

N. 04884/2013REG.PROV.COLL.

N. 01056/2007 REG.RIC.

N. 01384/2007 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1056 del 2007, proposto dall'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale A. Cardarelli, rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Di Martino, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via dell'Orso, 74;

contro

Sogart Services.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Riccardo Cirillo e Andrea Maisani, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via di Porta Pinciana, n.4;

nei confronti di

Qui! Ticket Service s.r.l. in proprio e quale mandataria del r.t.i. - E.P. s.p.a., quest'ultima convenuta anche il proprio;

sul ricorso numero di registro generale 1384 del 2007, proposto da Qui! Ticket Service s.p.a. in proprio e quale capogruppo e mandataria di r.t.i con E.P. s.p.a, appellante anche in proprio, rappresentate e difese dagli avv. Armando Profili e Domenico Ducci, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via Palumbo, n. 26;

contro

- Sogart Service s.r.l., rappresentata e difeso dagli avv. Riccardo Cirillo e Andrea Maisani, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via di Porta Pinciana, n.4;
- Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale "A. Cardarelli", rappresentata e difesa dall'avv. Paolo Di Martino, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, via dell'Orso, 74;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Campania - Napoli: Sezione I n. 10488/2006, resa tra le parti, concernente affidamento servizio sostitutivo di mensa

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 giugno 2013 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, per delega dell'avv. Di Martino, e Cirillo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso e successivi motivi aggiunti proposti avanti al T.A.R. per la Campania la società Sogart Service a r.l. impugnava, per dedotti motivi di legittimità, gli atti della procedura di gara indetta dall' Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale *A. Cardarelli* (in prosieguo di trattazione *A.O. Cardarelli*) per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto del valore nominale di euro 5,16, per la durata di tre anni e per un corrispettivo di euro 4.500.000,00, oltre i.v.a.

La società Sogart Service formulava altresì domanda di annullamento del

contratto stipulato con *Qui! Ticket Service* s.p.a., in r.t.i. con S.P. s.p.a., nonché di accertamento del diritto, quale seconda classifica, all'aggiudicazione dell'appalto ed, in subordine, al risarcimento del danno in forma specifica con la rinnovazione della gara o per equivalente, da liquidarsi nel *quantum* con separato giudizio,

Con sentenza n. 10488 del 2006 il T.A.R. adito – respinte le eccezioni pregiudiziali di inammissibilità dell'impugnativa per omesso gravame avverso l'atto di aggiudicazione definitiva e per difetto di interesse - accoglieva il ricorso riconoscendo fondato ed assorbente di ogni altra doglianza il motivo di violazione del principio di continuità delle gare pubbliche, avuto riguardo all'andamento ed alla durata delle operazioni per l'affidamento dell'appalto.

Respingeva le domande residue, stante la necessità di integrale rinnovo delle operazioni di gara, con effetto quindi satisfattivo della domanda risarcitoria in forma specifica avanzata da Sogart Service s.p.a.

Avverso detta sentenza ha proposto appello, rubricato al n. 1056 reg. 2007, l'*A.O. Cardarelli*.

L'Azienda ospedaliera, dopo aver descritto sul piano temporale e fattuale l'andamento delle operazioni di gara, ha rinnovato le eccezioni di inammissibilità del ricorso in prime cure per l'omessa impugnazione della delibera di aggiudicazione definitiva e per la mancata dimostrazione, in base a prova di resistenza, dell'interesse all'impugnativa dell'r.t.i. con capogruppo Sogart Service, ed ha contrastato le conclusioni nel merito del T.A.R. concludendo per la riforma della sentenza impugnata.

Resiste Sogart Service s.p.a. che ha rinnovato i motivi di impugnativa non esaminati del T.A.R. ed ha censurato in via incidentale la sentenza del primo giudice nella parte in cui non ha riconosciuto il suo diritto all'aggiudicazione quale seconda graduata.

In sede di note conclusive e di replica le parti hanno ulteriormente sviluppato le

rispettive tesi difensive.

1.1. Avverso la sentenza n. 10488 del 2006 ha proposto altresì appello *Qui! Ticket Service* s.p.a. in proprio e quale capogruppo e mandataria di r.t.i. con E.P. s.p.a. - che appella anche in proprio - ed ha dedotto l'erroneità e la contraddittorietà della pronunzia del T.A.R. nella parte in cui ha riconosciuto la violazione dei principi di continuità e di celerità delle operazioni di gara e ha reiterato le eccezioni in rito di inammissibilità del ricorso in primo grado, disattese dal giudice territoriale.

Si è costituita Sogart Service s.p.a. e, anche con riguardo a questa impugnazione, ha rinnovato i motivi di ricorso non esaminati del T.A.R. ed ha censurato in via incidentale la sentenza del primo giudice nella parte in cui non ha riconosciuto il suo diritto all'aggiudicazione quale seconda graduata.

Si è altresì costituita l' A.O. *Cardarelli* che ha svolto considerazioni a sostegno della correttezza delle conclusioni cui è pervenuto il T.A.R. ed ha contraddetto ai motivi di impugnativa riprodotti in memoria dalla soc. Sogart Service, concludendo per il rigetto dell'appello incidentale della predetta società.

In sede di memorie di replica le parti hanno insistito nelle proprie tesi difensive. All'udienza del 21 giugno 2013 entrambi i ricorsi sono stati trattenuti per la decisione.

2. Ai sensi dell'art. 96, comma 1, cod. proc. amm. i due appelli diretti avverso la medesima sentenza vanno riuniti per la decisione in un unico contesto.

2.1. Vanno esaminate in via preliminare le eccezioni che investono l'ammissibilità dell'appello proposto dall' r.t.i. *Qui! Ticket Servizi*.

2.2. Quanto alla legittimazione all'impugnativa da parte della singola impresa associata (nella specie E.P. s.p.a.) è pacifico l'indirizzo in giurisprudenza che - muovendo dal dato sostanziale che l'associazione di imprese non dà vita ad un soggetto nuovo e diverso rispetto alle imprese che lo hanno costituito o che si sono impegnate a costituirlo - riconosce la legittimazione al ricorso in capo ad

ogni singola impresa del raggruppamento temporaneo.

Relativamente alla società *Qui! Ticket Service* –esattamente indicata nella sua denominazione nell’epigrafe dei ricorso - nel conferimento del mandato al difensore in margine dell’atto di appello è precisata la qualità di “*Consigliere Delegato*” del soggetto che lo ha sottoscritto; ciò consente , indipendentemente dalla leggibilità della firma, ogni successiva verifica presso le risultanze del registro delle imprese per l’identificazione e la riconduzione a soggetto determinato del potere di rappresentanza speso (cfr. Corte di Cassazione, sez. II, n. 4143 del 15 marzo 2012).

3. Come accennato nell’esposizione del fatto il T.A.R. ha annullato l’esito della gara sul rilievo dell’eccessiva dilatazione nel tempo dei lavori della commissione giudicatrice, incorrendo nella violazione del *principio di continuità delle gare pubbliche*, che postula la concentrazione in una sola seduta delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche.

Con il primo mezzo di impugnativa entrambe le appellanti fondatamente contestano la conclusione cui è pervenuto il T.A.R.

E’ indubbio che il fattore tempo concorra a qualificare l’azione amministrativa nei profili del buon andamento e della pronta soddisfazione degli interessi di rilievo pubblico cui è preordinata; esso, tuttavia, assume valenza viziante dei provvedimenti adottati solo in presenza della violazione di specifiche disposizioni che, al decorso del tempo, colleghino la perdita della potestà di provvedere o nei casi in cui il ritardo sia espressione, sul piano sintomatico, di evidenti vizi di eccesso di potere e, in tema procedure concorsuali, induca al sospetto di una manomissioni dei plichi contenuti le offerte delle ditte ammesse al concorso.

Nella specie non ricorrono siffatte evenienze invalidanti.

Ed invero - quanto ai profili di violazione di legge - il corpo di disposizioni dettate dal d.lgs. n. 157 del 1995 in tema di appalti pubblici di servizi, vigente

nel periodo di svolgimento della gara , non reca specifiche previsioni sulla fissazione di termini perentori per la conclusione delle gare.

Lo stesso r.d. n. 827 del 1924, di approvazione del regolamento di esecuzione della legge di contabilità di Stato, codifica all'art. 71 la regola di conclusione della gara in un sol giorno con riguardo al solo metodo di scelta del contraente con asta pubblica.

Diverse esigenze presiedono, invece, l'andamento del procedimento nel caso in cui la selezione del contraente avvenga - come nella fattispecie di cui è causa - secondo il criterio dell'offerta più vantaggiosa, trattandosi di metodo che impone più articolate cadenze procedimentali ed una più complessa valutazione del merito delle offerte tecniche in più sedute del collegio giudicante.

Non può, inoltre, ricondursi effetto viziante al superamento del termine di 180 giorni per la validità dell'offerte, stabilito al punto 14, lett. b), del capitolato di appalto.

Detto termine, fissato nell'interesse dell'Amministrazione, è infatti disponibile da parte di quest'ultima. L'ente aggiudicatore, una volta scaduto, si è attivato, con scelta discrezionale non sindacabile nel merito, per ottenere la dichiarazione delle ditte partecipanti di mantenere ferma l'offerta come originariamente articolata.

Quanto agli ipotizzati profili di eccesso di potere deve escludersi ogni sviamento nelle scelte effettuate dall'Amministrazione ove si consideri che, in presenza di interdittiva antimafia nei confronti della E.P. s.p.a., in associazione con la soc. *Qui! Ticket Servizicapogruppo*, la stazione appaltante ha inizialmente deliberato l'esclusione della gara del predetto raggruppamento temporaneo (verbale n. 1 della commissione giudicatrice del 27 giugno 2005). Solo una volta intervenuto l'annullamento della misura di rigore da parte del Prefetto con atto del 24 agosto 2005 è stato, in conseguenza, disposta la riammissione dell' r.t.i. alla gara.

In tale quadro l'invocato principio di continuità e/o speditezza delle operazioni di gara va coniugato con altri concorrenti principi che informano l'azione amministrativa nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici, i quali si identificano nel *favor participationis*, nel soddisfacimento dell'interesse pubblico di pervenire alla scelta del contraente in base ad una pluralità di offerte fra loro comparabili, nella stessa conservazione dei valori giuridici.

Non appare, quindi, censurabile la scelta dell' Azienda Ospedaliera di salvaguardare il titolo di partecipazione dell' r.t.i. con capogruppo *Qui! Ticket Servizi* in presenza dell'atto riabilitativo del Prefetto con valenza *ex tunc*, tanto più ove si consideri l'incidenza della misura interdittiva sui diritti di iniziativa economica dell' impresa, costituzionalmente garantiti, e la possibilità per l' Amministrazione di procedere alla selezione del contraente quantomeno sulla base di due offerte fra loro in raffronto e non in presenza della sola offerta di *Sogart Service s.p.a.*, unico concorrente restato in gara. Nessun elemento è, inoltre, offerto in ordine all'incidenza del prolungamento delle operazioni di gara sulla genuinità dei plichi contenenti l'offerta e la documentazione di gara

3.1. Non ha pregio l'eccezione di nullità dei verbali della Commissione giudicatrice nn. 2, 3 e 4 perché redatti, secondo la soc. *Sogart Service*, assumendo a riferimento il raggruppamento *Qui! Ticket Servizi*, ormai escluso dalla gara e riammesso solo con delibera dell'Ente ospedaliero n. 2047 del 16 dicembre 2005.

Le determinazioni della Commissione sono, infatti, intervenute dopo che, come dal verbale del n. 2 del 26 settembre 2005 la Commissione stessa - con *contrarius actus* rispetto a quanto in precedenza deliberato nell'adunanza del 27 giugno 2005 - aveva proceduto alla riammissione alla gara del predetto raggruppamento da quel momento, quindi, validamente in concorso.

Dette statuizioni hanno poi ricevuto convalida con effetto *ex tunc* da parte dello stessa Azienda Ospedaliera con il deliberato n. 2047 del 2005.

Per le considerazioni che precedono va respinto il terzo motivo del ricorso in prime cure e va riformata in parte *de qua* la sentenza appellata.

4. Vanno esaminati i motivi di legittimità sviluppati dalla soc. Sogart Service con l'atto introduttivo del giudizio e dichiarati assorbiti dal primo giudice.

4.1. Sono infondati i motivi che investono la composizione della Commissione giudicatrice con riferimento al numero dei componenti ed alle loro qualità soggettive e professionali

Quanto al primo profilo di doglianza, l'art. 21 comma 5, della legge n. 109 del 1994 fissa la regola del numero dispari dei componenti della commissione con specifico riferimento agli appalti di opere pubbliche. Analoga disposizione non si rinviene nel d.lgs. n. 157 del 1995 in materia di appalti pubblici. L'organica e specifica regolamentazione di detto settore dei appalti pubblici, successiva alla legge n. 109 del 1994, preclude quindi ogni applicazione in via analogico/estensiva della norma invocata.

E' stato del resto affermato in giurisprudenza con riferimento all'art. 84, comma 2, del codice dei contratti pubblici, che la regola ivi detta sulla composizione della commissione di gara con un numero dispari di componenti non superiore a cinque, non è espressione di un principio generale, immanente nell'ordinamento, tale da determinare l'illegittimità della costituzione di un collegio avente un numero pari di componenti, essendo numerose le ipotesi di collegi, sia giurisdizionali che amministrativi, che operano (o che occasionalmente possono operare) in composizione paritaria (cfr. Cons. St. Sez. III, n. 3730 dell' 11 luglio 2013).

Inoltre, come correttamente opposto dall' Azienda Ospedaliera *Cardarelli*, la Commissione ha sempre operato con unità di intenti. Ciò rende recessiva, sul piano dell'interesse concreto ed attuale all'annullamento, la tesi della necessaria presenza di un numero dispari di componenti, che soccorre solo nel caso in cui debba formarsi la maggioranza in presenza di non univoche posizioni dei

componenti l'organo collegiale.

4.2. La doglianza con la quale si afferma il difetto di competenza tecnica e professionale dei componenti il collegio si configura inammissibile perché formulata solo in via generica e presuntiva.

Nell'adottare il provvedimento di nomina della commissione l'Amministrazione non è tenuta ad allegare i *curricula* dei singoli componenti e tantomeno a specificare per ciascun nominativo il grado di idoneità tecnico/professionale a svolgere il *munus* assegnato. Incombe, invece, su chi sostiene il difetto di competenza tecnica l'onere di fornire gli elementi su cui si fonda detta affermazione. Nulla al riguardo è stato, tuttavia, argomentato dalla resistente soc. Sogart Service.

4.3. Quanto al ruolo di Presidente della commissione espletato dal Dirigente della Direzione Funzionale Acquisizione Beni e Servizi non emerge una disposizione che per il settore degli appalti pubblici di servizi precluda l'esercizio di detto compito da parte di soggetto in rapporto organico con l'Amministrazione, ove peraltro si consideri l'apporto di particolare competenza tecnico/giuridica che ne deriva agli effetti del buon esito del procedimento.

Non emergono, inoltre, profili di conflitto di interessi per il deposito della documentazione presso l'ufficio del Dirigente - non essendo stata dedotta alcuna alterazione della stessa e restando nella disponibilità dei restanti componenti la Commissione di potersi attivare in ogni momento per l'esame della stessa in prosieguo dei lavori - e tantomeno la sollecitazione rivolta alla soc. Sogart Service per la conferma la propria offerta, trattandosi di iniziativa garante del non contestabile interesse dell'Azienda Ospedaliera di disporre di una pluralità di offerte per la selezione di quella più vantaggiosa.

Tale ultima iniziativa - in alcun modo qualificabile come "*minaccia*" nei confronti della soc. Sogart Service per il mero richiamo nella nota di sollecito alla previsione della *lex specialis* di gara di riserva di aggiudicazione in

presenza anche di un solo concorrente - è correttamente indicata nel verbale n. 4 del 14 dicembre 2005 nei suoi estremi temporali e fattuali, mentre già nel precedente verbale n. 3 del 13 ottobre 2005 si dava atto che “*l’a.t.i. (Qui ! Ticket) aveva confermato la validità economica della propria offerta*”.

4.4. Quanto al richiamo della soc. Sogart Service al termine di 180 giorni contenuto nel capitolato di appalto ai fini della validità dell’offerta, va ribadito che detto termine opera ai soli effetti dello svolgimento delle operazioni di gara, ma non incide sui poteri deliberativi della Commissione, che ha iniziato i lavori il 27 giugno 2005 subito dopo la determina di nomina del 14 giugno 2005 adottando ogni determinazione allo stato del procedimento.

5. Sono infondati i restanti motivi che investono lo svolgimento del procedimento di gara:

Ed invero:

- il mutamento in prosieguo di gara del legale rappresentante della società che ha sottoscritto l’offerta non incide sulla regolarità delle precedente fase di qualificazione ed ammissione delle imprese che, in base al principio *tempus regit actum*, ha necessariamente assunto a riferimento, ai fini della verifica dei requisiti di moralità, l’assetto societario in atto alla data di scadenza del termine per la proposizione dell’offerta e, tantomeno, sulla capacità del nuovo rappresentante p.t. a confermare l’offerta. Ogni successiva verifica in ordine alla permanenza dei requisiti morali rifluisce al momento dell’aggiudicazione e della stessa esecuzione del contratto, che presuppongono la permanenza dei requisiti di moralità e di affidabilità delle imprese affidatarie del servizio. Né, sul piano sostanziale, sono state sollevate mende in capo al nuovo rappresentante legale idonee a inficiare la capacità di confermare l’offerta;

- nella riunione del 10 marzo 2006 la Commissione non ha introdotto nuovi criteri di massima per la valutazione del merito delle offerte dopo averne acquisito cognizione, ma ha elaborato una formula matematica - a sviluppo

delle regola dettata nella lettera di invito sull' attribuzione del punteggio massimo di trenta al miglior progetto - per l'assegnazione con metodo di proporzionalità del punteggio in questione ad ogni concorrente successivamente graduato;

- l'arco temporale che separa le riunioni del 7 e 10 marzo 2006 - nel corso delle quali sono stati rispettivamente esaminati il progetto della società appellante e quello del controinteressato r.t.i. *Qui! Ticket* - non è tale da inficiare giudizio valutativo di entrambi i progetti intervenuto nell'ultima riunione; inoltre, il rilievo dato dalla disciplina di gara all'elemento "*ottimizzazione del servizio con particolare riferimento al controllo della sicurezza*", giustifica l'attribuzione del punteggio in base ad un giudizio ponderale che muova dalla cognizioni del contenuto di entrambi i progetti prodotti dalle ditte partecipanti, con riguardo ai quali nel verbale relativo alla riunione del 10 marzo 2006 è dato atto che la Commissione, ai fini di un'adeguata e completa cognizione, "*rivisita i progetti presentati dalla ditte partecipanti e già esaminati nelle (precedenti) sedute*";

- le deduzioni relative all'attribuzione del punteggio all'elemento "*ottimizzazione del servizio*" investono l'area di valutazione del merito tecnico dell'offerta, riservata alla Commissione, fermo l'obbligo della società ricorrente di dare dimostrazione, in sede di gara, di aver assolto l'onere assicurativo, ancorché previsto come obbligatorio dal capitolato d'appalto;

- l'art. 23 comma 6, del d.lgs. n. 157 del 1995, rimette al "*Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro competente per il settore interessato*" la determinazione di parametri di valutazione e di ponderazione dell'offerta più vantaggiosa, a garanzia di un corretto rapporto *prezzo/qualità*; segue che ogni lamentata violazione del rapporto ponderale fra corrispettivo per il servizio e livello qualitativo dello stesso implica un puntuale raffronto delle determinazioni assunte dalla stazione appaltante con le innanzi dette regole di

indirizzo, onere di deduzione non assolto dalla soc. Sogart Service.

6. Quanto al primo dei motivi aggiunti proposti in prime cure e reiterati in appello, non risultando viziata la procedura di scelta del contraente viene meno ogni vizio dedotto in via di invalidità derivata nei confronti del contratto stipulato dall'Amministrazione.

6.1. In ordine alla dedotta nullità delle operazioni di gara di cui ai verbali del 26 settembre, 13 ottobre e 14 dicembre 2005 si rinvia alla disamina di cui al precedente punto 3. della motivazione circa l'infondatezza del motivo .

6.2. La prestazione del servizio oggetto di gara in ambito ospedaliero non rende illogica la presenza nella commissione giudicatrice di un componente appartenente al ruolo del personale medico che, oltre ad espletare gli ordinari compiti di assistenza e di cura, può concorrere in funzioni di amministrazione attiva per il governo dell'istituto.

6.3. Le doglianze in ordine al contenuto del contratto stipulato fra l' r.t.i. *Qui! Ticket* e l' Azienda Ospedaliera *Cardarelli* esulano dalla sfera di giurisdizione del giudice amministrativo, che investe la fase di evidenza pubblica di selezione del contraente ed ha termine con il provvedimento di aggiudicazione.

La fondatezza nel merito degli appelli - che vanno entrambi accolti - esime il collegio dall'esame delle eccezioni di inammissibilità del ricorso in primo grado disattese dal T.A.R. e rinnovate in questo grado di giudizio dall' A.O. *Cardarelli*.

7. Il ricorso incidentale proposto dalla soc. Sogart Service, volto a censurare la sentenza del T.A.R. nella parte in cui non ha riconosciuto il diritto all'aggiudicazione del servizio, va dichiarato improcedibile per difetto di interesse alla decisione in relazione alla posizione di seconda graduata occupata all'esito della gara.

In relazione ai profili della controversia spese ed onorari del giudizio vanno compensati fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli rubricati ai nn. 1056 e 1384 del reg. ric. 2007 e di cui è disposta la riunione;

- accoglie entrambi gli appelli e, per l'effetto, respinge il ricorso di primo grado;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dal Sogart Service s.p.a.;
- compensa fra le parti spese ed onorari del giudizio.

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

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/10/2013

IL SEGRETARIO

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