



REPUBBLICA ITALIANA

N.433/07 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

N.3254-3576 Reg.Ric.

Sezione Quinta

Anno 2006

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul **ricorso in appello n. 3254 del 2006**, proposto dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico – Seconda Università degli Studi, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Nardone, elettivamente domiciliata presso lo Studio Militerni – Gagliardi in Roma, via F. S. Nitti 11

contro

Sogart Service s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Maisani e Riccardo Cirillo, elettivamente domiciliata presso il primo in Roma, via di Porta Pinciana 4

e nei confronti

di Gemeaz Cusin s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Bellocchio, Giustino Ciampoli e Palo Vaiano, selettivamente domiciliata nello studio tel terzo in Roma lungotevere Marzio 3

e di Qui Service, s.r.l. non costituita in giudizio

e

sul **ricorso in appello n. 3576 del 2006**, proposto dalla Gemeaz Cusin s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco

Belloccio, Giustino Ciampoli e Palo Vaiano, selettivamente domiciliata nello studio tel terzo in Roma lungotevere Marzio 3

contro

Sogart Service s.r.l., non costituita in giudizio

nei confronti

dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Policlinico – Seconda Università degli Studi, non costituita in giudizio

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania 7 febbraio 2006 n. 2612 resa tra le parti.

Visto i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio decime in epigrafe;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 21 novembre 2006 il consigliere Marzio Branca, e udito l'avv. Resta per delega degli avv.ti Nardone e Vaiano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato accolto il ricorso, e i successivi motivi aggiunti, proposti dalla Sogart Service s.r.l. per l'annullamento del bando di gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto, delle operazioni di gara e dell'aggiudicazione in favore

della Gemeaz Cusin s.r.l.. La ricorrente aveva domandato inoltre la condanna della committente al risarcimento del danno, ma tale domanda non è stata accolta, in base al rilievo che il travolgimento della gara ha assunto un valore equivalente al risarcimento in forma specifica.

Il TAR, rigettati alcuni mezzi di gravame, ha accolto, per contrasto con la tutela della libera concorrenza, la censura mossa al bando di gara nella parte in cui ha previsto che le concorrenti presentassero un elenco di convenzioni attive con esercizi di ristorazione, ed ha riservato una parte rilevante del punteggio per all'offerta tecnica all'impresa che avesse presentato il numero più alto di convenzioni attive.

Hanno proposto appello per la riforma della sentenza, previa sospensione dell'efficacia, l'aggiudicataria Gemeaz Cusin s.r.l. e l'Amministrazione appaltante.

La Sogart Service si è costituita in entrambi i giudizi per resistere al gravame, proponendo altresì appello incidentale avverso i capi di sentenza recanti il rigetto di alcune censure e l'assorbimento di alcune di esse.

La domanda cautelare è stata respinta con ordinanza della Sezione 30 maggio 2006 n. 2606.

Tutte le parti hanno depositato memorie.

Alla pubblica udienza del 21 novembre 2006 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I due appelli, essendo rivolti contro la stessa sentenza, debbono essere riuniti ai fini di un'unica decisione.

Le appellanti hanno riproposto numerose eccezioni di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti introdotti in primo grado, ma può prescindersi dall'esame delle stesse perché gli appelli sono fondati nel merito.

Come accennato sopra, il TAR ha ritenuto illegittimo il criterio di valutazione dell'offerta riferito al maggior numero di locali convenzionati attivi nelle Province di Napoli e Caserta, osservando che l'apprezzamento qualitativo dell'offerta può essere logicamente basato sulla capillarità del servizio che il concorrente propone di mettere a disposizione dell'amministrazione committente in un'area determinata; ma non può invece essere fondato sulla capillarità del servizio che il concorrente già possiede in una determinata zona prima della gara.

Si precisa che un criterio come quello accolto nel bando in questione *“creerebbe le condizioni per una monopolizzazione del mercato per aree geografiche, sbarrando di fatto l'accesso (o la crescita) di soggetti che vogliono e possano espandere la propria attività e limitando quindi la concorrenza con effetti negativi anche sotto il profilo dell'interesse pubblico per i riflessi sull'onerosità del servizio.”* (pag. 9).

Secondo i primi giudici il bando sarebbe stato legittimo se avesse richiesto, oltre una quota minima di esercizi già convenzionati, a

riprova della capacità economico finanziaria, un elenco di “*esercizi non ancora convenzionati (ma che ci si impegna ovviamente a convenzionare) o esercizi convenzionati ma inattivi.*” (pag. 10; corsivo aggiunto). Solo in tal modo le imprese interessate potrebbero concorrere in condizioni di parità, senza avvantaggiare chi già dispone di una posizione dominante.

Il Collegio non condivide la tesi e ritiene che la stessa sia frutto di una errata lettura della *lex specialis*.

Va subito avvertito che contrasta con elementari esigenze di razionalità l’aggiudicazione di un appalto per la fornitura del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto sulla base del semplice impegno delle concorrenti a stipulare convenzioni con i locali presso i quali si dovrà consumare il pasto. E’ sufficiente chiedersi quale sarebbe la sorte del servizio appaltato se l’aggiudicataria non riuscisse a concludere le convenzioni che si è impegnata a realizzare. Deve ammettersi che un bando del tipo di quello ipotizzato dai primi giudici esporrebbe l’intera procedura concorsuale e la stessa prestazione del servizio ad un tasso di aleatorietà non compatibile con la cura dell’interesse pubblico. La valutazione dell’offerta sotto il profilo tecnico, infatti, deve necessariamente basarsi sulla allegazione da parte delle concorrenti del maggior numero possibile di convenzioni attive, ossia di convenzioni già concluse, con i locali nei quali si dovrà consumare il pasto, perché solo la convenzione già stipulata, non l’impegno a stipularla, rappresenta un dato certo

suscettibile di apprezzamento e di comparazione sul piano della convenienza.

Tanto premesso, è da osservare che la *lex specialis* adottata dalla committente non incorre nel vizio di violazione della libera concorrenza e di illecita salvaguardia delle posizioni dominanti.

La tesi opposta, accolta dai primi giudici, allude alla possibilità che alcune ditte interessate all'appalto si trovino in una posizione dominante, che verrebbe rafforzata all'acquisizione del nuovo servizio. Tale posizione deriverebbe, a quanto è dato capire, dal fatto che le stesse concorrenti già espletano il servizio sostitutivo di ristorazione nelle stesse zone a favore di altri organismi o enti e che quindi già disporrebbero di "convenzioni attive". Secondo l'assunto, il bando contestato si rivolgerebbe proprio a queste imprese, perché la richiesta di un elenco di convenzioni attive potrebbe essere soddisfatta solo da chi già sta svolgendo per altri lo stesso servizio.

La tesi non trova riscontro nella *lex specialis*.

E' agevole considerare che la committente non aveva alcun interesse a (e quindi nessuna ragione di) richiedere la produzione di un elenco di convenzioni che le imprese concorrenti avessero in corso per la fornitura del servizio ad altri enti, neppure sotto il profilo della verifica della capacità economico finanziaria, come opinano i primi giudici.

Il profilo della dimostrazione della capacità economica e finanziaria, infatti, è trattato dal punto 1/A, lettere e) e f) del

bando, laddove, nell'ambito della documentazione da produrre, si richiede di dichiarare: e) il fatturato globale della ditta negli ultimi tre esercizi, che dovrà essere almeno il doppio dell'importo annuo presunto del servizio; f) lo svolgimento di servizi identici a quello oggetto della gara con l'indicazione dell'importo, data e destinatario, negli anni 2001/2003, ecc..

Al momento della pubblicazione del bando di gara, d'altra parte, nessuna delle imprese interessate poteva già disporre di convenzioni attive per lo svolgimento del servizio da appaltare, se non (forse) la sola appellata, precedente affidataria.

Se ne deve desumere che l'elenco delle convenzioni attive, che la committente ha richiesto ai fini della attribuzione dei 50 punti riservati al profilo tecnico, doveva riferirsi a quelle che ogni impresa interessata all'appalto avrebbe stipulato con i locali di ristorazione al fine di svolgere il servizio sostitutivo di mensa per l'Azienda Ospedaliera Universitaria.

Va allora considerato che il bando (vedi punto 5) è stato inviato alla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea il 3 giugno 2005. Il termine per la presentazione delle offerte era fissato per il 25 luglio 2005. Le aspiranti all'appalto avevano a disposizione più di 45 giorni per concludere le necessarie convenzioni con i locali di ristorazione, convenzioni, lo si ripete, necessariamente nuove e diverse da quelle che taluna impresa poteva avere in corso svolgendo il servizio per altri.

Occorre dunque concludere che tutte le imprese interessate si trovavano su un piano di parità rispetto alla possibilità di formulare una proposta competitiva nella gara in questione.

Ma va anche chiarito che la parte appellata sembra essere incorsa in un errore di interpretazione del capitolato (art. 11), a proposito della clausola secondo cui per ogni esercizio convenzionato, compreso nell'elenco, doveva essere indicata una fattura rilasciata negli ultimi 12 mesi dalla pubblicazione del bando. Se ne è tratta la conferma che tra l'impresa offerente e l'esercizio doveva già esistere una convenzione attiva e che tale circostanza sarebbe stata valutata in sede di gara.

La circostanza, in primo luogo, non risulta dalla disposizione in esame, dove non è detto che la fattura dovesse riferirsi ad una prestazione eseguita per l'impresa convenzionata, assumendo rilievo invece, l'esigenza di prova che l'esercizio fosse effettivamente attivo, avendo denunciato un qualunque acquisto nell'apposito registro IVA.

In secondo luogo, si è già visto che l'esistenza di una convenzione con il medesimo locale per lo svolgimento del servizio in favore di altro organismo non poteva costituire alcun *vulnus* alla libera concorrenza, a meno di non pretendere, inammissibilmente, che il detto principio imporrebbe il divieto di partecipazione ad una gara a tutte le imprese già attive nel settore cui si riferisce il bando.

Quanto alla procedura di infrazione avviata dalla Comunità Europea occorre osservare che la nota della Commissione del 16 marzo 2005 sembra muovere dallo stesso presupposto errato, nella parte in cui considera “attivo” un esercizio convenzionato *“che ha già emesso delle fatture per servizi prestati in favore di società concorrente, nel corso di un periodo più o meno lungo precedente la gara di appalto”*. Si è infatti rilevato in precedenza che il bando di gara prende in considerazione le convenzioni stipulate dopo la pubblicazione del bando e specificamente destinate alla prestazione del servizio in favore dell’ente che ha indetto la gara. Le convenzioni attive di una determinata concorrente con gli stessi locali per ristorazioni da fornire ad altri committenti, non hanno, ai fini della gara in questione, alcun rilievo, trattandosi di rapporti assunti in esecuzione di diversi capitolati e di clausole distinte e generalmente diverse da quella di cui alla gara in esame. E’ quindi possibile confermare che, rispetto alla gara in questione ogni impresa interessata, nello svolgimento della propria capacità di iniziativa economica, può concorrere in condizioni di parità con le altre, essendo richiesto a tutte di documentare le convenzioni già concluse per quel determinato appalto, risultando irrilevanti, ai fini del punteggio altre convenzioni in atto a favore di soggetti diversi.

Si è già chiarito sopra il senso da attribuire alla clausola relativa alla emissione di fatture.

In conclusione, il motivo accolto in prime cure era infondato.

Il Collegio deve tuttavia darsi carico dell'appello incidentale, con il quale l'impresa appellata ha contestato la sentenza nella parte in cui ha rigettato altri motivi avanzati in primo grado.

Si ribadisce in primo luogo la censura di eccesso di potere per illogicità e irrazionalità nei confronti delle previsioni di cui agli art. 4, 5, 6 del capitolato, perché si imporrebbe all'impresa affidataria di garantire pasti di una determinata composizione, osservando che un impegno siffatto esula dallo schema razionale del contratto per la fornitura di buoni pasto e si riferisce piuttosto ad un servizio di mensa.

Il TAR ha rigettato la censura, rilevando che non si richiede all'aggiudicataria di fornire pasti, ma di stipulare una convenzione che contempli un servizio di ristorazione di contenuto predeterminato.

La tesi merita di essere condivisa posto che non è ravvisabile alcun ostacolo di ordine logico a che il bando specifichi l'oggetto delle convenzioni con il locale nel quale il buono pasto dovrà essere utilizzato. In caso contrario il gestore del locale resterebbe del tutto libero di servire una consumazione di qualunque contenuto e qualità, con evidente pregiudizio per la convenienza del servizio.

Viene anche censurata la mancata specificazione nella lex specialis di criteri per l'attribuzione dei 10 punti riservati alla offerta che presenti la migliore organizzazione del servizio con riferimento alla informatizzazione delle procedure. Si lamenta la

violazione dell'art. 23, comma 6, del d.lgs. n. 157 del 1995, che rinvia al bando la precisazione dei detti criteri.

La censura va disattesa.

Il punteggio in questione doveva essere attribuito secondo il livello di informatizzazione delle procedure desumibile da una relazione presentata dall'impresa concorrente, senza predeterminazione di modalità di ordine informatico, cosicché era lasciato ad ogni impresa di proporre il tipo e il livello di informatizzazione che riteneva di poter assicurare. In tal modo, una fissazione di criteri astratti di valutazione era praticamente impossibile, mentre il valore di ogni offerta sarebbe stato agevolmente apprezzabile sulla base delle comuni conoscenze in materia ormai ampiamente diffuse. La valutazione effettuata dalla commissione, sarebbe stata comunque esposta al vaglio del giudice sotto i diversi profili dell'eccesso di potere.

Si sostiene ancora l'illegittimità del riferimento alla ubicazione dei locali di ristorazione in aree "contigue" alle zone individuate nell'art. 1 del capitolato.

La censura deve essere frutto di un errore perché nel capitolato non si rinviene in nessun punto il riferimento ad aree contigue, mentre è chiarissimo ed inequivocabile la individuazione delle Province di Napoli e Caserta (art. 2 art. 10).

Residua una censura, inammissibile per genericità, riferita a pretesi vizi per incertezza sui requisiti dei locali da convenzionare.

In conclusione gli appelli meritano accoglimento.

Le spese del presente grado vanno poste a carico dell'impresa soccombente nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, previa riunione, accoglie gli appelli in epigrafe, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, rigetta il ricorso di primo grado;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Condanna la Sogart Service s.r.l. al pagamento in favore delle appellanti delle spese del presente grado di giudizio, e ne liquida l'importo in complessivi euro 10.000,00, da dividere in parti eguali;

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 21 novembre 2006 con l'intervento dei magistrati:

Emidio Frascione	Presidente
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere est.

L'ESTENSORE

F.to Marzio Branca

IL PRESIDENTE

F.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

IL 05-02-2007

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

Il Dirigente

F.to Antonio Natale