

N. 03149/2008 REG.SEN.
N. 01352/2008 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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso ex art. 33, comma 5, l. 1034/71, numero di registro generale 1352 del 2008, proposto da:

RISTOCHEF S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, CIR FOOD S.C., in persona del legale rappresentante pro tempore, QUII GROUP S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea Bullo ed Elivia Lobera, con domicilio eletto presso la seconda in Torino, via Barbaroux, 25;

contro

la Regione Piemonte, in persona del Presidente pro tempore della Giunta Regionale, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanna Scollo, con domicilio eletto presso la medesima in Torino, piazza Castello, 165;

nei confronti di

Accor Services Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giustino Ciampoli, Francesco Bellocchio e Riccardo Ludogoroff, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Torino, corso Montevicchio, 50;

per l'esecuzione

.della sentenza di codesto Ecc.mo Tribunale n. 1370 dell'8 maggio-13 giugno 2008 e

per l'annullamento, previa sospensione,

di tutti i provvedimenti eventualmente assunti dall'intimata Amministrazione in violazione e/o elusione della citata sentenza, non noti alle ricorrenti ad eccezione della nota prot. 40199/Da07/.13 dell'11 agosto 2008,

nonché per il risarcimento

del danno ingiustamente patito dalle Società ricorrenti per effetto dell'omessa esecuzione della sentenza di prime cure.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Vista l'istanza per l'adozione di misure cautelari "ante causam" ai sensi dell'art. 245, commi 3 e ss., del d.lgs. 163/06;

Visto il decreto presidenziale di questa Sezione n. 942/08 del 19 novembre 2008;

Visto l'atto di costituzione e memoria della Regione Piemonte, con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione e memoria difensiva della Accor Services Italia Srl, con i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del 20 novembre 2008 il Primo Referendario Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel relativo verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso a questo Tribunale ex art. 33, comma 5, l.n. 1034/71, notificato il 28 ottobre 2008 e preceduto da specifico atto di significazione e diffida del 22 settembre 2008, le tre società indicate in epigrafe evidenziavano che questa Sezione, con sentenza n. 1370/08, aveva accolto la domanda di annullamento da esse presentata dell'aggiudicazione, in esito a pubblica gara, ad Accor Services Italia srl del servizio sostitutivo di mensa mediante erogazione di buoni pasto per il personale dipendente della Regione Piemonte da utilizzarsi presso esercizi convenzionati.

Le società ricorrenti evidenziavano anche che tale sentenza non era stata sospesa dal Consiglio di Stato, cui si erano rivolte in appello le parti intimare in primo grado, il quale aveva perentoriamente respinto le relative istanze con due ordinanze contenenti la seguente, identica, motivazione: "la sentenza impugnata,

prima facie, appare correttamente motivata ed immune dalle censure proposte dagli appellanti".

Le società ricorrenti specificavano che nonostante tali presupposti il contratto con l'originaria aggiudicataria era ancora in corso e che la Regione Piemonte, non interpretando correttamente il disposto della sentenza di questo Tribunale, aveva provveduto a riconvocare, in seduta segreta, la Commissione per la rivalutazione delle offerte tecniche, la quale aveva provveduto a richiedere chiarimenti alla Accor Services Italia srl, invitandola ad integrare l'offerta con l'indicazione degli esercizi convenzionati che, tra gli 11.513 indicati, possedevano gli specifici requisiti richiesti dalla legge di gara ai fini dell'attribuzione del relativo punteggio.

Ritenendo tale "modus procedendi" elusivo della su ricordata sentenza, le società ricorrenti lamentavano quanto segue.

L'Amministrazione aveva inopinatamente ritenuto di procedere reiterando il procedimento al momento dell'apertura delle offerte tecniche, ignorando la disposizione della sentenza che invece stabiliva di procedere "dal momento della presentazione dell'offerta", con conseguente necessità di procedere in seduta pubblica, al fine di verificare la consistenza e integrità dei plichi, anche in relazione all'accoglimento del quarto motivo di ricorso.

In secondo luogo, la richiesta di chiarimenti all'originaria aggiudicataria aveva alla stessa consentito di rimodulare l'offerta, a valori già cognitivi e valutati nella fase precedente censurata dalla sentenza su ricordata.

In realtà, sostenevano le società ricorrenti, alla controinteressata doveva semplicemente essere attribuito il punteggio pari a zero perché gli esercizi ubicati nel raggio di 400 dovevano essere indicati al momento della presentazione dell'offerta, con conseguente attribuzione del punteggio massimo di 25 all'offerta in RTI delle odierne ricorrenti.

Quest'ultime, quindi, concludevano l'esposizione insistendo nel richiedere l'assunzione di tutti i provvedimenti necessari all'esecuzione della suddetta sentenza e, in particolare: 1) la rinnovazione della procedura a partire dalla presentazione delle offerte; 2) la decurtazione in capo ad Accor Services del punteggio assegnatole per la Rete degli esercizi convenzionati, esclusa ogni forma di richiesta di "chiarimenti" od "integrazioni"; 3) l'adozione delle più opportune misure volte ad assicurare l'esecuzione del giudicato, ivi inclusa la nomina di un Commissario ad acta che, verificati i presupposti per il proprio intervento, ponga in essere ogni attività necessaria alla rinnovazione delle operazioni di gara a partire dalla presentazione delle offerte ed all'aggiudicazione dell'appalto in capo alle Società esponenti, previa l'assunzione di ogni atto, in esecuzione della sentenza, idoneo ad individuare la carenza degli effetti giuridici del contratto ed adottare di conseguenza i provvedimenti necessari che si riflettano sul rapporto contrattuale ancora in essere e sulla carenza dei presupposti di efficacia dello stesso.

Dopo pochi giorni le società ricorrenti depositavano istanza per l'adozione di

misure cautelari "ante causam", ex art. 245, commi 3 e ss, d.lgs. n. 163/06, apprendendo che la Commissione di gara, nella seduta del 14 novembre 2008, aveva preso atto della dichiarazione di Accor Services Italia srl di possedere la convenzione con 1.850 esercizi nel rispetto del duplice requisito richiesto dalla "lex specialis" ed aveva confermato a tale concorrente il punteggio di 25, a fronte di un punteggio di 21,79 all'offerta delle ricorrenti, dando così luogo alla conferma dell'aggiudicazione in capo ad Accor Service Italia srl.

Le società ricorrenti, quindi, richiamando i contenuti del ricorso per l'esecuzione presentato, ritenendo che i susseguenti atti indicati fossero contraddistinti da radicale nullità rilevabile anche nel giudizio di ottemperanza, chiedevano l'adozione delle misure cautelari interinali ritenute più opportune che apparivano indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione di un ricorso di merito.

Con il decreto presidenziale indicato in epigrafe la richiesta cautelare era respinta sul presupposto della mancata configurabilità di una situazione di estrema gravità ed urgenza idonea a sorreggere la domanda prima dell'esame collegiale.

Si costituiva in giudizio la Regione Piemonte, rilevando l'infondatezza e inammissibilità del ricorso.

In primo luogo la Regione rilevava l'improcedibilità del ricorso perché doveva essere impugnato, nel frattempo, il nuovo provvedimento di aggiudicazione seguito alla rinnovazione parziale della gara, l'inammissibilità dello stesso, in quanto la sentenza in questione non aveva precluso l'operato della stazione appaltante come effettuato e l'infondatezza della richiesta di decurtare il punteggio nuovamente attribuito ad Accor Services Italia srl.

La Regione intimata concludeva anche chiedendo a questo Tribunale di cancellare la frase riportata a pag. 7, fine capoverso, del ricorso per l'esecuzione laddove si attribuisce all'Amministrazione la volontà di privilegiare l'affidataria storica del servizio "anche a costo di sfiorare il dileggio della funzione giurisdizionale", ritenendola una affermazione con le caratteristiche di espressione sconveniente ed offensiva di cui all'art. 89 del codice di procedura civile.

Si costituiva in giudizio anche la confermata aggiudicataria, con argomentazioni che riprendevano, in sostanza, le eccezioni di improcedibilità, inammissibilità e infondatezza del ricorso, come evidenziate dalla Regione Piemonte.

All'odierna camera di consiglio, previa discussione orale, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene di precisare, in primo luogo, che l'odierna fattispecie deve essere inquadrata nell'ambito del giudizio di esecuzione della sentenza, di cui

all'art. 33¹, comma 5, l.n. 1034/71⁵, come introdotto dall'art. 10, comma 1, l.n. 205/2000.

Non si è, quindi, in presenza di un giudizio di esecuzione del giudicato ma di mera esecuzione della sentenza nelle more che la stessa passi in giudicato, allo stato non formatosi in quanto, per circostanza pacifica, la medesima è stata impugnata con due distinti ricorsi in appello, da parte delle parti intimare in primo grado, davanti al Consiglio di Stato.

E' vero che questo si è già pronunciato in sede cautelare non sospendendo l'esecuzione di detta sentenza – con motivazione alquanto perentoria ma pur sempre riferita al sommario esame proprio della fase cautelare (“prima facie” afferma infatti, correttamente, il Giudice appello in entrambe le relative ordinanze) – ma è chiaro che la situazione non contempla la presenza di alcun “giudicato”, formale o sostanziale che sia, idoneo a cristallizzare il disposto di quanto contenuto nella sentenza di questo Tribunale, ai sensi dell'art. 27, comma 1, n. 4), R.D. n. 1054/1924.

Ne risulta applicabile, nella presente fase, quanto precisato dalla giurisprudenza in merito, cui il Collegio ritiene di aderire, secondo cui la legge n. 205/2000, nell'estendere all'esecuzione delle misure cautelari i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza di cui all'art. 27, comma 1, n. 4), R.D. cit., e nell'accordare analoghi poteri per l'esecuzione delle sentenze di primo grado non sospese dal Consiglio di Stato ha, da un lato, conferito concretezza alla nozione di esecutività delle pronunce giurisdizionali del giudice amministrativo, anche indipendentemente dal passaggio “in giudicato”, e, dall'altro, ha mutato la connotazione originaria della giurisdizione speciale di merito, attribuita al Consiglio di Stato dall'art. 27 cit., accostando all'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato quello, più generale, di dare esecuzione alle pronunce di primo grado e, in funzione di ciò, accentuando la natura esecutiva del processo conclusosi con la sentenza di primo grado (Cons. Stato, sez. V, 17.5.07, n. 2463 e TAR Calabria, Cz, Sez. I, 8.5.08, n. 439).

Ne consegue, quindi, che la finalità cui è ispirata la “ratio” dell'art. 10, comma 1, l.n. 205/2000, che ha introdotto la “nuova” versione dell'art. 33, comma 1, l.n. 1034/71, che conferisce al giudice di primo grado, in sede di esecuzione della sentenza non sospesa dal giudice d'appello, i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza (sostanzialmente inerenti alla possibilità di pronunciarsi “nel merito” e di nominare un Commissario “ad acta”) è – certamente – quella di attribuire all'interessato, ove possibile, il bene della vita accertato in sede giurisdizionale ma pur sempre nei limiti della situazione di fatto. Pertanto, poiché la fase dell’“esecuzione” non si identifica – né lo potrebbe in alcun modo – con quella dell’“ottemperanza” e poiché la sentenza di primo grado, pendente il giudizio di appello, è suscettibile di essere riformata, il giudice (di primo grado) adito deve procedere con prudente ed equilibrato apprezzamento nell'adozione di provvedimenti esecutivi implicanti effetti necessariamente interinali del “decisum”, in previsione della sopravvenienza del definitivo assetto degli interessi comportato dal “giudicato” (TAR Lazio, Sez. III bis, 22.2.06, n. 1345 e Sez. III, 16.1.02, n. 413).

I poteri del giudice dell' "esecuzione", quindi, in relazione alla eventuale attività di sostituzione dell'Amministrazione inadempiente anche mediante nomina di un Commissario "ad acta", non possono mai spingersi fino a delineare un assetto definitivo e immutabile degli interessi in gioco, tale da neutralizzare o rendere inutile la successiva pronuncia giurisdizionale di secondo grado, nel cui alveo procedimentale si inserisce la fase di esecuzione della sentenza non sospesa dal Consiglio di Stato, in quanto, a differenza di quanto accade nella circostanza di "actio iudicati", non è ravvisabile in sede di esecuzione di sentenza non sospesa un diritto all'esecuzione completa e puntuale idonea a delineare definitivamente l'assetto degli interessi coinvolti, atteso che il "decisum" è ancora in formazione e si consoliderà solo a seguito della sentenza di secondo grado (Cons. Stato, Sez. IV, 9.10.02, n. 5352 e TAR Calabria, Rc, 25.5.07, n.480).

Premesso ciò, deve quindi esaminarsi la situazione di fatto seguita alla sentenza di questo Tribunale n. 1370/08 e le doglianze espresse in questa sede dalle imprese ricorrenti.

Appare quindi necessario preliminarmente evidenziare il contenuto della suddetta sentenza.

Ebbene, il Collegio rileva che con essa questa Sezione ha rilevato due distinti profili di illegittimità dedotti dalla società ricorrente.

Il primo, dedotto con il secondo motivo di ricorso (ripreso nei motivi aggiunti), era relativo alla corretta interpretazione della legge di gara, laddove essa "... prevedeva una duplice condizione per l'attribuzione di punteggio relativo alla rete di esercizi: che questi fossero ubicati nel raggio di 400 metri dalle sedi regionali... e che fossero in numero non inferiore ad uno ogni 40 dipendenti... La commissione di gara, quindi, avrebbe dovuto valutare, per la "Rete degli esercizi", solo gli esercizi con le caratteristiche integrali di cui all'art. 1 del capitolato, come ribadito anche dal successivo art. 4 e dal Disciplinare allegato, vale a dire con il doppio limite della distanza massima e del numero minimo. La valutazione del numero massimo in assoluto, non legato alla verifica di tale doppio limite, ha comportato l'illegittimità dell'attribuzione del punteggio massimo alla Accor Service Italia s.p.a. e la conseguente illegittimità dell'aggiudicazione sotto tale profilo".

Le società ricorrenti nel presente giudizio si soffermano molto su tale profilo, incentrando essenzialmente le proprie richieste in ordine all'interpretazione dell'enunciato di questa Sezione di accoglimento di tale motivo di ricorso.

Il Collegio, però, non può fare a meno di evidenziare che il ricorso (e i collegati motivi aggiunti) era stato accolto anche – e principalmente si aggiunge – in relazione a quanto dedotto con il quarto motivo di impugnativa in merito alla violazione dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 163/06, in quanto "... tra le due sedute del 28 gennaio 2008 e del 30 gennaio 2008 non risultano indicate le modalità di chiusura, conservazione e nuova apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, non chiarendo se tali buste siano rimaste aperte e/o accessibili ed ove siano state conservate...". in applicazione del principio generale, recentemente

ribadito dallo stesso Consiglio di Stato (Sez. V, 28.3.08, n. 1296, 20.3.08, n. 1219 e 6.3.08, n. 1068), secondo il quale nell'ipotesi di gara svoltasi in più sedute sussiste l'obbligo per la commissione di gara di predisporre cautele a tutela dell'integrità delle buste contenenti le offerte delle imprese partecipanti...e l'eventuale omissione della menzione delle cautele adottate determina l'illegittimità delle operazioni effettuate, illegittimità che non può essere sanata dalla considerazione che non si sia concretamente verificata alcuna manomissione dei plichi o che il concorrente che rilevi tale censura non abbia concretamente dimostrato eventuali manomissioni...ben difficile, se non impossibile, per i partecipanti alla gara che non hanno accesso alle sedute riservate in cui si procede alla valutazione dell'offerta tecnica”.

La sentenza di questa Sezione, quindi, concludeva indicando che l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti imponeva “...all'amministrazione regionale di rinnovare le operazioni di gara a partire dal momento della presentazione dell'offerta...”, rigettando le ulteriori domande di risarcimento del danno (perché con il rinnovo delle operazioni di gara risultava intatta la possibilità di acquisire il bene della vita consistente nell'aggiudicazione) e di annullamento del contratto (per carenza di giurisdizione, ex Cass., SSUU, n. 27169/07 e Cons. Stato, Sez. IV, n. 2501/08), pur rappresentando, in aderenza ad un ravvicinato orientamento giurisprudenziale (allora individuabile in Cass. Civ., Sez. I, n. 9906/08 ma poi sostanzialmente confermato anche dalle recentissime decisioni del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, nn. 9/08 e 12/08), che “...l'amministrazione potrà, e anzi dovrà, porre autonomamente in essere ogni comportamento, anche in esecuzione della presente sentenza, idoneo a individuare la carenza, subentrata ex tunc, degli effetti giuridici del contratto ed adottare di conseguenza i provvedimenti necessari che si riflettano sul rapporto contrattuale ancora in essere e sulla carenza dei presupposti di efficacia dello stesso”.

A tale sentenza, tralasciando le vicende relative al giudizio appello instaurato dalle parti intimare, in cui il Consiglio di Stato si è, allo stato, pronunciato con le due ordinanze di reiezione della domanda cautelare sopra ricordate, l'amministrazione regionale ha fatto seguito, nelle more, ad un affidamento diretto ad Accor Services Italia srl al fine di non interrompere il servizio in attesa di ridefinire la vicenda. Allo scopo, dopo la pronuncia cautelare del Consiglio di Stato, risulta che in data 20 agosto 2008 si sia riunita nuovamente la Commissione di gara. Nel relativo verbale è scritto che “...Il giudice amministrativo ha disposto nella sentenza il rinnovo delle operazioni di gara dal momento della valutazione delle offerte tecniche relativamente al criterio di valutazione di cui all'art. 4 a1) del Capitolato Speciale di Appalto...A questo punto la Commissione riprende i lavori e dopo avere riesaminato le offerte tecniche, conferma le valutazioni effettuate sugli altri elementi di valutazione del Capitolato così come risulta dal verbale Reg. n. 8/2008 del 30.1.2008 ed al fine di attribuire il punteggio di cui al punto A1 dell'offerta tecnico-organizzativa sulla base delle statuizioni della sentenza citata, decide di richiedere alla Società ACCOR SERVICE...di specificare se nell'ambito degli 11.513 esercizi indicati in sede di offerta, tutti gli esercizi indicati, convenzionati o convenzionandi al momento della presentazione dell'offerta, rispondono al requisito della distanza e della capienza richiesti dalla lex specialis di gara così come previsto dall'art. 1

del capitolato d'appalto”.

In data 21 agosto 2008 era inviata una prima richiesta alla Accor Services Italia srl di specificazione, “...nell’ambito degli 11.513 esercizi indicati nell’offerta, l’elenco per ogni sede regionale degli esercizi convezionati/convenzionandi alla data di presentazione dell’offerta stessa, situati nel raggio di 400 metri da ciascuna delle sedi, come previsto all’art. 1 del capitolato d’appalto”. In data 5 settembre 2008 era inviata una seconda richiesta in cui, a rettifica della prima, si chiedeva di voler “...esclusivamente specificare (senza allegare alcun elenco o documentazione integrativa l’offerta tecnica in precedenza presentata, se nell’ambito degli 11.513 esercizi indicati, convenzionati o convenzionandi al momento della presentazione dell’offerta, rispondono al requisito della distanza e della capienza richiesti dalla lex specialis di gara dall’art. 1 del C.S.A. ovvero di indicare, nell’ambito sempre dei medesimi 11.513 esercizi, quanti rispondono ai requisiti richiesti”.

Tale società riscontrava la richiesta con nota del 9 settembre 2008, ove specificava che “...nell’ambito degli 11.513 esercizi indicati in sede di offerta tecnica, 1.850 rispondono al requisito della distanza e dalla capienza richiesta per ciascuna sede ove opera il personale regionale...”.

Nella nuova seduta del 19 settembre 2008, quindi, la Commissione di gara prendeva atto della comunicazione di Accor Services Italia srl, ricalcolava il punteggio di cui all’art. 4 a1) del Capitolato Speciale di Appalto, come da allegata tabella riepilogativa, in cui risultavano assegnati punti 25 a tale società e punti 21,79 all’ATI di cui alle odierni ricorrenti, e trasmetteva le risultanze all’Autorità di gara per i conseguenti adempimenti.

Nella seduta del 14 novembre 2008, infine, era attribuito anche il punteggio relativo alle offerte economiche, già in precedente cognite e esaminate, e il servizio era aggiudicato provvisoriamente di nuovo alla Accor Services Italia srl, con riserva di procedere all’aggiudicazione definitiva all’esito della verifica dell’esatta dislocazione e capienza degli esercizi indicati.

Alla luce di tali presupposti di fatto e di diritto, quindi, il Collegio deve pronunciarsi sulla domanda proposta nella presente sede dalle tre imprese riunite in RTI e classificate seconde in graduatoria.

Come già richiamato in precedenza, essa si sostanzia in tre richieste, sopra riportate ex 1)-3).

Sotto un primo profilo, le società ricorrenti chiedono che sia disposta “la rinnovazione della procedura a partire dalla presentazione delle offerte”, sulla base dell’osservazione per cui la sentenza aveva imposto all’amministrazione regionale di rinnovare le operazioni di gara a partire dal momento della presentazione dell’offerta “tout court” e non già dell’offerta tecnica.

Sul punto il Collegio rileva la fondatezza delle doglianze delle società ricorrenti.

Come già sopra evidenziato, infatti, nella sentenza n. 1370/08 questa Sezione aveva accolto (principalmente, pur se per seguire l'ordine di esposizione del ricorso il punto aveva seguito quello sostanziale relativo all'accoglimento del secondo motivo di ricorso) il quarto motivo di ricorso (terzo motivo aggiunto) in merito alla violazione dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 163/06, in quanto "...tra le due sedute del 28 gennaio 2008 e del 30 gennaio 2008 non risultano indicate le modalità di chiusura, conservazione e nuova apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, non chiarendo se tali buste siano rimaste aperte e/o accessibili ed ove siano state conservate...", in applicazione del principio generale, recentemente ribadito dallo stesso Consiglio di Stato (Sez. V, 28.3.08, n. 1296, 20.3.08, n. 1219 e 6.3.08, n. 1068), secondo il quale nell'ipotesi di gara svoltasi in più sedute sussiste l'obbligo per la commissione di gara di predisporre cautele a tutela dell'integrità delle buste contenenti le offerte delle imprese partecipanti...e l'eventuale omissione della menzione delle cautele adottate determina l'illegittimità delle operazioni effettuate, illegittimità che non può essere sanata dalla considerazione che non si sia concretamente verificata alcuna manomissione dei plichi o che il concorrente che rilevi tale censura non abbia concretamente dimostrato eventuali manomissioni...ben difficile, se non impossibile, per i partecipanti alla gara che non hanno accesso alle sedute riservate in cui si procede alla valutazione dell'offerta tecnica".

Era evidente, quindi, che in assenza dell'indicazione delle cautele richieste non era possibile riconsiderare le medesime offerte contenute nei plichi originari, vanificando altrimenti il "decisum" della sentenza sul punto.

Proprio per tale ragione la Sezione ritiene di essere stata chiara nell'affermare che l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti imponeva all'amministrazione regionale di rinnovare le operazioni di gara "...a partire dal momento della presentazione dell'offerta...".

Come correttamente rilevato dalle società ricorrenti, l'affermazione "a partire dal momento della presentazione dell'offerta", seguendo la logica della pronuncia cui si riferiva, non poteva che individuare la necessità di rinnovare le operazioni di gara dalla "presentazione" dell'offerta in sé considerata e non dal solo "riesame" dell'offerta tecnica, come invece ha fatto l'amministrazione regionale.

Non si comprende infatti in base a quale elementi la Commissione di gara ha ritenuto di affermare, come risulta dal verbale del 20 agosto 2008, che "...Il giudice amministrativo ha disposto nella sentenza il rinnovo delle operazioni di gara dal momento della valutazione delle offerte tecniche relativamente al criterio di valutazione di cui all'art. 4 a1) del Capitolato Speciale di Appalto...".

Si ripete che questa Sezione aveva disposto di rinnovare le operazioni dalla "presentazione" delle offerte e non dalla "valutazione" delle stesse, con la conseguenza che una corretta esecuzione della sentenza, anche in pendenza di appello, avrebbe dovuto dare luogo, vista la cognizione delle offerte tecniche ed economiche nella precedente fase, all'assegnazione di un nuovo termine per la presentazione delle offerte, da giudicarsi successivamente dalla Commissione di gara, proprio in osservanza al "decisum" riferito all'accoglimento del quarto

motivo di ricorso.

Tale "modus operandi" sarebbe stato rispettoso del contenuto della sentenza e non avrebbe pregiudicato l'esito della fase di appello.

Sotto tale profilo, quindi, la domanda nella presente sede deve essere accolta.

Non altrettanto può dirsi in relazione a quanto dedotto dalle società ricorrenti e sopra riportato sub numero 2).

Per quanto sopra evidenziato in merito alla necessità, ai sensi dell'art. 33, comma 5, l.n. 1034/71, nel giudizio di esecuzione della sentenza (e non di esecuzione del giudicato o "ottemperanza") di dare luogo unicamente a provvedimenti esecutivi implicanti effetti necessariamente interinali del "decisum" in previsione della sopravvenienza solo in un momento successivo del giudicato (TAR Lazio, sez. III bis, n. 1345/06), il Collegio non ritiene possibile decurtare il punteggio assegnato alla Accor Services Italia srl in attesa di una corretta rivalutazione delle offerte nei sensi ora dedotti.

Si ricorda, infatti, che l'annullamento giurisdizionale di un provvedimento amministrativo a carattere discrezionale che abbia negato il soddisfacimento di un interesse legittimo pretensivo non determina la sicura soddisfazione del bene della vita oggetto della pretesa ma obbliga solamente l'amministrazione a rinnovare il procedimento tenendo conto della portata conformativa della sentenza, vale a dire delle statuizioni in essa contenute (TAR Lazio, Sez. I, 4.2.08, n. 940).

Ne consegue che, nello specifico, l'annullamento giurisdizionale degli atti relativi ad una gara di appalto può anche determinare quale effetto indiretto l'aggiudicazione della gara stessa all'impresa ricorrente ma ciò solo se il metodo prescelto non lascia alcun margine di discrezionalità all'amministrazione, come nell'ipotesi del metodo al massimo ribasso e non come nell'ipotesi dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'aggiudicazione della gara non può mai conseguire neanche indirettamente come forma di risarcimento del danno in forma specifica da parte del giudice amministrativo che non può mai sostituirsi all'amministrazione nell'esercizio della funzione amministrativa propria dell'amministrazione appaltante, tenendo conto che l'esecuzione dell'appalto può essere conseguita dalla parte ricorrente quale mera conseguenza eventuale dell'eliminazione dell'illegittimità accertata con la sentenza demolitoria e dal (corretto) rinnovo delle operazioni di gara che ne discende e che compete, appunto, esclusivamente alla p.a., pena il travalicamento dei limiti esterni della giurisdizione (TAR Sicilia, Pa, Sez. III, 23.3.07, n. 972 e 17.3.06, n. 594).

Sotto tale profilo appare quindi condivisibile quanto dedotto nella presente fase dalla Accor Services Italia srl, anche se a diverso fine, secondo cui l'accoglimento del motivo relativo al mancato richiamo all'osservanza di cautele idonee a garantire la segretezza e integrità delle offerte tecniche induce a

ritenere che l'accoglimento di tale motivo, a stretto rigore, comporterebbe necessariamente il rifacimento di tutta la gara (pag. 9 atto di costituzione e memoria difensiva).

Il Collegio rileva che non può adottare allo stato neanche provvedimenti che si riflettano sul rapporto contrattuale ancora in essere, dato che iniziative di tale genere possono semmai conseguire alla sopravvenienza di un giudicato ma non ora, in quanto l'assetto degli interessi in gioco non è ancora fissato in maniera definitiva dall'esito del procedimento giurisdizionale.

Ciò vale anche per l'invocazione di nullità degli atti adottati dalla commissione di gara successivamente al 20 agosto 2008, in quanto tale nullità, riscontrabile in applicazione dell'art. 21 septies l.n. 241/90, è rilevabile solo per violazione del giudicato e, allo stato, come detto, il giudicato non si è ancora formato né è possibile applicare per analogia tale norma se non, con la dichiarazione di nullità, pregiudicando l'assetto definitivo degli interessi coinvolti che non è possibile nella fase di mera esecuzione della sentenza

Alla luce di quanto dedotto, quindi, la domanda di esecuzione della sentenza è fondata nei limiti ora descritti e l'amministrazione regionale dovrà dare corretta esecuzione alla sentenza in esame procedendo ad una nuova valutazione delle offerte, secondo quanto dedotto nella sentenza n. 1370/08 e previo termine per la loro reiterazione da concedere ai concorrenti.

Né di ostacolo a quanto sopra dedotto può essere considerata la sopravvenuta aggiudicazione provvisoria intervenuta nuovamente a favore di Accor Services Italia srl, sia perché tale forma di aggiudicazione, come ontologicamente descritta, di per sé è, appunto, "provvisoria" (salva la possibilità precauzionale di autonoma impugnativa che non si riflette però sulla successiva aggiudicazione definitiva) e come tale revocabile in ogni momento dall'amministrazione senza particolare motivazione in ordine a situazioni di aspettativa qualificata dell'aggiudicataria se subentrano ragioni di pubblico interesse (che nel caso di specie possono ben essere quelle legate ad una corretta esecuzione di una precedente sentenza) sia perché allo stato non risulta che sia seguita un'aggiudicazione definitiva – eventualmente impugnabile in sede cognitoria ordinaria - che era condizionata alla verifica dell'effettiva presenza e convenzionamento degli esercizi indicati.

Il presente ricorso, quindi, per tale ragione non risulta improcedibile come invece eccepito dalle parti intimato.

Da ultimo, in relazione alla richiesta della Regione Piemonte, ex art. 89 c.p.c., il Tribunale ordina la cancellazione della frase "anche a costo di sfiorare il dilleggio della funzione giurisdizionale" di cui a pag. 7 del ricorso introduttivo della presente fase in quanto espressione sconveniente dato che non si rinviene nell'operato, pur illegittimo, dell'amministrazione il paventato sfioramento di dilleggio.

Non si rinvencono infine motivi per disporre provvedimenti "ante causam" ai sensi dell'art. 245. commi 3 e ss. d.lgs. n. 163/06, per le ragioni sopra descritte

in ordine alla limitata efficacia dell'aggiudicazione provvisoria nel frattempo intervenuta, confermando con ciò la carenza di eccezionale gravità e urgenza già riscontrata nell'ordinanza presidenziale indicata in epigrafe.

Alla luce di quanto dedotto, quindi, il ricorso deve essere accolto nei limiti suddetti e l'amministrazione regionale, previa adozione in autotutela di provvedimento idoneo a non dare seguito all'aggiudicazione provvisoria del 18 novembre 2008, in corretta esecuzione della sentenza n. 1370/08 di questa Sezione, dovrà riprendere le operazioni di gara dal momento della presentazione delle offerte, previa concessione di congruo termine per la ripresentazione delle stesse da parte delle originarie concorrenti, nei termini di cui al dispositivo, con facoltà di questa Sezione, in caso di mancato riscontro, di nomina di Commissario ad acta a domanda della parte interessata.

Le spese seguono la soccombenza della Regione Piemonte e sono disposte come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Regionale del Piemonte, Sezione 1[^] accoglie nei limiti di cui in motivazione il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, ordina alla Regione Piemonte di dare esecuzione alla sentenza n. 1370 del 13 giugno 2008 di questa Sezione nel senso di cui in motivazione, entro trenta giorni dalla comunicazione e/o notificazione della presente sentenza.

Condanna la Regione Piemonte a corrispondere alle società ricorrenti le spese di lite che liquida in euro 1.000.00, oltre accessori di legge e oltre la somma di euro 250,00 per contributo unificato.

Compensa le spese di giudizio tra le società ricorrenti e la Accor Services Italia srl.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del 20 novembre 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Ivo Correale, Primo Referendario, Estensore

Alfonso Graziano, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/12/2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO