



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 Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4599 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc. Innova S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

contro

Asl 102 - Rm/B, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Micheli, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, via Filippo Meda, 35;

nei confronti di

Soc. Vivenda S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso il dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

Soc. Cooperativa Italiana di Ristorazione, non costituita;

e con l'intervento di

Soc. Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Ulisse Corea, Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via dei Monti Parioli, 48;

per l'annullamento

della deliberazione di indizione della procedura di gara per l'affidamento quinquennale del servizio di ristorazione;

del bando di gara in parte qua;

del capitolato di appalto in parte qua;

della delibera 22 aprile 2010 n. 471, con cui il Direttore Generale dell'Azienda USL RM/B aggiudicava la gara di appalto per l'affidamento del servizio di ristorazione degenti, mensa dipendenti e ristorazione per i bambini dell'asilo nido aziendale;

della deliberazione dell'Azienda medesima n. 437 del 9.4.2009, con cui era disposta la nomina della commissione di gara;

del verbale di gara n. 1 dell'8.5.2009 di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa;

dei verbali, dal n. 3 al n. 19, di valutazione delle offerte tecniche;

del verbale di gara n. 21 dell'8.2.2010, di apertura delle buste contenenti le offerte economiche;

del verbale n. 24 dell'8.3.2010 di formazione della graduatoria;

di tutti gli ulteriori verbali di gara;

di tutti gli atti presupposti consequenziali e connessi a quello

impugnato;
del contratto di appalto ove stipulato;
ed in via subordinata per la condanna
dell'amministrazione al pagamento dei danni subiti dalla ricorrente
per effetto dell'illegittimità degli impugnati atti;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl 102 - Rm/B e della
Soc. Vivenda S.p.a.;

Visto l'atto di intervento della Soc. Dussmann Service a r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Soc. Vivenda S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2010 il
Consigliere Solveig Cogliani e uditi per le parti i difensori come
specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe, la Società istante, premesso che la
ASL Roma B aveva bandito una procedura aperta per l'affidamento
quinquennale del servizio di ristorazione per i degenti, di mensa per i
dipendenti e di ristorazione in favore dei bambini dell'asilo nido
aziendale, per un importo complessivo di euro 14.500.000,00, da
aggiudicarsi in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa e
che la commissione di gara aveva proceduto a attribuire i punteggi ,

avvalendosi della consulenza di esterni, esponeva che nella seduta dell'8.3.2010 la commissione procedeva alla formazione della graduatoria, assegnando alla soc. Vivenda il primo posto con 92,50 punti, alla Dussmann Service il secondo con 82,41 punti, alla Cir Food il terzo con 74,39 punti, mentre la ricorrente si collocava al quarto posto con 67,48 punti. Pertanto, la ricorrente medesima comunicava l'intenzione di proporre ricorso, invitando la ASL a rideterminarsi in merito alla data di sottoscrizione del contratto ai sensi dell'art. 11, d.lgs. n. 163 del 2006. Con l'atto introduttivo del presente giudizio, l'istante censurava gli atti impugnati, per i seguenti motivi:

1 – violazione degli artt. 42 e 83, d.lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 53 della Direttiva 31.3.2004, n. 18, della *par condicio competitorum*, nonché per eccesso di potere per manifesta illogicità, ingiustizia, irrazionalità e sviamento, poiché il capitolato richiedeva quale requisito tecnico di accesso il possesso di una piattaforma di acquisti/logistica certificata, elemento ugualmente contemplato tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica;

2 – violazione dell'art. 83, d.lgs. n. 163 cit., dell'art. 97 Cost., del principio di trasparenza, della *par condicio competitorum*, nonché eccesso di potere per i profili già evidenziati, per omessa fissazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica, poiché i criteri di valutazione delle offerte tecniche fissati dal capitolato di gara coincidevano con il contenuto – sempre stabilito dal capitolato – che avrebbero dovuto avere le offerte tecniche medesime;

3 – violazione dell’art. 83, comma 4, d.lgs. n. 163 cit., della *par condicio competitorum* e dell’art. 97 Cost., nonché sviamento, anche in ragione dell’omessa indicazione dei sub-punteggi assegnati ad ogni sub-criterio di valutazione dell’offerta tecnica;

4 – violazione dell’art. 2, comma 4, d.lgs. n. 163 cit., dell’art. 3, l. n. 241 del 1990, del principio di trasparenza, della *par condicio* e difetto di motivazione, con riguardo alla genericità del documento che esprime al valutazione della commissione per l’attribuzione del punteggio;

5 – violazione dell’art. 83, comma 4, d.lgs. n. 163 cit., della *par condicio*, dell’art. 97 Cost. e sviamento, poiché la commissione, durante la valutazione delle parti di offerta relativa al criterio n. 4 e dopo aver aperto le relative buste, ha fissato ulteriori elementi di valutazione (cfr. seduta 16.7.2009);

6 – violazione dell’art. 2, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006, del principio di segretezza delle offerte, della *par condicio*, dell’art. 97 Cost. e sviamento, poiché la commissione nella prima seduta pubblica ometteva di sigillare le buste con offerta tecnica, dopo averle aperte, pur rinviando la seduta per la valutazione, né indicava le modalità di conservazione (anche nelle successive sedute);

7 – violazione dell’art. 84, d.lgs. n. 163 cit., del principio di trasparenza, dell’art. 97 Cost., e eccesso di potere e sviamento, poiché la commissione affidava la valutazione di una parte dei progetti a consulenti esterni, essendosi nella prima seduta riservata di avvalersi della dott.ssa Leotta esperta in dietologia e nella seduta del 13.7.2009 - ritenuto di non essere in grado di valutare le parti progettuali relative

al sistema informatizzato - di avvalersi del dott. Profico;

8 – violazione del principio di concentrazione delle operazioni di gara, violazione dell'art. 97 Cost. e eccesso di potere per irragionevolezza, essendosi protratta la fase di valutazione delle offerte tecniche per otto mesi;

9 – violazione da parte del capitolato dell'art. 4, d.lgs. n. n. 231 del 2002 nella parte in cui fissa un termine di pagamento di 90 gg., superiore ai 30 stabiliti nella predetta disciplina;

10 – violazione dell'art. 11, d.lgs. n. 163 cit. , essendo – nella delibera di aggiudicazione - fissato il 1° giugno 2010 quale termine di decorrenza del contratto da concludere e di avvio del servizio, ovvero prima dei 35 gg. Dall'invio dell'ultima comunicazione di aggiudicazione (11 maggio 2010).

Per questi motivi, l'istante chiedeva l'annullamento degli atti impugnati ed in subordine il risarcimento dei danni subiti.

Si costituiva la ASL RM/B, contestando i motivi *ex adverso* dedotti e chiedendo la reiezione del gravame. In merito alla censurata violazione dell'art. 11, d.lgs. n. 163 del 2006, come novellato dal d.lgs. n. 53 del 20.3.2010, l'amministrazione rilevava che l'aggiudicazione alla ditta Vivenda s.p.a. si era perfezionata con delibera del direttore generale n. 471 del 22.4.2010, pubblicata sull'Albo pretorio il successivo 23 aprile 2010, con la conseguenza che tutta la gara doveva intendersi regolata dalla normativa antecedente all'entrata in vigore (in data 27 aprile 2010) del richiamato d.lgs. n. 53/2010.

Si costituiva, altresì, la società aggiudicataria, che presentava ricorso

incidentale, deducendo i seguenti motivi:

1 – violazione e falsa applicazione dell'art. 38, d.lgs. n. 163 cit., dell'art. 47, d.P.R. n. 445 del 2000, erronea applicazione del capitolato speciale di appalto, carenza istruttoria e violazione del principio di etero integrazione delle fonti di gara, nonché illegittimità derivata, poiché la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa, avendo omesso di produrre la dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38, d.lgs. n. 63 – nella specie essendo stata prodotta la dichiarazione unicamente dal rappresentante legale e non dai tre procuratori indicati nella visura camerale della stessa società.

Interveniva, poi, la Dussmann Service s.r.l. ad adjuvandum al fine di sostenere la domanda della ricorrente principale.

Con i successivi motivi aggiunti, la ricorrente, a seguito dell'adempimento istruttorio consistente nel deposito dei *curricula* dei componenti della commissione di gara, in forza dle decreto n. 2260 del 24.5.2010, deduceva ulteriormente:

1 . la violazione dell'art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163 cit., dell'art. 97 Cost. e l'eccesso di potere per ingiustizia manifesta e sviamento, per illegittima formazione della commissione, per carenza di competenza specifica dei nominati in relazione all'oggetto dell'appalto.

Con ordinanza n. 2787 del 2010, questa Sezione respingeva l'istanza cautelare. Con successiva ordinanza n. 4599 del 2010, il giudice d'appello riformava la predetta ordinanza unicamente con riferimento all'esame prioritario dei motivi contenuti nel ricorso incidentale, in considerazione della presenza di più imprese partecipanti alla gara.

All'udienza di discussione la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 – Osserva il Collegio in via preliminare che, seppure nella prima pronunzia emessa in sede cautelare, la Sezione aveva ritenuto di seguire quella giurisprudenza che aveva affermato che “In materia di gare d'appalto, l'esame del ricorso incidentale deve precedere l'esame del ricorso principale qualora l'impresa vincitrice deduca che l'impresa sconfitta doveva essere in radice esclusa dalla gara, anche se ci sono solo due concorrenti in gara, e ciò perché se il ricorso incidentale è accolto, quello principale diviene inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione in capo alla impresa originaria ricorrente.” (*ex multis*, Consiglio Stato , sez. IV, 27 giugno 2007 , n. 3765), secondo quanto affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (n. 2155 del 2010), il principio per cui deve essere esaminata per prima la censura la cui fondatezza comporti “l'esclusione della partecipante prima ancora della fase dell'esame delle offerte tecniche, con la conseguente insussistenza dell'interesse della stessa, riscontrata priva dei requisiti di ammissione, a censurare la posizione dell'aggiudicataria, non potendo in ogni caso partecipare ad un'eventuale nuova gara bandita dalla stazione appaltante” ha riguardo al caso in cui alla gara abbiamo partecipato solo due concorrenti.

Peraltro, il Consiglio di Stato, recentemente ha avuto modo di precisare che “L'accoglimento del ricorso incidentale non determina l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso

principale quando il ricorrente principale deduce motivi il cui accoglimento comporta l'annullamento dell'intera procedura di gara, poiché in questa ipotesi residuerebbe in capo al ricorrente principale un interesse strumentale volto a conseguire la chance di poter partecipare alla successiva gara indetta dall'Amministrazione.” (Consiglio Stato , sez. V, 22 giugno 2010 , n. 3888).

2 – Pertanto, deve procedersi, alla luce di quanto evidenziato anche dall'ordinanza resa in sede di appello citata, al prioritario esame del ricorso principale, che appare fondato.

E' sufficiente osservare, ai fini della pronuncia sul merito del gravame, che l'illegittimità dell'intera procedura deriva già dalla illegittima formulazione degli atti di gara impugnati. Infatti, debbono essere condivise le censure contenute nel primo motivo di ricorso. Sul punto va rilevato che la giurisprudenza è ormai costante nell'affermare che *“Costituisce erronea applicazione dell'articolo 83 del Codice degli appalti la commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta che si verifica quando elementi di valutazione specificati nel disciplinare riguardano caratteristiche organizzative e soggettive della concorrente, che afferiscono all'esperienza pregressa maturata dalla concorrente ed al suo livello di capacità tecnica e specializzazione professionale, ovvero ad aspetti che, in quanto tali, possono legittimamente rilevare solo in sede di qualificazione alla gara, e quindi solo quali criteri di ammissione alla stessa e non di valutazione dell'offerta.”* (ex multis, T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 05 maggio 2008 , n. 735). Nella specie lo stesso elemento, ovvero il possesso di una

piattaforma certificata e/o l'utilizzo di fornitori certificati, era richiesto sia quale requisito di accesso sia quale elemento di valutazione dell'offerta. Pertanto, deve escludersi che tale requisito tecnico di accesso, codificato dall'art. 42, comma 1, d.lgs. n. 163 cit. come elemento della capacità tecnica soggettiva da valutarsi ai fini della partecipazione alla gara, possa essere utilizzato, altresì, quale criterio di esame dell'offerta tecnica in sede di assegnazione del punteggio.

Le medesime osservazioni possono essere svolte anche con riferimento al secondo motivo di gravame.

Quanto sin qui rilevato determina l'annullamento della gara, che appare viziata sin nelle regole di svolgimento. Tuttavia, va rilevato – con riferimento al settimo motivo di ricorso – che le censure debbono essere condivise, poichè il divieto di integrazione della commissione giudicatrice con soggetti estranei va riferito, secondo quanto affermato dalla costante giurisprudenza amministrativa - alla delegazione delle operazioni di gara propriamente valutative, quali la fissazione dei criteri di massima e la valutazione delle offerte (Cons. Stato, V, 9 giugno 2003, n. 3247; IV, 12 gennaio 1999 n. 13; V, 29 aprile 2009, n. 2715). Infatti, la commissione giudicatrice di gare d'appalto costituisce un collegio perfetto che deve operare con il "plenum" dei suoi componenti (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez.IV, 12/01/1999, n.13; Cons. Stato, Sez.VI, 27/12/2000, n.6875), con la conseguenza che la valutazione delle offerte non può essere delegata a singoli soggetti, tanto più quando - come nel caso di specie - essi

siano soggetti estranei alla commissione aggiudicatrice.

La giurisprudenza ha precisato che *“A tale principio può al più derogarsi relativamente ad attività preparazione, istruttorie o strumentali (Cons. Stato, Sez.VI, 27/12/2000, n. 6875; Cons. Stato, Sez.IV, 07/07/2000, n.3819; Cons. Stato, Sez.IV, 07/07/2000, n. 3819) sempre che siano riservate al competente collegio le attività implicanti valutazioni di carattere tecnico - discrezionale.”* (Cons. Stato, sez. V, 9 giugno 2003, n. 3247)

Nella fattispecie in questione, invece, la commissione ha espressamente dato atto di non essere in grado di valutare le parti progettuali sopra specificate, conferendo specificamente l'incarico ad estranei al fine di valutare la documentazione tecnica delle ditte partecipanti. Sicchè l'attività essenziale in cui si esprime il potere discrezionale dell'Amministrazione è stata di fatto svolta dagli esperti illegittimamente individuati e sostanzialmente solo recepita dalla commissione aggiudicatrice, come si evince dai verbali di gara impugnati.

Per quanto esposto, il ricorso ed i successivi motivi aggiunti debbono essere accolti e conseguentemente devono essere annullati gli atti di gara al fine della ripetizione dell'intera procedura.

3 - Pur a voler prescindere – una volta accolta la domanda di annullamento dell'intera procedura per vizio della lex di gara, di cui all'atto introduttivo del giudizio - dalla valutazione dell'interesse in ordine alla domanda incidentale tesa alla esclusione della ditta ricorrente, ad un attento esame, il ricorso incidentale, proposto dalla Società controinteressata, appare infondato e, pertanto, deve essere

respinto.

Infatti, dall'analisi degli atti di gara, discende che la Società ricorrente ha reso le dichiarazioni amministrative compilando l'allegato 1 al capitolato, che prevedeva a pena di esclusione ed in relazione al disposto di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006, che il legale rappresentante della Società dovesse rendere - sotto la propria responsabilità - la dichiarazione attestante il possesso dei requisiti di moralità suoi e dei componenti dell'organo di amministrazione. In relazione al motivo di impugnazione contenuto nel ricorso incidentale, relativo alla mancata allegazione della dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'art. 38, d.lgs. n. 163 cit. (ex artt. 46 e 47 DPR n. 445/2000), attestante l'assenza di condanne penali che incidono sulla moralità professionale, da parte del procuratore della ricorrente, va rilevato che, come ora chiarito dall'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006, "con riferimento alle società di capitali soltanto gli amministratori, muniti di potere di rappresentanza, ed i Direttori Tecnici (ma non anche tutti i procuratori della società) hanno l'obbligo di rendere la dichiarazione sostitutiva ex artt. 46 e 47 DPR n. 445/2000, attestante l'assenza di misure di prevenzione e di condanne penali, incidenti sulla moralità professionale" (T.A.R. Basilicata Potenza, sez. I, 22 aprile 2009, n. 131). Nello stesso senso la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di precisare che "nell'ambito degli "amministratori, muniti di potere di rappresentanza", rientrano anche i Vice Presidenti o gli amministratori che esercitano il potere di rappresentanza in funzione

vicaria, soltanto quando lo statuto della persona giuridica abilita tali soggetti a sostituire in qualsiasi momento e per qualsiasi atto il legale rappresentante della persona giuridica, senza intermediazione di autorizzazione o di investitura ulteriore e senza controllo sull'effettività dell'impedimento e dell'assenza del legale rappresentante della persona giuridica, in quanto l'esercizio della funzione vicaria conferita al Vice Presidente può avvenire in qualsiasi momento” (T.A.R Basilicata Potenza 19 marzo 2009, n. 119).

Tuttavia, la dichiarazione resa dal legale rappresentante di Innova deve in ogni caso ritenersi riferita a tutti i soggetti di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c), d.lgs. n. 163 cit. in forza dell'espresso richiamo alla predetta disposizione normativa, secondo il modulo predisposto dall'allegato al capitolato sopra menzionato, e quindi a tutti gli amministratori comunque muniti del potere di rappresentanza.

4 – In considerazione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 53 del 2010 in epoca successiva alla conclusione della gara medesima, deve trovare applicazione il disposto di cui all'art. 122 c.p.a., con la conseguenza che va dichiarata l'inefficacia del contratto limitatamente alle prestazioni da eseguire alla data di pubblicazione della presente sentenza, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 121 comma 1, in considerazione della necessità di rinnovare la gara al fine di garantire lo svolgimento del servizio e, tuttavia, di mantenere gli effetti del contratto per il periodo necessario allo svolgimento del presente giudizio in ragione dell'interesse pubblico sotteso.

Nulla va deciso in ordine alla domanda risarcitoria in considerazione

della sua formulazione in via meramente subordinata all'ipotesi di reiezione della domanda principale di annullamento.

In ragione della particolare complessità della fattispecie esaminata, sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione terzaquater, definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati. Dichiarà l'inefficacia del contratto nei limiti indicati in motivazione. Respinge il ricorso incidentale. Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/12/2010

IL SEGRETARIO

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