



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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento
(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 214 del 2010, proposto da:
Edenred Italia S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti Paolo Devigili, Anna Romano e Filippo Satta, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Trento, via Oss Mazzurana n. 72

contro

Regione Trentino Alto Adige, in persona del Presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Trento, nei cui uffici in Largo Porta Nuova, n. 9, è domiciliata

per l'annullamento

- del decreto della Regione Autonoma Trentino- Alto Adige, Ripartizione I - Risorse umane, strumentali e finanziarie, n,

714/RIPI di data 26.6.2010, con cui l'Amministrazione ha preso atto della rinuncia di Accor Service Italia s.r.l. all'aggiudicazione della gara e disposto l'incameramento della cauzione bancaria provvisoria di € 30.000,00, costituita dalla ricorrente all'atto della partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto registrati tramite card elettroniche per i dipendenti della Giunta Regionale, Consiglio Regionale e della Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura di Trento;

- della nota prot. 10468 di data 9.8.2010 con cui la Regione Autonoma Trentino - Alto Adige, in persona della Reggente della Ripartizione I - Risorse umane, strumentali e finanziarie, in riscontro all'informativa inviata ad Edenred Italia S.p.A. alla stazione appaltante ai sensi dell'art. 243 del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163 e ss.mm. comunicava di ritenere l'incameramento della cauzione provvisoria "atto dovuto", "necessariamente conseguente alla rinuncia operata da parte di codesta Società";

- ove e per quanto occorrer possa, delle Norme di gara, art. 7 "Rinuncia all'aggiudicazione", laddove prevede che "Qualora il soggetto aggiudicatario rinunci all'aggiudicazione, non potrà avanzare alcuna pretesa di recupero della cauzione provvisoria";

- di ogni atto presupposto, conseguente o comunque connesso, con particolare ma non esclusivo riguardo alla nota prot. 1221 di data 13.7.2010 con cui l'Amministrazione ha dato comunicazione all'odierna ricorrente di aver preso atto della rinuncia e di aver

disposto l'incameramento della cauzione bancaria provvista presentata da Accor Service Italia s.r.l.

- nonchè per il conseguente accertamento della non debenza delle somme corrisposte dalla ricorrente a seguito della decisione della Regione di incamerare la cauzione provvisoria, con restituzione di quanto prestato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Trentino Alto Adige;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2011 il dott. Fiorenzo Tomaselli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso ritualmente notificato e depositato, Edenred Italia S.p.A. ha impugnato il provvedimento con cui l'Amministrazione ha preso atto della rinuncia di Accor Service Italia s.r.l. all'aggiudicazione della gara e disposto l'incameramento della cauzione bancaria provvisoria di € 30.000,00, costituita dalla ricorrente all'atto della partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto registrati tramite card elettroniche per i dipendenti della

Giunta Regionale, Consiglio Regionale e della Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura di Trento.

A sostegno dell'introdotta domanda sono stati dedotti i seguenti motivi:

1) violazione degli artt. 7 ss. L. 7 agosto 1990 n. 241 e del principio del giusto procedimento, in particolare del contraddittorio - eccesso di potere per irragionevolezza, carenza di istruttoria e dei presupposti - illegittimità per eccesso di potere della decisione di escutere la cauzione in assenza di elementi che dimostrino la violazione del principio di correttezza durante le operazioni di gara - ingiustizia manifesta; illogicità, irrazionalità, difetto di motivazione - contraddittorietà manifesta sotto diverso profilo, violazione del principio di tassatività;

2) eccesso di potere della decisione di escutere la cauzione in assenza di elementi che dimostrino il "fatto dell'aggiudicatario" - violazione del divieto di modificare e/o integrare successivamente la motivazione - violazione ed errata applicazione dell'art. 3 e dell'art. 21 - octies, legge n. 241/1990 - eccesso di potere per travisamento dei fatti, carenza di motivazione, contraddittorietà ed illogicità manifesta;

3) violazione e falsa applicazione degli artt. 48 e 75 del D.Lgs. n. 163/2006, dell'art. 25, comma 2, Cost., dell'art. 1 della L. n. 689/81 - violazione dei principi di legalità, tassatività e tipicità, nonché del principio di proporzionalità.

La Regione Trentino Alto Adige si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione del ricorso, siccome infondato.

All'udienza pubblica del 10 marzo 2011 la causa è stata trattenuta in decisione

DIRITTO

1. Si premette, per una più agevole comprensione della vicenda, che il bando della gara - indetta con deliberazione della Giunta Regionale n. 263 del 10.11.2009 per l'affidamento del servizio alternativo di mensa per i dipendenti regionali - pubblicato sulla GUCE in data 11.11.2009, prevedeva, tra l'altro:

- l'aggiudicazione del servizio in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'Amministrazione ai sensi dell'art. 53 par. 1 lett. a) della direttiva 2004/18/CE e del D.Lgs. n. 163/2006 (art. 4 delle norme di gara);
- il deposito da parte dei concorrenti di una cauzione provvisoria, pari a Euro 30.000,00 (art. 5.1 delle norme di gara);
- una dichiarazione, da allegare all'offerta tecnica, di disponibilità di una rete di ristoratori, conforme ai requisiti territoriali e qualitativi stabiliti dal bando di gara, tale da restare immutata fino alla stipulazione del contratto (art. 5.2 delle norme di gara);
- la presentazione, ad aggiudicazione avvenuta, di specifiche dichiarazioni sottoscritte dai diversi gestori dei locali inseriti nella rete, con le quali gli stessi si impegnano, a conferma di quanto dichiarato in sede di offerta, a fornire il servizio secondo le

caratteristiche richieste dalle norme di gara (art. 6).

All'esito della procedura, la gara veniva provvisoriamente aggiudicata alla società Accor Service Italia s.r.l., oggi Edenred Italia S.p.A., ma nelle more del perfezionamento delle operazioni di verifica dei requisiti di aggiudicazione perveniva alla stazione appaltante la nota di data 28.4.2010, con la quale la società dichiarava di rinunciare all'aggiudicazione dell'appalto per la gestione del servizio in questione, avendo essa constatato che alcuni degli esercizi convenzionati indicati nell'offerta tecnica “al momento di rilasciare le dichiarazioni impegnative ufficiali da presentare a Codesta amministrazione, che confermino gli impegni direttamente assunti da Accor Services in sede di offerta, hanno commesso irregolarità nella corretta compilazione delle stesse ovvero hanno presentato impegnative incomplete”.

Conseguentemente la società, che si sarebbe così vista costretta alla rinuncia a seguito di irregolarità riferibili asseritamente ai suddetti ristoratori, ha chiesto alla stazione appaltante di non incamerare la cauzione, precisando che l'escussione della cauzione provvisoria non sarebbe automatica, bensì dovuta soltanto in esito a specifica istruttoria volta a determinare se la mancata sottoscrizione del contratto sia soggettivamente imputabile al fatto dell'aggiudicatario.

La Regione Trentino Alto Adige, preso atto della rinuncia della società all'aggiudicazione del servizio, con l'impugnato decreto dirigenziale n. 714//2010, ha comunque provveduto

all'incameramento della cauzione.

2. Passando al merito, il Collegio ritiene opportuno partire dall'esame del terzo motivo di ricorso, con cui la ricorrente censura l'art. 7 delle norme di gara sull'assunto che tale disposizione, ove dovesse interpretarsi nel senso di imporre sempre e comunque l'incameramento della cauzione, avrebbe introdotto una nuova e diversa ipotesi rispetto a quelle tassativamente indicate dalla legge; l'asserita nuova ipotesi di escussione della cauzione risulterebbe illegittima, non solo perché non fondata su una disposizione di rango primario, ma anche perché contraria al fondamentale principio di responsabilità che presiede all'irrogazione delle sanzioni amministrative, nel cui novero pure la predetta escussione dovrebbe ricondursi, nonché al principio di proporzionalità, sotto il triplice profilo della idoneità, necessità ed adeguatezza.

La tesi della deducente, ad avviso del Collegio, offre una lettura della normativa di gara, che non è supportata dal dato testuale.

Si premette anzitutto, quanto alla natura dell'imposizione della cauzione provvisoria, che il potere dell'Amministrazione di ottenere la prestazione di una garanzia, sotto forma di cauzione o di fideiussione, nelle gare per l'affidamento di appalti pubblici e di sottoporla ad escussione trova un puntuale fondamento normativo nell'art. 75, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006, che stabilisce che “la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario, ed è svincolata automaticamente al momento della

sottoscrizione del contratto medesimo”.

Come confermato anche da una consolidata giurisprudenza in materia, la cauzione provvisoria rappresenta una “liquidazione preventiva e forfettaria del danno nel caso in cui la stipula del contratto non avvenga per recesso o per difetto dei requisiti del concorrente; in quanto tale, la cauzione provvisoria costituisce parte integrante della offerta e non elemento di corredo della stessa, che la stazione appaltante possa liberamente richiedere” (Cons. Stato, sez. V, 12.6.2009, n. 3746). Essa ha altresì una funzione “più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente” (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 4.10.2005, n. 8).

Ora, l’art. 7 delle norme di gara prevede che “qualora il soggetto aggiudicatario rinunci all’aggiudicazione non potrà avanzare alcuna pretesa di recupero della cauzione provvisoria e sarà comunque tenuto al risarcimento degli eventuali ulteriori danni subiti dalla Regione“.

Dunque, dal punto di vista della *lex specialis*, il ragionamento della deducente è contraddetto dal dato letterale: infatti, la suddetta clausola risulta sufficientemente eloquente nel prevedere l’incameramento della cauzione di 30.000 euro per effetto della rinuncia all’aggiudicazione, da considerare come *actus legitimus*.

Invero, la previsione in parola si pone in linea con la richiamata *ratio* dell’istituto, che è quella di garantire la serietà dell’offerta fino al momento di attuazione del vincolo negoziale, per cui

l'incameramento della cauzione è normalmente legato alla rinuncia a stipulare il contratto, nonché correlato alla violazione dell'obbligo di diligenza nelle trattative precontrattuali, gravante su ciascun concorrente sin dalla fase di presentazione dell'offerta.

D'altra parte, l'escussione della cauzione, che assolve ad una funzione indennitaria in caso di mancata sottoscrizione del contratto, sia per volontà dell'aggiudicatario provvisorio, sia per qualsiasi altro evento ad esso imputabile, riguarda anche l'ipotesi – alla quale pure il caso in esame appare intrinsecamente riconducibile – di “incompletezza o inesattezza della documentazione presentata comprovante le caratteristiche qualitative dell'offerta”.

In definitiva, il Collegio ritiene che, a fronte della dichiarazione dell'aggiudicatario provvisorio che comunicava di non poter adempiere all'obbligazione nascente da tale atto, vale a dire quella di sottoscrivere il contratto, sia difficile negare, in base all'art. 7 delle norme di gara, che l'amministrazione potesse escutere la cauzione, visto che questa è prevista a garanzia di tutte le evenienze di mancato adempimento delle obbligazioni sorte con la partecipazione al confronto concorrenziale.

Merita adesione, infine, la motivazione della nota regionale del 9.8.2010, secondo cui “il principio di proporzionalità è rinvenibile nel comma 1 dell'articolo 75 per la determinazione dell'ammontare della cauzione provvisoria, mentre non è prevista dalle citate disposizioni la possibilità della stazione appaltante di operare una

escussione parziale”.

A tale stregua le censure avanzate dalla ricorrente sono palesemente infondate.

3. Nel primo e secondo motivo, che possono essere trattati congiuntamente, la ricorrente deduce che il mancato perfezionamento del contratto di appalto non sarebbe ascrivibile al proprio comportamento, ma sarebbe dipeso, fundamentalmente, da circostanze oggettive e non imputabili alla stessa.

In particolare, la ricorrente contesta il fondamento sostanziale dell'agire dell'amministrazione, sostenendo che la determinazione di incameramento della cauzione sarebbe illegittima, perché non si sarebbe tenuto conto della circostanza che la ricorrente è stata la vittima del fatto di un terzo non obbligato nei confronti della P.A., ma nei confronti della stessa ricorrente, per cui non si sarebbe verificata l'ipotesi di “fatto dell'affidatario”, comportante l'inadempimento agli impegni garantiti dal deposito cauzionale.

Ciò posto, occorre anzitutto procedere ad una ricostruzione dei fatti e dei comportamenti intervenuti nella complessa vicenda, al fine di valutare se, nel caso di specie, si siano verificati i presupposti normativamente predeterminati ai fini della corretta applicazione della misura dell'escussione della cauzione.

Va ricordato che la ricorrente, nel formulare la propria offerta di gara in data 8.1.2010, aveva dichiarato di poter convenzionare, entro 20 giorni dalla comunicazione della avvenuta aggiudicazione, i diversi

ristoratori individuati per ciascuna sede (impegno indicato nell'allegato G dell'offerta: doc. 2 della resistente).

Una volta ricevuta la comunicazione di aggiudicazione provvisoria con la contestuale richiesta di fornire l'elenco dei ristoranti convenzionati, la medesima ha reso noto che i ristoranti che in sede di gara si era impegnati ad eseguire il suddetto servizio non erano più in grado di eseguire tali operazioni, in quanto gli impegni assunti risultavano viziati dalle irregolarità commesse dai ristoratori in sede di compilazione dei moduli predisposti, come di seguito specificate (cfr. la memoria difensiva depositata il 22.2.2011 dall'Amministrazione regionale):

- somministrazione di prodotti specifici non confermata nel modulo alla relativa voce di preferenza: dichiarazione del ristorante “La Lanterna” di Bolzano (doc. 7 della resistente), ove non è stata spuntata la voce relativa alla somministrazione di pasti con utilizzo di prodotti privi di glutine per celiaci; dichiarazione del locale “Angelo d'Oro” di Cavalese (doc. 9 della resistente), ove non è stata spuntata la voce “caffè, dolce o frutta, macedonia di frutta”;
- difformità tra la sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva da parte del gestore e l'allegato documento di identità: dichiarazione del ristorante “Cinese Felicità” di Brunico (doc. 8 della resistente), ove la dichiarazione sostitutiva è compilata a nome di Yi Sui Ping, mentre è sottoscritta dalla signora Yi Sui Hua della quale è allegata carta d'identità; dichiarazione del ristorante “Bouganville” di Trento (doc.

10 della resistente), compilata a nome di Ciro Rech, del quale è allegata carta d'identità, mentre è sottoscritta dal signor Ivo Osele; dichiarazione del locale “Vega Service” di Trento (doc. 11 della resistente), compilata a nome di Carlo Rigotti, mentre alla stessa è allegata carta d'identità della signora Maria Teresa Tria;

- omessa sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva del gestore dell'esercizio convenzionato, come nel caso del “Bar Dordi” di Trento (doc. 12 della resistente);

- dichiarazioni non recanti il termine concordato con la società di gestione del servizio alternativo di mensa per il pagamento delle fatture relative ai pasti convenzionati (dichiarazioni degli esercizi “Il Girasole” di Mezzolombardo, “Dorf Cafè” di Monguelfo, “Al Volt” di Pergine Valsugana, “Al Trivio” di Rovereto, “Ristorante Everest” di Trento, “Caffè Mazzini” di Trento);

- dichiarazioni riportanti che il termine concordato con la società di gestione del servizio alternativo di mensa per il pagamento delle fatture relative ai pasti convenzionati è pari a massimo 15 giorni (indicazione riportata sia in cifre che in lettere), pur essendosi Accor Service impegnata in sede di offerta a garantire che il termine massimo per il pagamento dei buoni pasto agli esercizi convenzionati è pari ad un giorno dalla data di ricevimento della fattura emessa dall'esercizio convenzionato (dichiarazione dei ristoranti “Il Gusto della Cooperazione” e “Giulia” di Trento - docc. 20 e 21 della resistente);

- presentazione di dichiarazione sostitutiva di locali non indicati in sede di offerta tecnica, dando così luogo a modifica della rete dei locali, in violazione alle previsioni di cui all'allegato G delle norme di gara, ove si prevede che “a pena di esclusione, fatti salvi i casi di forza maggiore, la rete di distribuzione dei locali deve rimanere immutata fino al momento della stipulazione del contratto” (“Trattoria del montanaro esigente” di Fondo, in luogo del “Bar Croce Bianca”).

Al riguardo, ritiene il Collegio che, con la partecipazione alla gara, la ricorrente si è obbligata ad adempiere in prima persona quale appaltatore per l'intero servizio appaltato e che la necessità di avvalersi di ristoratori convenzionati, comunque, non produce alcun effetto di diminuzione o parcellizzazione della sua obbligazione unitaria per il servizio assunto con l'offerta.

La circostanza che, dopo intervenuta l'aggiudicazione, la ricorrente abbia comunicato di rinunciare per non avere la disponibilità di parte dei ristoratori convenzionati, non la esonera dalla piena e incondizionata responsabilità per l'adempimento dell'obbligazione assunta con l'offerta di gara; infatti, il rapporto tra l'aggiudicataria ed i ristoratori rimane completamente al di fuori di quello tra la prima e la stazione appaltante e non esonera la ditta concorrente dall'adempimento, né può rappresentare alcuna esimente da responsabilità per le cui conseguenze la ricorrente potrà semmai rivalersi su chi si sia sottratto all'adempimento di un'obbligazione

eventualmente con lei contratta, ma che rimane pur sempre al di fuori del rapporto tra l'aggiudicataria e la Regione; quest'ultima infatti ha un unico interlocutore responsabile dell'adempimento dell'obbligazione e che non può pretendere che i rapporti negoziali che si trovano a monte dell'impegno assunto con la stazione appaltante si ripercuotano direttamente su quest'ultima, facendo sì che l'inadempimento non sia più ascrivibile al fatto dell'aggiudicataria.

In proposito, la rinuncia all'aggiudicazione è dipesa dalla mancata sottoscrizione regolare degli esercenti i punti di erogazione dei pasti, ma, anche a voler ritenere invocabili ragioni di non imputabilità, nella specie la partecipante alla gara doveva essa verificare tempestivamente la ritualità delle dichiarazioni dei vari esercenti e la serietà de rispettivi impegni.

Pertanto, atteso che l'irregolare disponibilità dei ristoratori - terzi e comunque estranei al rapporto tra ricorrente e Regione - non esonera da responsabilità la deducente, la decisione di escussione della cauzione provvisoria a garanzia del risarcimento dei danni subiti per la rinuncia dell'aggiudicataria - che si è sottratta alla stipulazione del contratto di appalto cui era tenuta - si rivela non solo legittima, ma anzi doverosa.

A fronte di una siffatta evidenza tutto il ragionamento della ricorrente a sostegno dell'asserita illogicità e contraddittorietà dei provvedimenti regionali, culminante addirittura nella pretesa che la

ovvia spiegazione, data nella nota di risposta all'informativa precontenziosa di Edenred, in ordine alle conclamate ragioni di doverosità dell'escussione, costituisca una inammissibile nuova motivazione, appare manifestamente infondato.

Invero, dalla lettura del provvedimento in questione traspare inequivocabilmente il fatto che la Regione abbia inteso procedere all'incameramento della cauzione provvisoria, perché la ricorrente aveva inteso sottrarsi alla sottoscrizione del contratto a cui si era dichiarata rinunciataria.

Peraltro, il denunciato vizio motivazionale non potrebbe, nella specie, essere causa di illegittimità della decisione regionale, ai sensi dell'art. 21 octies della L. n. 241/90, dovendosi ritenere dimostrato in giudizio dall'amministrazione, in base alle considerazioni fatte a proposito dell'infondatezza dei motivi di ricorso e come in prosieguo condivise dal Collegio, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Tutte le censure vanno pertanto disattese.

4. Per le suesposte considerazioni il ricorso deve quindi essere respinto.

Le spese di giudizio seguono, come di norma, la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento
(Sezione Unica)

definitivamente pronunciando sul ricorso n. 214/2010, lo respinge.

Condanna la ditta ricorrente al pagamento delle spese di lite, ivi compresi diritti ed onorari, che liquida complessivamente in € 3.000,00 (tremila), oltre al 12,5% dell'importo a titolo di spese generali.

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

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/05/2011

IL SEGRETARIO

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