



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
DEL TRENINO-ALTO ADIGE - SEDE DI TRENTO

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. **42** del **2007** proposto da **C.I.R. COOPERATIVA ITALIANA DI RISTORAZIONE SOC. COOP. e LUNCH S.r.l.**, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv.ti Fabrizio Marchionni e Andrea Maria Valorzi ed elettivamente domiciliate presso lo studio del secondo in Trento, Via Calepina, n. 65

C O N T R O

la **PROVINCIA AUTONOMA DI TRENTO – Servizio Appalti, Contratti e Gestioni generali**, in persona del Presidente *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicolò Pedrazzoli, Viviana Biasetti e Damiano Florenzano ed elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura provinciale in Trento, Piazza Dante, n. 15

e nei confronti di

LUNCH TIME S.p.A., in proprio e quale mandataria capogruppo della **R.T.I. LUNCH TIME S.p.A. - GEMEAZ CUSIN S.r.l.**, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv.ti Innocenzo e Massimo Militerni ed elettivamente domiciliate presso lo studio dell'avv. Doriana Cerbaro in Trento, Via

Mazzini, n. 41;

GEMEAZ CUSIN S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Innocenzo e Massimo Militerni ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Doriana Cerbaro in Trento, Via Mazzini n. 41;

per l'annullamento

del verbale di aggiudicazione n. 511/2007 dd. 9 gennaio 2007 della gara di appalto per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa per il personale della P.A.T. alla R.T.I. LUNCH TIME S.p.A.;

nonché

di ogni altro atto presupposto, connesso, conseguente e/o collegato, ivi comprese le decisioni assunte nei verbali di gara dal Presidente e dalla Commissione Tecnica specificati in narrativa in ordine alla mancata esclusione della aggiudicataria e comunque alla valutazione dell'offerta tecnica ed economica presentata dalla stessa e dalla ricorrente e all'attribuzione dei conseguenti punteggi.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione provinciale e delle controinteressate intimata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 21 giugno 2007 - relatore il consigliere Fiorenzo Tomaselli - l'avv. Andrea Maria Valorzi per le ricorrenti, l'avv. Damiano Florenzano per l'Amministrazione resistente, l'avv. A:

Martini in delegata sostituzione dell'avv. Massimo Militerni per la controinteressata resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

La Società Cooperativa italiana di ristorazione (C.I.R.), in raggruppamento con Lunch S.r.l., partecipava alla pubblica gara con procedura aperta - indetta dalla Provincia autonoma di Trento con bando n. 9408 del 29.9.2006, regolarmente pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee - per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa del proprio personale nel periodo 1.3.2007 - 28.2.2011 per un importo annuo complessivo di € 4.185.000,00.

La Commissione di gara nella seduta del 9 gennaio 2007 (verbale n. 511 in pari data) aggiudicava l'appalto al R.T.I. Lunch Time S.p.A. con Gemeaz Cusin S.r.l., che alla stregua delle svolte valutazioni aveva presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 63.

Le società C.I.R. e Lunch proponevano rituale ricorso avverso la suddetta aggiudicazione e gli atti ad essa connessi, chiedendone l'annullamento, con conseguente aggiudicazione del servizio, a titolo di reintegrazione in forma specifica, oppure, in subordine, con rinnovazione degli atti di gara.

A sostegno dell'introdotta domanda le indicate società deducevano i seguenti motivi in diritto:

1) Violazione del paragrafo 6.5 delle norme di partecipazione alla gara in relazione alla contraddittorietà dell'offerta ed alla previsione

espressa di esclusione in caso di inosservanza e/o irregolarità delle modalità di presentazione dell'offerta economica (par. 5.2) e dei documenti indicati dalle stesse norme di partecipazione (par. 5.1); omessa applicazione delle norme di gara e comunque contraddittorietà rispetto all'interpretazione della *lex specialis* fornita nei chiarimenti di gara, tenuto conto della mancata esclusione dell'aggiudicataria per l'indicazione della percentuale della commissione di cui al punto 1 dell'offerta economica, precisata in termini diversi rispetto a quelli riportati nelle dichiarazioni degli esercizi convenzionati;

2) Eccesso di potere per travisamento delle dichiarazioni di offerta e conseguente difetto di istruttoria, contraddittorietà rispetto alle valutazioni effettuate nell'assegnazione del punteggio relativo ad altro parametro, ingiustizia manifesta, contestando, in particolare, l'omessa valutazione della non corrispondenza dell'offerta della controinteressata quanto meno ai fini dell'attribuzione del punteggio economico.

L'Amministrazione provinciale si è costituita in giudizio, richiedendo la reiezione del ricorso, di cui ha allegato la totale infondatezza.

Si costituiva anche il R.T.I. Lunch Time S.p.A. - Gemeaz Cusin S.r.l., associandosi alle richieste della Provincia.

Alla camera di consiglio del 22 febbraio 2007, con ordinanza n. 17/07, veniva motivatamente respinta la domanda di misura cautelare avanzata nel ricorso.

Con atto notificato il 9.3.2007 e depositato il 14.3.2007 le società

C.I.R. e Lunch proponevano i seguenti motivi aggiunti:

3) Inidoneità delle dichiarazioni di rinuncia inviate dalle controinteressate ad escludere la difformità/contraddittorietà dell'offerta del R.T.I. aggiudicatario, perché tutte sarebbero state ricevute ed in parte inviate fuori termine: risulterebbe così confermata per le ricorrenti l'asserita non corrispondenza tra la percentuale della commissione praticata ai gestori, così come emergente dall'offerta economica e quella delle commissioni che i vari gestori si erano impegnati a riconoscere all'aggiudicatario del servizio sostitutivo di mensa e che erano stati indicati in sede di offerta tecnica;

4) Violazione delle norme di gara in ordine all'attribuzione del punteggio massimo di 20 punti alla commissione minima; eccesso di potere per travisamento delle dichiarazioni di offerta e conseguente difetto di istruttoria, contraddittorietà rispetto alle valutazioni effettuate nell'assegnazione del punteggio relativo ad altro parametro, ingiustizia manifesta, il che sarebbe egualmente integrato dalla già dedotta differenza tra le due offerte.

L'Amministrazione provinciale ed il raggruppamento aggiudicatario hanno riproposto ed ulteriormente sviluppato avverso i suddetti motivi aggiunti le argomentazioni già espresse nelle controdeduzioni al ricorso principale, ulteriormente confutando l'asserita non corrispondenza fra l'offerta economica e le dichiarazioni di impegno degli esercizi convenzionati.

All'udienza del 21 giugno 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso - volto all'annullamento del provvedimento descritto in epigrafe e degli atti connessi, è a parere del Collegio infondato.

Ritornando brevemente sui termini di fatto della vicenda occorre premettere che la Provincia Autonoma ha indetto una gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa per il personale dipendente per una durata minima di quattro anni con apposito bando europeo, fissando quale criterio di aggiudicazione quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del D.Lgs. 12.4.2006, n. 163, avuto riguardo a sei nominati parametri da applicarsi per la conclusiva aggiudicazione, di cui quattro tecnici e due economici.

Va, poi, precisato che le *"Norme per la partecipazione alla gara"* ed in particolare il paragrafo 5.2, prescrivevano che l'offerta economica dovesse contenere: *"a) l'indicazione della commissione, espressa in termini percentuali rispetto al valore del buono pasto"*, che *"a pena di esclusione, non dovrà comunque superare l'8%; b) l'indicazione del costo, per l'Amministrazione, per buono pasto..."*.

La componente economica dell'offerta aveva dunque ad oggetto, da una parte, la commissione a carico dei gestori per ogni buono pasto passato all'incasso e, dall'altra, il corrispettivo a carico della Provincia per ciascuno di essi, avente un valore nominale di € 4,65, I.V.A. esclusa, come fissato dall'art. 6 del capitolato speciale.

E' egualmente necessario porre in luce che le norme di gara suggerivano, relativamente alla formulazione dell'offerta economica,

l'uso di due facsimili predisposti direttamente dall'Amministrazione sia per l'offerta economica sia per quella tecnica.

In detto secondo modello era compresa una dichiarazione di impegno degli esercizi convenzionati, in cui dovevano essere tra l'altro riportati anche i valori delle commissioni che i vari gestori si impegnavano a riconoscere all'aggiudicatario del servizio sostitutivo di mensa.

All'indetta gara partecipavano successivamente soltanto due raggruppamenti temporanei d'impresa - corrispondenti rispettivamente alle società ricorrenti ed alle controinteressate - la cui offerta economica presentava l'identico contenuto di 0,00% quanto alla già richiamata percentuale della commissione e di € 4,65 quanto al corrispettivo del buono pasto.

Nel rispetto del termine di 12 giorni previsto nelle premesse delle norme per la partecipazione alla gara le deducenti richiedevano, peraltro, un chiarimento alla stazione appaltante in ordine alla conformità tra la percentuale della commissione da dichiararsi in sede di offerta economica e quella contenuta nella dichiarazione d'impegno da parte dei singoli esercenti, conseguendone risposta affermativa con nota 9 novembre 2006, prot. 8189/28/06 del Dirigente del Servizio Appalti.

In conformità alla vista precisazione le ricorrenti allegavano, quindi, alla propria offerta tecnica le dichiarazioni d'impegno dei singoli gestori, predisposte sul modello approntato dalla stazione appaltante e pertanto, fra gli altri elementi ivi indicati, la commissione a carico

dei singoli gestori pari ad un valore di €0,00.

Per contro il Raggruppamento controinteressato aveva *medio tempore* presentato un'offerta che si discostava dalle viste istruzioni impartite dalla Provincia, in essa figurando una commissione pari ad € 0,00 nella resa dichiarazione da parte sua, mentre diverse - ma comunque inferiori alla soglia limite dell'8% - erano le percentuali a carico dei gestori.

In seguito, tuttavia, il futuro aggiudicatario dava sollecitamente corso, prima della scadenza del termine del 13 novembre 2006 fissato per la presentazione dell'offerta, alla formale rinuncia alle commissioni indicate dai gestori nelle dichiarazioni d'impegno di cui all'offerta tecnica.

Ciò chiarito in termini di fatto, si può passare al primo motivo dedotto, che è, peraltro, destituito di fondamento.

Le ricorrenti muovono dal presupposto dell'originaria difformità sopra richiamata per indurne che il Raggruppamento controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dall'ulteriore corso della gara, dovendosi al riguardo fare corretta applicazione di quanto stabilito dal paragrafo 6.5 delle ricordate norme di partecipazione.

Per definire la questione all'esame, attinente alla contestata non corrispondenza dell'offerta, occorre, tuttavia, rilevare che alcuna nominata clausola d'esclusione è sancita per detta difformità nelle norme di gara, sicchè l'invocata esclusione resta del tutto priva di base testuale.

Infatti, il paragrafo 6.1.5) delle suddette norme prevede l'esclusione

dalla procedura esclusivamente per la "*mancata osservanza delle modalità richieste per la presentazione dell'offerta, l'irregolarità o l'incompletezza della medesima*", il che si riferisce chiaramente, da una parte, alle modalità con cui i concorrenti dovevano formulare l'offerta da presentare alla Stazione appaltante e, dall'altra, all'offerta, riguardata, peraltro, sotto un profilo meramente estrinseco e formale, qual è quello della sua eventuale incompletezza ovvero da una sua eventuale ambiguità determinata da mera irregolarità nella presentazione di essa, il che esclude dunque che la previsione in questione possa riguardare sotto un profilo sostanziale e dunque del suo contenuto le scelte operate in sede di formulazione dell'offerta stessa.

Inoltre, né il paragrafo 5.2, né altra norma di gara impongono che la percentuale indicata nell'offerta economica dal concorrente debba essere conforme a quelle contenute nelle dichiarazioni d'impegno dei gestori.

Difformemente, quindi, da quanto ritenuto dalla Stazione appaltante in sede di chiarimenti l'indicata lettura delle norme di gara è rafforzata dal fatto che le ipotesi d'esclusione sono esclusivamente quelle, peraltro tassativamente precisate, che figurano nel precedente paragrafo 5.1, che concernono, si sottolinea, aspetti del tutto diversi da quelli sollevati dalle ricorrenti (numero degli esercizi, tipologie di locali e di pasti parametrali, corrispondenza tra l'elenco dei locali convenzionati e la tabella riepilogativa).

Detto ordine d'idee, che si ritiene sia stato fatto implicitamente

proprio dalla Commissione di gara, che ha ritenuto ininfluenza ai fini dell'ulteriore evoluzione della procedura la contestata difformità, è censurato da parte delle ricorrenti sotto plurimi profili del pari dedotti nel primo motivo e, *in primis*, sulla scorta del principio costantemente affermato dalla giurisprudenza della *par condicio*.

Il Collegio è, tuttavia, di diverso avviso, reputando che, ove la Commissione avesse diversamente statuito, avrebbe palesemente violato il principio della massima partecipazione ad una pubblica gara, in quanto in difetto di una base testuale della sollecitata esclusione, sarebbe stato surrettiziamente introdotto nella competizione un'indebita ed arbitraria discriminazione con riduzione della platea delle imprese partecipanti al solo Raggruppamento ricorrente.

L'esigenza di una lettura del regolamento di gara che sia fedele alla lettera ed alla *ratio* dell'introdotta disciplina appare del resto conforme ai principi generali di diritto comunitario, che privilegiano il depotenziamento di clausole di carattere meramente formale che precludano il dispiegarsi della libera concorrenza e dunque dell'ampliamento della partecipazione delle imprese interessate al fine del perseguimento da parte della Stazione appaltante dell'offerta migliore al prezzo più conveniente.

Alla luce delle svolte considerazioni va dunque disattesa sia l'argomentazione volta a sostenere che la percentuale in questione avrebbe dovuto essere unica per tutti gli esercizi convenzionati sia comunque il fatto che il chiarimento fornito dall'Amministrazione a

richiesta delle ricorrenti si sarebbe inevitabilmente tradotto nell'obbligo per tutti i concorrenti di far corrispondere la commissione contenuta nell'offerta economica con quella indicata dai gestori e riportata nell'offerta tecnica.

E' sufficiente per questi aspetti osservare che le norme di gara stabilivano che l'offerta economica avrebbe dovuto essere redatta e chiusa in una busta sigillata (par. 5.2), la quale sarebbe stata aperta soltanto dopo la valutazione dell'offerta tecnica (par. 1), dal che si deduce implicitamente, ma univocamente che restava precluso che nell'offerta tecnica potessero rappresentarsi indicazioni concernenti il contenuto dell'offerta economica.

Quanto al valore assuntamente cogente del chiarimento fornito dalla Provincia mette conto rilevare che rettamente la Commissione aggiudicatrice lo ha disatteso sull'inespresso, ma evidente rilievo che alcuna norma di gara prevedeva espressamente l'asserita corrispondenza. Il che significa che detto chiarimento non poteva introdurre nel quadro delle norme di gara una nuova prescrizione in violazione del principio in base al quale la stazione appaltante non può apportare modifiche alla disciplina della gara in corso.

L'area della riserva attribuita alla stazione appaltante non può, infatti, superare i confini espressi dalla base normativa introdotta per lo svolgimento di una procedura ad evidenza pubblica, restando preclusa ogni diversa potestà in capo all'Amministrazione, che possa qualificarsi, come avrebbe potuto avvenire nel caso di specie, come un potenziale aggravamento degli oneri posti originariamente a

carico dei partecipanti alla gara.

Sulla base di quanto suesposto sono egualmente prive di rilievo le ulteriori argomentazioni articolate dal ricorrente sempre nel primo motivo di ricorso e nel successivo primo motivo aggiunto, con le quali è stata denunciata l'inefficacia o comunque la irregolarità delle rinunzie alla commissione che il RT.I. aggiudicatario si sarebbe affrettato ad inviare nel rispetto, peraltro, del termine di presentazione dell'offerta economica e dopo aver conosciuto il menzionato chiarimento di data 9 novembre 2006.

In proposito, l'obiezione per questo verso mossa dalle ricorrenti, che valorizzano la natura giuridicamente vincolante del consenso perfezionatosi nella dichiarazione d'impegno, avuto riguardo alle due sottoscrizioni ivi apposte da parte della controinteressata e del singolo gestore, non sembra egualmente condivisibile.

Non può essere, infatti, trascurato il fatto che l'accordo allegatamente configurato fa in realtà emergere un mero impegno unilaterale da parte degli esercenti e come tale registrato da parte del raggruppamento controinteressato, posto che dette sottoscrizioni sono intervenute non tanto per dar corso nell'immediato al previsto convenzionamento, da ritenere ad ogni effetto operativo, ma esclusivamente come necessitato presupposto dell'eventuale e futura aggiudicazione a seguito della quale soltanto si sarebbe potuto costituire il futuro rapporto tra il vincitore della gara ed i singoli gestori.

Quanto alle contestazioni mosse circa la non completezza di tale

rinuncia, che non sarebbe pervenuta a conoscenza della totalità degli esercizi indicati occorre rammentare che ciò non sarebbe probabilmente avvenuto, ove la stazione appaltante avesse risposto alla richiesta di chiarimenti con maggiore tempestività e non soltanto nell'imminenza della scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara con la lettera in data 9.11.2006, il che ha comportato per le controinteressate l'onere di dar corso all'invio in soli tre giorni di oltre 700 lettere raccomandate con la rinuncia alla commissione verso altrettanti esercizi di ristorazione. Relativamente all'eccezionale tardività di detta rinuncia è, poi, convincimento del Tribunale che soltanto la spedizione delle raccomandate andasse espletata entro il termine di presentazione dell'offerta e, cioè, il 13.11.2006, essendo del tutto ininfluyente sulla *par condicio* che la ricezione di esse sia in effetti intervenuta anche in data successiva, trattandosi nella specie di atti non ricettizi.

A fronte di un tale volume di corrispondenza il ritardo in questa sede contestato concerne comunque soltanto una decina di ristoratori, il che non incide sull'esistenza di una chiara volontà di rinuncia alle commissioni manifestata dal Raggruppamento controinteressato e correttamente recepita dalla stazione appaltante.

Chiarito, pertanto, che, in dipendenza della tempestività della vista rinuncia, alcuna surrettizia modificazione dell'offerta è stata introdotta dalle controinteressate e che alcuna inammissibile benevolenza si sia registrata da parte della Commissione aggiudicatrice, va ancora una volta posto in luce che l'atteggiamento non formalistico

osservato da quest'ultima appare informato all'esigenza della possibile salvezza di una sufficiente platea di imprese partecipanti alla gara, nel cui confronto, affidato esclusivamente alle regole della libera concorrenza, trova soddisfazione l'interesse pubblico a conseguire l'offerta di volta in volta più conveniente o più vantaggiosa per la Stazione appaltante.

5. Il secondo motivo introdotto è egualmente privo di giuridico pregio. Con tale censura, approfondita poi con il secondo motivo aggiunto, le ricorrenti contestano l'attribuzione del medesimo punteggio ai due concorrenti per la voce "*commissione*" dell'offerta economica.

A tale stregua la Commissione di gara avrebbe dovuto attribuire 20 punti all'offerta C.I.R. e Lunch e 0 punti all'offerta del raggruppamento aggiudicatario con conseguente l'aggiudicazione a favore delle odierne ricorrenti.

Tale ordine di idee che egualmente valorizza l'omessa valutazione dell'originaria non corrispondenza della commissione dichiarata ed offerta, che più sopra è stata disattesa, è del pari non condivisibile, poiché, proprio in dipendenza della riconosciuta coincidenza dell'offerta economica, non si è costituito alcun dovere da parte della Commissione di gara di attribuzione del punteggio al riguardo previsto dalla specifica normativa.

L' omesso riconoscimento di un eguale punteggio a tale titolo ad entrambi i Raggruppamenti partecipanti avrebbe, infatti, comportato che, con l'applicazione della percentuale dello 0,00, il risultato aritmetico della formula prevista dalle norme di gara sarebbe risultato

indefinito come è, invero, aritmeticamente dimostrabile e dimostrato.
In definitiva, anche l'ultimo motivo deve essere respinto congiuntamente ai profili di eccesso di potere denunciati ed alla prospettata domanda di adempimento, avente ad oggetto l'accertamento dell'obbligo della Commissione di aggiudicare la gara alle ricorrenti.

Alla reiezione del ricorso non può, peraltro, far seguito, l'applicazione del principio di soccombenza quanto al carico delle spese di lite, ivi compresi i diritti e gli onorari di difesa, reputando il Collegio che la particolarità della vicenda sopra definita giustifichi la loro totale compensazione fra le parti in causa.

P.Q . M .

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente pronunciando sul ricorso n. **42/2007**, lo **RESPINGE**.

Spese del giudizio compensate.

Così deciso in Trento, nella camera di consiglio del 21 giugno 2007, con l'intervento dei Magistrati:

dott. Francesco Mariuzzo	- Presidente
dott.ssa Silvia La Guardia	- Consigliere
dott. Fiorenzo Tomaselli	- Consigliere relatore

Pubblicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 8 novembre 2007

Il Segretario Generale
dott. Giovanni Tanel