



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

-Sul ricorso numero di registro generale 5785 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da Accor Servicec Italia s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe De Naro Papa, Anna Romano e Filippo Satta, con domicilio eletto presso Studio Satta & Associati in Roma, Foro Traiano n. 1/A;

contro

Ristochef s.p.a. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Bullo e Nino Paolantonio, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

nei confronti di

Regione Lombardia in persona del Presidente della Giunta Regionale *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Sabrina Gallonetto e Piera Pujatti, con domicilio eletto presso Emanuela Quici in Roma, via della Farnesina n.272;

-Sul ricorso numero di registro generale 5939 del 2009, proposto da Regione Lombardia in persona del Presidente della Giunta Regionale pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Sabrina Gallonetto e Piera Pujatti, con domicilio eletto presso Emanuela Quici in Roma, via della Farnesina n.272;

contro

Ristochef s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Bullo e Nino Paolantonio, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

nei confronti di

Accor Services Italia s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia – Milano, Sezione I n. 4573 del 1 luglio 2009;

Visti i ricorsi in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 1 dicembre 2009 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Clarizia per delega di Bullo e Quici per delega di Pujatti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'odierno contenzioso ha per oggetto gli atti di gara conclusasi con la aggiudicazione, da parte della Regione Lombardia alla società Accor Services Italia dell'affidamento del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione dei titoli di assegnazione della dote scuola per gli anni scolastici 2009/2010 e 2010/2011.

Il servizio oggetto di affidamento si svolge mediante l'emissione di titoli rappresentativi di determinati importi che possono essere utilizzati presso una rete di PSA-Punti di Servizio Accreditati (ovvero di operatori convenzionati dall'appaltatore) per acquisire beni e/o servizi di natura scolastica, sociale e formativa.

In sede di rimborso dei titoli incassati, ciascun PSA riconosce all'ente emittente (ovvero all'appaltatore) una percentuale sull'importo nominale degli stessi.

Ne deriva che la redditività del servizio, per il futuro aggiudicatario, è rappresentata dalla percentuale sul valore nominale che verrà negoziata con i PSA convenzionati, nonché, nella misura in cui verrà richiesta, da un contributo da porre a carico dell'Amministrazione appaltante. L'entità di tale ultimo contributo, costituiva oggetto dell'offerta economica regolata dall'art. 4.B) del Disciplinare.

La norma citata, sul punto, prevedeva che i concorrenti dovessero indicare “il costo complessivo del servizio al netto dell’IVA richiesto per l’espletamento di tutti i servizi oggetto della presente gara” con la specificazione che “il costo del servizio è complessivo di tutte le voci (servizi prestazioni reportistica, spese accessorie, ecc.) necessarie per la perfetta esecuzione del servizio oggetto della gara”: si trattava, in definitiva, della prestazione pecuniaria che il concorrente intendeva porre a carico dell'Amministrazione per assicurare l'esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto da concludersi all'esito della gara.

Quanto all'attribuzione del punteggio, all'offerta economica, ovvero all'entità del contributo posto a carico dell'Amministrazione, l'art. 7 “Criteri di aggiudicazione” del Disciplinare, alla Lettera B) “Offerta economica”, prevedeva che sarebbe stato attribuito il punteggio massimo (punti 40) all'offerta riportante il costo complessivo più basso, mentre alle altre offerte sarebbe stato attribuito il punteggio risultante dall'applicazione della formula $P = (C \text{ min} / C \text{ off}) \times 40$.

Poiché nella fattispecie alla presenza di una offerta economica a valore zero presentata dalla Ristochef l'applicazione della formula matematica ha determinato l'azzeramento del punteggio dell'offerta economica degli altri soggetti partecipanti, vanificando il principio di proporzionalità tra le diverse offerte con graduazione dei punteggi di gara, la commissione di gara assumeva come valore unitario base 100.000 euro che aggiungeva alle due offerte economiche presentate. Conseguentemente per l'offerta economica assegnava alla società Ristochef 40 punti, mentre alla società Accor Services assegnava 39,99.

Nel ricorso in primo grado la soc. Ristochef eccepeva l'illegittimità dell'operato della commissione giudicatrice in relazione alla valutazione dell'offerta economica in applicazione della formula matematica prevista dal Disciplinare di gara.

Il TAR Lombardia nella sentenza appellata ha affermato che... “ la commissione di gara avrebbe alterato in maniera arbitraria la formula matematica prevista per l'attribuzione del punteggio della offerta economica determinando di fatto l'esito concorsuale.”

In sostanza secondo il TAR gli unici punteggi che la commissione avrebbe dovuto attribuire erano quelli risultanti dal mero sviluppo della formula.

Nel prosieguo della sentenza appellata tuttavia il primo giudice affermava anche che la giurisprudenza ha ritenuto che possa ovviarsi agli inconvenienti derivanti dalla applicazione della formula in presenza di offerta pari a zero “modificando unicamente la offerta minima aggiungendole un valore infinitesimale”. La sentenza all'uopo richiamava due decisioni emesse dal Consiglio di Stato (VI n.8156/2004 e V n.3435/2007).

2.Negli atti di appello inizialmente indirizzati avverso il dispositivo di sentenza e poi con motivi aggiunti avverso la sentenza, sia la società Accor Service Italia che la Regione Lombardia osservano pregiudizialmente che la società Ristochef aveva presentato in primo grado ricorso per motivi aggiunti impugnando il decreto del

dirigente regionale di aggiudicazione definitiva della gara notificato in data 23 giugno 2009; e aveva chiesto che la istanza cautelare venisse discussa insieme al gravame introduttivo fissato per il merito al 1° luglio 2009.

Tuttavia il TAR non ha ritenuto di esprimersi sulla istanza cautelare relativa ai motivi aggiunti né ha sentito le parti in merito ad una eventuale decisione semplificata ma ha direttamente deciso nel merito anche i motivi aggiunti nonostante che non risultassero osservati i termini a difesa previsti dall'art. 23 bis commi 3 e 4 della l.1034 del 1971.

Pertanto i termini di 40 o di 20 giorni per il deposito tra la comunicazione della fissazione della udienza di merito e la data della sua concreta celebrazione e dell'art.23 bis comma 4 che impone la fissazione del merito non prima che siano decorsi trenta giorni dalla decisione sulla domanda cautelare non sono stati rispettati in relazione ai motivi aggiunti avverso la aggiudicazione definitiva.

Nel merito gli appellanti sostengono la erroneità della sentenza e la correttezza dell'operato della amministrazione.

In via subordinata ove il Consiglio di Stato affermasse la necessità di una interpretazione rigida della disciplina di gara la Accor ripropone il ricorso incidentale dichiarato inammissibile dal primo giudice avverso l'art.7 let. B) nella misura in cui consente offerte pari a 0 .

Si è costituita la società Ristochef chiedendo il rigetto degli appelli e la conferma della sentenza del primo giudice.

All'udienza di trattazione del 1 dicembre 2009 le cause sono state trattate dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. I due appelli devono essere riuniti essendo diretti avverso la medesima sentenza. Il Collegio ritiene di superare le eccezioni preliminari sollevate dalla Regione Lombardia e dalla società Accor Services Italia concentrando l'esame sulla

questione sostanziale ed in particolare sul quesito se la amministrazione avrebbe dovuto applicare rigidamente la formula matematica indicata nel Disciplinare di gara ed assegnare 40 punti alla offerta della società Ristochef e 0 punti alla offerta della società Accor Services Italia.

2. La procedura di gara concerneva l'appalto del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione dei titoli di assegnazione della dote scuola per gli anni scolastici 2009/2010 e 2010/2011 inseriti in un progetto della Regione Lombardia volto a contribuire alla spesa sostenuta dalle famiglie per la fruizione del servizio educativo di istruzione e formazione professionale.

Il disciplinare di gara prevedeva, quale criterio per l'assegnazione del servizio, quello della offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art.83 del d.lgs. 163 del 2006.

La società Accor Services aveva conseguito per la offerta tecnica 47 punti su 60 mentre la società Ristochef 29 su 60: il differenziale tra le due offerte sul piano tecnico era dunque di 18 punti.

Gli altri punti relativi alla offerta economica sarebbero stati assegnati applicando la seguente formula $P = (C \text{ min.} / C \text{ off})$ per 40, in cui "C min" è il costo indicato dalla impresa che ha formulato l'offerta valida più bassa e "off" è il costo indicato dalla impresa in esame.

La formula, come ampiamente osservato dalle appellanti, era mirata ad assicurare che le offerte economiche fossero valutate secondo un criterio di rigida proporzionalità tale da consentire alla offerta più bassa di ricevere il massimo punteggio di 40 punti ed alle altre offerte, di ottenere punteggi gradualmente inferiori, ma proporzionati in relazione all'aumento proposto rispetto alla offerta più bassa.

La società Ristochef presentava una offerta pari a 0 consentendo alla amministrazione un risparmio di euro 200.000,00 mentre la società Accor offriva 0,01 consentendo un risparmio di euro 199.999,99.

Andando ad applicare la formula matematica indicata dalla Regione nel Disciplinare la commissione gara si rendeva conto che la stessa produceva degli effetti ampiamente distorsivi .

Ed infatti essendo pacifico che il prezzo 0 offerto dalla società Ristochef meritava 40 punti, se si inseriva nella formula matematica 0 quale “C min”, il punteggio dell'altra offerta presentata finiva ad essere uguale a 0 con la conseguenza che tra la offerta più bassa pari a 0 e la seconda offerta, pari a 0,01 punti, vi sarebbe stata una differenza di 40 punti a prescindere dall'effettivo divario di prezzo.

Per evitare tale distorsione conseguente alla rigida applicazione della formula matematica la commissione di gara introduceva un correttivo assumendo come parametro di riferimento il costo del servizio per un anno (euro 100.000,00) e quindi portava la offerta di Ristochef a 100.000,00 mentre la offerta di Accor a 100,000,01: in tal modo Ristochef otteneva 40 punti e Accor 39,99.

La società Accor si vedeva così aggiudicare la gara potendo cumulare al punteggio per la offerta economica quello di 47 conseguito per la offerta tecnica.

Il criterio utilizzato dalla commissione di gara veniva censurato innanzi al TAR Lombardia dalla società Ristochef che denunciava la violazione dei principi generali in tema di evidenza pubblica ed in specie quello della *par condicio competitorum* avendo, la commissione di gara, disapplicato la *lex specialis* ad offerte cognite e manipolato le stesse offerte sino a ribaltare l'esito della graduatoria.

3. Il TAR Lombardia accogliendo con la sentenza appellata il ricorso proposto dalla società Ristochef ha ritenuto che l'operato della commissione era arbitrario e che distorceva il buon esito della gara in quanto i punteggi da assegnare ,quanto alla offerta economica, dovevano essere unicamente quelli risultanti dal rigido

sviluppo della formula matematica e cioè alla Ristochef punti 40 ed ad Accor punti 0.

Osservava il primo giudice che le formule matematiche non possono costituire oggetto di interpretazione rivestendo carattere di neutralità in relazione ai valori che con essere vengono elaborati. Nel prosieguo della sentenza il primo giudice sosteneva invero che in relazione ad alcuni orientamenti della giurisprudenza formatasi in materia (Cons. di Stato, VI n.8156/2004 e V n.3435/2007), la commissione di gara avrebbe al più potuto applicare un correttivo, sommando ai prezzi un valore pari a 0,001 per ottenere un esito concorsuale “..coerente con quello che si sarebbe determinato adottando i punteggi economici calcolati nella seduta del 17.4.2009” con l’effetto che il punteggio massimo per l’offerta economica andava attribuito alla società Ristochef e 3,36 punti alla società Accor.

3. Negli appelli la Regione Lombardia e la società Accor criticano il ragionamento del primo giudice sottolineando che poiché le due offerte economiche presentate da Ristochef e da Accor erano praticamente identiche (con una differenza di un centesimo di euro), il correttivo introdotto dalla commissione di gara ha il merito di mantenere la ragionevole proporzionalità tra le due offerte mentre del tutto illogica ed ingiusta è la soluzione raggiunta dal primo giudice secondo la quale l’Amministrazione avrebbe dovuto assegnare alle due offerte economiche uguali, 40 punti alla prima e 0 punti alla seconda, con l’effetto finale di affidare il servizio alla offerta tecnicamente meno vantaggiosa; tale illogicità colpirebbe anche la soluzione prospettata dal primo giudice in via subordinata, di attribuire 40 punti alla prima offerta e 3,36 alla seconda offerta.

4. La Sezione ritiene che le argomentazioni delle appellanti meritino accoglimento. Questo Consiglio di Stato ha ritenuto che è possibile per le stazioni appaltanti introdurre dei correttivi alle formule matematiche previste dal disciplinare di gara quando si verificano delle difficoltà pratiche nella loro rigida applicazione; ciò a

condizione che il correttivo utilizzato risponda ad un criterio di proporzionalità e di ragionevolezza volto a salvaguardare gli interessi delle amministrazioni (Cons. Stato, Sez.VI, n.5583/2009 ;VI, n.8146 del 2004; V n.3435/2007; V, n.1194/2006).

Ora, se puo' condividersi la affermazione del primo giudice che nella ricerca del correttivo da utilizzare vi è: “..una infinita gamma di possibili valori da aggiungere ai valori di offerta onde attribuire significato compiuto alla formula...”, appare alla Sezione che nella ricerca dei possibili correttivi, quello utilizzato dalla Commissione sia stato logico e ragionevole garantendo l'attribuzione di punteggi proporzionati alle reali differenze intercorrenti tra le due offerte, assegnando a Ristochef il massimo punteggio di 40 punti ed a Accor, il punteggio di 39,99, a fronte di due offerte economiche che si differenziavano tra loro solo per un centesimo di euro.

Ove si accedesse invece alla soluzione interpretativa propugnata dal primo giudice, verrebbe meno in pratica qualsiasi proporzionalità tra la offerta tecnica e l'offerta economica e si finirebbe per dare assoluta prevalenza a questa ultima alterando i principi previsti dal bando.

E' evidente che applicare una formula che attribuisca a due offerte economiche praticamente identiche uno scarto di 40 punti a prescindere dal prezzo offerto, sia una soluzione in palese contrasto con la *par condicio* tra i concorrenti e violi i principi propri dell'evidenza pubblica che impongono la ricerca della offerta migliore per la pubblica amministrazione

5. L'appello quindi merita accoglimento e tale esito consente al Collegio di assorbire l'appello incidentale presentato da Accor avverso la previsione del bando nella parte in cui non esclude dalla gara le offerte pari a 0.

6. In conclusione la sentenza del primo giudice deve essere riformata ed il ricorso di primo grado respinto.

Spese ed onorari dei due gradi, attesa la peculiarità e l'andamento della vicenda contenziosa, possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, definitivamente decidendo, riuniti i ricorsi in epigrafe indicati, li accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione