

Publicato il 21/07/2017

N. 00873/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00962/2016 REG.RIC.  
N. 00425/2017 REG.RIC.



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 Piemonte**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sui ricorsi riuniti numero di registro generale 962 del 2016 integrato da motivi aggiunti e 425 del 2017 proposti rispettivamente da:

- Euroristorazione S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Edificare s.r.l. e Impresa Electric s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanni Ferasin, Fabio Sebastiano, Federico Casa, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Fusco in Torino, via Bligny, 15;
- Serim S.r.l. - già GE-Bar s.r.l. e Tecnomatic s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dall'avvocato Bruno Vernaglione, domiciliato ex art. 25 cpa presso T.A.R. Piemonte Segreteria in Torino, corso Stati Uniti, 45;

*contro*

Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa

dall'avvocato Luca Verrienti, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Ottavio Revel, 19,

*nei confronti di*

- nel ricorso n. 962/2016:

Serim S.r.l. (Gia' Ge-bar s.r.l e Tecnomatic s.r.l.), in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Trecentoundici s.r.l. e Platti & Passerini s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Bruno Vernaglione, domiciliato ex art. 25 cpa presso T.A.R. Piemonte Segreteria in Torino, corso Stati Uniti, 45;

S.I.D.O.N.I.O S.p.A., Trecentoundici S.r.l., Platti & Passerini S.r.l. in qualità di componenti R.T.I. con Tecnomatic - Ge-bar, non costituite;

- nel ricorso n. 425/2017:

Euroristorazione s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita;

*per l'annullamento*

quanto al ricorso n. 962 del 2016:

- dell'aggiudicazione comunicata con nota in data 05.09.2016 dell'Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino, a firma del R.U.P., avente oggetto "Ospedale Umberto I di Torino. Procedura per la realizzazione e gestione del Bar interno, con la ristrutturazione di locali connessi. Comunicazione esito gara", con cui veniva comunicato ad Euroristorazione S.r.l. che "il concorrente 1° classificato risulta essere l'R.T.I. GE-BAR/TECNOMATIC";

- di ogni altro atto a quello connesso per presupposizione o consequenzialità ed in particolare, per quanto qui di interesse, dei

verbali di gara e dei verbali della Commissione Tecnica competente per l'esame dei progetti tecnici ammessi;

nonché, con motivi aggiunti depositati in data 21 dicembre 2016, per l'annullamento

- della Deliberazione del Direttore Generale DG 659 del 17.10.2016 avente ad oggetto "Ospedale Umberto I di Torino. Procedura per l'affidamento della concessione di lavori per la realizzazione e gestione del bar interno al P.O. Umberto I di Torino e ristrutturazione di locali connessi. Aggiudicazione" comunicata dal RUP a mezzo PEC in data 11.11.2016;

nonché per

il risarcimento del danno in forma specifica mediante aggiudicazione della gara in favore della ricorrente Euroristorazione S.r.l. e caducazione e/o annullamento e/o declaratoria di nullità e/o di inefficacia del contratto d'appalto (non conosciuto) eventualmente già stipulato tra la Stazione appaltante e l'aggiudicataria R.T.I. Tecnomatic S.r.l. - Ge-Bar S.r.l.;

in via subordinata per la condanna dell'Ente resistente al risarcimento del danno per equivalente ex art. 124 D.Lgs. 104/2010, comprensivo del danno emergente, del danno professionale e del lucro cessante, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria;

nonché, con motivi aggiunti depositati in data 20 aprile 2017, per l'annullamento

- della Deliberazione del Direttore Generale DG 225 del 23.03.2017 recante oggetto "Gara d'appalto per la realizzazione e la gestione del bar interno con la ristrutturazione dei locali connessi - annullamento d'ufficio, ex art. 21 nonies della L. 241/1990 e ss.mm.ii. della procedura di gara", comunicato in allegato alla missiva inviata a

mezzo PEC in data 28.03.2017, a firma del Responsabile del Servizio;

- di ogni altro atto a quello connesso per presupposizione o consequenzialità ed in particolare, per quanto qui di interesse, della comunicazione di avvio del procedimento inviata a mezzo PEC in data 28.02.2017, a firma del R.U.P.;

nonché per la condanna

al risarcimento del danno (comprensivo del danno emergente, del danno professionale e del lucro cessante, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria) determinate dall'annullamento, sia nell'ipotesi in cui lo stesso venga considerato legittimamente pronunciato, sia nell'ipotesi di accertata illegittimità del provvedimento;

o comunque per la condanna

alla corresponsione dell'indennizzo ex art. 21 quinquies, L. 241/90 (che tenga conto del danno emergente, del danno professionale e del lucro cessante, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria);

quanto al ricorso n. 425 del 2017:

della Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino - DG 225 del 23.3.2017 – comunicata il 28.3.2017 - con cui è stata annullata d'ufficio, ex art. 21 nonies della Legge 241/90, l'intera procedura di gara finalizzata alla realizzazione e gestione del Bar interno con la ristrutturazione dei locali connessi, procedura poi aggiudicata definitivamente a RTI Ge-Bar s.r.l./Tecnomatic s.r.l./Sidonio S.p.A./Trecendoundici s.r.l./Platti & Passerini s.r.l. con deliberazione del Direttore Generale n. 659 del 17.10.2016;

nonché della lettera (prot. 28/03/2017.0003619.U) - a firma del Responsabile del Procedimento - di accompagnamento alla Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino - DG 225 del 23.3.2017; nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o comunque consequenziale.

Visti i ricorsi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino e di Serim S.r.l. (già Ge.Bar S.r.l. e Tecnomatic S.r.l.);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2017 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso rg. n. 962/2016 Euroristorazione s.r.l. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione della gara per la realizzazione e gestione del bar interno, la ristrutturazione di locali annessi e la gestione di distributori automatici disposta dalla ASO Ordine Mauriziano di Torino in favore dell'R.T.I. Ge-Bar s.r.l./Tecnomatic s.r.l.

Ha dedotto che l'amministrazione aveva indetto un dialogo competitivo da aggiudicarsi in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa avente ad oggetto la concessione, previa ristrutturazione, dei locali bar, la ristrutturazione/adequamento di

una serie di ambulatori e la successiva gestione di locali bar/edicola e di distributori automatici per la durata di 15 anni, il tutto per il complessivo importo indicato a base d'asta nel bando del dialogo competitivo pari ad € 662.000,00, oneri compresi.

Il raggruppamento temporaneo di imprese composto da Tecnomatic s.r.l. e Ge-bar s.r.l. e quello avente come mandataria Euroristorazione s.r.l. venivano invitate a partecipare alla fase finale della gara.

L'R.T.I. composto da Tecnomatic s.r.l. e Ge-bar s.r.l. veniva dichiarato aggiudicatario con il punteggio di 100.

Con il ricorso rg. 962/2016 la ricorrente Euroristorazione ha censurato l'aggiudicazione deducendo le seguenti contestazioni:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 comma III bis, 87 comma IV e 46 del d.lgs. n. 163/2006; difetto di istruttoria e motivazione, illogicità e disparità di trattamento. L'aggiudicataria non avrebbe indicato nell'offerta gli oneri della sicurezza aziendali.

2) Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e indeterminatezza dell'offerta; l'offerta dell'aggiudicataria non consentirebbe di comprendere in quale veste GE-Bar e Tecnomatic hanno partecipato alla gara, né chi abbia il ruolo di mandataria e chi di mandante nell'ambito del raggruppamento. Neppure sarebbe comprensibile la dichiarazione di subappalto sottoscritta dalle ditte S.I.D.O.N.I.O. s.p.a., Trecentounidici s.r.l. e Platti & Passerini s.r.l.; in tale dichiarazione sarebbero infatti indicati come "componenti l'R.T.I." anche soggetti non firmatari dell'offerta ad apparenti subappaltatori.

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 118, 37 del d.lgs. n. 163/2016, e 107 e 108 del d.p.r. n. 207/2010; violazione e falsa

applicazione dell'art. 13 del Capitolato Speciale di appalto. La gara prevede la realizzazione di impianti elettrici, per la quale occorre la categoria OS30, per un importo superiore al 15% del complessivo valore dall'appalto; tanto avrebbe imposto all'RTI concorrente di comprendere anche una ditta qualificata per tali lavori mentre né Ge-bar né Tecnomatic possiedono la necessaria qualificazione, che rientra tra le cosiddette categorie speciali o s.i.o.s.

4) Violazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006; l'attestazione di pagamento del contributo ANAC è stata sottoscritta dalla sola Ge-Bar s.r.l e non da tutti i componenti l'RTI.

Si costituiva la Ge-Bar s.r.l. in proprio e quale mandataria di RTI costituendo eccependo l'inammissibilità del ricorso di Euroristorazione per omessa impugnativa del provvedimento di ammissione ed invito alla gara nonché per mancato rispetto del termine breve di impugnazione di 30 giorni previsto dal d.lgs. n. 50/2016 posto che sostanzialmente la ricorrente censurerebbe l'ammissione di un concorrente e la gara sarebbe disciplinata dal nuovo codice degli appalti. La controinteressata qualificava poi la gara concessione con prevalenza della parte di servizi, desumendone al più l'applicabilità dell'art. 30 del d.lgs. n. 163/2006 per contestare nel merito le censure. Sosteneva che il bando non avesse imposto alcun onere di previa indicazione di mandante e mandataria e che, in ogni caso, l'RTI doveva ritenersi composto anche dalle società esecutrici dei lavori indicate nel documento inerente il subappalto.

Si costituiva l'Azienda Ospedaliera eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata evocazione in giudizio delle ditte S.I.D.O.N.I.O. s.p.a., Trecentoundici s.r.l. e Platti & Passerini s.r.l. nonché per omessa impugnazione nei termini dei provvedimenti di ammissione

alla gara e contestando nel merito le censure; anche l'ASO affermava che la gara aveva ad oggetto principale la concessione di un servizio.

Con primo atto di ricorso per motivi aggiunti la Euroristorazione impugnava l'aggiudicazione definitiva, nelle more intervenuta, deducendo, in via derivata, le medesime censure di cui al ricorso introduttivo nonché la violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 38, 45, 48 e 89 del d.lgs. n. 163/2006 per la complessiva manifesta indeterminatezza dell'offerta Ge-bar.

Chiedeva quindi l'annullamento degli atti impugnati con risarcimento in forma specifica mediante aggiudicazione ovvero, in subordine, condanna al risarcimento del danno per equivalente.

Con ordinanza n. 247/2017 veniva disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle ditte S.I.D.O.N.I.O. s.p.a., Trecentounidici s.r.l. e Platti & Passerini s.r.l. in ragione della disposta aggiudicazione definitiva anche in favore di queste ditte.

Con atto depositato in data 13.3.2017 parte ricorrente provvedeva all'integrazione del contraddittorio.

Con deliberazione del direttore generale n. 225 del 25.3.2017 l'amministrazione resistente annullava l'intera procedura di gara ex art. 21 nonies della l. n. 241/90 e chiedeva dichiararsi improcedibile il ricorso introduttivo e la prima serie di motivi aggiunti.

Con ulteriore atto di ricorso per motivi aggiunti la Euroristorazione impugnava il provvedimento di annullamento in autotutela, formulando domanda di risarcimento del danno e, in subordine, di corresponsione dell'indennizzo previsto dall'art. 21 quinquies della l. n. 241/90.

Con riferimento al provvedimento di annullamento deduceva i seguenti vizi:



1) Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 7 e ss., 21 nonies e quinquies della l. n. 241/90. La comunicazione di avvio del procedimento non avrebbe indicato le ragioni di ritenuta illegittimità della gara; l'atto sarebbe poi stato qualificato dall'amministrazione annullamento ma avrebbe motivato con riferimento a sopravvenute ragioni di opportunità che integrerebbero invece motivo di revoca. Quanto alla domanda risarcitoria il danno veniva quantificato nel mancato utile per € 859.847,00, oltre danno curriculare pari al 5% dell'utile, interessi e rivalutazione e nel danno emergente per spese di partecipazione alla procedura e spese legali, pari ad € 50.696,93.

Con parallelo ricorso rubricato r.g. n. 435/2017 la Serim s.r.l. (già Ge-bar s.r.l. e Tecnomatic s.r.l.) impugnava il provvedimento di annullamento della gara in autotutela deducendo le seguenti censure:

1) Violazione degli artt. 21 nonies e 3 della l. n. 241/90; eccesso e sviamento di potere, violazione dell'art. 97 della Costituzione. Contestava che il provvedimento di autotutela fosse stato emesso previo richiamo all'ordinanza n. 247/2017 di questo TAR che aveva posto in evidenza possibili profili di illegittimità della gara; contestava che il valore della gara potesse definirsi indeterminabile; evidenziava una contraddizione nella condotta dell'amministrazione là dove nel giudizio instaurato dalla Euroristorazione s.r.l. aveva dapprima difeso il proprio operato salvo, successivamente, rilevarne l'illegittimità. Contestava gli ulteriori argomenti addotti dall'amministrazione nel provvedimento di autotutela.

2-3) Violazione degli artt. 97 Cost. e 1 della l. n. 241/90 e del principio di conservazione degli atti amministrativi nonché degli artt. 21 *quinquies*, *octies* e *nonies* della l. n. 241/90.

4) Violazione e falsa applicazione degli artt. 7,8 e 10 l. n. 241/90.

Chiedeva quindi l'annullamento del provvedimento impugnato, con riserva di formulare istanza risarcitoria.

Si costituiva l'amministrazione resistente contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso.

Con ordinanza n. 223/2017 l'istanza cautelare proposta dalla Serim s.r.l. veniva accolta al solo fine di consentire una definizione del giudizio contestualmente al ricorso n. 962/2016.

All'udienza dell'11.7.2017 le cause venivano discusse e decise nel merito.

## DIRITTO

Deve essere disposta la riunione dei ricorsi rg. n. 962/2016 e n. 425/2017 in ragione dell'evidente connessione soggettiva ed oggettiva, considerato poi che il provvedimento da ultimo impugnato in entrambi i giudizi trova causa e motivazione anche nell'ordinanza n. 247/2017, emessa da questo TAR nell'ambito del giudizio n. 962/2016.

Muovendo dal ricorso n. 247/2017, con il quale la Serim ha impugnato il provvedimento di autotutela, si deve osservare che la ricorrente ne chiede l'annullamento sul necessario presupposto di un suo interesse alla conservazione dell'aggiudicazione della gara.

L'interesse azionato da Serim (tanto ai fini dell'annullamento del provvedimento di autotutela quanto ai fini di una eventuale e successiva domanda risarcitoria) presuppone inevitabilmente che la Serim s.r.l. (già GE-bar s.r.l. e Teconomatic s.r.l.) possa vantare una legittima aggiudicazione della gara, cosa che era contestata da Euroristorazione nell'ambito del ricorso rg. 962/2016. La Euroristorazione ha infatti insistito per la necessità di un vaglio del proprio originario ricorso quantomeno al fine di individuare il

potenziale legittimo affidatario della gara e quindi il soggetto teoricamente danneggiato dall'autotutela.

Nei due giudizi qui riuniti, infatti, entrambe le concorrenti contestano l'autotutela e in subordine reclamano un identico danno da mancata aggiudicazione sull'assunto di essere, ciascuna di esse, la corretta aggiudicataria. Posto che il legittimo aggiudicatario non potrebbe che essere un solo soggetto e che, al momento dell'esercizio dell'autotutela, pendeva un contenzioso proprio per individuarlo, risulta effettivamente dirimente valutare il ricorso principale di Euroristorazione anche al solo fine di verificare se dal suo ipotetico accoglimento sarebbe discesa l'esclusione della Ge-bar-Tecnomatic (oggi Serim) s.r.l dalla gara; tanto farebbe infatti cadere in capo alla Serim ogni pretesa risarcitoria, non potendosi reclamare un danno da una mancata aggiudicazione non spettante, e quindi ogni interesse a contestare l'autotutela quale presupposto di eventuali azioni risarcitorie ovvero del ripristino dell'aggiudicazione.

Solo il legittimo aggiudicatario della gara può infatti vantare un interesse concreto a contestare l'autotutela.

Si procede quindi, al solo fine di individuare quale delle due contestazioni del provvedimento di autotutela sia ammissibile, ad un vaglio dell'originario ricorso Euroristorazione.

Le controparti hanno formulato eccezioni di inammissibilità: il ricorso rg. n. 962/2016 sarebbe inammissibile in quanto sarebbero state pretermesse talune controinteressate componenti l'RTI aggiudicatario; inoltre il ricorso sarebbe tardivo sull'assunto che alla procedura trovi applicazione il d.lgs. n. 50/2016 e che il provvedimento impugnato o da impugnarsi sarebbe stata in verità

l'ammissione dei concorrenti in gara, la cui contestazione è oggi soggetta a rito speciale.

Quanto alla prima eccezione, anche a prescindere da ogni questione circa la identificabilità della composizione dell'RTI aggiudicatario (su cui infra), Euroristorazione ha tempestivamente evocato in giudizio due controinteressati e comunque integrato il contraddittorio nei confronti di tutti i presunti controinteressati, dunque non vi è alcuna inammissibilità del ricorso.

Quanto alla disciplina applicabile alla gara, la gara è stata indetta con deliberazione del direttore generale n. 803 del 23.12.2015 e necessariamente pubblicata precedentemente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti, considerato che i termini posti dal bando per vari adempimenti scadevano prima dell'aprile 2016. Ai sensi dell'art. 216 del nuovo codice, pertanto, quest'ultimo non potrebbe trovare applicazione; in ogni caso la Euroristorazione non ha contestato in sé l'ammissione in gara dell'RTI composto da Tecnomatic e Ge-bar, quanto piuttosto una ambigua e indeterminata formulazione dell'offerta da parte di queste concorrenti che secondo Euroristorazione avrebbe dovuto comportarne l'esclusione dalla gara.

La censura in questo senso mossa dalla Euroristorazione è fondata.

L'RTI Ge-bar Tecnomatic (oggi Serim) ha formulato in gara una offerta oggettivamente contraddittoria e tale da non consentire neppure alcuna forma di soccorso istruttorio, pena la violazione della *par condicio* dei concorrenti e una sostanziale - quanto inammissibile - ortopedia dell'offerta.

Con nota del 5.9.2016 l'ASO ha comunicato alla Euroristorazione che risultava primo classificato l'R.T.I. Ge-bar/Tecnomatic. La

stessa amministrazione ha ritenuto, in quella fase, che questo fosse il concorrente aggiudicatario (cfr. doc. 6 di parte resistente).

D'altro canto l'R.T.I. ha presentato una offerta depositando, come prescritto, il capitolato speciale di gara sottoscritto con timbro dalla Ge-bar s.r.l. e dalla Tecnomatic s.r.l., con precisazione che le due operavano "in R.T.I. costituenda" (cfr. doc. 7 di parte ricorrente ed altresì doc. 9 di parte controinteressata nel ricorso rg. n. 962/2016).

Lo stesso concorrente ha per contro prodotto un anomalo documento rappresentato dal modulo per la dichiarazione di subappalto (come tale intestato) nel cui contesto ha indicato di intendere costituire una R.T.I. per determinate lavorazioni impiantistiche, senza altro specificare; il documento è sottoscritto, oltre che da GE-bar s.r.l. e da Tecnomatic s.r.l., anche dalle imprese S.I.D.O.N.I.O. s.p.a., Trecentoundici s.r.l. e Platti & Passerini s.r.l., senza peraltro alcuna qualificazione dei rispettivi ruoli.

L'offerta economica è poi stata unicamente sottoscritta da GE-bar e Tecnomatic (cfr. doc.10 di parte controinteressata; nell'analogo documento prodotto sub. doc. 12 di parte resistente e doc. 11 da parte ricorrente nel giudizio rg. n. 962/2016 l'offerta economica, oltre alle sole due sottoscrizioni con timbro delle concorrenti citate, reca le sigle dei commissari di gara, apposte dopo l'apertura dell'offerta ma nessuna ulteriore sottoscrizione da parte di altri concorrenti).

Anche l'asseverazione del piano economico finanziario prodotta da Ge-bar in allegato al documento appena menzionato e l'elenco delle attestazioni SOA (sub. doc. 10- 11 di parte Ge-bar, doc. 11-12 di parte resistente e docc. 10-11 di Euroristorazione nel giudizio rg. n.

962/2016) risultano unicamente timbrati con sottoscrizione di GE-Bar e Tecnomatic, fatte sempre salve le sigle apposte dai commissari. La confusione della documentazione è tale da aver indotto l'amministrazione a chiedere alla concorrente mediante quale istituto giuridico intendesse instaurare i propri rapporti con le ditte S.I.D.O.N.I.O. s.p.a., Trecentoundici s.r.l. e Platti & Passerini s.r.l. (cfr. doc. 13 di parte controinteressata nel ricorso rg. n. 962/2016), richiesta a cui la Ge-bar ha replicato dichiarando di avere intenzione, ove aggiudicataria, di costituire una RTI con tutte e cinque le ditte, non essendo le sole Ge-bar e Tecnomatic qualificate per l'intero oggetto della gara (cfr. doc. 14 di parte controinteressata nel ricorso r.g. 962/2016).

La dichiarazione di intenzione di costituire un RTI a 5 contrasta tuttavia con il fatto che non tutti e cinque i soggetti hanno sottoscritto la necessaria documentazione di gara e formulato l'offerta, come prescritto per un R.T.I. costituendo. Coerentemente in tutti i verbali di gara (ad esempio quello di apertura plichi della fase 3 della gara) l'amministrazione aveva sempre individuato quale concorrente un R.T.I. composto dalle sole Tecnomatic (asserita mandataria) e GE-bar (asserita mandante), (cfr. doc. 16, verbale allegato alla comunicazione di aggiudicazione) posto che questi soli due soggetti hanno sottoscritto la domanda di partecipazione, l'offerta economica ed il piano economico e finanziario.

In quest'ultimo documento anzi (cfr. doc. 10 p. 16 parte controinteressata ricorso rg. n. 962/2016) si chiariva: "la nostra proposta prevede la costituzione di una A.T.I. ripartendo la gestione del servizio per il 60% a Ge-bar e il 40% a Tecnomatic", il tutto in un contesto in cui si descriveva l'oggetto della concessione come

“progettazione definitiva ed esecutiva, ristrutturazione locali completi degli impianti attrezzature e arredi, interventi di ristrutturazione e gestione bar-edicola e distributori” quindi comprensivo tanto del servizio di ristorazione che dei lavori di ristrutturazione e configurando una ripartizione di quote che, al di là della confusione tra i ruoli di mandante e mandataria pure censurata da Euroristorazione e ricorrente nella documentazione, non lascia spazio per altri componenti.

L'aggiudicazione è stata, ciò nonostante, pronunciata nei confronti di un presunto raggruppamento temporaneo di imprese composto da Ge-bar s.r.l. (mandataria e non più mandante), Tecnomatic s.r.l., S.I.D.O.N.I.O. s.p.a., Trecentoundici s.r.l. e Platti & Passerini s.r.l. (mandanti) (cfr. doc. 16 Euroristorazione ricorso rg. n. 962/2016).

In definitiva per tutto il corso della gara (tranne che nel provvedimento finale di aggiudicazione) il soggetto concorrente è stato considerato un RTI a due (con Tecnomatic mandataria), coerentemente peraltro con le dichiarazioni rese in tutti i vincolanti documenti di gara (sottoscrizione del capitolato, dell'offerta economica, del piano economico finanziario); tale configurazione dell'RTI muta nel solo provvedimento di aggiudicazione definitiva ed è anche quella prospettata come unica valida in giudizio tanto dall'amministrazione che dalla interessata.

La contraddizione tra gli atti che compongono l'offerta, contraddizione che incide su un profilo determinante dell'offerta, cioè la configurazione dell'offerente quale presupposto sia per la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione sia per la individuazione della corretta controparte contrattuale da parte dell'amministrazione, porta a concludere che l'offerta GE-bar-

Tecnomatic dovesse essere esclusa per indeterminatezza circa un elemento essenziale.

Infatti la partecipazione a due avrebbe comportato la carenza di requisiti in capo al concorrente mentre ritenere valida ex post (in contrasto con la maggioranza della documentazione componente l'offerta) una partecipazione a cinque significa considerare concorrenti soggetti che non hanno neppure sottoscritto l'offerta e compiere su quest'ultima una ortopedia idonea a "salvare", con un intervento sostanziale, la partecipazione del concorrente in gara, il tutto in violazione della par condicio; né può essere invocato il soccorso istruttorio al fine della vera e propria individuazione (a posteriori) di chi debba essere configurato come concorrente.

In siffatto contesto, pertanto, la ricorrente SERIM (già Ge-bar e Tecnomatic) avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara e non può vantare dunque alcun interesse a contestarne il successivo annullamento, posto che non ne trarrebbe alcuna utilità in quanto, al più, occorrerebbe, in esito all'annullamento del provvedimento di autotutela, valutare il ricorso rg. n. 962/2016 la cui fondatezza comporterebbe l'esclusione dalla gara dell'RTI Ge-bar-Tecnomatic.

Né rileva che la stazione appaltante abbia scelto, in modo più radicale, di annullare l'intera gara (soluzione che rende allo stato superflua per l'amministrazione ogni ulteriore valutazione circa la legittimità dell'aggiudicazione all'epoca pronunciata); la legittimità dell'aggiudicazione, comunque tempestivamente contestata da Euroristorazione, è un presupposto fondante una delle condizioni dell'azione della SERIM – l'interesse ad agire - valutabile anche d'ufficio sulla scorta degli atti del giudizio.



Tanto meno potrebbe la Serim reclamare danni, essendo alla stessa ascrivibile una dirimente causa di esclusione dalla gara per vizio di composizione della sua offerta.

Il ricorso rg. n. 425/2017 appare quindi inammissibile.

Quanto al ricorso rg. n. 962/2016 si procede dalla valutazione dei secondi motivi aggiunti, aventi ad oggetto l'unico atto allo stato efficace, ossia il provvedimento di autotutela.

Con un unico motivo di ricorso la Euroristorazione si duole, sostanzialmente, che la comunicazione di avvio del procedimento non recava comprensibile esplicitazione delle ragioni dell'autotutela e che la motivazione dell'atto evocherebbe le revoca, piuttosto che il disposto annullamento, con conseguente incongruenza tra motivazione e dispositivo dell'atto.

La comunicazione di avvio del procedimento, regolarmente inviata a tutti i concorrenti, reca chiaro riferimento al contenzioso pendente tra le parti di cui la Euroristorazione, che il contenzioso lo aveva instaurato, non poteva certo non essere edotta.

Si legge poi nel doc. 2 prodotto da Euroristorazione in data 20.4.2017 che, dopo la comunicazione di avvio del procedimento, la società ha esplicitato le proprie difese, cui la ASO ha dato riscontro. Pertanto la comunicazione di avvio del procedimento è stata idonea ad instaurare il contraddittorio. Pur essendosi tutte le parti in causa limitate a produrre la prima comunicazione di avvio del procedimento e la finale deliberazione di annullamento, con allegata lettera di trasmissione alle parti, risulta quindi documentato che il contraddittorio si è instaurato (con la Euroristorazione che, come si evince dalla deliberazione finale, è stata anche l'unica a presentare osservazioni), superandosi così il problema dell'idoneità o meno della

comunicazione di avvio del procedimento in quanto è oggettivo che la partecipazione procedimentale è avvenuta.

Quanto al merito, il provvedimento di autotutela reca articolata motivazione che comprende sia ragioni di annullamento (l'ASO menziona l'ordinanza n. 247/2017 di questo Tar - con la quale si erano posti in evidenza possibili profili di complessiva illegittimità della gara - ed esplicita l'intervenuta compromissione della concorrenza a causa dalla mancata corretta individuazione della base d'asta ai fini della pubblicità; si menziona poi la ragionevolezza dei tempi di annullamento rispetto alle previsioni di cui all'art. 21 nonies della l. n. 241/90) che più generali profili di interesse pubblico ad una riedizione della gara.

Una doppia motivazione, ove anche idonea ad una revoca, non è di per sè ragione di illegittimità del disposto annullamento qualora si ritenga che gli adottati motivi di ripristino della legalità, e quindi di annullamento, siano corretti.

Peraltro la ricorrente fraziona artificialmente la complessiva motivazione dell'atto impugnato per sostenere, da un lato, che le addotte ragioni di opportunità generale costituirebbero una diversa causa di revoca e, dall'altro, che il disposto annullamento non sarebbe stato inserito in un più ampio contesto di "interesse pubblico", ossia di opportunità generale.

Le ragioni di annullamento sono, innanzitutto, condivisibili.

Il bando inerente l'invito a presentare le offerte era intitolato "concessione di lavori e di servizio"; l'oggetto riguardava tanto lavori di ristrutturazione che la gestione di un bar/edicola e di distributori automatici; la durata del contratto di concessione (che in giudizio tutte le parti hanno individuato come componente prevalente del

contratto) viene del tutto obliterata nel bando dove l'unico valore a base d'asta è riferito ai lavori di ristrutturazione per un importo di poco più di € 660.000,00. Si evince dal capitolato speciale che il punteggio all'offerta economica deriva dal canone annuo proposto per la gestione in concessione dei servizi. Solo dalla scheda che costituisce l'allegato 2 al capitolato si evince poi che la durata di gestione del servizio di bar e distributori automatici prevista è di 15 anni.

Se si considera, ad esempio, che la GE-bar ha offerto un canone annuo di € 148.500,00, si tratterebbe, per 15 anni, di € 2.227.500,00 ben lontani dai 600.000 € circa, che appaiono nel bando alla voce "corrispettivi e prestazioni".

La problematica è ancor più vistosa se si considera che tutte le parti del giudizio, dopo un faticoso sforzo di inquadramento dell'oggetto della gara, hanno concluso che effettivamente trattasi di concessione di servizio, in particolare di distributori automatici.

Per quanto in specifico concerne il servizio di gestione dei distributori automatici nell'ambito di un ospedale la giurisprudenza e l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici hanno da tempo concluso che la corretta base d'asta (indispensabile per individuare la corretta tipologia di pubblicità, l'entità della cauzione e del contributo dovuto all'autorità) è data non dal canone offerto bensì dal fatturato atteso di cui non vi è traccia negli atti di gara.

Per tutte si riporta Cons. St., sez. III, n. 4343/2016 secondo cui: "Già nella Deliberazione n. 9 del 25/02/2010, l'Autorità aveva precisato che: "Come è noto, ai sensi dell'art. 29, commi 1, invece, "il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto

dell’IVA, valutato dalle stazioni appaltanti. Questo calcolo tiene conto dell’importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovo del contratto”. Per le concessioni in particolare, nella nozione di “importo totale pagabile” è sicuramente da ricomprendere il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione. Infatti, così come nella stessa nozione è ricompreso il corrispettivo pagato dalla stazione appaltante nel caso di appalto, qualora si tratti di una concessione, non essendovi un prezzo pagato dalla stazione appaltante, ma solo quello versato dagli utenti, sarà quest’ultimo a costituire parte integrante dell’“importo totale pagabile” di cui è fatta menzione nella norma sopra citata; il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente proprio in quanto solo eventuale non può considerarsi l’unica voce indicativa del valore della concessione”. Ha poi precisato che la mancata indicazione del valore stimato degli appalti, pone le imprese partecipanti alla gara in una situazione di estrema incertezza nella formulazione della propria offerta, rilevando che il calcolo relativo alla determinazione dell’importo del servizio oggetto di concessione deve essere effettuato in conformità a quanto previsto dall’art. 29, comma 1 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, tenendo conto dei ricavi ipotizzabili in relazione alla sua futura gestione. Ha precisato, infatti, l’Autorità che “l’esatto computo del valore del contratto, assume rilevanza anche per garantire condizioni di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, ex art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 163/06 che si traducono nell’informare correttamente il mercato di riferimento sulle complessive e reali condizioni di gara” (cfr. deliberazione AVCP n. 40 del 19/12/2013) ...Nel caso di specie, come già stigmatizzato dall’Autorità di

Vigilanza, il valore della concessione non può essere computato con riferimento al c.d. “ristorno” e cioè al costo della concessione, che è un elemento del tutto eventuale, ma deve essere calcolato sulla base del fatturato generato dal consumo dei prodotti da parte degli utenti del servizio di distribuzione automatica. La correttezza di detto criterio di calcolo risulta confermata dalla previsione contenuta nella direttiva 2014/23/UE che ha stabilito all’art. 8, comma 2, rubricato “soglia e metodo di calcolo del valore stimato delle concessioni” che “... Il valore di una concessione è costituito dal fatturato totale del concessionaria generato per tutta la durata del contratto, al netto dell’IVA, stimato dall’amministrazione aggiudicatrice o dall’ente aggiudicatore, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione, nonché per le forniture accessorie a tali lavori e servizi. Tale valore stimato è valido al momento dell’invio del bando....”. Inoltre, il comma 3 stabilisce che il valore della concessione deve essere calcolato secondo un metodo oggettivo specificato nei documenti della concessione, indicando poi gli stessi elementi di valutazione, consentendo alle imprese di poter verificare anche i criteri utilizzati dalla stazione appaltante per la sua commisurazione. Detta disposizione è stata recepita nell’art. 167 del d.lgs. n. 50/2016 (non applicabile al caso di specie *ratione temporis*). Sicché il valore della concessione non può essere ancorato ad un parametro – quello del canone di concessione – non rispondente alla previsione normativa recata dall’art. 29 del D.Lgs. 163/06, né può ritenersi che la stima del fatturato possa essere demandata al concorrente anziché all’amministrazione, né che possa essere desunta sulla base degli elementi contenuti nel capitolato speciale, perché in questa particolare tipologia di servizio è difficile dall’esterno compiere

attendibili previsioni di stima, in quanto i fattori che incidono sui flussi di cassa dipendono da una molteplice varietà di condizioni, relative all'ubicazione delle strutture ospedaliere, alla collocazione dei distributori automatici, alle abitudini dell'utenza, alla localizzazione di altri punti di ristoro nell'ambito della stessa struttura ospedaliera, all'accesso di utenti esterni, e così via, tali da non consentire ai concorrenti di stimare in modo attendibile il fatturato sulla base dei soli elementi indicati nel capitolato speciale.”

In definitiva, come ampiamente chiarito dalla citata pronuncia, l'intera struttura della gara era radicalmente inidonea a farne comprendere ai potenziali concorrenti oggetto e valore, con palese violazione dei principi di trasparenza, concorrenza e parità di trattamento, al cui presidio la corretta pubblicità delle caratteristiche della gara è posta.

In tale contesto è corretta la scelta dell'amministrazione di ripristinare la legalità.

Né può sostenersi che l'ASO non abbia motivato sul complessivo interesse pubblico all'autotutela, avendo evidenziato l'oggettivo danno alla concorrenza (il quale si traduce verosimilmente, al di là della violazione della normativa, nella partecipazione di un minor numero di concorrenti, con danno per la parte pubblica) ed ulteriori ragioni che rendevano opportuna una corretta riedizione della gara (potersi avvalere di finanziamenti pubblici imminenti e di una più razionale organizzazione delle prestazioni contrattuali).

La motivazione appare idonea e non mera affermazione di un obbligo di ripristino della legalità (obbligo peraltro ben più stringente quando si tratta di ripristinare la legalità rispetto alla normativa eurounitaria, cui lo Stato - e per esso ogni pubblica amministrazione

- è vincolato con possibili effetti anche sanzionatori), tanto più che nessun contratto era stato stipulato e che la Euroristorazione non ha nemmeno mai avuto una formale aggiudicazione in suo favore.

La domanda di annullamento del provvedimento di autotutela posta da Euroristorazione deve quindi essere respinta.

Quanto alle ulteriori censure mosse da Euroristorazione nei confronti dell'aggiudicazione pronunciata in precedenza in favore di Ge-bar-Tecnomatic, non sussiste un autonomo interesse al loro vaglio (fermo quanto già esposto circa la dirimente indeterminatezza dell'offerta dell'aggiudicataria), tanto più una volta che si ritenga legittimo il provvedimento di autotutela.

Con gli ultimi motivi aggiunti Euroristorazione ha formulato, per il caso di rigetto della domanda di annullamento, domanda risarcitoria reclamando a titolo di danno sia il lucro cessante, quantificato nel mancato utile del contratto e nel danno curriculare, sia il danno emergente, pari alle spese di partecipazione sostenute ed alle spese legali.

Con riferimento al lucro cessante, la ricorrente reclama, per il solo fatto di aver preso parte ad una procedura illegittima, l'equivalente della pretesa all'aggiudicazione della gara così come configurata.

Ritiene il collegio che la domanda, in questi termini, sia infondata.

La gara, come visto, era afflitta da seri vizi di illegittimità alla luce della normativa eurounitaria applicabile; il concorrente non può certo invocare una pretesa all'aggiudicazione (o suo succedaneo) in relazione ad una gara tempestivamente e correttamente annullata per vizi di legittimità, poiché si tratterebbe di reclamare l'equivalente di una aggiudicazione illegittima.

Tanto pare discendere anche dalla giurisprudenza comunitaria in materia.

Come chiarito dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea nella pronuncia 4 ottobre 2007 in causa C-217/06 "il comportamento di un'autorità nazionale incaricata di applicare il diritto comunitario, che sia in contrasto con quest'ultimo, non può giustificare l'esistenza, in capo ad un operatore economico, di un legittimo affidamento sul fatto di poter beneficiare di un trattamento in contrasto con il diritto comunitario (v. sentenze 26 aprile 1988, causa C-316/86, Krücken, Racc. pag. 2213, punto 24, e 1° aprile 1993, cause riunite da C-31/91 a C-44/91, Lageder e a., Racc. pag. I 1761, punto 38)."

La ricorrente è un operatore del mercato il cui possibile affidamento, a fronte di una palese illegittimità dell'impostazione stessa della gara, deve essere valutato tenendo conto della sua posizione di professionista qualificato del settore.

In sostanza l'effettività del diritto eurounitario degli appalti pubblici, nell'impostazione della Corte di Giustizia, è tale per cui gli operatori del mercato non devono trarre dalla violazione della normativa né vantaggi diretti (quale sarebbe l'aggiudicazione della gara) né benefici indiretti, che discenderebbero dal riconoscimento di un affidamento quale presupposto del risarcimento volto a conferire all'interessato l'utile che questi avrebbe conseguito con l'aggiudicazione, così di fatto riproponendo in capo all'operatore economico il vantaggio indebito derivante dalla violazione della normativa comunitaria.

Nel caso di specie l'illegittimità riguardava la stessa struttura ed impostazione del bando ed investiva dunque non la scelta di preferire l'uno o l'altro concorrente ma in radice la possibilità di aggiudicare una gara impostata in tal modo; l'illegittimità doveva



essere ragionevolmente percepibile da parte di un operatore del mercato di settore, sicchè non potendosi ravvisare un affidamento della Euroristorazione, neppure possono essere riconosciute voci a titolo di mancato utile, che attribuirebbero al concorrente un beneficio indiretto quale effetto di una violazione palese della normativa eurounitaria.

Una diversa soluzione indurrebbe anche una rilevante aporia sistemica: nel caso di revoca (e quindi di mere ragioni di opportunità) legittima l'amministrazione potrebbe al più essere chiamata a riconoscere voci di danno emergente (art. 21 quinquies della l. n. 241/90) mentre nel caso di annullamento ugualmente legittimo (a monte del quale vi è comunque una situazione di illegittimità da sanare) le voci di danno potrebbero essere maggiori.

La domanda di risarcimento del lucro cessante e del danno curriculare non può quindi trovare accoglimento.

A diverse conclusioni pare al collegio doversi pervenire limitatamente alle somme reclamate a titolo di danno emergente. E' infatti pacifico che l'amministrazione ha bandito la gara e difeso la stessa anche nei confronti della Euroristorazione; ciò ha indotto la concorrente a prendervi parte, sostenendo spese di partecipazione vanificate dal pur corretto annullamento. Tali spese sono state tuttavia indotte dalla anomala condotta della stazione appaltante e il loro riconoscimento a titolo di danno non costituisce vantaggio come conseguenza di una violazione del diritto eurounitario ma il mero ripristino della posizione della ricorrente prima che la sua condotta fosse influenzata dalla illegittima iniziativa della stazione appaltante.

In questi limiti la domanda risarcitoria può trovare accoglimento.

Sono state documentate e possono essere riconosciute in favore della Euroristorazione le spese per la redazione della documentazione di gara (come da fattura n.12/2016 dell'importo di € 3420,16, e da fattura n. 41/2016 per € 9619,20, prodotte sub. doc. 1 e 2 depositati in data 15.6.2017) e le spese di asseverazione del piano economico e finanziario relativo alla procedura di gara (come da fattura n. 7/2016 per € 10.688,00, prodotta sub. doc. 3 depositato in data 15.6.2017).

Non possono invece ascrivere alla partecipazione alla gara *ex se* le spese legali, oggetto di autonoma e fisiologica valutazione nell'ambito del giudizio.

La domanda risarcitoria di Euroristorazione deve quindi essere accolta con condanna della stazione appaltante al risarcimento in suo favore della complessiva somma di € 23.727,36.

Considerata la parziale soccombenza di tutte le parti del giudizio le spese di lite restano compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

riunisce i ricorsi rg. 962/2016 e rg. 425/2017;

dichiara inammissibile il ricorso rg. 425/2017;

dichiara improcedibile il ricorso introduttivo e il primo ricorso per motivi aggiunti rg. 962/2016;

accoglie in parte i secondi motivi aggiunti del ricorso rg. 962/2016 e per l'effetto condanna la Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino a corrispondere a Euroristorazione s.r.l. l'importo di € 23.727,36, oltre interessi dal deposito della presente sentenza al saldo;

compensa le spese tra tutte le parti del giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente

Paola Malanetto, Consigliere, Estensore

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Paola Malanetto**

**IL PRESIDENTE**  
**Carlo Testori**

**IL SEGRETARIO**