

## **Parere n. 45 del 11/10/2007**

**PREC355/07**

**Oggetto:** istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del decreto legislativo n. 163/2006 presentata dalla Qui! Ticket Service S.p.A. - Gara telematica per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto al personale dipendente delle Pubbliche Amministrazioni - S.A. Consip S.p.A.

### **Il Consiglio**

#### **Considerato in fatto**

In data 30 Agosto 2007 è pervenuta a questa Autorità l'istanza di parere in oggetto, inviata dalla Qui! Ticket Service S.p.A. e concernente la gara telematica - indetta dalla CONSIP il 27 febbraio u.s. - per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto al personale dipendente delle pubbliche amministrazioni, suddivisa in 6 lotti, per un valore complessivo di euro 700.000.000,00 oltre IVA.

Tale istanza, peraltro, è giunta in seguito a distinti esposti, concernenti la medesima gara e di contenuto analogo, presentati a questa Autorità nel corso del mese di Agosto anche da altre società concorrenti, quali la Pellegrini S.p.A. e la Repas Lunch Coupon s.r.l., risultate le migliori offerenti in diversi lotti della gara in questione.

La controversia ha per oggetto presunte irregolarità poste in essere dalla Commissione giudicatrice nella fase di valutazione dell'anomalia dell'offerta, dalle quali è conseguita l'esclusione dell'istante Qui! Ticket Service S.p.A. (ed anche degli esponenti sopra richiamati) nonché l'aggiudicazione provvisoria ad altre imprese.

La Commissione giudicatrice, infatti, dopo aver accertato ai sensi dell' art. 87 del D.Lgs. n. 163/2006 il carattere anormalmente basso delle offerte, presentate dalla Qui! Ticket Service S.p.A. per tutti i 6 lotti in gara (dalla Pellegrini S.p.A. per i lotti 1 e 3 e dalla Repas Lunch Coupon s.r.l. per i lotti 4 e 5), ha esaminato le giustificazioni prodotte a corredo di dette offerte e le ha valutate insufficienti a dimostrarne la congruità, in ragione di una propria interpretazione di un'altra disposizione del medesimo Codice dei contratti, in forza della quale "La stazione appaltante esclude l'offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile" ( art. 88, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006).

Tale interpretazione, condivisa dalla CONSIP, costituisce il principale oggetto del contendere nella controversia in esame.

In particolare, secondo la Commissione dovevano essere considerate congrue solo quelle offerte che fossero risultate "autoconsistenti sul piano economico", senza computare, quindi, nel calcolo degli utili i "servizi aggiuntivi" (quali, a titolo di esempio, la raccolta dei buoni, la loro contabilizzazione e la relativa fatturazione, nonché la spedizione al centro di raccolta) né i ricavi ottenibili dalla vendita di pubblicità sui buoni pasto.

Nello specifico, la CONSIP ha fatto proprie le argomentazioni della Commissione giudicatrice, secondo cui "l'autocongruità dell'offerta e, dunque, la valutazione di congruità della stessa nel suo complesso, è circoscritta alla rilevanza di elementi di costo intrinseci alla commessa, non potendo, invece, considerarsi rilevanti ai fini della valutazione di congruità quegli elementi di costo estrinseci alla prestazione che forma oggetto dell'offerta", con la conseguenza che "non è, pertanto, possibile tenere conto di elementi di ricavo che non si collocano all'interno delle prestazioni contemplate dall'offerta", definiti "estrinseci" all'offerta stessa ed esemplificati come segue: "una parte dei ricavi prodotti da una commessa differente" ovvero l'utilizzazione di "fondi accantonati o comunque nella disponibilità dell'impresa per colmare il deficit economico dell'offerta"(cfr. nota CONSIP di convocazione dell'audizione per la verifica in contraddittorio dell'offerta anormalmente bassa, prot. n. 10332 del 20 giugno 2007).

In tale logica la stazione appaltante ha sostenuto la natura estrinseca dei servizi aggiuntivi proposti dai concorrenti rispetto alla prestazione posta a gara, identificata con la "spendibilità" del buono pasto, ed ha precisato che tali servizi si riferiscono a prestazioni che ineriscono al rapporto tra società emittitrice dei buoni pasto ed esercizi convenzionati, ma non riguardano in alcun modo il rapporto bilaterale tra società emittitrice e stazione appaltante, che secondo la CONSIP caratterizza il servizio sostitutivo di mensa.

Conseguentemente, la CONSIP ha considerato i ricavi prodotti da detti servizi aggiuntivi di carattere

non strutturale all'offerta ed ha sostenuto che di essi non si poteva tenere conto ai fini delle giustificazioni della sostenibilità dell'offerta stessa, mancando una esplicita previsione in tal senso da parte della disciplina di gara.

Ad avviso della CONSIP, infine, a prescindere dalla soluzione della questione di principio dell'ammissibilità dei "servizi aggiuntivi", le giustificazioni fornite dai concorrenti non avrebbero potuto comunque essere considerate adeguate a valutare la congruità dell'offerta, non avendo il concorrente sufficientemente esplicitato e dettagliato i costi relativi agli asseriti ricavi generati da tali "servizi aggiuntivi" (cfr. nota CONSIP di esclusione, prot. n. 13010 del 2 agosto 2007).

La contrapposta tesi, sostenuta dall'istante (e sostanzialmente condivisa anche dagli esponenti sopra richiamati) è fondata, invece, sulla considerazione del servizio sostitutivo di mensa come un rapporto trilaterale - tra società emittitrice dei buoni pasto, esercizi convenzionati e pubbliche amministrazioni - e sul rilievo che né la vigente normativa né la *lex specialis* della gara vietavano alle società emittitrici di proporre ai ristoratori la prestazione dei c.d. servizi aggiuntivi, avvalendosi per il loro finanziamento di parte del flusso finanziario positivo ricavato dalle convenzioni Consip oggetto di gara, e di supportare quindi l'economicità dell'offerta anche con iniziative strettamente correlate all'appalto.

Al riguardo è stato evidenziato da tutti i concorrenti interessati che la verifica di congruità è diretta nella sostanza ad evitare offerte non serie ed inaffidabili, che potrebbero generare inadempimenti futuri e quindi disservizi amministrativi, non ad impedire che l'imprenditore, nella sua strategia d'impresa utilizzi gli elementi che lo stesso, grazie alla propria capacità e scelte, è in grado di sfruttare per trarre utile dall'operazione.

Pertanto è stato rilevato che i partecipanti alla gara, nel formulare le proprie offerte e, quindi, nell'indicare a CONSIP un prezzo, potevano legittimamente tenere conto anche della voce di ricavi derivante dalla prestazione dei c.d. servizi aggiuntivi a favore dei ristoratori.

Di conseguenza, i concorrenti medesimi, in sede di giustificazione del prezzo, potevano parimenti fare riferimento anche ai ricavi derivanti dalla prestazione dei servizi aggiuntivi, e cioè ad un elemento che, essendo stato considerato ai fini della formulazione dell'offerta, rappresentava un elemento costitutivo di essa, quindi "intrinseco".

Al riguardo, la società Repas Lunch Coupon s.r.l., in particolare, ha evidenziato come sia i ricavi ottenibili dai servizi aggiuntivi sia quelli ritraibili dalla vendita di pubblicità sui buoni pasto sarebbero strettamente legati alla prestazione principale, perché realizzabili solo in quanto la società fornitrice dei buoni pasto risulti aggiudicataria della gara, ed ha insistito sull'ammissibilità delle giustificazioni relative ai ricavi in questione, trattandosi di utili computabili nell'offerta e valutabili in sede di verifica dell'anomalia, in sintonia con quanto disposto dall' art. 87, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006, che prevede che le giustificazioni del ribasso possono essere riferite, fra l'altro, all'"economia del metodo di prestazione del servizio", alle "soluzioni tecniche adottate", alle "condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per prestare i servizi", alla "originalità dei servizi offerti" (cfr. nota Repas Lunch Coupon s.r.l., in data 28 giugno 2007).

E' stato, altresì, evidenziato come una diversa conclusione comporterebbe un consistente maggior onere per l'erario per mancati risparmi, valutabile da 10 a 17 milioni di euro, e contemporaneamente determinerebbe la concentrazione di 4 dei 6 lotti previsti (500 mln di euro sui 700 complessivi) in capo a due multinazionali, con conseguente annullamento della concorrenza e rischio di chiusura di aziende nazionali di minore dimensione.

E' stata fatta rilevare, infine, la contraddittorietà delle iniziative assunte da CONSIP nel caso di specie, posto che in una precedente gara espletata per il servizio dei buoni pasto (CONSIP n. 3), aggiudicata alla società Qui! Ticket Service S.p.A., i servizi aggiuntivi erano presenti nell'offerta.

### **Ritenuto in diritto**

La questione giuridica sottesa alla fattispecie in esame e sottoposta all'attenzione di questa Autorità consiste nella delimitazione dei margini di discrezionalità della stazione appaltante in sede di valutazione dell'anomalia delle offerte, con specifico riferimento al profilo delle giustificazioni che la stazione appaltante stessa può prendere in considerazione nel subprocedimento di verifica in contraddittorio delle offerte apparse anormalmente basse.

Nello specifico si tratta di stabilire se è legittimo o meno l'operato della CONSIP che, nella gara per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa di cui all'oggetto, ha escluso dall'ambito degli elementi suscettibili di essere addotti a giustificazione della congruità delle offerte, e quindi valutabili nel relativo giudizio di verifica in contraddittorio, i ricavi che alcune imprese hanno assunto di poter ottenere da iniziative, strettamente dipendenti dall'aggiudicazione della gara e dall'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, quali l'espletamento dei c.d. "servizi aggiuntivi" e la vendita di pubblicità veicolata attraverso i buoni pasto.

Al riguardo sembra opportuno innanzitutto evidenziare che l' art. 87, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 si limita a stabilire che le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, debbano essere "...pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima".

La stessa disposizione, inoltre, elenca al comma 2 una casistica articolata di giustificazioni, che non esaurisce, tuttavia, lo spettro di quelle teoricamente ammissibili, attesa la precisazione ivi contenuta - in conformità con l' art. 55 della Direttiva comunitaria 2004/18 - che dette giustificazioni sono indicate soltanto "a titolo esemplificativo".

Ne discende che il legislatore nazionale non ha inteso codificare in termini tassativi la tipologia di giustificazioni potenzialmente idonee a dimostrare la congruità di offerte sospettate di anomalia, lasciando un margine di discrezionalità per giustificarne la sostenibilità, con il solo limite dell'affidabilità e serietà delle offerte medesime.

Del resto il carattere esemplificativo dell'elenco delle giustificazioni ammesse non rappresenta una novità introdotta nell'ordinamento nazionale dal D.Lgs. n. 163/2006, costituendo invece un principio da tempo affermato dalla Corte di Giustizia CE (sentenza del 27 novembre 2001 sulle cause riunite C-285/1999 e C-286/1999) con riferimento alla previgente normativa comunitaria e nazionale in materia di appalti di lavori pubblici.

Già da allora, infatti, l'enucleazione del suddetto principio ad opera della citata giurisprudenza comunitaria ha comportato la conseguente modifica in tal senso dell'allora vigente art. 21 della legge n. 109/1994 da parte della legge n. 166/2002 e, successivamente, la pacifica estensione del principio medesimo da parte della giurisprudenza amministrativa anche all'allora distinta disciplina degli appalti pubblici di servizi (cfr., relativamente all' art. 25 del D.Lgs. n. 157/1995, Cons. Stato, Sez. V., 11 ottobre 2002, n. 5497).

In merito la Corte di Giustizia ha precisato che l'offerente deve poter far valere, utilmente ed in contraddittorio, il suo punto di vista su ciascuno dei vari elementi di prezzo proposti, presentando a sostegno della sua offerta tutte le giustificazioni che, tenuto conto della natura e delle caratteristiche dell'appalto di cui trattasi, ritiene utili, senza alcuna limitazione.

La stazione appaltante, a sua volta, è tenuta a prendere in considerazione l'insieme delle giustificazioni dedotte dall'imprenditore prima di adottare la sua decisione circa l'accoglimento o il rigetto dell'offerta di cui trattasi.

Qualsiasi limitazione al riguardo sarebbe in evidente contrasto con l'obiettivo di facilitare il gioco della libera concorrenza fra tutti gli offerenti, in quanto una tale limitazione comporterebbe l'esclusione pura e semplice delle offerte giustificate da considerazioni diverse da quelle ammesse dalla normativa nazionale vigente, nonostante un prezzo eventualmente più vantaggioso (Corte di Giustizia CE, sentenza del 27 novembre 2001 cit., punti 81- 84).

La citata sentenza interpretativa del Giudice comunitario ha costituito la *ratio* ispiratrice dell' art. 55 della Direttiva 2004/18, recepito dal più volte richiamato art. 87 del D.Lgs. n. 163/2006, che ha conseguentemente previsto un elenco meramente esemplificativo delle possibili giustificazioni, lasciando ai concorrenti alle gare di appalti pubblici la più ampia libertà di dimostrare la congruità delle offerte, con il solo limite dell'affidabilità e serietà delle stesse.

Dalla lettura di tale elenco, peraltro, si evince che la vigente normativa comunitaria e nazionale di settore ammette espressamente giustificazioni fondate su elementi, quali l'"economia del metodo di prestazione del servizio" ( art. 87, comma 2, lett. a), oppure le "soluzioni tecniche adottate" ( art. 87, comma 2, lett. b), o anche le "condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per prestare i servizi" ( art. 87, comma 2, lett. c), o la "originalità dei servizi offerti" ( art. 87, comma 2, lett. d), che nulla hanno a che vedere con il carattere strettamente matematico dell'offerta e che presentano, invece, uno squisito carattere imprenditoriale, rendendo l'offerta stessa sostenibile in quanto fondata su elementi di ricavo esterni ad essa, cioè su elementi che, seguendo la logica di CONSIP illustrata in premessa, si sarebbe erroneamente indotti a qualificare "estrinseci" alla prestazione posta a gara, riduttivamente identificata dalla stazione appaltante nel caso in esame con la "spendibilità" del buono pasto.

Il quadro normativo sopra ricostruito sembra, dunque, autorizzare a sostenere che non è affatto inibito all'offerente di supportare l'economicità dell'offerta sulla base di iniziative imprenditoriali strettamente correlate all'appalto, in quanto dipendenti dall'aggiudicazione della gara e dall'esecuzione della prestazione oggetto dell'appalto, quali nella specie l'espletamento dei c.d. "servizi aggiuntivi" o la vendita di pubblicità veicolata attraverso i buoni pasto. Anzi, il dato letterale e la *ratio* della disciplina in esame, come sopra evidenziato, sembrano orientare in senso opposto.

Peraltro, la *lex specialis* della gara in oggetto non contiene alcuna clausola da cui sia possibile desumere l'esistenza di un divieto in tal senso.

Al contrario, la CONSIP, nell'ambito delle risposte alle richieste di chiarimenti formulate da alcune

imprese interessate a partecipare alla gara, ha rilevato che “la commissione/sconto incondizionato di cui al paragrafo 1 del capitolato di gara si riferisce alla percentuale riconosciuta per ciascun buono pasto speso e non anche ad eventuali servizi aggiuntivi eventualmente offerti”, con ciò confermando, quantomeno, come le società emittitrici dei buoni pasto avrebbero legittimamente potuto offrire ai ristoratori i suddetti “servizi aggiuntivi” e, pertanto, altrettanto legittimamente avrebbero potuto tenere conto, in sede di predisposizione delle offerte, dei ricavi derivanti da tali servizi e, parimenti, fare riferimento a detti ricavi in sede di giustificazione del prezzo, trattandosi di un elemento che, in quanto considerato ai fini della formulazione dell’offerta, è costitutivo di essa, quindi “intrinseco”.

In ogni caso, sembra opportuno evidenziare al riguardo che, per quanto sin qui argomentato, l’eventuale previsione negli atti di gara di un divieto in tal senso, consentendo alla stazione appaltante di esercitare il potere di verifica delle offerte anomale in termini restrittivi, in evidente contrasto con l’obiettivo di facilitare il gioco della libera concorrenza fra tutti gli offerenti, perseguito dalla disciplina in materia secondo l’interpretazione delineata dalla stessa Corte di Giustizia, qualora non trovasse un’adeguata motivazione nella particolare natura e nelle specifiche caratteristiche dell’appalto di cui trattasi si tradurrebbe inevitabilmente in una violazione da parte dell’amministrazione aggiudicatrice sia del principio comunitario di libera concorrenza sia di altri principi di portata generale, quali il buon andamento e l’imparzialità della P.A., nonché la trasparenza e la “par condicio” fra i partecipanti alle gare di appalti pubblici.

La lesione del principio di concorrenza, peraltro, sembrerebbe idonea a produrre effetti distorsivi particolarmente gravi nel caso in esame.

Infatti, le specifiche modalità per l’acquisizione centralizzata del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto, adottate nella gara CONSIP in oggetto, volta ad individuare in un’unica soluzione il fornitore di detto servizio per tutte le Amministrazioni Pubbliche nell’ambito dei 6 lotti indicati nel relativo bando, paiono autorizzare a ritenere, in analogia con quanto in passato sostenuto dalla stessa Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (provvedimento n. 10831 del 13 giugno 2002, PELLEGRINI/CONSIP) e dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 2 marzo 2004, n. 926) in ordine ad una gara simile indetta dalla stessa CONSIP, che la gara in oggetto individui un “mercato rilevante distinto” rispetto al mercato dei buoni pasto offerti in regime di libera attività imprenditoriale nel settore privato e sia destinata ad assorbire una cospicua parte della domanda di buoni pasto nel settore pubblico sul territorio nazionale.

Conseguentemente, la contestata interpretazione dell’ art. 88, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006, fornita dalla Commissione giudicatrice e condivisa dalla CONSIP, consentendo alla stazione appaltante di esercitare il potere di verifica delle offerte anomale in termini restrittivi, acquisterebbe rilievo non solo perché si risolverebbe in un’impropria condizione selettiva non prevista dal bando di gara, ma anche in quanto proveniente da un soggetto (la CONSIP) di fatto titolare della domanda di acquisto del servizio e quindi in grado di imporre ai fornitori le proprie condizioni nonché di escludere dal proprio “mercato rilevante” i soggetti non selezionati.

La stessa Autorità garante per la concorrenza ed il mercato (nel citato provvedimento n. 10831/2002, PELLEGRINI/CONSIP) e il Consiglio di Stato (nella sentenza sopra richiamata) hanno altresì evidenziato che le imprese emittitrici di buoni pasto offrono il servizio sostitutivo di mensa, ossia: a) una rete di esercenti selezionati sulla base delle loro caratteristiche di prezzo e qualità; b) la disponibilità di pasti presso tali punti di ristorazione; il controvalore richiesto da tali imprese, indicato nei loro bilanci come “valore della produzione” rispecchia proprio il contenuto dell’intero servizio, articolato nelle fasi sub a) e b) sopra descritte, e non già la mera differenza tra una “commissione attiva” (rappresentata dallo sconto ottenuto dai ristoratori) e “commissione passiva” (rappresentata dallo sconto concesso alle pubbliche amministrazioni clienti).

La circostanza che le imprese emittitrici di buoni pasto operano alla stregua di veri e propri fornitori di un servizio “finale”, osservano infine la predetta Autorità e il Consiglio di Stato, è confermata dal fatto che esse possono beneficiare dello scorporo dell’IVA inclusa nel prezzo che pagano ai ristoratori, loro fornitori del principale input.

Alla luce della ricostruzione giuridica delle caratteristiche strutturali del servizio sostitutivo di mensa sopra richiamata la prestazione posta a gara dalla CONSIP e, quindi, dovuta dalle società emittitrici dei buoni pasto non sembra potersi identificare con la mera “spendibilità” dello stesso, bensì con la messa a disposizione della stazione appaltante (e per essa delle pubbliche amministrazioni clienti), attraverso l’erogazione dei buoni pasto, di un servizio complesso, il servizio sostitutivo di mensa, che si compone anche della disponibilità dei pasti materialmente forniti dai ristoratori convenzionati.

Questi, pertanto, non sono terzi indifferenti ed estranei rispetto all’oggetto della gara, ma sono parte integrante del servizio sostitutivo di mensa, in quanto erogatori del servizio “materiale” di ristorazione, incorporato nel servizio “virtuale” rappresentato dalla erogazione dei buoni pasto ad opera delle società emittitrici degli stessi.

Tutto ciò induce a concludere nel senso che gli eventuali “servizi aggiuntivi” offerti ai ristoratori convenzionati, in quanto destinati a soggetti che sono parte integrante del servizio sostitutivo di

mensa oggetto della gara e correlati alla gestione del servizio stesso, siano da ritenersi "intrinseci" alla prestazione oggetto dell'offerta ed intesi a migliorarne la qualità e l'efficienza, con conseguente possibilità di valutare le voci di ricavo relative alla prestazione degli stessi ai fini della verifica dell'anomalia dell'offerta.

D'altro canto se non si ammettessero i servizi aggiuntivi come strettamente connessi con la prestazione in gara si precluderebbe ogni possibilità di sostanziale diversificazione economica fra le offerte e di sviluppare una concorrenza sulla base di una combinazione di fattori dovuta ad abilità imprenditoriale, costruendo un criterio di normalità che esclude qualunque elasticità ed iniziativa dell'offerente nell'individuare fonti di ricavo compensativo interconnesso.

Si evidenzia, infine, che la tesi secondo la quale i servizi aggiuntivi debbano essere oggetto di valutazione ai fini della verifica della congruità dell'offerta economica è stata recentemente sostenuta dal TAR Lazio, peraltro in una procedura che ha visto coinvolta proprio la CONSIP.

In merito il Giudice di primo grado ha rilevato che "L'offerta di un servizio aggiuntivo non previsto (nella specie si trattava del servizio di Local Loop, in una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di telefonia e di trasmissione dati a favore delle amministrazioni pubbliche), se da un lato non costituisce causa di esclusione dalla gara se non offerto, dall'altro non dà luogo ad attribuzione di punteggio ai fini della valutazione se offerto, ma in quanto componente ammissibile della prestazione promessa viene strutturalmente a riflettersi sulla complessiva redditività del servizio offerto, ove la stessa venga in considerazione nella distinta sede della verifica di anomalia dell'offerta. Sotto tale profilo, dunque, l'insuscettibilità di valutazione tecnica ed economica preclude sì l'attribuzione di un qualsiasi punteggio, ma non esclude la valutazione in termini di redditività dell'offerta nel suo complesso" (TAR Lazio, Roma, Sez. III - sentenza 31 maggio 2007, n. 5047).

Per quanto riguarda, poi, i ricavi derivanti dalla vendita di pubblicità, sembra opportuno precisare che si tratta di pubblicità effettuata e venduta utilizzando il veicolo materiale del medesimo buono pasto, in quanto il messaggio pubblicitario è apposto sulla copertina del blocchetto.

Ebbene, poiché l'erogazione del buono pasto indubbiamente costituisce una prestazione che la società emettrice, aggiudicataria dell'appalto, è tenuta ad eseguire nei confronti del committente in forza del contratto posto a gara e di cui deve sopportare il costo, sembra ammissibile che la società medesima prospetti quale elemento di ricavo che si colloca all'interno delle prestazioni contemplate dall'offerta, ossia "intrinseco", l'introito derivante dalla vendita di pubblicità veicolata attraverso il buono pasto medesimo.

Un siffatta situazione, infatti, non sembra assimilabile ad una "commessa differente" né a quella di fondi che l'impresa tiene a disposizione per colmare il deficit economico dell'offerta e potrebbe considerarsi analoga a quella di un'impresa offerente che prospetti quale ricavo i proventi derivanti dalla vendita di prodotti di scarto o di risulta del ciclo produttivo posto in essere per l'esecuzione della prestazione oggetto della gara.

Stabilito che i ricavi derivanti dai c.d. servizi aggiuntivi e quelli ritraibili dalla vendita di pubblicità sui buoni pasto possono considerarsi elementi "intrinseci" alla prestazione oggetto della gara CONSIP in esame (ossia il servizio sostitutivo di mensa) e rilevanti ai fini della valutazione di congruità dell'offerta, resta aperto il problema di accertare se le prospettive di profitto, derivanti sia dalla vendita di pubblicità sui buoni pasto sia dai servizi aggiuntivi, possono essere concretamente documentabili dai concorrenti anteriormente all'aggiudicazione definitiva.

Altrimenti qualsiasi provento aggiuntivo rispetto alla commissione richiesta ai ristoratori potrebbe essere dichiarato dalle società partecipanti alla gara di appalto senza possibilità di effettiva verifica e ciò si tradurrebbe in una violazione della "par condicio" in danno dei concorrenti che si sono limitati a calibrare la propria offerta ricercando il punto di equilibrio tra tale commissione e lo sconto offerto alla stazione appaltante.

Ai suddetti fini documentali potrebbe risultare sufficiente richiamare, soprattutto con riferimento al *quantum* del ricavo, anche dati statisticamente significativi riferiti a precedenti appalti ovvero motivare in termini circostanziati e dettagliati sulla possibilità concreta di realizzare i detti profitti, ad esempio attraverso impegni assunti che vincolino i ristoratori convenzionati nei confronti delle società emettrici dei buoni pasto concorrenti ove aggiudicatarie della gara, così da fornire alla Commissione giudicatrice elementi di plausibilità idonei a giudicare sulla congruità dell'offerta.

Precisato quanto sopra in via generale e di principio, relativamente al caso di specie occorre, tuttavia, evidenziare che la CONSIP, a prescindere dalla soluzione della questione pregiudiziale dell'ammissibilità dei c.d. "servizi aggiuntivi", ha espresso altresì l'avviso che le giustificazioni fornite durante la fase, già svolta, di verifica in contraddittorio delle offerte anormalmente basse, non possono comunque essere considerate adeguate a valutare la congruità o l'incongruità dell'offerta, "non avendo, tra l'altro il concorrente sufficientemente esplicitato e dettagliato i costi relativi ai ricavi generati da servizi aggiuntivi" (cfr. nota CONSIP di esclusione, prot. n. 13010 del 2 agosto 2007).

Al riguardo sembra opportuno rilevare che, per quanto risulta dagli atti inviati a questa Autorità, la nota con la quale la CONSIP ha comunicato la convocazione dell'audizione per la suddetta verifica in contraddittorio (nota CONSIP prot. n. 10332 del 20 giugno 2007) formula rilievi con specifico riferimento alla "possibilità" di fornire giustificazioni utilizzando elementi di ricavo derivanti dai servizi aggiuntivi, senza richiedere eventuali ulteriori chiarimenti e/o approfondimenti relativi al "merito" di dette giustificazioni, e quindi attinenti anche ai costi correlati a tali servizi.

In base a quanto sopra considerato

### **Il Consiglio**

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, di poter risolvere in senso positivo la questione pregiudiziale dell'ammissibilità dei c.d. servizi aggiuntivi.

Il Consigliere Relatore: Piero Calandra

Il Presidente: Luigi Giampaolino

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 25 ottobre 2007