

N. 00112/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00179/2012 REG.RIC.
N. 00260/2012 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 Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 179 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Dusmann Service S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di R.T.I. con Camst Soc. coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Martinez, Davide Moscuza e Andrea Maria Valorzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trento, via Calepina 65;

contro

Azienda provinciale per i servizi sanitari (APSS) della Provincia autonoma di Trento, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Pisoni e Silvia Dal Ri, con domicilio eletto presso il Servizio Affari Legali dell'APSS in Trento, via Degasperi 79;

nei confronti di

Serenissima Ristorazione S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria di R.T.I. con Alisei Soc. coop. sociale, rappresentata e difeso dagli avv.ti Daria De Pretis e Mario Calgaro, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Trento, via Ss. Trinità 14;

sul ricorso numero di registro generale 260 del 2012, proposto da:

Dusmann Service S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di R.T.I. con Camst Soc. coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Martinez, Davide Moscuza e Andrea Maria Valorzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Trento, via Calepina 65;

contro

Azienda provinciale per i servizi sanitari (APSS) della Provincia autonoma di Trento, rappresentata e difesa dagli avv.ti Marco Pisoni e Silvia Dal Ri, con domicilio eletto presso il Servizio Affari Legali dell'APSS in Trento, via Degasperi 79;

nei confronti di

Serenissima Ristorazione S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria di R.T.I. con Alisei Soc. coop. sociale, rappresentata e difeso dagli avv.ti Daria De Pretis e Mario Calgaro, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Trento, via Ss. Trinità 14;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 179 del 2012:

della determinazione n. 799 del 15 maggio 2012 del Direttore di

tecnostuttura area tecnica dell'APSS, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto del servizio di ristorazione alla controinteressata, comunicata alla ricorrente con nota prot. n. 0063843 del 16 maggio 2012;

- del verbale di gara del 2 novembre 2011 nella parte in cui la controinteressata è stata ammessa alle successive fasi di gara e si è proceduto all'apertura dell'offerta tecnica di quest'ultima;

- dei verbali di gara delle sedute della commissione giudicatrice nella parte in cui quest'ultima ha proceduto alla valutazione dell'offerta tecnica della controinteressata, attribuendole il relativo punteggio;

- del verbale di gara del 3 maggio 2012 nella parte in cui è stata aperta e valutata l'offerta economica della controinteressata, attribuendole il relativo punteggio, ed è stata dichiarata l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore di quest'ultima;

- della nota prot. n. 0057760 del 3 maggio 2012, con la quale l'APSS ha chiesto alla contro interessata le giustificazioni relative all'offerta di quest'ultima;

- del verbale 10 maggio 2012 di valutazione delle giustificazioni prodotte dalla controinteressata, dal quale risulta che la commissione giudicatrice ha ritenuto congrue dette giustificazioni;

- della lex specialis nella parte in cui prevede i criteri di valutazione e la formula matematica per l'attribuzione del punteggio alle offerte economiche dei concorrenti;

- e con motivi aggiunti:

- della nota prot. n. 0078321 del 18 giugno 2012 con la quale l'APSS ha riscontrato negativamente l'informativa ex art. 243 bis del D.L.gs. n. 163 del 2006 inviata da Dussmann Service srl in data 13 giugno 2012;

- di ogni altro atto e/o provvedimento precedente, successivo, consequenziale, connesso e/o collegato;

nonché, in subordine,

- dell'integrale lex specialis di gara (in particolar modo: bando di gara, norme di partecipazione, capitolato tecnico e capitolato speciale) e degli atti eventualmente presupposti quale la delibera a contrarre, non comunicata, e conseguentemente dell'intero procedimento di gara;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con espressa richiesta di subentro, e per la condanna dell'APSS al risarcimento del danno ingiusto, in forma specifica o per equivalente;

quanto al ricorso n. 260 del 2012:

della determinazione del Direttore della Tecnostruttura Area Tecnica di A.P.S.S. n. 1311/2012 del 2 agosto 2012, comunicata alla Dussmann Service con nota prot. 0096912 del 6 agosto 2012, con la quale è stata annullata la procedura di gara bandita per l'affidamento del servizio di ristorazione presso alcune strutture della A.P.S.S., nella parte in cui non si limita ad annullare in autotutela esclusivamente l'aggiudicazione definitiva al RTI Serenissima, ma

provvede al ritiro in via di autotutela della deliberazione di indizione della gara e di tutti gli atti della gara medesima nonché, con motivi aggiunti, del diniego tacito, formatosi sull'istanza di autotutela ex art. 243-bis del D.Lgs. 163/2006 presentata dalla ricorrente in data 15 ottobre 2012;

e per la condanna della resistente al risarcimento del danno da pronunciarsi nella forma della reintegrazione in forma specifica (attraverso il subentro nell'aggiudicazione e nell'esecuzione del servizio), e/o per equivalente (liquidando sia il lucro cessante, anche sulla base del mancato utile, sia il danno emergente, anche sulla base dei costi sostenuti) e/o eventualmente per perdita di chance con riserva di ulteriore specificazione e quantificazione nel corso del giudizio.

Visti i ricorsi i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari della Provincia autonoma di Trento e di Serenissima Ristorazione S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2013 il cons. Lorenzo Stevanato e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I due ricorsi in epigrafe vanno previamente riuniti, attesa la loro evidente connessione soggettiva ed oggettiva.

Con il ricorso n. 179/2012 la ricorrente Dussmann espone di aver partecipato alla gara d'appalto del servizio di ristorazione indetto dall'Azienda provinciale per i servizi sanitari (APSS) della Provincia autonoma di Trento, bandito con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Erano inclusi nell'appalto anche i lavori di adattamento della cucina dell'Ospedale S. Chiara, talché esso si configurava come un appalto misto di servizio e lavori.

All'esito della gara, con provvedimento dell'A.P.S.S. 15.5.2012 l'aggiudicazione veniva disposta a favore della controinteressata Serenissima Ristorazione S.p.A..

A sostegno del ricorso n. 179/2012 sono stati dedotti i seguenti motivi:

- 1) violazione di legge, in particolare degli artt. 86 e 87 d. lgs. 163/2006, non essendo stati indicati dalla controinteressata né gli oneri per la sicurezza, relativamente ai costi di interferenza, né i costi aziendali;
- 2) violazione della lex specialis, essendo mancata da parte del raggruppamento aggiudicatario l'indicazione del soggetto esecutore delle opere di adeguamento della cucina dell'Ospedale S. Chiara;
- 3) violazione di legge ed eccesso di potere, essendo mancata anche

l'indicazione del costo delle opere di adeguamento della cucina dell'Ospedale S. Chiara;

4) violazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006, in quanto la mandante del raggruppamento vincitore ha ommesso di rendere le relative dichiarazioni, a pena di esclusione;

5) violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006, in quanto la formula adottata per l'attribuzione del punteggio relativo all'offerta economica genererebbe effetti distorsivi, in quanto all'aumentare del divario delle offerte economiche si ridurrebbe la differenza tra i relativi punteggi, in modo inversamente proporzionale.

Con motivi aggiunti, successivamente proposti, l'impugnativa è stata estesa alla nota dell'A.P.S.S. 18.6.2012 di riscontro negativo dell'informativa ex art. 243bis del d.lgs. 163/2006

L'istanza cautelare proposta dalla ricorrente è stata accolta da questo Tribunale con ordinanza 13.7.2012, n. 90, nel rilievo che sussisteva il fumus boni iuris relativamente al primo, secondo, terzo e quinto motivo di ricorso.

All'esito dell'incidente cautelare, l'Amministrazione ha ritenuto di esercitare l'autotutela annullando l'intero procedimento.

Da ciò il ricorso n. 260/2012, con cui sono stati dedotti:

1) violazione dell'art. 21nonies L. 241/1990 e violazione della citata ordinanza n. 90/2012 di questo Tribunale, essendo mancata ogni motivazione sull'interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento dell'intera gara, senza comparazione con quello

della ricorrente;

2) eccesso di potere e violazione dell'ordinanza di questo Tribunale n. 90/2012, in quanto l'ottemperanza ad essa non imponeva il travolgimento dell'intera gara, né ciò era necessario in applicazione dell'art. 15 del D.L. 95/2012 (c.d. spending review) e neppure in relazione ai tempi di costruzione del nuovo polo ospedaliero di Trento. Circa la formula matematica, qualsiasi sua sostituzione avrebbe comunque prodotto l'aggiudicazione alla ricorrente senza che fosse necessario annullare l'intero procedimento.

Con motivi aggiunti, successivamente proposti, l'impugnativa è stata estesa alla nota 18.6.2012 di riscontro negativo dell'informativa ex art. 243bis del d.lgs. 163/2006

L'Amministrazione intimata e la controinteressata si sono costituite in entrambi i giudizi contestando diffusamente la fondatezza dei gravami.

La parte ricorrente ha incidentalmente chiesto la sospensione dell'impugnato provvedimento di autotutela, allegando che ad esso è seguito lo scorporo della gestione del bar interno con ristorazione, dall'originario appalto. Infatti, è stata svolta una gara separata con aggiudicazione di tale servizio alla controinteressata Serenissima, alla cui gara aveva partecipato essa sola.

La ricorrente sosteneva di aver interesse a mantenere salva la pretesa a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto nella sua interezza, senza che ne venisse medio tempore scorporata alcuna parte di esso .

L'istanza cautelare è stata però respinta dal Collegio, nel rilievo che difettava il *fumus boni iuris* in quanto la discrezionalità dell'amministrazione sembrava essere stata correttamente esercitata nell'annullare interamente il procedimento di gara, riconosciuto affetto da vizi genetici.

A quanto precede va aggiunto, in punto di fatto, che l'originario oggetto dell'appalto misto servizio-lavori, dopo l'autoannullamento dell'intera procedura concorsuale, è stato scorporato nella parte "lavori", come emerge dalla documentazione medio tempore prodotta in giudizio.

Infatti, con determinazione dell'A.P.S.S. 28.2.2013 è stata indetta una gara per la realizzazione di una struttura prefabbricata (un capannone) dove preparare i pasti nell'ospedale di Trento, con relativi forniture ed arredi, sulla base di un progetto preliminare predisposto dall'APSS, per un prezzo a base d'asta di circa 2 milioni di euro. La realizzazione di tale opera, come l'A.P.S.S. ha dichiarato nell'anzidetto provvedimento, costituisce presupposto per l'indizione della nuova gara del solo servizio di ristorazione, dopo l'annullamento in autotutela di quella che era stata svolta.

Nel frattempo il servizio di preparazione dei pasti è stato prorogato alla Dussmann, attuale affidataria del servizio.

Ciò premesso, il Collegio ritiene che, nell'ordine logico, vada previamente esaminato il ricorso n. 260/2012 diretto contro il provvedimento di autoannullamento dell'intera procedura

concorsuale.

Come detto, all'esito dell'accoglimento dell'istanza cautelare proposta nel ricorso n. 179/2012, l'Amministrazione ha ritenuto di esercitare l'autotutela, annullando l'intero procedimento, nel rilievo che erano emersi vizi genetici del procedimento che suggerivano di non proseguire in una gara illegittima.

In particolare, l'A.P.S.S. ha riconosciuto che:

- a) la *lex specialis* era viziata da elementi di scarsa chiarezza poiché, trattandosi di un appalto misto di servizi-lavori, la parte relativa ai lavori (cioè la ristrutturazione della cucina dell'Ospedale S. Chiara) era stata genericamente ed insufficientemente posta in gara senza quantificazione di costi, né indicazione dei documenti progettuali necessari, né specificazione degli elementi che sarebbero dovuti essere valutati dalla commissione giudicatrice, anche relativamente alle modalità di esposizione del valore economico delle opere;
- b) l'art. 15 D.L. 95/2012 (c.d. *spending review*) imporrebbe una rinegoziazione del contratto e le recenti indicazioni normative sul contenimento della spesa pubblica imporrebbero che non vi sia commistione tra oneri dovuti a spese di gestione (nel caso: servizio di ristorazione) e spese in conto capitale (nel caso: lavori di adeguamento della cucina);
- c) i tempi del processo amministrativo impedirebbero di garantire il servizio per l'intero periodo di 5 anni prima che sia operativo, nel gennaio 2007, il nuovo ospedale di Trento;

d) la formula matematica adottata nel bando di gara per l'attribuzione del punteggio relativo al prezzo offerto è viziata ed è stata recentemente modificata dalla Provincia autonoma di Trento.

Ciò posto, ritiene il Collegio che alcune delle ragioni esposte dall'Amministrazione a sostegno della scelta di procedere all'autoannullamento integrale della gara non siano giustificate.

Evidentemente ingiustificato, anzi pretestuoso, è il motivo riferito alla durata del processo amministrativo, che non può costituire valido presupposto per azzerare il procedimento concorsuale.

E' sufficiente al riguardo considerare che ogni gara sarebbe a rischio, bastando la proposizione di un ricorso per indurre la stazione appaltante a revocarne l'indizione.

Per non dire che, in tal modo, sarebbe clamorosamente eluso il diritto, costituzionalmente garantito, alla tutela giurisdizionale delle ragioni dei concorrenti.

Da ultimo, non può sfuggire la pretestuosità, in concreto, dell'esposta motivazione, la quale finge di ignorare il fatto notorio in tutto il territorio trentino della assoluta rapidità con cui questo Tribunale decide con sentenza il merito delle controversie.

Pure ingiustificato e altrettanto pretestuoso è il motivo dell'autoannullamento integrale della gara riferito all'illegittimità della formula matematica per l'attribuzione proporzionale dei punteggi relativi all'offerta economica.

Invero, si sarebbe potuto e dovuto annullare parzialmente la lex

specialis e modificare solamente tale formula con salvezza degli atti di gara già svolti e non pregiudicati dalla formula illegittima.

Qualsiasi formula adottata, come ha giustamente dimostrato la parte ricorrente, non avrebbe spostato l'esito della gara a suo favore, una volta esclusa la vincitrice Serenissima.

Dunque, la sua introduzione ex post, allorquando le offerte economiche erano già conosciute, non avrebbe potuto essere utilizzata per favorire l'una o l'altra offerta, in violazione dei principi di par condicio dei concorrenti e di genuinità della procedura.

Né la previa conoscenza della formula di attribuzione del punteggio costituiva, nella specie, un elemento che dovesse essere imprescindibilmente conosciuto ex ante dai partecipanti. L'unico elemento che essi dovevano conoscere prima di formulare l'offerta era esclusivamente il riparto del punteggio tra offerta tecnica ed offerta economica (rispettivamente 70 e 30, nella fattispecie), ma non il meccanismo di attribuzione, strettamente proporzionale e vincolato, dei punteggi relativi all'offerta economica.

Nemmeno il riferimento all'art. 15 del D.L. n. 95/2012 (c.d. spending review) sull'eventuale esigenza di rinegoziazione del contratto giustifica l'autoannullamento dell'intera gara in quanto la norma non incide affatto sulle procedure concorsuali in corso.

Appare invece giustificato ed autonomamente sufficiente a sorreggere l'esercitata autotutela, il rilievo che la lex specialis è stata formulata in modo assolutamente carente ed improprio nella parte

relativa ai lavori di ristrutturazione della cucina dell'Ospedale S. Chiara.

Invero, come si è detto, l'appalto in controversia, oltre al servizio di ristorazione che ne costituisce l'oggetto principale (per un importo annuo presunto di euro 7.501.755,00), comprendeva anche una parte di lavori, non insignificante nell'economia della gara, relativa alla ristrutturazione della citata cucina. Per tali lavori era infatti previsto dalla *lex specialis* un punteggio massimo di 10 punti.

La parte "lavori" dell'appalto in controversia si configura come un appalto integrato, come riconosce la stessa parte ricorrente (pag. 2 della memoria di replica).

Invero, l'appalto integrato di cui all'art. 53, comma 1, lett. b) e lett. c), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 si caratterizza per il fatto che a base d'asta non viene posto un progetto esecutivo, sul quale va formulata la sola offerta economica, ma il procedimento di gara contempla nel proprio oggetto pure l'attività di progettazione (rispettivamente esecutiva o definitiva, secondo le due ipotesi delle citate lett. b e c dell'art. 53).

In ogni caso, tuttavia, il progetto preliminare va predisposto dall'Amministrazione e costituisce la base della gara.

Ebbene, a tal riguardo la *lex specialis* in controversia si rivela talmente e colposamente confusa, approssimativa ed incoerente, che al punto 10-a (pag. 16) delle norme di partecipazione prescrive la presentazione di un "progetto preliminare", mentre all'art. 14 del

capitolato tecnico prescrive la presentazione di un “progetto definitivo”.

Oltre a ciò, nulla è previsto circa i requisiti richiesti in capo ai progettisti (come prescritto dal comma 3 del citato art. 53).

Manca, inoltre, un capitolato prestazionale recante requisiti tecnici inderogabili.

Manca, altresì, qualsiasi indicazione di come doveva essere presentata l'offerta relativa al prezzo, con distinzione del corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori (ex comma 2, lett. c, del citato art. 53).

Mancano, ancora, idonei elementi per la valutazione con fattori ponderali (pesi e punteggi) del progetto presentato dalle concorrenti in relazione a qualità, pregio tecnico, caratteristiche estetiche, funzionali ed ambientali (ex comma 2, lett. c, del citato art. 53).

In definitiva, tali evidenti, gravissime carenze del bando, relativamente alla parte “lavori”, hanno giustificato – oggettivamente ed a prescindere dai pur evidenti profili di grave imperizia e negligenza della stazione appaltante qui non rilevanti - l'esercizio dell'autotutela.

Poiché la ragione appena esaminata a sostegno del provvedimento di autotutela è autonomamente sufficiente e resiste alle censure dedotte al riguardo dalla ricorrente Dussmann, il ricorso n. 260/2012 va respinto.

Conseguentemente, va dichiarato improcedibile, per sopravvenuto

difetto di interesse, il ricorso n. 179/2012, diretto contro l'aggiudicazione della gara alla controinteressata Serenissima, in quanto tale provvedimento è stato travolto anch'esso insieme a tutta la procedura di gara.

Resta peraltro da dire che l'Amministrazione ha dimostrato una sconcertante ed inescusabile superficialità nella predisposizione degli atti di una gara, che poi ha dovuto ritirare rivelando evidente diseconomicità ed inefficienza nell'azione amministrativa, inducendo imprese del settore a parteciparvi inutilmente, con pregiudizio per il pubblico interesse all'efficace e celere svolgimento di tale procedura.

Per tale ragione, il Collegio ravvisa sufficienti elementi per informare la Procura regionale della Corte dei conti di Trento, inviandole la presente sentenza nonché gli atti del fascicolo.

Per la stessa ragione, le spese del giudizio vanno integralmente compensate tra le parti, nonostante la soccombenza .

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa di Trento (Sezione Unica) definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, li riunisce, rigetta il ricorso n. 260/2012 e dichiara improcedibile il ricorso n. 179/2012.

Compensa integralmente le spese dei giudizi riuniti tra le parti.

Manda alla Segreteria di trasmettere la presente sentenza e gli atti di causa alla Procura regionale della Corte dei conti di Trento.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Trento nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Lorenzo Stevanato, Consigliere, Estensore

Fiorenzo Tomaselli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/04/2013

IL SEGRETARIO

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