



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8051 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Ristochef Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Bullo, con domicilio eletto presso Studio Legale Grez & Associati in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Soc Consip Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Guarino, Cecilia Martelli, con domicilio eletto presso Andrea Guarino in Roma, p.zza Borghese, 3;

nei confronti di

Soc Qui! Group Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Cocchi, Silvio Quaglia, Marcello Anastasio Pugliese, Guido Anastasio Pugliese, con domicilio eletto presso Guido Anastasio Pugliese in

Roma, via G. Antonelli, 47;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Federazione Italiana Esercenti Pubblici e Turistici, rappresentato e difeso dall'avv. Annalisa Avolio, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione definitiva alla controinteressata Qui! Group s.p.a. del lotto 1 della 5° edizione della gara a procedura aperta per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto cartacei di qualsiasi valore nominale e dei servizi connessi in favore delle amministrazioni pubbliche, disposta con nota prot. 19217/10;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del 18 giugno 2010 e del verbale di gara n. 7 del 9 dicembre 2009, nonché dell'implicito diniego di autotutela a fronte delle istanze formulate il 23 ed il 26 agosto 2010;
- nonché per la caducazione del contratto eventualmente stipulato medio tempore e per il risarcimento del danno;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soc Consip Spa e di Soc Qui! Group Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2010 il cons.

Cecilia Altavista e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Unione Europea il 30-9-2009, la Consip ha indetto una procedura aperta per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto e dei servizi connessi per le pubbliche amministrazioni suddivisa in sei lotti. Per il lotto 1, in base alla valutazione delle offerte, risultava prima classificata la Qui!Group s.p.a., seconda classificata la società ricorrente. A seguito della verifica di anomalia e della richiesta della documentazione, ai fini della prova del possesso dei requisiti, è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria alla Qui!Group. Pertanto, è stata richiesta alla Qui!Group la presentazione, secondo quanto disposto dal disciplinare di gara, di un elenco degli esercizi convenzionati con tutti i dati identificativi richiesti , più un addendum al contratto di convenzionamento per ciascun esercizio, documentazione , in base alla quale la Consip avrebbe proceduto alle verifiche ispettive presso gli esercizi convenzionati.

Successivamente la Consip procedeva alla verifica documentale degli esercizi convenzionati, mentre la verifica ispettiva presso gli esercizi a campione, secondo quanto stabilito dal disciplinare, è stata compiuta da parte di un organismo di ispezione accreditato secondo le norme EN ISO/ IEC 17020:2005.

A seguito delle verifiche ispettive sono state riscontrate alcune irregolarità ma non superiori a quanto previsto nel capitolato tecnico. E' stata quindi disposta l'aggiudicazione definitiva, comunicata con nota del 23-7-2010.

A seguito della aggiudicazione definitiva, la Ristochef, seconda classificata, il 23-8-2010 richiedeva alla Consip di verificare, in via di autotutela, la effettiva consistenza della rete di esercizi, allegando alcune dichiarazioni di esercenti che non avevano confermato il convenzionamento.

La Consip, con nota del 22-9-2010, comunicava alla Ristochef di non procedere in autotutela in relazione alle verifiche ispettive già risultate positive. Peraltro, con nota del 16-9-2010, aveva richiesto chiarimenti alla Qui! Group circa l'effettiva consistenza della rete di convenzionamento, chiarimenti a cui la Qui! Group rispondeva il 22-9-2010, contestando l'affidabilità delle dichiarazioni prodotte a sostegno delle argomentazioni dalla Ristochef e allegando ulteriore documentazione relativa agli esercizi convenzionati.

Con note del 21-10-2010, la Consip inviava relazione dei fatti alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Roma, per le eventuali valutazioni di competenza, e la chiusura del procedimento di verifica alla Qui!Group.

Il 27-10-2010 comunicava anche alla Ristochef la chiusura del procedimento di verifica e l'avvenuta comunicazione alla Procura della Repubblica.

Nel frattempo, la società Ristochef, con ricorso notificato il 21-9-2010, ha impugnato l'aggiudicazione definitiva e tutti gli atti preordinati e connessi, compresa l'aggiudicazione provvisoria per i seguenti motivi:

violazione dell'art. 97 Cost., violazione della lex specialis della gara (§ VI.3.9 Bando G.U.C.E ; artt. 5.3.1, 5.3.3.d) e 5.7.1.2 disciplinare; artt. 6.1, 9 e 9.1 del capitolato tecnico; violazione dell'art. 71 del D.P.R. 445 del 2000; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione; sviamento;

violazione degli artt. 86, 87, 88 ed 89 del D.Lgvo 163 del 2006; violazione dell'art. 5.3.2 del disciplinare; violazione del principio generale di autoremuneratività degli appalti pubblici; eccesso di potere per difetto d'istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto,

E' stata proposta altresì domanda di risarcimento danni e di annullamento del contratto.

Successivamente sono stati proposti motivi aggiunti avverso la nota della Consip 27-10-2010: violazione degli artt. 3, 6, 8, 9, 10 e 10bis della legge 241 del 1990; eccesso di potere per difetto assoluto d'istruttoria, illogicità e contraddittorietà gravi e manifeste; sviamento;

con i motivi aggiunti è stata, altresì, richiesta la condanna per lite temeraria.

Si sono costituite la Consip e la società controinteressata

contestando l'ammissibilità e la fondatezza del ricorso.

La società Qui!Group ha proposto altresì le seguenti censure di ricorso incidentale:

violazione e/o falsa applicazione dell'art 38 commi 1 letter b),c), m-ter e comma 2 del d.lgs. n°163 del 2006; degli artt 46, 47 del d.p.r. n° 445 del 2000; dell'art 97 della Costituzione; dell'art III.2.1. lette. b) del bando di gara; degli artt 2.3.; 3.5.1.2. e 5.3.1 del disciplinare; eccesso di potere; mancanza dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e/o di motivazione;

violazione e/o falsa applicazione degli artt 86, 87 e 88 del d.lgs. n° 163 del 2006; dell'art VI .3 n° 8 del bando di gara; nonché dell'art 5.3.2. del disciplinare; eccesso di potere; falsità dei presupposti; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e/o di motivazione; illogicità; contraddittorietà.

E' intervenuta ad adiuvandum , con atto notificato il 12-10-2010 e depositato il 21-10-2010, la Federazione Italiana esercenti pubblici e turistici.

All'udienza pubblica del 15 dicembre 2010 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

In via preliminare deve essere esaminata la questione relativa alla ammissibilità dell'intervento ad adiuvandum della Federazione Italiana Esercenti pubblici e turistici contestata dalla difesa controinteressata.

Rileva il Collegio che si può prescindere dalla problematica relativa alla legittimazione della Associazione interveniente, in quanto l'atto di intervento risulta depositato tardivamente.

L'atto di intervento è stato depositato, infatti, dopo la scadenza del termine di 15 giorni dalla notifica, termine previsto per il deposito di tutti gli atti processuali dall'art 45 del d.lgs. n° 104 del 2010 (trenta giorni ridotti alla metà trattandosi di rito abbreviato).

Ritiene il Collegio che dalla lettura delle norme del codice del processo, comunque, il deposito dell'atto di intervento successivamente ai quindici giorni dalla notifica si debba ritenere tardivo, in quanto l'art 45 disciplina il rapporto tra notifica e deposito di tutti gli atti processuali, compreso l'atto di intervento.

Dunque, la previsione dell'art 50 comma 3 , per cui il deposito dell'atto di intervento di cui all'articolo 28 comma 2 (chiunque non sia parte del giudizio e non sia decaduto dall'esercizio delle relative azioni, ma vi abbia interesse, può intervenire accettando lo stato e il grado in cui il giudizio si trova) è ammesso fino a trenta giorni prima dell'udienza (15 nel rito abbreviato), non fa venir meno l'applicabilità dell'art 45 . Ne deriva che l'intervento può essere depositato fino a quindici giorni prima dell'udienza (nel rito abbreviato), sempre che tale deposito avvenga altresì nei quindici giorni dall'ultima notifica.

Nel caso di specie l'atto di intervento è stato depositato tardivamente, quaranta giorni dopo la notifica, quindi, deve essere

dichiarato inammissibile.

Le difese della società controinteressata e della Consip hanno eccepito la inammissibilità del ricorso, in quanto la Ristochef avrebbe prestato acquiescenza, non avendo impugnato, neppure nei motivi aggiunti, il diniego di autotutela della Consip del 22 settembre; non avrebbe dunque più alcun interesse concreto ed attuale alla coltivazione del ricorso principale avverso l'aggiudicazione.

Il collegio non condivide tali argomentazioni.

Come risulta dalla ricostruzione in fatto, la Ristochef ha presentato specifiche censure avverso l'aggiudicazione definitiva del 23 luglio 2010 con il ricorso principale notificato il 21-9-2010; con i motivi aggiunti notificati l'11-11-2010 avverso la nota Consip del 27-10-2010.

Non risulta, invece, mai impugnata, la nota Consip del 22-9-2010.

Tale atto, peraltro, si deve ritenere meramente confermativo dell'aggiudicazione definitiva. Infatti, dal tenore testuale della nota risulta che la Consip in relazione alle avvenute verifiche ispettive, secondo quanto stabilito dal disciplinare di gara, dichiara il non luogo a provvedere sulla richiesta di autotutela.

Dalla nota, risulta, quindi, che non è stato aperto alcun ulteriore procedimento né vi è stata una qualche attività istruttoria.

Il provvedimento amministrativo ha natura confermativa quando, senza acquisizione di nuovi elementi di fatto e senza alcuna nuova valutazione, tiene ferme le statuizioni in precedenza adottate;

laddove invece, viene condotta un'ulteriore istruttoria, anche per la sola verifica dei fatti o con un nuovo apprezzamento di essi, il mantenimento dell'assetto degli interessi già disposto ha carattere di nuovo provvedimento, poiché esprime un diverso esercizio del medesimo potere. E', dunque, necessario, affinché possa escludersi che un atto sia meramente confermativo del precedente, che la sua formulazione sia preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, giacché solo l'esperimento di un ulteriore adempimento istruttorio, sia pure mediante la rivalutazione degli interessi in gioco ed un nuovo esame degli elementi di fatto e diritto che caratterizzano la fattispecie considerata, può dar luogo ad un atto propriamente confermativo in grado, come tale, di dar vita ad un provvedimento diverso dal precedente e, quindi, suscettibile di autonoma impugnazione (Consiglio Stato , sez. IV, 15 settembre 2010 , n. 6878).

Il riferimento alle verifiche ispettive condotte a seguito dell'aggiudicazione provvisoria non può mutare la natura meramente confermativa della nota. Si tratta di una attività condotta a seguito dell'aggiudicazione secondo quanto previsto dal disciplinare, non di un nuovo procedimento sollecitato dalla richiesta di autotutela della Ristochef .

Anzi, la Consip ha riaperto un procedimento di verifica, il 16-9-2010, che si è concluso non il 22-9-2010, ma con la comunicazione del 27-10-2010, tempestivamente impugnata con i motivi aggiunti.

La nota del 22-9-2010, non avendo, quindi, alcun contenuto provvedimentale non doveva essere impugnata.

Nel merito il ricorso è infondato.

La società Ristochef affida la impugnazione sostanzialmente a due motivi di censura.

Con il primo motivo, contesta che la Consip non abbia provveduto a verificare effettivamente la consistenza della rete di vendita, pur in presenza di dubbi sulla serietà dell'offerta, rappresentati dalle dichiarazioni degli esercenti prodotte dalla Ristochef con la richiesta di autotutela.

Secondo la ricorrente da tale verifica doveva risultare errato il punteggio tecnico attribuito in sede di gara per la voce relativa alla rete di vendita, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione.

Rileva il Collegio la infondatezza di tali censure.

La Consip, in disparte le valutazioni circa la falsità delle dichiarazioni rese dagli esercenti o comunque circa la effettività dei poteri di coloro che le hanno sottoscritte, circostanze che oltre agli accertamenti penali che la stessa Consip ha sollecitato, potranno comunque rilevare sotto il profilo dell'inadempimento contrattuale al momento della esecuzione del contratto, ha operato secondo le modalità di verifica stabilite nel bando di gara e nel disciplinare.

Il punto 5.7.1.2 del disciplinare prevede che l'aggiudicazione definitiva e la stipula della Convenzione siano subordinati all'esito positivo delle verifiche ispettive (paragrafo 9.1. del capitolato); tali

verifiche, espletate dalla Consip anche avvalendosi di organismi di ispezioni accreditati secondo le norme En ISO 17020: 2005, saranno volti ad accertare l'adempimento dell'aggiudicatario provvisorio degli impegni relativi al convenzionamento contenuti nell'offerta tecnica, così come descritti nel capitolato tecnico.

Inoltre, la medesima disposizione del disciplinare prevede anche che l'aggiudicatario provvisorio entro due mesi dalla ricezione della comunicazione di aggiudicazione provvisoria, debba procedere all'adempimento degli impegni di convenzionamento assunti con la presentazione dell'offerta tecnica, effettuando il convenzionamento di un numero di esercizi, ubicati all'interno del lotto, non inferiore a quello indicato in sede di offerta tecnica.

Il punto 9 del capitolato prevede due ipotesi di verifiche ispettive, quelle che devono essere effettuate prima dell'aggiudicazione definitiva e della stipula della Convenzione e quelle successive alla stipula della convenzione, che riguardano quindi l'adempimento degli obblighi assunti, in particolare proprio di quelli relativi al convenzionamento degli esercizi.

Dalla disciplina dettagliata ed analitica di tale verifiche si comprende come la problematica della effettività della consistenza della rete di vendita e del convenzionamento degli esercizi sia stata tenuta presente dalla stazione appaltante nella predisposizione della legge di gara.

Le verifiche ispettive pre-stipula consistono in una verifica

documentale sugli elenchi prodotti dalla aggiudicataria provvisoria e in una effettiva ispezione, questa a campione, presso gli esercizi convenzionati.

Le verifiche che devono essere effettuate a campione, prima della stipula della convenzione sono volte ad accertare, infatti, l'adempimento, da parte dell'aggiudicatario provvisorio, agli impegni relativi al convenzionamento. In particolare, tale verifica è effettuata tramite la sottoscrizione da parte dell'esercente del cd. addendum al contratto di convenzionamento, addendum che, in base a quanto espressamente affermato dal capitolato, ha la funzione di accertare l'esistenza e l'ubicazione dell'esercizio, nonché la volontà dell'esercente, espressa attraverso la firma dell'addendum, di accettare i buoni pasto relativi al presente appalto.

E' consentito dalla lex di gara, con il richiamo alle prescrizioni delle norme Uni Iso 2859-1: 2007, un margine di errore nelle verifiche, nel senso che alcune dichiarazioni potrebbero risultare non confermate. Tale margine deve rimanere nell'ambito previsto dalle prescrizioni suddette per non avere rilevanza.

In base a tali prescrizioni del disciplinare e del capitolato, la Consip ha incaricato un organismo ispettivo accreditato di procedere a tali verifiche.

Le verifiche hanno dato esito positivo, ovvero il margine di errore non ha superato il limite richiesto.

Solo successivamente alle verifiche sorge un effettivo obbligo di

convenzionamento degli esercizi indicati nell'offerta tecnica.

Pertanto, la eventuale difformità delle dichiarazioni degli esercenti può comunque rilevare al momento del convenzionamento degli esercizi, esponendo dunque la aggiudicataria ad una eventuale responsabilità per inadempimento contrattuale, qualora non riuscisse a stipulare effettivamente le convenzioni con tutti gli esercizi che aveva indicato.

In primo luogo, poi lo stesso capitolato prevede la possibilità di sostituire gli esercizi anche in corso di esecuzione del servizio, quindi rispetto alle clausole della lex di gara non è così rilevante che gli esercizi siano proprio quelli indicati all'origine. Inoltre, le verifiche ispettive sono previste anche nel corso della esecuzione del contratto.

Le verifiche condotte dalla Consip, quindi, non avrebbero potuto condurre alla aggiudicazione definitiva e al diniego di autotutela non essendovi elementi per non potere procedere all'aggiudicazione definitiva e alla stipula della Convenzione. In presenza della produzione della documentazione, secondo quanto richiesto dal disciplinare (elenchi degli esercizi convenzionati e addendum al contratto di convenzionamento), dell'esito positivo (nei limiti sopra indicati dei margini di errore) delle verifiche ispettive, la Consip non avrebbe potuto, in presenza di norme della lex di gara che espressamente prevedevano tali procedimenti proprio al fine del controllo circa la consistenza della rete di

convenzionamento, non procedere alla aggiudicazione definitiva, a meno di non ritenere falsa tutta la documentazione prodotta e le stesse verifiche ispettive effettuate da un organismo accreditato, circostanze particolarmente gravi che non aveva motivo di ritenere verificatesi nel caso di specie, pur in presenza delle dichiarazioni presentate dalla Ristochef. Rispetto a tali dichiarazioni, la Consip, infatti, non aveva certezza del vizio denunciato, ovvero se si trattasse di dichiarazioni errate, false o invece semplicemente provenienti da soggetti che non hanno il potere di impegnare l'esercizio commerciale. Come già evidenziato era, altresì, previsto dalla lex di gara anche che le verifiche fossero considerate positive, anche in presenza di dichiarazioni non confermate ovvero di non esistenza dell'addendum al contratto di convenzionamento o di non rispondenza ai requisiti (punto 9.1.2. del capitolato), purchè tali carenze rientrassero nei limiti prescritti.

Né vi sono contestazioni sulla lex di gara.

Le prescrizioni del disciplinare e del capitolato, infatti, sono parte integrante del bando di gara e costituiscono nell'insieme la "lex specialis" della gara. In tema di appalti pubblici, il capitolato speciale d'oneri costituisce documento integrante il bando, sicché, al pari di questo, vincola i partecipanti alla gara ai quali si richiede una lettura complessiva e globale delle regole di partecipazione, poste sia nel bando che nel capitolato (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 02 marzo 2009 , n. 2113).

In ogni caso le circostanze di fatto prefigurate dalla società ricorrente, se si dovessero successivamente accertare, potrebbero comunque rilevare in sede di esecuzione del contratto.

Ne deriva la legittimità dei provvedimenti impugnati e la infondatezza di tale censura.

Il secondo motivo di ricorso si riferisce ai servizi aggiuntivi offerti dalla Qui, tra cui ci sarebbe anche un servizio “ Qui subito” che ad avviso della società ricorrente non avrebbe alcun nesso di pertinenzialità e dipendenza con il servizio dei buoni pasto.

Occorre a tal proposito richiamare la giurisprudenza della sezione confermata anche dal Consiglio di Stato che ha riconosciuto la legittimità della remuneratività dell’offerta con riferimento ai servizi aggiuntivi.

La sezione rispetto proprio alla offerta della Qui nella precedente gara Consip, dalla quale era stata esclusa per anomalia, ha affermato che tale offerta si deve ritenere comunque remunerativa perché pur non essendo previsto un utile, “tale carenza è ampiamente compensata dai cd. servizi aggiuntivi pattuiti dall’offerente con gli esercenti convenzionati. Dall’operazione economica nel suo complesso considerata - e, cioè, comprensiva dei ‘servizi aggiuntivi’ - emerge, quindi, in modo evidente che l’offerente trarrà certamente una remunerazione. Evidenziata la sussistenza di una indubbia remuneratività dell’operazione sul piano economico, occorre valutarne la legittimità sotto il profilo giuridico. In tale ambito,

occorre in primo luogo osservare come la normativa in tema di appalti non contenga alcun principio in grado di vincolare i partecipanti alle gare di appalto in sede di giustificazioni della anomalia dell'offerta. Così come evidenziato anche nel parere della Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, infatti, l'art. 87, comma 1, del D.Lgs. n. 163/2006 si limita a stabilire che le giustificazioni richieste dalla stazione appaltante, ai fini della verifica delle offerte anormalmente basse, debbano essere pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta medesima (parere n. 45 del 25 ottobre 2007) (Tar Lazio III n° 1372 del 2008).

L'art 87, infatti, non pone alcun limite agli elementi che sono idonei a giustificare l'anomalia dell'offerta.

Il secondo comma dell'art 87 prevede: "Le giustificazioni possono riguardare, a titolo esemplificativo:

- a) l'economia del procedimento di costruzione, del processo di fabbricazione, del metodo di prestazione del servizio;
- b) le soluzioni tecniche adottate;
- c) le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, per fornire i prodotti, o per prestare i servizi;
- d) l'originalità del progetto, dei lavori, delle forniture, dei servizi offerti.

Le giustificazioni possono, quindi, riferirsi ad elementi estrinseci all'offerta, che riguardano altri processi produttivi, relativi alla restante attività di impresa, autonoma da quella generata dal

contratto in questione, che sotto il profilo giuridico ed economico sono in collegamento negoziale rispetto all'appalto oggetto della gara (Consiglio di Stato n° 3900 del 2008 che ha confermato la sentenza del Tar Lazio sopracitata).

Il Consiglio di Stato ha anche specificato che i servizi aggiuntivi attengono ad aspetti pertinenti agli elementi costitutivi dell'offerta. La pertinenza non indica la coincidenza con gli elementi costitutivi dell'offerta. Sono ammissibili elementi giustificativi la cui pertinenza emerge da un oggettivo collegamento economico degli stessi con gli elementi costitutivi dell'offerta, cioè, in definitiva, con l'oggetto del contratto, sì da aversi una connessione che, sul piano della produzione del servizio, colloca le circostanze addotte come giustificazione all'interno del processo produttivo prefigurato in modo unitario dalla impresa, ma riferito ad altri processi produttivi della impresa stessa, che, per come organizzati dall'offerente, si riflettono in una vicenda giuridica di collegamento negoziale, complessivamente riferita ad una operazione economica unica, nel senso che i contratti relativi ai servizi aggiuntivi non solo hanno ragione economico-sociale di esistere in quanto sussista il contratto principale oggetto dell'appalto, ma il concreto assetto di interessi derivante da tali contratti è conformato proprio in ragione del contenuto del contratto principale, collegandosi inscindibilmente allo stesso in termini di convenienza coordinata delle operazioni negoziali poste in essere. In sostanza, l'unicità del processo produttivo

ipotizzato conduce ad un'unica funzione economica giustificatrice dell'intera operazione (Cds n° 3296 del 2008).

L'offerta della Qui! Group si deve considerare non anomala, secondo quanto ritenuto in maniera legittima dalla Consip, in quanto la remuneratività è stata giustificata con riferimento ai servizi aggiuntivi.

Ritiene il Collegio condivisibile l'orientamento della sezione e del Consiglio di Stato per cui argomentando dalle ipotesi, non tassative dell'art 87 , le giustificazioni possono riguardare qualsiasi elemento del processo produttivo di una azienda.

La stessa previsione e portata della norma attribuisce rilievo alla "economia del metodo di produzione del servizio", che si fonda, dunque, su tutta l'attività di impresa svolta nello stesso settore, dalla stessa impresa offerente, potendo, quindi, apprezzarsi, se debitamente comprovata, la capacità imprenditoriale di prevedere e modulare il complessivo processo produttivo in modo da rendere appetibile sul mercato il prodotto ad offerta complementare che, nella realtà economica, rende conto della complessiva competitività dell'offerta in gara presentata dall'impresa, la cui economia di gestione nell'erogazione del servizio richiesto costituisce in definitiva un vantaggio per la pubblica amministrazione appaltante (Consiglio di stato, sez. VI, 04 agosto 2008 , n. 3896).

Si tratta, quindi, di una fattispecie in cui l'offerente giustifica il proprio utile in dipendenza del fatto che, procedendosi ad un appalto

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

Nel caso di specie, il vincolo con il servizio dei buoni pasto è assicurato dalla circostanza che è proprio il servizio dei buoni pasto a dare la possibilità alla Qui Group! di conoscere gli esercenti, di avere una diffusione capillare e, quindi, di potere loro vendere ulteriori servizi, tra cui rientra anche il servizio Qui subito. Tra questi non solo la pubblicità che riguarda anche soggetti terzi, ma anche il servizio qui subito.

Anche tale censura è quindi infondata e deve essere respinta.

La infondatezza delle censure proposte con il ricorso principale e con i motivi aggiunti conduce alla reiezione della domanda di risarcimento danni e della domanda di risarcimento danni per lite temeraria ai sensi dell'art 96 del codice di procedura civile, mancandone i presupposti.

La infondatezza del ricorso principale e dei motivi aggiunti comporta la improcedibilità del ricorso incidentale per carenza di interesse.

In considerazione della complessità delle questioni, sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Respinge la domanda di risarcimento danni e la domanda di condanna per lite temeraria.

Dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Lundini, Presidente FF

Giuseppe Sapone, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2011

IL SEGRETARIO

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