

REPUBBLICA ITALIANA

N.1427/04REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 5530 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5530/2003 del 19/06/2003, proposto
dalla SOCIETA' COOPERATIVA "LA CASCINA" A R.L.
rappresentata e difesa dall'avv. GENNARO NOTARNICOLA
con domicilio eletto in Roma VIA L. MANTEGAZZA 24
presso LUIGI GARDIN

contro

COMUNE DI COSENZA rappresentato e difeso dall'avv.
AGOSTINO ROSSELLI con domicilio eletto in Roma VIA
DORA, 1 presso ATHENA LORIZIO

e nei confronti di

S.I.A.R.C. S.R.L. rappresentata e difesa dall'avv. GIUSEPPE
CARRATELLI con domicilio eletto in Roma via XX Settembre
4 presso Alfredo Mirabelli Centurione

per la riforma

della sentenza del **TAR CALABRIA - CATANZARO :SEZ. II**
n. 155/2003 , resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
APPALTO PER LA REFEZIONE SCOLASTICA PER L'ANNO
2001/02 ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del COMUNE DI COSENZA e della S.I.A.R.C. S.R.L.

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 13 Gennaio 2004 , relatore il Consigliere. Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati Marra per delega dell'avv.to G. Notarnicola, A. Rosselli e G. Carratelli;

Visto il dispositivo di decisione n.15 del 14.1.2004;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto:

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società cooperativa La Cascina ha fatto presente che aveva partecipato al pubblico incanto indetto dal comune di Cosenza per l'affidamento del servizio di refezione scolastica per l'anno scolastico 2001/2002 ovvero per il triennio 2001-2004 previa deliberazione del Consiglio comunale; che con determinazione dirigenziale in data 7.9.2001 l'appalto veniva aggiudicato a favore della SIARC per il solo anno scolastico 2001-2002, restando impregiudicata la facoltà dell'amministrazione di cui all'art.1, ultimo comma, del capitolato speciale; che il consiglio comunale non si era poi espresso sulla opportunità di optare per l'aggiudicazione triennale; che con deliberazione G. M. n.198 del 23.5.2002

veniva disposto il rinnovo del contratto con la ditta SIARC per un periodo di due anni con la riduzione del 3 % sul prezzo di ogni pasto ai sensi dell'art. 27, comma 6, L. 6.12.1999 n.488; che aveva impugnato davanti al TAR Calabria, sede di Catanzaro, prima il provvedimento di aggiudicazione a favore della SIARC del servizio di refezione scolastica per l'anno 2001-2002, nonché i verbali di gara ivi compreso il contratto stipulato, e poi con motivi aggiunti la deliberazione G.M. n.198/2002 di rinnovo del contratto; che, a seguito del rigetto da parte del TAR, il giudice di appello accoglieva l'istanza cautelare con riferimento al disposto rinnovo con ordinanza n.5102/2002; che il TAR con la sentenza in epigrafe accoglieva il ricorso limitatamente alla censura con la quale si deducevasi che si era proceduto all'apertura delle buste contenenti le offerte in seduta non pubblica, disattendendo le altre doglianze ed in particolare ritenendo di non poter annullare il contratto ed il patto aggiunto di rinnovo trattandosi di aspetti riservati al giudice ordinario, con la dichiarazione di inammissibilità per genericità della richiesta di risarcimento del danno.

Ha dedotto quanto segue

-il TAR aveva erroneamente ritenuto infondata la censura con la quale era stata dedotta, con riferimento alle prescrizioni di gara, la mancata indicazione nella relazione tecnica presentata da SIARC delle figure professionali deputata alla distribuzione dei

pasti ed all'espletamento del servizio di pulizia del refettorio, aspetto che rilevava ai fini dell'ammissibilità dell'offerta;

-neppure poteva condividersi la statuizione del TAR in ordine al carattere facoltativo dell'intervento del Consiglio comunale, mentre tale organo doveva necessariamente pronunciarsi al fine di scegliere tra l'aggiudicazione annuale e quella triennale;

-nel caso in cui la relativa disciplina di gara dovesse interpretarsi nel senso della non necessità dell'intervento del Consiglio comunale per la valutazione della convenienza tra servizio annuale e triennale ne conseguirebbe l'illegittimità di tale disciplina;

-non potevano condividersi neppure le statuizioni del TAR in ordine all'inammissibilità o infondatezza delle censure concernenti i concreti punteggi attribuiti alla SIARC;

-il TAR aveva erroneamente declinato la giurisdizione in ordine alla richiesta di annullamento del contratto di appalto e del patto di rinnovo;

-la richiesta di risarcimento del danno non poteva ritenersi generica.

Costituitisi in giudizio, sia il comune di Cosenza che la SIARC hanno proposto appello incidentale.

Il Comune ha rilevato l'inammissibilità dell'appello in quanto proposto dal Vice Presidente del consiglio di amministrazione della Società senza fornire la prova di esserne rappresentante

legale, ha comunque dedotto la sua infondatezza. HA quindi chiesto l'accoglimento dell'appello incidentale in quanto il TAR aveva errato in fatto nel ritenere che le buste contenenti l'offerta non fossero state aperte in seduta pubblica.

La SIARC ha pur essa chiesto il rigetto dell'appello e l'accoglimento del proprio appello incidentale in quanto il principio di pubblicità delle gare ad evidenza pubblica era derogabile nel caso di valutazione tecnica delle offerte nel sistema dell'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con memoria conclusiva, l'appellante ha rilevato l'infondatezza dell'eccezione di carenza di legittimazione ad causam in capo al Vice Presidente del Consiglio di amministrazione, in quanto in base alle norme statutarie, certificato camerale e delibera C. d. A. ad esso spettava di rilasciare procure ad lites anche disgiuntamente dal Presidente, ha quindi eccepito la tardività degli appelli incidentali insistendo per l'accoglimento delle proprie doglianze.

Alla pubblica udienza del 13.1.2004, il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

1. Con sentenza TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, n.155 dell'11.2.2003 è stato accolto in parte il ricorso proposto dalla società La Cascina avverso il bando di gara indetto dal comune di

Cosenza per l'appalto del servizio di refezione scolastica per l'anno scolastico 2001/2002 ovvero per il triennio 2001/2004, avverso gli atti gara e determinazione dirigenziale del 7.9.2001 di aggiudicazione del servizio per l'anno 2001-2002 a favore della SIARC e relativo contratto, nonché avverso la delibera G. M. del 23.5.2002 di autorizzazione al rinnovo biennale del contratto e relativo contratto.

Avverso detta sentenza ha proposto appello principale la società cooperativa La Cascina, mentre il comune di Cosenza e la SIARC hanno proposto, ciascuno per proprio conto, appello incidentale.

2.Priva di pregio è l'eccezione di inammissibilità dell'appello principale avanzata dal Comune per carenza di legittimazione ad causam in capo al Vice Presidente del Consiglio di amministrazione della società cooperativa La Cascina (dott. A. Chiorazzo).

Invero, risulta agli atti che il Vice Presidente in questione aveva il potere, sulla base delle norme statutarie, del certificato camerale e delibera C. d. A., di rilasciare procure ad lites anche disgiuntamente dal Presidente.

3.Si può prescindere dall'eccezione di irricevibilità degli appelli incidentali in quanto infondati nel merito.

3.1.Il TAR ha accolto la censura relativa all'apertura in seduta segreta delle buste contenenti l'offerta, dovendosi invece

procedere a tale adempimento in seduta pubblica.

IL Comune e la SARC sostengono nell'appello incidentale da una parte che non corrispondeva ai fatti la circostanza che l'apertura delle buste fosse avvenuta in seduta segreta e dall'altra che era consentito derogare al principio di pubblicità nella fase della valutazione delle offerte nel sistema dell'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa..

3.2.Occorre innanzitutto precisare che nella specie la Commissione di gara ha effettuato in seduta pubblica solo l'apertura delle buste contenenti la documentazione, per poi procedere, dopo aver dichiarato chiusa la seduta pubblica, all'apertura delle buste contenenti le offerte, come risulta dal verbale n.2 del 30.8.2001, per cui è stato senz'altro violato il principio di pubblicità delle sedute di gara ad evidenza pubblica.

3.3.Al riguardo il Collegio non ha motivi per discostarsi dall'orientamento di questa Sezione secondo cui il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è senz'altro inderogabile in ogni tipo di gara (compreso l'appalto concorso), almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e relativa apertura (V. le decisioni di questa Sezione n.576 del 30.5.1997, n. 2884 del 7.5.2000, n.1067 del 27.2.2001 e n. 4586 del 3.9.2001). Al fine di stabilirne la portata occorre però distinguere

tra procedure di aggiudicazione automatica (sulla base della disciplina di gara, che tiene conto unicamente dell'aspetto economico) e quelle che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa per l'Amministrazione sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici . Per le prime (sistema dell'asta pubblica e delle licitazioni private, salvo quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa introdotto sulla base della normativa comunitaria dall'art. 24 , 1° comma lett. b, L.8.8.1977 n.584), la pubblicità delle sedute è generalmente totale per consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare. Ciò è connaturale al sistema dell'asta pubblica (V. la decisione di questa Sezione n.661/2000), ma vale anche per la licitazione privata con scelta automatica del contraente (V. art. 89 R.D. n.827/1924). Per quanto concerne in particolare l'appalto concorso, cui è assimilabile la procedura della licitazione privata con l'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base di una pluralità di elementi tecnici ed economici (come nel caso in esame), occorre tener presente che a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, che certamente non può essere che essere effettuata in seduta riservata ad evitare influenze esterne

sui giudizi dei membri della Commissione giudicatrice. Né detta (parziale) pubblicità può essere esclusa per il fatto che la relativa normativa non la prevede espressamente nell'appalto concorso, atteso che la ratio ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune ai vari metodi di aggiudicazione ed è rivolta a tutelare l'esigenza di trasparenza ed imparzialità che deve guidare l'attività amministrativa in tale delicata materia (V. Corte dei Conti, sez. controllo Stato, n.108 del 9.12.1999. e la decisione di questa Sezione n.5421 del 9.10.2002).

Il suddetto principio è conforme alla normativa comunitaria in materia, la quale è senz'altro orientata a privilegiare i principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza nella scelta del contraente delle pubbliche amministrazioni, per cui non vale rilevare la sottoposizione della gara in esame alla disciplina comunitaria per escluderne l'applicabilità. In senso contrario non potrebbe invocarsi neppure la circostanza che il D. L.vo 17.3.1995 n.157 (richiamato dal bando di gara) nel disciplinare nell'allegato 4 i modelli di bando (con le relative indicazioni) prevede solo nel caso delle procedure aperte (asta pubblica) l'indicazione delle persone autorizzate a presenziare all'apertura delle offerte (lettera B n.9), in quanto detta precisazione ha la finalità, pur nel rispetto del principio di pubblicità, di contenere il numero delle persone da invitare per ragioni di semplificazione e speditezza dei relativi adempimenti, mentre una limitazione del genere non avrebbe

alcun senso nel caso di procedure ristrette (licitazioni private ed appalto concorso) in cui il numero dei partecipanti è normalmente esiguo.

La conferma della vigenza di detto principio si rinviene nella recente normativa di cui al Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici L. 11.2.1994 n.109 e successive modificazioni, approvato con D.P.R. 21.12.1999 n.554, che distingue tra sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e sedute pubbliche per la verifica della documentazione, apertura delle buste contenenti le offerte economiche e lettura dei ribassi offerti, con determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base dei criteri prefissati (V. art.64, comma 5°; art. 67, comma 5°; art.91, comma 3°)..

3.4.Né può ritenersi che la mancata pubblicità delle sedute di gara non rileverebbe di per sé come vizio della procedura, occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della par condicio tra i concorrenti, in quanto trattasi di un adempimento (pubblicità delle sedute) posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla gara ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi in mancanza di un riscontro immediato (ad es. regolarità

della chiusura dei plichi, data di ricevimento dei plichi, regolarità e completezza della documentazione prodotta, lettura del prezzo offerto). La violazione di tale vizio procedurale non può che comportare l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara (V. la decisione di questa Sezione n. 855 del 12.7.1996).

4. Peraltro è infondato anche l'appello principale.

4.1. Una volta ritenuta illegittima procedura di gara a cominciare dal verbale n.2 del 30.8.2001 per un vizio che ha carattere pregiudiziale, ne discende l'assorbimento delle altre doglianze proposte dalla società cooperativa La Cascina in ordine alla concreta valutazione delle offerte effettuata dalla Commissione, con conseguente annullamento della determinazione di aggiudicazione e della delibera di autorizzazione al rinnovo biennale del contratto.

4.2. La richiesta di annullamento dei relativi contratti non può essere esaminata in quanto la Società cooperativa La Cascina non ha al riguardo un interesse concreto da far valere, avendo solo titolo alla rinnovazione della gara e non alla sua aggiudicazione, salvo il dovere dell'Amministrazione di riesaminare la situazione.

4.3. L'Amministrazione dovrà rinnovare la procedura di gara per il vizio formale riscontrato e perciò la domanda di risarcimento del danno avanzata dall'appellante non può essere valutata se non all'esito del relativo rinnovo (V. la decisione di questa Sezione n.

3871 del 30.6.2003), pur volendo prescindere dalla genericità di tale domanda come rilevato dal TAR.

5. Per quanto considerato vanno respinti l'appello principale e gli appelli incidentali.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V)

respinge l'appello principale e gli appelli incidentali.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 13.1.2004, con l'intervento dei signori:

Agostino Elefante	Pres.
Rosalia Bellavia	Cons.
Giuseppe Farina	Cons.
Claudio Marchitello	Cons.
Aniello Cerreto	Cons. rel. est

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18 marzo 2004

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale