale il 28.10.2015 (dep. il 29.10), la società istante, nel premettere di avere acquisito, in occasione di un nuovo accesso agli atti avvenuto il 29.9.2015 (a seguito di istanza presentata il 24.8), copia del “provvedimento di efficacia dell’aggiudicazione definitiva”, prot. 17296 del 15.6.2015, recante comunicazione a Sodexo dell’“*intervenuta efficacia dell’aggiudicazione definitiva, a seguito del positivo esito della verifica della documentazione prodotta a comprova dei requisiti indicati in sede di gara*”, e di avere ricevuto le note prot. 27238 del 2.10.2015, di comunicazione dell’avvenuta stipulazione in pari data dell’accordo quadro, e prot. 29919 del 28.10.2015, di riscontro negativo all’ulteriore istanza di ostensione (formulata dalla ricorrente il 30.9.15), ha esteso l’impugnazione a tali atti, prospettando:

10) secondo motivo aggiunto: illegittimità derivata, per tutti i vizi dedotti con i precedenti motivi;

11) Terzo motivo aggiunto: Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 2, 3, 27, 32, 83, 87, 88, 206, 207 e 210 d.lgs. n. 163/06, degli artt. 283, 285, 285 e 339 d.P.R. n. 207/2010, dell’art. 97 Cost., della determina Avcp n. 5 del 20.10.2011, dell’art. IV.2.1 del bando, degli artt. 1, 2, 4, 6, 9, 11 e 12 della lettera di invito, degli artt. 1, 2, 3, 9, 10, 11, 19, 20 e 31 dello schema di contratto, degli artt. 1, 2, 3, 5 e 6 del capitolato tecnico, dell’art. 18 del regolamento delle gare on-line di Ferservizi, dei principi di legalità, di trasparenza, di pubblicità, di libera ed effettiva concorrenza, di non discriminazione nonché di imparzialità, correttezza, economicità e buon andamento dell’azione amministrativa; eccesso di potere; inesistenza e falsità dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e di motivazione; manifesta illogicità e irragionevolezza; contraddittorietà; disparità di trattamento; ingiustizia

grave e manifesta; sviamento:

- la chiara differenza, delineata dalla giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, sez. VI, 7 agosto 2008, n. 3900), tra lo “sconto incondizionato verso gli esercenti” e gli “eventuali altri corrispettivi riconosciuti alle società di emissione”, costituenti remunerazione, rispettivamente, della c.d. “funzione intermediaria” (tra stazione appaltante ed esercenti) svolta dall’impresa emettrice dei buoni pasto e dei “servizi complementari” da questa offerti e volontariamente acquistati dagli esercenti, si rifletterebbe sulle regole della selezione;

- in particolare, dalla *lex specialis* (bando, lettera di invito, schema di accordo quadro e capitolato tecnico) si evincerebbe la natura di soglia massima della “percentuale di commissione” offerta dai concorrenti (valutata ai fini dell’attribuzione del punteggio); essa sarebbe pertanto insuscettibile di aumenti, tanto nella fase di attivazione della rete quanto in quella di esecuzione dell’accordo quadro (e nemmeno nell’ipotesi di migrazione dal buono cartaceo a quello elettronico), trattandosi per l’appunto del corrispettivo per la menzionata funzione intermediaria, come tale connesso all’attivazione e alla gestione della rete degli esercizi convenzionati per la prestazione dei servizi sostitutivi di mensa in modalità sia cartacea sia elettronica (e, con riferimento a quest’ultima modalità, per i servizi di fornitura, installazione, gestione, manutenzione e, in caso di guasto, riparazione o sostituzione dei terminali elettronici, POS); al contrario, i compensi per i “servizi aggiuntivi” si collocherebbero su un piano sinallagmatico, esulando dalla ridetta tipica funzione delle società di emissione, con la conseguenza che essi potrebbero essere resi (e remunerati) solo in presenza di apposita manifestazione di consenso da parte degli esercenti; sicché Sodexo, nella fase di attivazione della rete, avrebbe dovuto necessariamente rispettare l’impegno, assunto in sede di gara, di applicare una commissione del 4,5%, pena la decadenza dall’aggiudicazione;

- dagli accertamenti esperiti dalla ricorrente sarebbe però emersa la violazione di detto impegno, stanti i costi richiesti agli esercenti (100 euro per l’installazione del

POS e 10 euro al mese quale canone di noleggio, con commissione fissa di 48 centesimi per “strisciata”, corrispettivo annuo di 25 euro per “gestione contratto” e corrispettivo di 3 euro per fattura o 10 euro per fattura cartacea; ciò che risulterebbe da un comunicato dell’Associazione provinciale pubblici esercenti di Padova, aderente alla Federazione italiana pubblici servizi e dai “contratti di convenzione” tra Sodexo e alcuni esercenti); in particolare, sarebbero risultati i seguenti corrispettivi (al netto di iva):

a) quanto ai buoni pasto cartacei (BPC):

- 25 euro all’anno per “spese di istruttoria e gestione della convenzione”; quest’ultima voce sarebbe aggiuntiva rispetto alla commissione del 4,5%, per un totale (in caso di proroga) di 660.000 euro di ulteriori incassi (in relazione ai 5.333 esercizi della rete), importo che, collegato ad attività incluse nella “funzione intermediaria”, dimostrerebbe l’indebito aumento della commissione offerta (e anche a volerne escludere la riconducibilità alla menzionata funzione, si tratterebbe di una remunerazione comunque prevista dalle condizioni generali del convenzionamento e dunque non liberamente rinunciabile dagli esercenti);

- 16 euro “a titolo di rimborso spese” per la “gestione di errori in fattura” comportanti l’emissione di note di rettifica, se imputabili all’esercente, voce da ritenersi parimenti rientrante nella funzione intermediaria e comunque prevista nelle condizioni generali;

b) quanto ai buoni pasto elettronici (BPE):

- 0,48 euro quale “costo per buono transato”, voce che si applicherebbe anche alle operazioni della “rete dedicata Ferservizi” (stanti le condizioni generali di contratto);

- 100 euro per l’installazione dei POS (per un totale di 533.000 euro) e 10 euro al mese per spese di manutenzione (per un totale di 1.279.920 euro), oltre le spese di riparazione o riacquisto per i casi di danneggiamento o distruzione dei terminali; anche tali corrispettivi rientrerebbero nella funzione tipica delle società di emissione e comunque sarebbero contemplati dalle condizioni generali di contratto;

- 10 euro o 3 euro (a seconda delle modalità, cartacee o informatiche) per il “servizio di fatturazione in nome e per conto” dell’esercizio convenzionato, non rientrante nella funzione intermediaria ma comunque previsto nelle condizioni generali di contratto (a differenza dei servizi denominati “pagamento veloce buoni cartacei e card” e “dematerializzazione buoni pasto”);

tali elementi dimostrerebbero, in aggiunta al mancato rispetto dell’impegno assunto in sede di gara, anche l’inattendibilità dell’offerta, che, se sottoposta a verifica, avrebbe comportato l’esclusione di Sodexo.

E) Respinta l’istanza di misure cautelari monocratiche (con decreto del 2.11.2015) ed espressa dalla ricorrente rinuncia alla domanda cautelare (nella camera di consiglio del 12.11.2015), all’odierna udienza – in vista della quale: la ricorrente ha presentato ulteriore documentazione (18.12.2015); tutte le parti, memorie difensive (23.12.2015), anche di replica (28.12.2015); è intervenuta in giudizio la Federazione italiana esercenti pubblici e turistici con atto passato per le notificazioni il 24.12.2015, depositato in pari data – il giudizio è stato discusso e trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Vanno *in limine* esaminate le eccezioni di tardività e di inammissibilità dell’intervento di Fiepet, rispettivamente sollevate da Sodexo e da Ferservizi.

La prima eccezione è infondata: l’atto di intervento, passato per le notificazioni il 24.12.2015, è stato depositato in pari data, e dunque entro il termine stabilito (15 giorni decorrenti dall’odierna udienza *ex artt.* 119, 120, co. 2, e 50, co. 3, c.p.a.).

A differenza di quanto sostenuto dalla controinteressata (e affermato in qualche pronuncia; v. a es. T.a.r. Lazio, sez. III, 10 giugno 2015, n. 8126), dall’art. 50, co. 3, c.p.a. non è possibile desumere la configurazione del termine come dilatorio.

E infatti tale disposizione (“Il deposito dell’atto di intervento [...] è ammesso fino a trenta giorni prima dell’udienza”) non parla di giorni “liberi”, qualificazione riservata dal legislatore a specifici adempimenti processuali (v. gli artt. 55, co. 5, e 73, co. 1) o

a fattispecie insuscettibili di applicazione analogica (v., a proposito della c.d. *class action* pubblica, l'art. 1, co. 3, d.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, secondo cui "I soggetti che si trovano nella medesima situazione giuridica del ricorrente possono intervenire nel termine di venti giorni liberi prima dell'udienza di discussione del ricorso [...]").

L'eccezione di inammissibilità va esaminata alla luce del recente orientamento espresso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che con la sentenza 2 novembre 2015, n. 9, ha chiarito come "la legittimazione attiva (e, dunque, all'intervento in giudizio) di associazioni rappresentative di interessi collettivi obbedisce alle stringenti regole di seguito precisate":

i) la questione dibattuta deve attenersi "in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione", dovendosi la produzione degli effetti del provvedimento controverso risolvere "in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati";

ii) l'interesse tutelato con l'intervento deve essere "comune a tutti gli associati", nel senso che non devono essere "tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi", né devono essere "configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio";

iii) "è preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia", occorrendo invece un interesse concreto e attuale, imputabile all'associazione esponenziale di interessi collettivi, alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso.

Sono in proposito condivisibili le deduzioni di Ferservizi, oltre che sull'insussistenza di un interesse di Fiepet a censurare le modalità di svolgimento della gara (e dunque in relazione alle doglianze non attinenti alla questione dell'effettiva entità della commissione trattenuta dal concorrente sul valore nominale del buono pasto), sulla

carente dimostrazione della comunanza di interessi degli associati Fiepet sì da escludere conflitti interni, non avendo l'interveniente indicato "quali e quanti" esercizi pubblici a essa associati abbiano in concreto ritenuto di non aderire alla convenzione "Rete dedicata Ferservizi" o di contestarne il contenuto economico e quanti invece, parimenti associati, abbiano comunque reputato economicamente conveniente aderirvi.

Ne segue che l'intervento di Fiepet, pur tempestivo, è tuttavia inammissibile.

2. Nel merito, il ricorso è fondato per quanto di ragione.

2.1. Il primo motivo, attinente all'assenza della "dichiarazione, resa ai sensi del D.P.R. 445/2000, attestante i dati di regolarità contributiva" nella busta digitale relativa alla documentazione amministrativa di Sodexo, e dunque volto a contestare l'ammissione della controinteressata alla procedura selettiva, va disatteso.

Risultano infatti condivisibili le deduzioni di Ferservizi (e quelle analoghe di Sodexo) circa la non coincidenza della dichiarazione in questione con quella sul possesso del requisito *ex art. 38, co. 1, lett. i)*, d.lgs. n. 163/06.

Quest'ultima è stata resa da Sodexo in sede di prequalifica, conformemente all'avviso di gara (punto III.2.1, lett. b), e la sua presenza è stata riscontrata dalla commissione (che ha dato atto dell'"esito positivo" delle operazioni di prequalifica per tutti i concorrenti; cfr. verb. 1/2015, all. 4 amm.; v. all. 8 c.int., punto 1.2.45).

La dichiarazione prevista nella lettera di invito riguarda invece, come risulta dalla documentazione versata in atti (all.ti 13 e 14 res.), i "dati" relativi alla certificazione di regolarità contributiva al fine di "anticipare i tempi della richiesta" (da parte della stazione appaltante presso gli enti competenti) e in vista del "rilascio della relativa certificazione nella fase di comprova" (non essendo possibile acquisire direttamente il d.u.r.c. dai concorrenti).

Ciò che vale anche a spiegare la natura "eventuale" della relativa produzione, secondo quanto previsto dal punto 4.1.D della lettera di invito, e la non necessarietà del soccorso istruttorio.

Né detta previsione di gara è affetta dai vizi dedotti dalla ricorrente, alla luce dell'orientamento secondo cui nelle procedure ristrette, alla stregua della disciplina dettata dagli artt. 55 comma 6, e 67 d.lgs. n. 163/06, “la prequalificazione si configura semplicemente come un’ipotesi di dissociazione temporale tra i momenti, di regola contestuali, della domanda di partecipazione con connessa dichiarazione circa il possesso in capo al concorrente dei requisiti prescritti dalla ‘lex specialis’ e della presentazione delle offerte tecniche ed economiche; ne discende che essa costituisce parte integrante della prima delle ‘fasi’ della procedura, senza peraltro esaurirla, atteso che anche in seguito la lettera d’invito può imporre alle imprese selezionate non solo di attestare il permanere dei requisiti dichiarati in sede di prequalifica, ma anche - come si ricava dal disposto dell'art. 67, comma 2, lettera d), del Codice - di procedere direttamente a dimostrarne il possesso producendo la documentazione necessaria, con anticipazione della verifica ex art. 48 dello stesso Codice, ordinariamente destinata a svolgersi in un momento successivo della procedura e con peculiari tempi e modalità” (così Cons Stato, sez. IV, 13 gennaio 2015, n. 48; v. anche Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2008, n. 4047, in particolare nn. 32 ss., con cui è stata ritenuta legittima e ragionevole la richiesta, contenuta nella lettera di invito inoltrata ai concorrenti che avevano superato la prequalificazione, di corredare l’offerta da una dichiarazione attestante, tra l’altro, “il permanere delle condizioni soggettive già dichiarate in sede di domanda di partecipazione”, e tanto sul rilievo che “l’unicità del procedimento non preclude la reiterazione di talune dichiarazioni inerenti a fatti e circostanze personali che sono suscettibili di mutamenti nel lasso di tempo intercorrente tra la prima fase [di prequalifica] e quella successiva [di presentazione delle offerte]”).

Dal che si desume che sussiste non già un obbligo, ma una mera facoltà dell’amministrazione di prevedere la reiterazione dell’incombente anche in sede di offerta (significativamente l’art. 67, co. 2, lett.d, cit. nell’elencare i contenuti dell’invito, si riferisce anche all’“indicazione dei documenti eventualmente da allegare

a sostegno delle dichiarazioni verificabili prescritte dal bando o dall'invito [...]).

Occorre infine rilevare come la ricorrente, oltre a non avere insistito sulla questione nei successivi scritti difensivi, non abbia comunque contestato la sussistenza del requisito.

Di qui, l'infondatezza della doglianza.

2.2. Il secondo motivo concerne i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, essendosi la società istante doluta per un verso dell'inclusione della "percentuale di commissione" nell'ambito dell'offerta tecnica, scelta a suo dire comportante lesione del principio della segretezza delle offerte economiche, e, per altro verso, dell'applicazione di metodi di calcolo difformi da quelli sanciti dall'All. P d.P.R. n. 207/2010 sia per la "percentuale di commissione" (art. 6.2.3 lett. inv.) sia per il "numero degli esercizi convenzionati" e per i "livelli di servizio migliorativi" (artt. 6.2.2 e 6.2.4 lett. inv.).

Il primo profilo di critica (in disparte gli aspetti di inammissibilità sollevati da Sodexo) non è sorretto da sufficienti elementi di convincimento.

Come giustamente osservato dalle parti intime, dalla percentuale in questione, che pure incide sulle partite economiche del rapporto tra amministrazione, società di emissione ed esercenti e sui connessi flussi finanziari (la dinamica giuridico-economica del servizio non è controversa), non è dato evincere l'entità del ribasso offerto in sede di gara, non risultando dimostrato che tipo di nesso sussista tra la struttura dei costi degli intermediari e l'entità dello "sconto" sul rimborso agli esercenti.

Sarebbe invece occorsa l'allegazione (e la prova) di una correlazione (se non di un vero e proprio nesso causale) ragionevolmente percepibile tra gli elementi in questione (la tabella elaborata dalla resistente sulla base dei dati della gara attesta, anzi, che al contrario di quanto sarebbe stato plausibile aspettarsi i concorrenti che hanno presentato il maggior ribasso sono anche quelli che hanno presentato una commissione di sconto meno elevata; cfr. pag. 11 mem. 10.11.15).

Ciò consente di escludere potenziali lesioni del principio di segretezza delle offerte economiche e, a un tempo, di non ritenere illegittima l'inclusione della "percentuale di commissione" tra gli elementi qualitativi (atteso anche il riferimento, contenuto nella delib. Avcp n. 5/2011, all'obiettivo di "fornire agli utenti un servizio di qualità").

Va parimenti disatteso il secondo profilo di doglianza, inerente al metodo di assegnazione dei punteggi per gli elementi quantitativi e alla sua pretesa difformità dalle previsioni del d.P.R. n. 207/2010.

A dire della ricorrente, la formula per lo "sconto" agli esercenti sarebbe "di non agevole comprensione", mentre per il "numero di esercizi" e per i "livelli di servizio" sarebbero stati fissati valori predeterminati, in modo tale che essi, pur incidendo per un quinto sulla valutazione complessiva (giusta il fattore ponderale di 20), sarebbero stati tuttavia privati di effettiva valenza segnaletica in ordine alla reale meritevolezza dell'offerta (tanto che tutti i concorrenti avrebbero ottenuto i punteggi massimi per le voci in questione).

Sostiene in contrario Ferservizi che il metodo di attribuzione dei punteggi, peraltro già utilizzato nella precedente gara del 2012 vinta proprio da Qui! Group, sarebbe in linea con l'All. P in quanto basato sul "rapporto proporzionale tra il valore in valutazione e il valore più favorevole offerto" (ferma l'insussistenza di lesione alla luce del massimo punteggio ottenuto dalla ricorrente anche nella residua valutazione discrezionale). Sodexo ha per sua parte insistito nel rilievo di genericità delle censure relative alla pretesa violazione dell'All. P.

Va in proposito osservato che secondo la giurisprudenza l'All. P, coerentemente alle norme degli artt. 83 d.lgs. n.163/2006 e 283 d.P.R. n. 207/2010, "non impone affatto a pena di illegittimità un particolare tipo di metodologia per l'individuazione del miglior offerente con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa purché la metodologia adottata sia tale da '...consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa...' (art. 83, V° co. Cod. dei

Contratti)” (Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 749, secondo cui l’All. P si limita a indicare alcuni metodi “solo esemplificativamente”, imponendo “che il metodo prescelto sia fondato su parametri numerici”; v. anche Cons. Stato, sentt. sez. V, 12 giugno 2013, n. 3239, e 27 marzo 2015, n. 1619, sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4812, e sez. V, 17 marzo 2015, n. 1371, in cui è affermata, *per incidens*, la natura non tassativa dell’elencazione dei metodi di calcolo disciplinati negli allegati al d.P.R. n. 207/2010; v. infine, di questo Tribunale, sez. III-*quater*, la sent. 4 marzo 2014, n. 2522, pur se con riferimento all’offerta economica, comunque attinente agli “elementi di natura quantitativa”, in cui si afferma che “l’elencazione delle formule di calcolo del punteggio per l’offerta economica contenute nell’Allegato P al DPR n. 207/2010 è meramente esemplificativa, indicativa, non tassativa e comunque non tale da elidere la possibilità di scelta tecnico discrezionale da parte della Stazione appaltante di formule anche diverse da quelle previste e di formule altresì anche risultanti dalla combinazione e dall’adattamento di quelle espressamente contemplate da legislatore nel citato Allegato”, come attestato dalla “formulazione letterale” dell’Allegato medesimo, dal pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa, “persistente anche nella vigenza del citato regolamento, per cui nelle gare pubbliche l’Amministrazione gode di ampia discrezionalità nella scelta della formula da impiegare per la valutazione dell’offerta economica”, e dagli indirizzi dell’Avcp sul punto).

In questa prospettiva, appare effettivamente generica la censura sul metodo indicato nell’*lex specialis* per il “rimborso dei buoni pasto agli esercenti convenzionati”, in relazione al quale la ricorrente non si spinge ad allegarne l’assoluta inintelligibilità, mentre non risultano manifestamente illogiche o affette da errori di fatto le modalità di attribuzione del punteggio per numero degli esercizi e migliorie (v., sul punto, Cons. Stato, sez. V, n. 1619/2015 cit., e giurispr. ivi richiamata, su un’ipotesi di formula per la valutazione dell’offerta economica tale da determinare “un illegittimo appiattimento dei punteggi conseguiti dalle singole offerte in gara”).

I criteri valutativi previsti dalla lettera di invito risultano invece correlati alle prestazioni richieste, con conseguente possibilità di operare una valutazione sufficientemente dettagliata (e scrutinabile) e, a monte, di consentire ai concorrenti la predisposizione dell'offerta "conoscendo in anticipo con precisione le finalità ed il peso delle varie voci dati dalla Stazione appaltante" (Cons. Stato n. 749/14 cit.).

Da quanto detto segue l'infondatezza del motivo.

2.3. Prima dell'esame del terzo mezzo, con cui la ricorrente censura la mancata sottoposizione dell'offerta Sodexo a verifica di anomalia, vanno scrutinate le doglianze, attinenti a fasi anteriori della procedura di gara, formulate col quarto motivo del ricorso, avente a oggetto la mancata previsione nella *lex specialis* di strumenti di verifica dell'attivazione della rete degli esercenti (questione che, afferendo alla disciplina della procedura, si pone sul medesimo piano di quella prospettata col secondo motivo), e col "primo motivo aggiunto" (*sub* n. 9, nella numerazione della ricorrente), concernente la composizione della commissione e la valutazione dei progetti tecnici.

Ciò alla luce del principio espresso da Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5, secondo cui "in assenza della graduazione operata dalla parte, in ragione del particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato al controllo sull'esercizio della funzione pubblica, il giudice stabilisce l'ordine di trattazione dei motivi (e delle domande di annullamento) sulla base della loro consistenza oggettiva (radicalità del vizio) nonché del rapporto corrente fra le stesse sul piano logico - giuridico e diacronico procedimentale" (par. 9.2 e ss.).

Dalle prospettazioni dell'atto introduttivo e dei ricorsi per motivi aggiunti non è dato evincere, infatti, alcuna preferenza in punto di ordine delle questioni.

Per vero, una differenza si riscontra nel *petitum*, che è articolato in modo pienamente sovrapponibile nel ricorso e nei primi motivi aggiunti, ma che reca, nel secondo atto per motivi aggiunti, un'aggiunta nel capo di domanda dedicato al risarcimento in forma specifica (in particolare, è apposta una subordinazione tra

l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto e le altre modalità di tutela, quali l'“ordine di rinnovare le operazioni di scelta del contraente e/o di espletare le verifiche e i controlli omessi dalla stazione appaltante e/o di indire una nuova gara”). Ferma la limitatezza del riferimento di cui si è appena detto, nemmeno la memoria di merito (23.12.2015) consente di chiarire l'aspetto in esame, atteso che nel paragrafo relativo alle “domande di declaratoria dell'inefficacia dell'accordo quadro e degli eventuali contratti applicativi nonché di risarcimento dei danni in forma specifica o, in subordine, per equivalente” (n. II.4), la ricorrente “richiama il contenuto del ricorso introduttivo e del secondo atto di motivi aggiunti”.

Si tratta dunque di elementi che, in quanto non univoci né adeguatamente puntualizzati, non consentono di riscontrare una chiara espressione di volontà sulla graduazione dei motivi.

È appena il caso di precisare, infine, come il quinto mezzo, prospettante l'irrilevanza ai fini della tutela giurisdizionale (o l'illegittimità, se intesa come ostativa all'attivazione di detta tutela) della dichiarazione di accettazione senza riserve delle previsioni di gara, non integri una doglianza sulla procedura selettiva, non potendosi certamente disconoscere la pienezza ed effettività del diritto di azione del concorrente, certamente non inciso da qualsivoglia dichiarazione di preventiva rinuncia all'impugnazione di atti amministrativi.

2.4. Tanto precisato, e cominciando dalle questioni attinenti all'attivazione della “rete degli esercizi da convenzionare”, col quarto mezzo (che per i profili dedotti ha valenza autonoma rispetto al “terzo motivo aggiunto”; v. oltre, n. 2.6) la ricorrente contesta la mancata individuazione nella *lex specialis* di meccanismi di verifica e di controllo sul corretto e tempestivo adempimento degli obblighi di convenzionamento, secondo quanto previsto anche dall'Avcp (det. n. 5/2011; v. narrativa del “fatto”).

Ferservizi, eccepita l'inammissibilità della doglianza (poiché, a suo dire, l'interesse strumentale alla riedizione della gara dovrebbe comunque essere correlato al reale

pregiudizio della parte), assume la conformità della *lex specialis* all'art. 285 d.P.R. n. 207/2010, posto che l'aggiudicatario avrebbe dovuto dimostrare il convenzionamento degli esercizi con dichiarazione ex d.P.R. n. 445/00 e con un modulo excel sui dati identificativi degli esercizi stessi, da produrre a pena di decadenza (già in data precedente alla “comunicazione di efficacia dell'aggiudicazione”, risalente al 15.6.2015, Sodexo avrebbe adempiuto alla prescrizione attraverso la dichiarazione dell'8.5.2015, all. 16, corredata dall'elenco dei ca. 5.400 esercizi convenzionati), e non risultando doverosa la previsione di controlli e verifiche su detto convenzionamento, stante la natura non normativa della determinazione Avcp (“linee guida”) e tenuto conto dell'avvenuta effettuazione di “controlli a campione” (contemplati nella menzionata determinazione Avcp), oltre che dell'art. 11 dello schema di accordo quadro (che obbligherebbe l'appaltatore alla produzione, a semplice richiesta del committente, di copia del contratto di convenzionamento per ciascun esercizio oggetto di verifica, con una serie di prescrizioni rilevanti nella fase esecutiva del rapporto).

Sodexo eccepisce parimenti la carenza d'interesse alla censura e ribadisce la legittimità delle prescrizioni di gara, in quanto a suo dire le modalità individuate sarebbero idonee a dare la prova della circostanza (in considerazione dell'elevato numero degli esercizi), mentre sarebbero previsti il collaudo del sistema, ai sensi dell'art. 5 capitolato tecnico, da espletare positivamente pena la revoca dell'aggiudicazione, nonché la facoltà del committente di eseguire collaudi presso un “numero significativo della rete POS degli esercenti”, con possibilità di risolvere l'accordo quadro nel caso di esito negativo di verifiche in misura superiore al 5% del campione.

Ritiene anzitutto il Collegio che la doglianza sia ammissibile.

Non è in discussione il principio secondo cui “l'utilità o bene della vita cui aspira il ricorrente – in una giurisdizione che si caratterizza di diritto soggettivo e non oggettivo, e cioè di mera tutela della legalità dell'azione amministrativa – deve porsi

in rapporto di prossimità, regolarità ed immediatezza causale rispetto alla domanda di annullamento proposta e non restare subordinata da eventi, solo potenziali ed incerti, dal cui verificarsi potrebbe scaturire il vantaggio cui mira il contenzioso introdotto” (con il corollario che “l’interesse strumentale alla caducazione dell’intera gara ed alla sua riedizione assume, quindi, consistenza sempre che sussistano in concreto ragionevoli possibilità di ottenere l’utilità richiesta”, dovendo “aderire in modo rigoroso e con carattere di immediatezza e di attualità all’oggetto del giudizio”; Cons. Stato, ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8).

Senonché, la peculiare normativa applicabile alla fattispecie consente di ravvisare l'*utilitas* avuta di mira dalla ricorrente, quale seconda classificata.

L’art. 285, co. 8, d.P.R. n. 207/2010 sancisce infatti che *“Ai fini del possesso della rete di esercizi attraverso cui si espleta il servizio sostitutivo di mensa eventualmente richiesto come criterio di partecipazione o di aggiudicazione è sufficiente l’assunzione, da parte del concorrente, dell’impegno all’attivazione della rete stessa entro un congruo termine dal momento dell’aggiudicazione fissato in sede di bando. La mancata attivazione della rete richiesta entro il termine indicato comporta la decadenza dell’aggiudicazione”*.

L’effetto espulsivo riconnesso alla “mancata attivazione della rete [...] nel termine”, benché prioritariamente finalizzato alla tutela dell’interesse pubblico al corretto funzionamento del servizio sostitutivo di mensa, pare comportare anche l’insorgenza di un convergente interesse del secondo classificato al controllo del rispetto della condizione normativa, stante l’ipotizzabile scorrimento della graduatoria per effetto della “decadenza dell’aggiudicazione”.

Di qui, l’ammissibilità della censura, che però è infondata nel merito.

Come si è visto, l’art. 285, co. 8, cit., nel reputare “sufficiente”, ai fini del “possesso della rete di esercizi”, “l’assunzione [...] dell’impegno all’attivazione della rete stessa entro un congruo termine”, non indica specifiche modalità di verifica di detta tempestiva “attivazione”, demandando il compito all’amministrazione aggiudicatrice.

Nel caso in esame, il punto 11 della *lex specialis* indica gli “adempimenti da espletarsi successivamente all’aggiudicazione”, tra cui l’attestazione dell’“avvenuto convenzionamento” attraverso dichiarazione resa ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 (come incontestatamente dedotto dalla società resistente) e la compilazione di un modulo contenente i dati di dettaglio dei singoli esercizi (v. all. 2-*bis* res.).

La stazione appaltante si è poi riservata la facoltà di richiedere “copia del contratto di convenzionamento per ciascun esercizio oggetto di verifica”, con aggiuntiva facoltà di “risolvere l’Accordo Quadro” nel caso di esito negativo della verifica “in misura superiore al 5%” del campione soggetto a verifica (v. schema di accordo quadro; all. 10 c.int., nonché art. 11 accordo quadro 2.10.15, all. 10 res.).

Inoltre, per i buoni pasto elettronici, essa ha previsto all’art. 5 del capitolato tecnico l’effettuazione, “in vista della partenza del servizio”, di “idonei test e collaudi, pena la revoca dell’aggiudicazione della gara”, a valle dei quali “si potrà procedere con la stipula e l’avvio del contratto” (è altresì precisato come tali collaudi potessero essere eseguiti “presso un numero significativo della rete POS degli esercenti”; all. 2-*bis* res.c it.).

Si tratta di previsioni che non paiono palesemente illogiche (o inadeguate), tenuto conto delle conseguenze derivanti dalla non veridicità della dichiarazione dell’aggiudicatario e della numerosità degli esercizi da includere nella rete.

Ne segue l’infondatezza della censura.

2.5. Con il primo ricorso per motivi aggiunti, passato per le notificazioni il 28.5.2015, la ricorrente contesta la composizione della commissione giudicatrice e la valutazione dei progetti tecnici (“primo motivo aggiunto”, *subn.* 9, nella numerazione della ricorrente).

Sodexo eccepisce la tardività del mezzo in relazione all’avvenuto decorso del termine di 40 giorni (10 per l’accesso “informale” e 30 per la proposizione del gravame) dal 9.4.2015, data della comunicazione dell’aggiudicazione *ex* art. 79, co. 5, lett. *a*), d.lgs. n. 163/06 (all. 7 ric.; mem. 10.11.15).

L'eccezione è infondata.

La ricorrente ha infatti dimostrato come, a fronte della richiesta formulata il 17.4.2015 (entro i dieci giorni per l'accesso *ex art.* 79, co. 5-*quater*, d.lgs. n. 163/06; cfr. all. 31 ric., dep. il 18.12.15), la stazione appaltante abbia consentito la visione dei verbali della commissione di gara il 28.4.2015 (all.ti 9, 10 e 11 ric.; v. punto 2 mem. 28.12.15 ric.).

Non avendo le parti intimate nulla ulteriormente eccepito sul punto, si può ritenere che il termine per proporre le doglianze relative ai verbali della commissione sia iniziato a decorrere da tale data, con conseguente tempestività dell'impugnazione aggiuntiva (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2274, in cui si precisa che l'onere di proporre motivi aggiunti “per denunciare vizi già maturati” entro il termine di 40 giorni dalla comunicazione del provvedimento di esclusione, si configura “sempre che l'amministrazione ovviamente ottemperi tempestivamente all'istanza di accesso”).

2.5.1. Nel merito, la ricorrente assume anzitutto che la commissione non sarebbe composta in maniera prevalente da “esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto” (art. 84 d.lgs. n. 163/06): solo il presidente avrebbe tale caratteristica, ma non gli altri componenti, tenuto conto delle posizioni rispettivamente ricoperte nella stazione appaltante.

Ferservizi obietta che anche questi commissari sarebbero “esperti” nel senso chiarito dalla giurisprudenza (anche della Sezione; sent. 1° ottobre 2014, n. 10101), avendo fatto parte delle “precedenti commissioni di gara relative alle attività di ricognizione delle offerte pervenute” per le procedure di aggiudicazione del medesimo servizio, da essa indette nel 2009 e nel 2011 (all.ti 17 e 18 res.), e comunque appartenendo alle “aree” di Ferservizi deputate alla gestione del contratto.

Sodexo eccepisce la tardività della censura, poiché a suo dire la composizione del seggio di gara sarebbe stata nota sin dalla seduta pubblica di apertura delle buste (7.4.2015).

L'eccezione è fondata.

Risulta infatti come la commissione fosse nota alla ricorrente sin dal verbale n. 1 dell'1.4.2015, recante insediamento della stessa commissione e inizio della fase valutativa, e come in quella occasione, e nella conclusiva riunione del 7.4.2015, fosse presente anche il procuratore speciale della ricorrente.

Sicché il termine per contestare la composizione del seggio di gara è iniziato a decorrere da questa data, in applicazione dell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'art. 120, co. 5, c.p.a., coerente con la regola generale dettata dall'art. 41, co. 2, c.p.a., non è derogato dall'art. 79 d.lgs. n. 163/2006 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2014, n. 1348, sull'acquisizione della piena conoscenza con forme diverse da quelle della puntuale comunicazione delle esclusioni e delle aggiudicazioni).

Per completezza, si può peraltro rilevare come la censura non meriterebbe adesione, alla luce dell'orientamento (anche della Sezione) sulla sufficienza della prevalenza di esperti (è la commissione nel suo complesso "a dover garantire il possesso delle conoscenze tecniche globalmente occorrenti nella singola fattispecie", di talché la previsione dell'art. 84, co. 2, d.lgs. n. 163/06, secondo cui essa "è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto", può ritenersi soddisfatta, in concreto, allorché due dei suoi tre componenti siano "portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce, ed il terzo membro vanta comunque una competenza generale in materia di gare pubbliche"; v., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 9 aprile 2015, n. 1824, n. 9, e giurispr. ivi richiamata).

E infatti, ferma la qualificazione del presidente (non contestata dalla ricorrente; cfr. punto 9.13.a ric.), la stazione appaltante ha dato convincentemente conto delle coerenti esperienze degli altri due componenti, già impegnati nelle precedenti selezioni indette da Ferservizi per l'affidamento del medesimo servizio negli anni 2010 e 2012, e comunque incardinati in strutture della stazione appaltante competenti all'approvvigionamento di beni e servizi (v. n. VII.a mem. res. 10.11.15).

2.5.2. La seconda serie di censure attiene alla valutazione dei progetti tecnici.

Sostiene la ricorrente:

i) che i punteggi numerici assegnati all'esito del confronto a coppie non sarebbero stati in alcun modo motivati, né dai singoli commissari né dalla commissione collegialmente intesa, non essendo stato nemmeno previsto alcun sub-criterio o sub-punteggio 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 il rispetto della *lex specialis* (oltre che il rapporto tra ticket elettronici e cartacei, di 90 a 10, stabilito in riferimento allo "sconto percentuale"; art. 6.1 lett. inv.); la divergenza delle valutazioni effettuate dai singoli commissari renderebbe il vizio ancora più evidente;

ii) che i giudizi resi dai commissari nn. 1 e 3 sarebbero illegittimi sotto l'aspetto sostanziale, avendo essi reputato il progetto della ricorrente equivalente o addirittura inferiore a quello di Sodexo (sia nei confronti delle altre concorrenti sia nel raffronto "interno"), nonostante gli evidenti aspetti addizionali e migliorativi riconducibili al primo (come sarebbe attestato dall'ampia elencazione della tabella riportata alle pagg. 14 ss. I[^] mm.aa.).

Il primo profilo di doglianza è fondato.

L'art. 6.2 della lettera di invito, sulla "valutazione tecnico/qualitativa", stabilisce la suddivisione dei previsti 40 punti tra quattro elementi, aventi uguale incidenza (10 punti ciascuno), quali il "numero degli esercizi convenzionati", il "rimborso dei buoni pasto", l'"offerta migliorativa sui livelli di servizio" e il "progetto tecnico".

Quest'ultimo avrebbe dovuto "illustrare dettagliatamente" i seguenti aspetti:

"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 necessarie 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”.

Al concorrente è stata inoltre data la possibilità di “offrire ulteriori elementi migliorativi rispetto a quanto previsto nel capitolato tecnico, quali ad esempio l'elaborazione di reports delle transazioni registrate [...] ovvero la consultazione anagrafica dei lavoratori abilitati all'uso del buono pasto elettronico, ecc.”.

Per l'attribuzione del punteggio è stato scelto il metodo del confronto a coppie *ex All. P*, punto a.2, d.P.R. n. 207/10, che “avverrà sull'intero progetto”, con attribuzione del massimo punteggio “al concorrente che avrà presentato il progetto ‘giudicato’ dalla commissione di gara migliore rispetto agli altri”, secondo le formule (anche di riparametrazione) e le corrispondenze (tra i 5 giudizi previsti, da “ottimo” a “adeguato”, e le corrispondenti percentuali del punteggio massimo, dal 100% allo 0) ivi riportate.

Nel verbale del 2.4.2015 si dà atto delle operazioni valutative, conclusesi con l'attribuzione del massimo punteggio (10) ai progetti della ricorrente e della controinteressata. Nel relativo allegato è illustrata, in distinte tabelle, l'assegnazione dei punti da parte di ciascun commissario col metodo del confronto a coppie (il commissario n. 1 ha attribuito ai progetti di ricorrente e controinteressata il medesimo punteggio di 7; il n. 2 ha reputato migliore quello della ricorrente, con 10, seguito da quello di Sodexo con 6; il n. 3 ha ritenuto prevalente il progetto Sodexo, con 8 punti, assegnando 4 punti alla ricorrente).

Ora, per pacifico orientamento, nelle gare pubbliche “il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione a condizione che siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedenti un

minimo ed un massimo [...]; di modo che sussiste violazione dell'art. 83, del Codice dei contratti pubblici, in caso di mancata predeterminazione di precisi e puntuali criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi tecnici dell'offerta, atteso che solo la presenza di criteri sufficientemente puntuali consente la verifica dell'operato dell'Amministrazione da parte del privato, nonché l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo” (Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2015, n. 2050).

Ciò vale anche nelle ipotesi di applicazione del criterio del confronto a coppie, in relazione al quale è stato detto (Cons. Stato, n. 1824/15 cit., nonché n. 2050/15 cit.):

- che “l'espressione dei punteggi preferenziali [...], quando sia applicativa di precisi sub-criteri di valutazione stabiliti dalla *lex specialis*, può legittimamente estrinsecarsi nell'attribuzione di punteggi numerici senza necessità di motivazione addizionale”;

- che “una volta accertata la correttezza dell'applicazione” del metodo in questione “ovvero quando non ne sia stato accertato l'uso distorto o irrazionale, non c'è spazio alcuno per un sindacato del giudice amministrativo nel merito dei singoli apprezzamenti effettuati e, in particolare, sui punteggi attribuiti nel confronto a coppie, che indicano il grado di preferenza riconosciuto ad ogni singola offerta in gara, con l'ulteriore conseguenza che la motivazione delle valutazioni sugli elementi qualitativi risiede nelle stesse preferenze attribuite ai singoli elementi di valutazione considerati nei raffronti con gli stessi elementi delle altre offerte”.

E anche allorquando la giurisprudenza pare riconoscere la sufficienza della mera motivazione numerica, ciò avviene in fattispecie comunque connotate dalla percepibilità dell'*iter* decisionale (nel caso richiamato dalle parti resistente e controinteressata risultavano previsti “numerosi sottocriteri”: in tali casi “la motivazione aritmetica è ben sufficiente [...] e non richiede alcun supplemento motivazionale in quanto emerge con chiarezza la preferenza accordata all'uno anziché all'altro elemento”; così Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2015, n. 205; v. anche Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2013, n. 341, che richiama sez. V, 5 marzo

2010, n. 1281: “nel caso in cui un bando abbia indicato criteri valutativi dettagliati e adeguati rispetto allo specifico oggetto del contratto messo a gara, e qualora la commissione giudicatrice abbia previamente individuato correlativi criteri motivazionali, con successiva comparazione delle offerte segnalandone i pregi e i difetti, allora non vi è alcun bisogno di integrare, sul piano motivazionale i punteggi attribuiti dai commissari con il metodo del confronto a coppie, dal momento che detti punteggi si limitano a esprimere le varie preferenze accordate, le quali, costituendo il precipitato dei criteri prestabiliti e delle analisi preliminari compiute, si sottraggono all'obbligo di una specifica, ulteriore motivazione”).

Nel caso in esame (nel quale, peraltro, la ricorrente “ha svolto argomentazioni di censura nei confronti delle valutazioni operate dalla Commissione”, “ha esplicitato le caratteristiche della propria offerta tecnica” e “le ha raffrontate con quelle delle offerte dei concorrenti, per sostenere che la propria avrebbe meritato un punteggio più alto o una valutazione comparativamente migliore”; cfr. Cons. Stato, n. 2050/15 cit., n. 5.3), la mancata previsione di chiari e dettagliati parametri valutativi impedisce di riscontrare, per l'appunto, l'*iter* decisionale sottostante all'attribuzione dei punteggi.

In questa prospettiva, le allegazioni della ricorrente sugli aspetti sostanziali, ma anche quelle contrapposte di Sodexo (che deduce la parzialità della ricostruzione della parte istante ed elenca le proprie soluzioni innovative; v. pagg. 7 e 8 mem. 10.11.15), non fanno altro che confermare il deficit motivazionale, riferito a un elemento del quale non è possibile sminuire la rilevanza nel complessivo contesto della procedura selettiva.

Non vale opporre, infatti, la pretesa “marginalità del relativo punteggio” (come dedotto da Ferservizi) ovvero la qualificazione del progetto in termini di “componente residuale della offerta tecnica” (ciò che sarebbe “attestato dal ridotto ammontare di punteggio attribuitovi”; mem. Sodexo 10.11.15), alla luce del ridotto distacco tra la prima e la seconda graduata sia in sede di valutazione delle offerte

tecniche (39,706 e 39,819 prima della riparametrazione) sia nella graduatoria finale (meno di 2 punti; cfr. verbali nn. 3 del 3.4.2015 e 4 del 7.4.2015) e dunque della decisività anche della valutazione in questione.

Infine, pur essendo condivisibile la linea di pensiero sull'opinabilità del "giudizio sulla sufficienza o meno del livello di articolazione degli elementi dell'offerta da valutare, e del grado di dettaglio della descrizione dei relativi criteri di valutazione (caratteristiche strutturali o funzionali da apprezzare, o viceversa limiti e criticità da penalizzare)" (Cons. Stato n. 2050/15 cit.), sta di fatto che nel caso in esame tali elementi non sono stati individuati.

Ne segue che le valutazioni dei progetti tecnici vanno annullate in quanto immotivate, con conseguente travolgimento della successiva attività amministrativa.

2.6. Quanto appena detto incide sulla sorte del terzo motivo di ricorso e del "terzo motivo aggiunto", con cui la ricorrente assume che l'offerta Sodexo avrebbe dovuto essere sottoposta a verifica di anomalia e che la controinteressata non avrebbe rispettato gli impegni assunti in sede di gara, con particolare riferimento alla "percentuale di commissione" applicata agli esercenti, avendo asseritamente previsto spese aggiuntive (*i.e.* non dedotte in offerta) a carico di questi ultimi e "imposto" agli stessi, in sede di attivazione della rete, la corresponsione di emolumenti esulanti dalla tipica funzione intermediaria delle società di emissione di buoni pasto (la ricorrente denuncia, in sintesi, la "violazione" e l'"elusione" di detti impegni).

In disparte il tema, sollevato dalla resistente e dalla controinteressata, delle peculiari modalità applicative delle disposizioni in materia di offerte anomale agli appalti dei settori speciali (tema che peraltro richiede, a monte, di accertare la riconducibilità dei servizi sostitutivi di mensa all'ambito oggettivo dell'inerente disciplina), occorre ribadire quanto già detto sulla posteriorità della fase della verifica di congruità rispetto a quella di valutazione delle offerte (cfr. art. 84, co. 2, d.lgs. n. 163/06, che nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa individua la soglia dei quattro quinti dei punti relativi al prezzo e "agli altri elementi di valutazione"; *v. ante*, n. 2.3).

Lo stesso a dirsi per tutte le questioni insorte dalle concrete modalità di convenzionamento degli esercenti da parte di Sodexo – anche qui, in disparte le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità spiegate dalla controinteressata e dalla resistente –, parimenti attinenti a un segmento procedimentale successivo a quello della formulazione della graduatoria e dell'aggiudicazione della gara.

In questa ottica, non rileva la dedotta connessione del terzo motivo aggiunto con il terzo e il quarto motivo di ricorso, concernenti, giova ripetere, la verifica di anomalia e le asserite carenze della *lex specialis* in punto di controlli sull'attivazione della rete (v. nn. II.3 e II.2 mem. 23.12.15), atteso che, a differenza di quanto allegato dalla ricorrente in replica all'eccezione di inammissibilità del quarto motivo (nn. 7.1 e 7.2 mem. cit.), queste censure hanno valenza autonoma, potendo da esse conseguire, *in thesi*, la caducazione della gara (quarto mezzo) o la riedizione della fase di valutazione delle offerte (terzo mezzo).

2.7. In conclusione, il ricorso va accolto quanto alla domanda caducatoria nei sensi innanzi precisati.

I provvedimenti impugnati devono essere pertanto annullati, con conseguente travolgimento degli atti di gara a partire dalle operazioni di valutazione delle offerte tecniche di ricorrente e controinteressata.

In particolare, è da escludere che la procedura debba essere rinnovata per intero: per condivisibile orientamento, “al riscontro dell'illegittimità della valutazione delle offerte tecniche non necessariamente deve [...] conseguire l'annullamento dell'intera gara”, risultando possibile rinnovare parzialmente una gara pure in presenza di offerte già conosciute, atteso che queste ultime, “pur non potendo mutare, possono però essere apprezzate nuovamente, senza violare la *par condicio* che è il valore protetto della segretezza delle offerte medesime, mentre il rischio di condizionamenti del giudizio della Commissione è evitabile mediante l'analiticità della motivazione e la compiutezza della verbalizzazione, alle quali la Commissione è chiamata nel rinnovare il giudizio” (così Cons. Stato, sez. VI, 4 settembre 2014, n.

4514, che muove dal principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici e richiama l'art. 84, co. 12, d.lgs. n. 163/06 nonché l'indirizzo espresso da Cons. Stato, ad. plen., 26 luglio 2012, n. 30).

Del resto, la stessa ricorrente ha specificato la domanda di risarcimento in forma specifica con la richiesta di adottare, tra l'altro, l'“ordine di rinnovare le operazioni di scelta del contraente”.

Quanto detto comporta la reiezione della domanda diretta a “conseguire l'aggiudicazione e il contratto”, ostando alla concessione di questa forma di tutela (art. 124 c.p.a.) proprio la riedizione dei poteri valutativi discrezionali della stazione appaltante (non può cioè farsi luogo al subentro se non sussista la “certezza” che la ricorrente “avrebbe titolo a conseguire l'aggiudicazione e il contratto”; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397).

Mentre va accolta la domanda di declaratoria di inefficacia dell'accordo quadro e dei contratti applicativi eventualmente stipulati in attuazione dello stesso (art. 122 c.p.a.), tenuto conto dello stato di esecuzione del contratto (l'accordo è stato stipulato il 2.10.2015 e il servizio è stato attivato nel mese di novembre 2015) e della peculiarità e della complessiva situazione risultante dagli atti di causa.

Valutati comparativamente gli interessi delle parti e quello pubblico alla continuità del servizio, la decorrenza di detta declaratoria può essere fissata al 120° giorno successivo alla comunicazione in via amministrativa (o, se anteriore, dalla notificazione a cura di parte) della presente sentenza, termine entro il quale l'amministrazione procederà a rinnovare la valutazione delle offerte e a concludere la procedura (fino all'aggiudicazione, alla stipula del contratto e all'espletamento delle verifiche sull'attivazione della rete previste dalla *lex specialis*; v. sul punto Cons. Stato, sez. III, 5 marzo 2012, n. 1251).

La formulazione in via di dichiarato subordinate della domanda di risarcimento per equivalente esonera dallo scrutinio della stessa.

3. Le spese di lite, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza, mentre possono

essere compensate per l'interveniente, stante la novità dell'orientamento giurisprudenziale di cui si è all'inizio dato conto.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sez. III-ter, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui ricorsi per motivi aggiunti in epigrafe:

a) li accoglie per quanto di ragione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati nei sensi di cui in motivazione;

b) dichiara l'inefficacia dell'accordo quadro rep. n. 61/ALS del 2.10.2015, stipulato tra le società Ferservizi e Sodexo, e degli eventuali contratti applicativi, a decorrere dal 120° giorno dalla comunicazione in via amministrativa (o, se anteriore, dalla notificazione) della presente sentenza;

c) respinge la domanda di aggiudicazione del servizio e di subentro nel contratto;

d) accoglie la domanda di risarcimento in forma specifica nei sensi di cui in motivazione, con conseguente obbligo per la società resistente di procedere, entro il termine di cui sopra, alla rinnovazione delle operazioni di valutazione delle offerte e alla successiva conclusione della procedura;

e) dichiara l'intervento di Fiepet inammissibile;

f) condanna le società Ferservizi e Sodexo a corrispondere alla società Qui! Group le spese del giudizio, che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre Iva e Cpa come per legge;

g) dichiara integralmente compensate le spese di lite in riferimento all'interveniente Fiepet.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio dell'8 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Mario Alberto di Nezza, Presidente FF, Estensore

Maria Grazia Vivarelli, Consigliere

Anna Maria Verlengia, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2016

IL SEGRETARIO

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