



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 la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 1828/2009 R.G. proposto da DUSSMANN SERVICE srl, in persona del Presidente e legale rappresentante, Ing. Pietro Auletti, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Antonio Erba e Enzo ribaldo con domicilio eletto presso il secondo, in Milano, via P. Ma scagni n. 24

contro

AZIENDA OSPEDALIERA SAN PAOLO – POLO UNIVERSITARIO, in persona del Direttore Generale pro-tempore, dott. Giuseppe Catarisano, rappresentata e difesa dall'Avv. Donato Vigezzi presso il quale elegge domicilio, in Milano, via Di Rudini, n. 8

nei confronti di

SERIST SERVIZI RISTORAZIONE spa, in persona dell'amministratore Delegato, Ing. Massimiliano Fabbro, rappresentata e difesa dall'Avv. Maurizio Boifava, presso il quale elegge domicilio, in Monza via E. de Amicis n. 6

Per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- della Delibera n. 581 datata 08.07.09 di aggiudicazione del servizio di ristorazione appaltato dall'Azienda Ospedaliera "San Paolo" alla controinteressata SERIST;
- degli atti di gara con particolare riferimento all'ammissione dei concorrenti ed alla verifica della documentazione amministrativa;
- di ogni altro atto conseguente, presupposto o attuativo, ancorché non conosciuto, relativo alla conclusione della procedura nonché all'eventuale contratto stipulato con l'aggiudicatario

nonché per l'annullamento in via incidentale

- del verbale del 06.04.09 nella parte in cui non viene esclusa la ricorrente nonostante un vizio relativo alla sottoscrizione del Capitolato speciale;
- in estremo subordine, del Bando, del Disciplinare e di tutti i restanti verbali di gara,

Visto il ricorso con i relativi allegati e gli atti della causa;

Visto il ricorso incidentale proposto a SERIST spa;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione presentata in via incidentale dalla ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente.

Udito il Relatore, Ref. Marco Poppi ed i difensori presenti delle parti, come da verbale;

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con DG n. 931 del 17.09.08, l'Azienda Ospedaliera San Paolo, indiceva una procedura aperta ex art. 54, comma 2, del D. L.gs 163/2006 per "l'affidamento del servizio di ristorazione con adeguamento tecnologico attrezzature – lavori edili ed impiantistici...per anni otto, importo complessivo annuo a base d'asta € 3.500.000

iva esclusa” da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del citato D. L.vo, con previsione di un massimo di punti 50 tanto per l’offerta economica che per quella tecnica.

Nel corso della seduta pubblica del 06.04.09, la Commissione, procedeva all’apertura dei plichi ed all’esame della documentazione amministrativa contenuta nella busta A determinando l’ammissione con riserva dell’odierna controinteressata in quanto, sul conto del dott. Giorni Giancarlo, già Amministratore Delegato cessato dalla carica il 29.01.08, risultava sentenza di condanna pronunciata il 26.04.2000 dalla Corte di Appello di Milano per violazione delle norme sulla disciplina igienica della produzione e vendita di sostanze alimentari (art. 5 della L. n. 283/1962).

Nel medesimo verbale, alla tabella riassuntiva delle verifiche documentali, in corrispondenza della voce “Dichiarazione unica”, risultava apposta la dicitura “NO”, residuando in capo alla ricorrente il dubbio che l’ammissione con riserva potesse ricollegarsi anche a profili di incompletezza della documentazione prodotta.

La Commissione scioglieva la riserva nel corso della seduta pubblica del 21.05.09 (verbale n. 2) con conseguente ammissione di SERIST alle successive fasi concorsuali.

Nell’occasione veniva distribuita ai presenti una nota dalla quale risultava che “...sono pervenuti i chiarimenti corredati dalla documentazione dalla quale si evince che la società Serist ha stipulato, di recente, vari contratti con Aziende Pubbliche” ma che non conteneva alcuna valutazione circa la rilevanza del reato commesso dall’amministratore cessato in ordine alla moralità professionale della concorrente.

Nelle sedute dell'8, 11 e 16 giugno 2009, la Commissione, procedeva alla valutazione tecnica delle offerte in gara attribuendo punti 38,01 a SERIST' e 33,16 all'odierna ricorrente.

All'esito della seduta del 25 giugno 2009, valutate le offerte tecniche, veniva formulata la graduatoria finale e aggiudicato provvisoriamente il servizio a SERIST, prima classificata con un punteggio totale pari a 84,25, davanti a DUSSMAN con punti 83,16.

Con Delibera n. 561, in epigrafe specificata, il servizio veniva aggiudicato all'odierna controinteressata.

In sede di accesso, parte ricorrente, accertava che l'aggiudicataria aveva prodotto le dichiarazioni di cui alle lettere b) e c) dell'art. 38 del D. L.vo n. 163/2006 relativamente all'Amministratore Delegato ed ai consiglieri di amministrazione ma non anche per altri procuratori muniti di legale rappresentanza "definibili come institori" fra i quali il Sig. Luigi Buonafede indicato nell'offerta economica come "la persona che sottoscriverà il contratto...in qualità di PROCURATORE".

Parte ricorrente impugnava, pertanto, gli esiti concorsuali eccependo la violazione del citato art. 38, difetto di istruttoria, carenza di motivazione e violazione del principio di par condicio.

L'Amministrazione resistente, costituita in giudizio, confutava le avverse doglianze chiedendo la reiezione del ricorso.

SERIST' spa, anch'essa costituita, proponeva ricorso incidentale rilevando, in prima battuta, la violazione degli obblighi di sottoscrizione della documentazione di gara da parte del legale rappresentante della ricorrente

In via subordinata, qualora risultasse infondato tale motivo di gravame, eccepiva l'illegittima specificazione dei parametri di valutazione da parte della Commissione di gara.

Con Decreto n. 979/2009 del 04 luglio 2009 venivano sospesi gli atti impugnati ed alla Camera di Consiglio del 9 settembre 2009 la causa veniva rinviata al 23 settembre successivo per la definizione nel merito della controversia.

DIRITTO

Con il presente ricorso, DUSSMANN SERVICE, impugna gli atti della procedura concorsuale indetta dall'Azienda Ospedaliera "San Paolo" per l'affidamento del servizio di ristorazione con adeguamento tecnologico delle attrezzature per la durata di anni otto, conclusasi con l'aggiudicazione all'odierna controinteressata SERIST spa che, a sua volta, con ricorso incidentale, contesta la legittimità dell'ammissione della ricorrente alla gara, nonché, la valutazione tecnica operata dalla Commissione sulla base di una griglia specificata in corso di procedura e non predeterminata in sede di formulazione della disciplina di gara.

Quanto all'ordine di trattazione delle questioni sottoposte all'attenzione del Collegio nel presente giudizio, è noto che la proposizione di un ricorso incidentale, con il quale vengono eccepiti profili di illegittimità riferiti all'ammissione alla gara della ricorrente principale, richiederebbe la trattazione in via prioritaria di quest'ultimo gravame.

Si ritiene, tuttavia, che l'infondatezza del ricorso principale determini, in ossequio ad esigenze di economia processuale, l'esame prioritario delle questioni con tale ricorso sollevate.

Con il primo motivo del ricorso principale, DUSSMAN, eccepisce che relativamente a sei soggetti muniti di legale rappresentanza della società, nominati precedentemente alla pubblicazione del Bando di gara (Capi area preposti a determinate aree geografiche o a settori di attività), non sarebbero state prodotte le dichiarazioni attestanti l'insussistenza di cause di esclusione ex art. 38 del D. L.vo n. 163/2006.

La necessità di effettuare la prescritta dichiarazione deriverebbe dalla “valenza institoria” della carica ricoperta desumibile dalla natura dei poteri ad essi conferiti.

Che non si tratti di semplici procuratori deeriverebbe, inoltre, dalla circostanza che, quando vengono conferite tali circoscritte funzioni, negli atti camerali viene specificato che trattasi di “procuratore speciale” come nel caso della Sig.ra Ester Di Monte.

Uno dei sei suindicati rappresentanti, il Sig. Luigi Bonafede, inoltre, veniva indicato in offerta economica, come la persona deputata alla stipulazione del contratto in caso di aggiudicazione.

Il motivo è infondato.

L’art. 38, comma 1 lett. b), del D. L.vo n. 163/2006, con riferimento alla società per azioni, individua i soggetti tenuti a rilasciare la prescritta dichiarazione negli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o nel direttore tecnico.

Nonostante la specifica previsione normativa, parte della giurisprudenza, ispirata dalla ratio sottesa alla norma “di verificare la affidabilità complessivamente considerata dell’operatore economico che andrà a stipulare il contratto di appalto con la stazione appaltante” individuando coloro che effettivamente “sono in grado di manifestare all’esterno al volontà dell’azienda” (Cons. Stato, Sez. V, n. 375/2009), ha ricercato, in via interpretativa, di ampliare l’ambito di applicazione della disposizione includendo nel novero dei necessari dichiaranti anche soggetti che, pur non ricoprendo le specifiche cariche indicate, siano, tuttavia, titolari di ampi poteri decisionali tali da consentire di determinare gli indirizzi di gestione dell’impresa.

Secondo il richiamato orientamento occorrerebbe “avere riguardo alle funzioni sostanziali del soggetto, più che alle qualifiche formali, altrimenti la ratio legis potrebbe venire agevolmente elusa e dunque vanificata”. (Cons. Stato, Sez. VI, n. 523/2007).

L'elemento formale dell'investitura nella carica sociale dovrebbe, quindi, essere integrato da un'analisi nel concreto dei poteri effettivamente conferiti al fine di individuare, e sottoporre ai prescritti oneri dichiarativi, anche i soggetti che, indipendentemente dalla carica ricoperta, risultino essere titolari di poteri decisionali al pari di un amministratore o di un direttore tecnico.

La questione, in relazione alla quale il dibattito giurisprudenziale è tuttora aperto, a parere del Collegio, non è tuttavia rilevante ai fini del presente giudizio in quanto la natura dei poteri conferiti ai sei procuratori non disvela quella pienezza decisionale che, sola, potrebbe consentire l'assimilazione invocata da parte ricorrente.

Dalla visura camerale riferita alla società odierna controinteressata, risulta che i sei procuratori "Capi area", Gerardo Caruso, Pirovano Erich Marzio, Pasquariello Francesco, Sabatino Antonio, Buonafede Luigi e Di Corato Massimo, rivestono la funzione di "Procuratore" e sono titolari di ampi poteri, quali il "potere di rappresentare la società con poteri decisionali di spesa per tutto quanto concerne la fase esecutiva dei contratti di appalto, ivi compresa la stipula degli stessi...", il "potere di autonomia gestionale e operativa quanto alla gestione di tutti i contratti, ed in particolare il potere di procedere alla individuazione i concreto del personale da assumere ai fini del suo impiego, il potere di procedere all'individuazione di eventuali subappaltatori", il "potere di procedere alla eventuale segnalazione di eventuali sanzioni disciplinari da applicare nei confronti del personale dipendente ed alla risoluzione dei contratti di fornitura e acquisto medio tepore stipulati, ivi compresi quelli di subappalto", il "potere di autonomia finanziaria per l'acquisto delle materie prime e dei materiali di uso corrente ...dei beni mobili strumentale necessari per il funzionamento delle cucine", rivestono "la qualifica di datore di lavoro ai sensi del D. Lgs. 81/2008 ...nonché di legale rappresentante per l'area territoriale di sua competenza senza limiti di spesa" con potere di "nominare i preposti ai sensi dell'art. 1 lettera e) del D. Lgs. N. 81/2008 presso le singole nità

operative...” e, infine, assumono “la responsabilità del rispetto del manuale di organizzazione e gestione di cui al D. Lgs. N. 231/2001....”.

Come emerge in tutta evidenza, si tratta di funzioni che, pur nella loro rilevanza, attengono alla fase esecutiva del contratto ed implicano la titolarità di poteri circoscritti che incontrano un preciso limite nelle strategie aziendali compiute a monte dagli organi effettivamente dotati di potere decisionale.

Come affermato, infatti, dalla stessa giurisprudenza richiamata da parte ricorrente (Cons. Stato, sez. V, n. 375/09), ai fini in esame, assume valore dirimente la titolarità del potere decisionale in ordine alla partecipazione alla gara ed alla formulazione dell’offerta: potere che non risulta essere stato delegato ai suindicati procuratori.

Con il secondo motivo di ricorso, la ricorrente principale, eccepisce che la Commissione avrebbe sciolto la riserva relativa all’ammissione dell’aggiudicataria (in un primo momento ammessa con riserva) sulla base di argomentazioni estranee ai profili di criticità rilevati in sede di esame della documentazione.

Come anticipato in fatto, nel corso della seduta pubblica del 06.04.09, la Commissione, procedeva all’apertura dei plichi ed all’esame della documentazione amministrativa contenuta nella busta A determinando l’ammissione con riserva dell’odierna controinteressata in quanto, sul conto del dott. Giorni Giancarlo, già Amministratore Delegato cessato dalla carica il 29.01.08, risultava sentenza di condanna pronunciata il 26.04.2000 dalla Corte di Appello di Milano per violazione delle norme sulla disciplina igienica della produzione e vendita di sostanze alimentari (art. 5 della L. n. 283/1962).

La censura è infondata.

E’, infatti, fuori discussione che l’ammissione con riserva dell’odierna controinteressata sia avvenuta in relazione alla sussistenza del precedente penale rilevato a carico dell’amministratore cessato.

La circostanza è precisata nel verbale del 06.04.09 laddove si afferma che “a conclusione dell’esame dei plichi pervenuti e dei documenti contenuti nella busta “A”, il Presidente comunica che, in riferimento alla documentazione presentata dalla Società Serist spa,...nei confronti del dr. Giancarlo Giorni (ex Amministratore Delegato cessato dalla carica per pensionamento in data 29/01/08) è stata pronunciata in data 26/04/2000...sentenza ...Pertanto il Presidente ammette con riserva, dichiarando che l’Amministrazione procederà, successivamente, ad una valutazione della documentazione presentata”.

Nessun dubbio poteva quindi sussistere in ordine al fatto che le successive valutazioni della Stazione appaltante avrebbero dovuto riferirsi alla sola incidenza sull’affidabilità morale e professionale della condanna rilevata e non anche a presunte incompletezze della dichiarazione unica.

Quanto ai profili di illegittimità rilevati in sede di scioglimento della riserva, pur riconoscendo l’infelice formulazione del verbale, è evidente come l’Amministrazione abbia inteso richiamare analoghe dichiarazioni di irrilevanza del precedente penale in esame maturate in sede di altre gare a conforto della posizione dalla medesima assunta nella gara oggetto dell’odierno ricorso.

Deve inoltre evidenziarsi che il fatto reato in relazione al quale è intervenuta la condanna in disamina (esposizione di alimenti in un bancone, presso una mensa, a temperatura di 4° superiore a quella prevista) è di lieve entità ed oggettivamente inidoneo ad incidere sul giudizio di affidabilità morale e professionale del concorrente come, peraltro, questo Tribunale ha avuto ripetutamente modo di rilevare in sede di pregressi contenziosi aventi ad oggetto la medesima questione relativa alla condanna dell’Amministratore Giorgi. (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, Ord. 11 ottobre 2006, n. 1946; Sez. III, Sent. 2 maggio 2006, n. 1124)

L’infondatezza delle censure introdotte con il ricorso principale elide l’interesse allo scrutinio delle doglianze oggetto di ricorso incidentale.

Per quanto precede il ricorso principale deve essere respinto con conseguente improcedibilità, per carenza di interesse, del ricorso incidentale.

Sussistono, tuttavia, in virtù della specificità delle questioni trattate e della non univocità del panorama giurisprudenziale in materia, giuste ragioni per compensare le spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, Sezione I[^], definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella Camera di consiglio del giorno 23 settembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Piermaria Piacentini, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Marco Poppi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/10/2009

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

IL SEGRETARIO