



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 897 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Compass Group Italia S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Innocenzo Militerni e Massimo Militerni, con domicilio eletto presso il loro studio in Torino, via Alfieri, 19;

contro

Comune di Orbassano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Alessandro Sciolla e Sergio Viale, con domicilio eletto presso il loro studio in Torino, corso Montevicchio, 68;

nei confronti di

Gemeaz Cusin S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Giustino Ciampoli, Francesco Bellocchio, Maria Silvia Ciampoli e Riccardo Ludogoroff, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in

Torino, corso Montevecchio, 50;

per l'annullamento

della nota prot. n. 15715 del 20.6.2011, con la quale il Comune di Orbassano ha comunicato alla Compass Group Italia S.p.a. l'esclusione dalla gara nonché l'eventuale provvedimento di esclusione;

della nota prot. n. 16784 del 29.6.2011, con cui è stata confermata la decisione della esclusione;

dei verbali n. 4 del 15.6.2011 e 5 del 16.6.2011, nonché di tutti gli altri verbali di gara;

dell'aggiudicazione provvisoria, di estremi e contenuto sconosciuto, nonché dell'eventuale aggiudicazione definitiva;

nonché di tutti gli atti ad essi presupposti, antecedenti, conseguenti e comunque connessi;

nonché per la condanna al risarcimento dei danni;

nonché, con il ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 14/10/2011:

della nota prot. n. 23819/ppp del 16.9.2011 con la quale il Comune di Orbassano ha comunicato l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento del servizio di refezione scolastica asilo nido e mensa dipendenti comunali per il periodo di anni quattro - Cig. 1980113811, adottata con determinazione dirigenziale n. 651 del 15.9.2011;

della D.D. n. 651 del 15.9.2011, con la quale sono stati approvati i verbali della commissione di gara.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Orbassano e di Gemeaz Cusin S.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 gennaio 2012 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. del 24 aprile 2011, il Comune di Orbassano ha indetto una procedura di gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento del servizio di refezione scolastica, asilo nido e mensa dipendenti comunali.

L'appalto comprendeva anche la fornitura e gestione del sistema informatizzato di prenotazione dei pasti, del pagamento delle quote a carico dell'utenza, della gestione della rendicontazione e delle morosità.

Presentavano tempestiva domanda di partecipazione quattro imprese, tra cui la Compass Group Italia S.p.a., odierna ricorrente.

Nella seduta antimeridiana del 13 giugno 2011, la Commissione giudicatrice procedeva all'esame della documentazione amministrativa presentata dalle concorrenti, ammettendole tutte al prosieguo della

gara.

Nella seduta pomeridiana del 13 giugno e, quindi, nelle successive sedute del 14 e 15 giugno 2011, la Commissione procedeva all'esame delle offerte tecniche e all'attribuzione dei relativi punteggi.

In particolare, nella seduta del 15 giugno 2011, la Commissione accertava che le relazioni presentate dalla ricorrente e da un'altra concorrente (Eutorist S.p.a.) per quanto richiesto dal punto B4 del bando (gestione informatizzata dei pasti e dei pagamenti) risultavano identiche *“sia nei contenuti che nella forma espressiva, tanto da risultare un'operazione di mero copia/incolla, salvo lievi differenze”*, così come erano identiche, *“salvo i destinatari e la data”*, le dichiarazioni presentate dalle due imprese per attestare la conformità del sistema informatico fornito alle prescrizioni del capitolato speciale d'appalto.

Ritenendo che fossero stati violati i *“principi di autonomia e segretezza nella presentazione dell'offerta”*, la Commissione escludeva entrambe le concorrenti dalla gara.

Nella seduta del 16 giugno 2011, la Commissione procedeva allo scrutinio delle offerte economiche, alla sommatoria dei punteggi conseguiti dalle due concorrenti rimaste in gara e, infine, disponeva l'aggiudicazione provvisoria della gara alla Gemeaz Cusin S.p.a.

Con ricorso giurisdizionale notificato alla stazione appaltante in data 11 luglio 2011, la Compass Group Italia S.p.a. ha impugnato i menzionati provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione provvisoria della gara, proponendo anche istanza per la declaratoria di inefficacia del contratto, qualora *medio tempore* stipulato, ovvero, in

subordine, per la condanna al risarcimento del danno per equivalente.

La ricorrente deduce motivi di gravame così rubricati:

I) Violazione e falsa applicazione del principio di *favor participationis*, buon andamento ed imparzialità nelle pubbliche gare. Violazione, falsa ed errata applicazione del principio di autonomia dell'offerta. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta, disparità di trattamento e travisamento dei fatti.

II) Eccesso di potere per difetto di motivazione, difetto di istruttoria, sviamento, irragionevolezza. Violazione e falsa applicazione del principio di *favor participationis*, buon andamento ed imparzialità nelle pubbliche gare.

III) Violazione e falsa applicazione del principio di buon andamento delle pubbliche gare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11, d.lgs. 163/2006.

Si è costituito in giudizio il Comune di Orbassano, eccependo l'inammissibilità del ricorso e contrastandone la fondatezza nel merito.

Con ricorso per motivi aggiunti notificato alla stazione appaltante e all'impresa aggiudicataria in data 11 ottobre 2011, Compass Group Italia S.p.a. ha impugnato l'aggiudicazione definitiva della gara, disposta con determinazione dirigenziale del Comune di Orbassano in data 15 settembre 2011, riproponendo anche la domanda risarcitoria.

I motivi aggiunti sono così articolati:

I) Violazione e falsa applicazione del principio di *favor participationis*, buon andamento ed imparzialità nelle pubbliche gare. Violazione,

falsa ed errata applicazione del principio di autonomia dell'offerta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. m) *quater*, del codice degli appalti. Inesistenza dei presupposti di fatto e di diritto. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione.

II) Violazione di legge. Eccesso di potere. Errata e omessa valutazione dei presupposti di fatto e di diritto. Violazione ed illegittima applicazione dell'art. 25 del bando/disciplinare di gara e dell'art. 109 del capitolato speciale di appalto. Eccesso di potere sotto tutte le sue figure sintomatiche. Ingiustizia manifesta. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1, lett. m) *quater*, del codice degli appalti, seconda parte. Violazione delle regole della massima partecipazione alle gare pubbliche. Violazione delle regole di buona fede e correttezza. Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione, di istruttoria, del presupposto, in quanto carente di ogni accertamento ed attività istruttoria, desumibile da fonti tipiche e tassative previste dalla legge.

Con decreto presidenziale n. 670 del 17 ottobre 2011, è stata accolta l'istanza di tutela cautelare provvisoria proposta dalla ricorrente.

Si è costituita in giudizio la Gemeaz Cusin S.p.a., eccependo l'inaammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

Anche la difesa comunale ha presentato una memoria per resistere ai motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 696 del 4 novembre 2011, è stata accolta l'istanza cautelare proposta in via incidentale dalla ricorrente e fissata l'udienza per la discussione nel merito del ricorso.

Le parti resistenti hanno depositato ulteriori memorie difensive.

Infine, il ricorso è stato chiamato alla pubblica udienza del 26 gennaio 2012 e, previa trattazione orale, è stato ritenuto in decisione.

In pari data, è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 128/2012.

DIRITTO

1) Con il ricorso introduttivo del presente giudizio, Compass Group Italia S.p.a. ha impugnato l'esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica del Comune di Orbassano nonché l'aggiudicazione provvisoria della gara medesima.

Come più diffusamente riferito nelle premesse in fatto, la contestata esclusione è motivata con riferimento alla violazione del principio di autonomia e segretezza delle offerte, atteso che parte dell'offerta tecnica della ricorrente (la relazione inerente la gestione informatica dei pasti e dei pagamenti), con le relative dichiarazioni, risultava pressoché identica a quella presentata da altra concorrente (la Eutorist S.p.a.), anch'essa esclusa dalla gara.

Con ricorso per motivi aggiunti successivamente notificato, l'interessata ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara in favore di Gemeaz Cusin S.p.a.

2) In via preliminare, le parti resistenti eccepiscono concordemente l'inammissibilità del ricorso introduttivo (e dei motivi aggiunti che si inseriscono nel rapporto processuale già sorto) per mancata notifica alla controinteressata Gemeaz Cusin S.p.a.

Rilevano le eccepienti che, al momento della notifica dell'atto introduttivo del giudizio, la ricorrente era a conoscenza

dell'intervenuta aggiudicazione provvisoria della gara e del nominativo dell'aggiudicataria, atteso che il rappresentante di Compass era presente alla seduta in cui venne comunicata tale decisione ed il relativo verbale era stato consegnato in copia alla ricorrente medesima la quale, infatti, aveva provveduto a depositarlo in allegato all'atto introduttivo del giudizio.

Il ricorso introduttivo, pertanto, avrebbe dovuto essere notificato anche all'aggiudicataria provvisoria, nella sua veste di controinteressata, e tale omissione comporterebbe l'inammissibilità del gravame giurisdizionale.

Tale situazione non risulterebbe "sanata" per effetto della proposizione del ricorso per motivi aggiunti, notificato quando era ormai spirato il termine decadenziale per impugnare l'esclusione dalla gara.

2.1) In punto di fatto, va rilevato come, nell'epigrafe del ricorso introduttivo, Compass dichiara che gli estremi e il contenuto dell'impugnata aggiudicazione provvisoria le sono sconosciuti.

Ciò non corrisponde al vero in quanto, anche prescindendo dalle altre circostanze riferite dalle eccepienti, la stessa ricorrente ha versato agli atti del giudizio, in allegato all'atto introduttivo, il verbale del 16 giugno 2011 di aggiudicazione provvisoria della gara.

E' certo, pertanto, che, al momento della notifica del ricorso, l'esponente ben conosceva il provvedimento di aggiudicazione provvisoria e la ditta aggiudicataria.

2.2) Vanno formulate, a questo punto, alcune precisazioni preliminari.

Per pacifico orientamento giurisprudenziale, rispetto al provvedimento di esclusione da una gara ad evidenza pubblica non sono configurabili, in assenza di aggiudicazione, soggetti controinteressati in senso tecnico, poiché tale qualità presuppone la sussistenza di soggetti nominativamente indicati nel provvedimento impugnato o agevolmente individuabili in base ad esso.

E' altrettanto pacifico che l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria di una gara d'appalto costituisce una facoltà, e non un onere, trattandosi di atto endoprocedimentale non idoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse dell'impresa che non è risultata vincitrice, lesione che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva.

Da tali principi, la giurisprudenza ha desunto che, nel ricorso presentato dal concorrente escluso dalla gara, l'aggiudicatario provvisorio assume la veste di controinteressato solo quando l'esclusione e l'aggiudicazione (provvisoria) siano avvenute contestualmente, nella stessa seduta di gara, sussistendo il qualificato interesse dell'aggiudicatario provvisorio alla conservazione dell'atto di esclusione (e conseguentemente di aggiudicazione) per avere egli un interesse opposto a quello dell'escluso, già consacrato da una scelta (sia pure provvisoria) dell'Amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2011, n. 2580).

2.3) La fattispecie che forma oggetto del presente giudizio, però, non è inquadrabile in tale schema, poiché l'esclusione della ricorrente e l'aggiudicazione provvisoria della gara alla Compass non sono state contestuali: la prima statuizione, infatti, è stata assunta dalla

Commissione giudicatrice nella seduta del 15 giugno 2011 ed il relativo verbale, ovviamente, non poteva fare menzione dell'aggiudicataria provvisoria, individuata nella seduta del 16 giugno con distinto provvedimento.

L'invocata declaratoria di inammissibilità del ricorso, per mancata notifica al soggetto controinteressato, investirebbe, pertanto, la sola domanda di annullamento dell'aggiudicazione provvisoria che la ricorrente, come già precisato, non era onerata a proporre.

Il ricorso risulta ammissibile, invece, rispetto alla domanda di annullamento dell'esclusione dalla gara, ossia l'unica domanda che la ricorrente era onerata a proporre nel termine di decadenza e sulla quale si accentra il maggior interesse della ricorrente medesima.

2.4) Va altresì rilevato come, mediante il ricorso per motivi aggiunti, sia stata correttamente impugnata l'aggiudicazione definitiva della gara, con la sostanziale riproposizione delle censure già poste a fondamento del ricorso introduttivo avverso l'esclusione.

La rituale notifica dei motivi aggiunti ha consentito alla controinteressata, perciò, di prendere compiutamente posizione nei confronti di tutte le censure dedotte in ricorso, con evidente salvaguardia dell'integrità del contraddittorio.

2.5) Per tali ragioni, l'eccezione è infondata e va disattesa.

3) Parimenti infondata è la seconda eccezione preliminare, concernente la mancata trascrizione del ricorso introduttivo.

Lamentano le eccepienti, in sostanza, che la notifica del ricorso per motivi aggiunti non sarebbe valsa in ogni caso a garantire l'integrità

del contraddittorio, poiché il nuovo atto non ripropone, neppure in forma riassuntiva, tutte le censure che erano state dedotte con l'atto introduttivo del giudizio.

Il rilievo è infondato in fatto, dal momento che i motivi aggiunti, pur non riproducendo pedissequamente il ricorso introduttivo, ne ripropongono i contenuti salienti, sia in termini di *petitum* che di *causa petendi*, senza tralasciare alcuno dei profili di censura ivi dedotti (anzi, i motivi aggiunti introducono anche nuove censure avverso l'esclusione che, essendo basate su fatti già conosciuti al momento dell'introduzione del giudizio, soggiacciono inevitabilmente ad una valutazione di inammissibilità).

In fattispecie analoga alla presente, la giurisprudenza amministrativa ha recentemente chiarito che, per salvaguardare l'integrità del contraddittorio, è sufficiente riprodurre nei motivi aggiunti le censure già dedotte avverso il primo atto, così permettendo al controinteressato sopravvenuto di replicare su tali profili, senza che occorra notificare nuovamente il primo ricorso (Cons. Stato, sez. III, 17 agosto 2011, n. 4792).

- 4) Può procedersi, a questo punto, al vaglio del merito del ricorso.
- 5) Con il primo motivo di gravame, l'esponente deduce l'erroneità della decisione assunta dalla Commissione giudicatrice che, avendo accertato la parziale identità delle offerte tecniche presentate da due concorrenti (la ricorrente ed Eutourist S.p.a.), ha ritenuto sussistere una violazione dei principi di autonomia e segretezza delle offerte e, in conseguenza, ha disposto l'esclusione di entrambe dalla gara.

5.1) Tale rapporto di identità - che non viene contestato dalla ricorrente e, comunque, risulta con evidenza dalla documentazione in atti - riguarda uno specifico contenuto dell'offerta tecnica: la descrizione del sistema informatizzato di gestione dei pasti e dei pagamenti nonché la dichiarazione di conformità allegata.

5.2) Va rammentato, in linea di principio, che il sistema delle gare pubbliche può funzionare solo se le imprese si trovano in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza e che tale condizione deve ritenersi esclusa laddove sussistano indizi precisi, gravi e concordanti relativi alla circolazione di informazioni tra le imprese partecipanti alla gara, rivelatori di accordi sottostanti tra le imprese atti a turbare il regolare svolgimento del confronto concorrenziale.

La giurisprudenza ha anche chiarito come tali indizi possano validamente trarsi da un unico fatto, rappresentato dalla identità delle relazioni tecniche presentate dalle concorrenti (Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2011, n. 6329).

5.3) Nel caso di specie, tuttavia, la ricorrente ha offerto una ricostruzione plausibile dell'accaduto, idonea a giustificare la circostanza rilevata dalla Commissione di gara.

L'esponente precisa, infatti, di essersi rivolta ad un'impresa terza specializzata (la Progetti e Soluzioni S.p.a.) alla quale, avvalendosi della facoltà consentita dalla legge di gara, intendeva subappaltare, nel caso di aggiudicazione, le relative prestazioni accessorie.

Quest'ultima impresa avrebbe redatto materialmente la parte del progetto tecnico relativa al sistema informatico ed altrettanto avrebbe

fatto, all'insaputa della ricorrente, a vantaggio dell'altra concorrente (Eutorist S.p.a.).

5.4) La prospettazione di parte ricorrente appare verosimile.

Secondo l'art. 109 del capitolato speciale d'appalto, infatti, la fornitura e gestione del sistema informatizzato di prenotazione dei pasti e di gestione dei pagamenti costituivano prestazioni accessorie rispetto all'oggetto principale del contratto, rappresentato dal servizio di ristorazione e di trasporto dei pasti.

La stessa disposizione della *lex specialis* di gara prevedeva espressamente prevista la possibilità di subappalto di tali prestazioni accessorie.

E' del tutto plausibile, perciò, che la ricorrente, nell'intento di proporre un progetto tecnicamente adeguato, abbia deciso di rivolgersi ad un'impresa specializzata nel settore, incaricandola di provvedere alla materiale redazione dei contenuti relativi alla fornitura e gestione del citato sistema informatizzato.

E' altrettanto verosimile che la medesima scelta sia stata effettuata da un'altra concorrente, senza che l'una fosse al corrente della condotta dell'altra, operandosi nell'ambito di un mercato ristretto ad un esiguo numero di imprese specializzate, tanto più che (come riferito dalla ricorrente e non contraddetto dalle parti resistenti) la certificazione ISO/IEC 27001 richiesta dal capitolato speciale sarebbe posseduta solo da quattro imprese in ambito nazionale.

5.5) In definitiva, la sovrapposibilità delle due offerte risultava circoscritta ad uno specifico contenuto che non rivestiva un ruolo

centrale nell'economia dell'appalto e le spiegazioni fornite dall'esponente offrono una ragionevole giustificazione di tale circostanza che, in conseguenza, non è di per sé idonea a rivelare l'esistenza di un accordo volto ad alterare la segretezza, serietà e indipendenza delle offerte.

L'unico elemento rilevato dalla stazione appaltante non era sufficiente, pertanto, a dimostrare l'esistenza di un rapporto di collegamento sostanziale tra le due concorrenti che abbia turbato, in concreto, la regolarità della gara e neppure a comprovare che le due offerte non fossero state predisposte in modo indipendente e autonomo.

6) Per tali motivi, il ricorso è fondato e, con assorbimento delle altre censure dedotte da parte ricorrente, deve essere accolto.

Ne consegue la caducazione del provvedimento di esclusione dalla gara e degli atti consequenziali impugnati con motivi aggiunti, compresa l'aggiudicazione definitiva.

7) Non vi è luogo a provvedere sulla domanda di inefficacia del contratto, non essendo ancora intervenuta la relativa stipulazione.

La caducazione degli atti di gara risulta integralmente soddisfattiva dell'interesse azionato da parte ricorrente: va respinta, in conseguenza, la domanda di risarcimento per equivalente proposta in via subordinata, tanto più che l'istante non ha allegato e tantomeno quantificato specifiche voci di danno.

8) Considerando la peculiarità della fattispecie e la soccombenza reciproca, le spese del grado di giudizio vanno integralmente

compensate fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti.

Annulla i provvedimenti impugnati.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 26 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Richard Goso, Presidente FF, Estensore

Paola Malanetto, Referendario

Ariberto Sabino Limongelli, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/02/2012

IL SEGRETARIO

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