

E' legittima l'esclusione di una ditta la cui offerta risulta formulata per un periodo di tempo limitato e non coincidente con la durata del procedimento previsto dal bando e pertanto idonea già ab initio ad consentire all'impresa di partecipare correttamente alla gara

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 6338 del 24 ottobre 2006 ci insegna che:

<L'affermazione che, nei contratti stipulati della p.a., il processo verbale di aggiudicazione definitiva equivale, ad ogni effetto legale a contratto, propria di parte della risalente giurisprudenza, è stata superata dai più recenti apporti che riconoscono al verbale di aggiudicazione della licitazione privata carattere meramente provvisorio.

E' corrente affermazione che l'art. 16 comma 4 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 non ha di per sé natura automatica e obbligatoria, non potendosi escludere che la stessa p.a., cui spetta valutare discrezionalmente l'interesse pubblico, possa rinviare, anche implicitamente, la costituzione del vincolo al momento della stipulazione del contratto, fino al quale non esiste un diritto soggettivo dell'aggiudicataria all'esecuzione dello stesso.

Tale diritto si costituisce solo al momento dell'approvazione del contratto, che costituisce espressione di potestà di controllo che fa capo all'organo competente ad esprimere la volontà dell'ente >

in particolare, nella fattispecie sottoposta al supremo giudice amministrativo:

Correttamente, poi, la sentenza impugnata ha ritenuto illegittima l'offerta della ditta ricorrente perché valida per un periodo di tempo limitato e non coincidente con la durata del procedimento previsto dal bando ed ha confermato l'esclusione dell'appellante in quanto inidonea già ab initio ad consentire all'impresa di partecipare legittimamente alla gara.

A diverse conclusioni non conduce la nota del Direttore Generale, nella quale si afferma che "la cauzione provvisoria dovrà coprire il tempo di validità dell'offerta che si precisa essere di 180 gg. dalla data di scadenza della gara". In assenza di analoga clausola o limitazione nel bando, nella lettera di invito o nel capitolato speciale, l'affermazione non è idonea a superare l'inammissibilità dell'offerta con efficacia temporale circoscritta più volte dichiarata in giurisprudenza.

Le conseguenze, ai fini dell'affidamento o dell'errore che la comunicazione ha potuto ingenerare, e l'interpretazione di quanto riportato nella nota succitata per ciò che attiene la ricerca di possibili responsabilità, sono di competenza di un giudice diverso da quello adito e non possono essere oggetto di esame in questa sede>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

## DECISIONE

sul ricorso in appello n. 4914/2005 proposto dalla S.r.l. \*\*\* Service P. \*\*\*, corrente in Trento in persona dell'amministratore, legale rappresentante pro tempore rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Vitale e dall'avv. Giulio Correale ed elettivamente domiciliato nello studio del secondo in Roma, via G.Pisanelli, 4;

contro

l'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione "San Sebastiano" Ospedale civile di Caserta, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Nardone, con domicilio eletto in Roma via F. Saverio Nitti n. 11 presso lo studio Gagliardi-Militerni;

la società \*\*\*-Azienda di Ristorazione s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, Romilda Norfio, rappresentata e difesa dagli avvocati Armando Profili e Domenico Ducci con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Palumbo n. 26;

e, nei confronti di

Pietro \*\*\* rappresentato e difeso dall'avv. Innocenzo Militerni con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via F. Saverio Nitti, n. 11;  
per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Napoli Sezione Prima n. 19642 in data 22 dicembre 2004 ;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda ospedaliera "San Sebastiano", di \*\*\*-Azienda di Ristorazione s.p.a. e di \*\*\* Pietro;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta alla pubblica udienza del 28 aprile 2006 la relazione del Consigliere dottor Cesare Lamberti uditi, altresì, gli avvocati G. Di Paolo per delega di A. Vitale, G. Chiaia Noya per delega di A. Nardone e di I. Militerni;

Ritenuto in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO**

1) La società \*\*\*-Azienda di Ristorazione s.p.a. ha partecipato alla licitazione privata per la gestione del servizio ristorazione ai degenti del Presidio ospedaliero di Caserta e mensa al personale dipendente. In sede di apertura delle offerte, la società contestava che l'altra partecipante \*\*\* Service P. Dussman non aveva osservato l'art 76 del capitolato speciale. In particolare non erano indicati gli oneri previsti per la riorganizzazione degli ambienti e la validità dell'offerta era condizionata al termine di centottanta giorni. Nonostante le violazioni fossero state rilevate dal procuratore di \*\*\*, presente alle operazioni, non venivano riportate nel verbale di gara. La ditta \*\*\* non aveva poi presentato documentazione tecnica sullo stato d'uso delle attrezzature esistenti che intendeva conservare.

1.1) La società \*\*\* diffidava l'amministrazione a non aggiudicare a \*\*\*, nonostante la commissione avesse nominato la controinteressata aggiudicataria provvisoria.

1.2) Con provvedimento n. 1057 del 12 dicembre 2003, l'Ospedale aggiudicava l'appalto alla ricorrente ed escludeva la \*\*\*. Il provvedimento è stato sospeso inaudita altera parte dal Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, in accoglimento del ricorso ex art 700 c.p.c. della ditta \*\*\*.

2) Con ricorso n. 65/2002, la società \*\*\* ha impugnato al Tar della Campania i verbali della Commissione di gara dell'Azienda Ospedaliera San Sebastiano di Caserta per e, in particolare, il verbale del 18 novembre 2003, di aggiudicazione in via provvisoria alla ditta \*\*\*. Censurava nello specifico due profili di violazione della lex specialis di gara del capitolato e lettera d'invito nonché del D.Lgs. n 157 del 1995: - la ditta \*\*\* era stata ammessa alla gara e dichiarata aggiudicataria nonostante l'offerta non fosse irrevocabile ma condizionata a centottanta giorni; - la società \*\*\* aveva altresì omesso di presentare nel progetto e nella documentazione richiesta documenti previsti a pena di esclusione; non aveva rinnovato il parco attrezzature come doveva trattandosi di un nuovo appalto e non aveva presentato alcuna documentazione tecnica relativa alla tipologia ed allo stato d'uso delle attrezzature già esistenti che intendeva conservare: doveva perciò essere esclusa, come ribadito nel parere dall'avv. Ceceri e nel verbale della Commissione del 14 ottobre 2003.

2.1) Innanzi al primo giudice si costituivano l'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione "San Sebastiano" Ospedale civile di Caserta, e la società \*\*\* Service P. \*\*\*, contestando la fondatezza del ricorso.

3) A scioglimento della riserva nell'udienza dell'8 gennaio 2004, il Tribunale di Santa Maria Capua Vetere ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione ed ha revocato il decreto di sospensione del provvedimento n. 1057 del 12 dicembre 2003, del direttore generale dell'azienda ospedaliera, che aggiudicava l'appalto alla ditta \*\*\*-Azienda di Ristorazione.

3.1) Avverso l'aggiudicazione dell'appalto alla ditta \*\*\*, la \*\*\*, che nel frattempo aveva iniziato l'esecuzione del contratto, ha adito il Tar della Campania con ricorso n. 640/2004, rappresentando quanto segue: (A) la ditta \*\*\* doveva essere esclusa non avendo ottemperato alla lettera d'invito. L'offerta non presentava la campionatura del carrello di distribuzione per la prima colazione e del servizio per la distribuzione paganti e non presentava la campionatura relativa al servizio pasti sezione paganti. L'offerta aveva poi disatteso la raccomandata 16.09.2002 prot. 8643-8679 circa la validità di centottanta giorni dell'offerta. (B) Il provvedimento di esclusione del Direttore Generale era viziato per: 1) Carezza di presupposti, contraddittorietà, motivazione perplessa e falsa applicazione del bando di gara; violazione dell'art. 16 R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 e degli artt. 88 e 97 R.D. 23 maggio 1924 n. 827. Il processo verbale di aggiudicazione alla \*\*\* del 18 novembre 2003 era atto conclusivo del procedimento, equivalente per ogni effetto legale al contratto di appalto. La delibera n. 1057 del 12.12.03 del Direttore Generale di aggiudicazione dell'appalto alla E.P. S.p.a, è affetta da nullità assoluta e radicale oltre che assunta da un organo incompetente a fronte della Commissione Tecnica. 2) Travisamento dei presupposti, sviamento, illogicità. La dichiarazione della \*\*\* che l'offerta era valida 180 giorni dalla data di scadenza della gara, ovvero dal 07.10.02 era stata richiesta formalmente dall' Azienda Ospedaliera San Sebastiano di Caserta con raccomandata sottoscritta dal Direttore Generale, dott. Pietro \*\*\*. Era perciò viziata la motivazione che l'offerta non fosse stata seguita, nel corso del procedimento, da dichiarazione della ditta circa le persistenti validità ed efficacia dell'offerta medesima. 3) Illogicità, irrazionalità ed ingiustizia manifesta; Violazione dell'art. 113 R.D. n. 827/1924. La deliberazione n. 1057 del 12 dicembre 2003 si limita a rilevare che l'offerta di \*\*\* non doveva essere tenuta in considerazione perché oramai scaduta e non contiene alcuna considerazione circa l'autotutela. 4) Carente, incongrua e contraddittoria motivazione; violazione dell' art. 23 D.Lgs.157/1995. Diversamente da quanto previsto dall'art. 77 del capitolato speciale, l'offerta di \*\*\* non è quella economicamente più vantaggiosa.

3.2) In questo secondo giudizio si sono costituiti l'Azienda Ospedaliera "San Sebastiano" Ospedale civile di Caserta e la società \*\*\*-Azienda di Ristorazione s.p.a.. L'Azienda ha chiesto con memoria il rigetto del ricorso e la società \*\*\* ha notificato il 27 gennaio 2004 ricorso incidentale nei confronti del provvedimento n. 1057 del 12 dicembre 2003, per la parte in cui il direttore generale dell'azienda ospedaliera non aveva escluso dalla gara la ditta \*\*\* per irregolarità dell'offerta. Con atto notificato il 9-10 febbraio 2004 la ditta \*\*\* ha proposto quattro motivi aggiunti.

4) Con la sentenza in epigrafe il Tar della Campania, riuniti i ricorsi, ha dichiarato improcedibile il ricorso n. 65/04 proposto da \*\*\*-Azienda di Ristorazione ed inammissibile il ricorso incidentale proposto dalla medesima nel ricorso n. 640/04 della società \*\*\* Service P. \*\*\*. Respingeva nel merito quest'ultimo ricorso e rigettava la domanda risarcitoria di \*\*\* Service.

5) La sentenza è appellata dalla S.r.l. \*\*\* Service P. \*\*\*. Nel presente giudizio si sono costituite l'Azienda Ospedaliera "San Sebastiano" e la società \*\*\*-Azienda di Ristorazione s.p.a.. E' intervenuto ad opponendum il dott. Pietro \*\*\* direttore generale dell'Ospedale civile di Caserta, che ha eccepito l'inammissibilità della domanda risarcitoria, proposta per la prima volta nei suoi confronti.

## DIRITTO

1) La sentenza in epigrafe del Tar della Campania ha respinto il ricorso proposto dalla società \*\*\* Service P. \*\*\* nei confronti della deliberazione n. 1057 del 12 dicembre 2003, con la quale l'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione "San Sebastiano" Ospedale civile di Caserta, ha aggiudicato, in sua vece, alla società \*\*\*-Azienda di Ristorazione s.p.a. la licitazione privata per la gestione del servizio ristorazione ai degenti del Presidio ospedaliero di Caserta e mensa al personale dipendente. La sentenza è così motivata: - l'aggiudicazione disposta dalla commissione di gara non tiene luogo del contratto quando la scelta della migliore offerta sia demandata ad un organo tecnico. L'art. 77 del capitolato speciale di appalto deve essere interpretato sistematicamente con le altre disposizioni del capitolato stesso, e, in particolare con quella che prevede al termine della operazioni della commissione la verifica dell'anomalia; - l'offerta della società \*\*\* non poteva essere ammessa alla gara perché limitata ad un periodo di centottanta giorni. Correttamente la ditta \*\*\* Ristorazione è stata dichiarata vincitrice della licitazione; - l'offerta della società \*\*\* Ristorazione è conforme all'art. 78 del capitolato speciale che prescrive espressamente la campionatura del vassoio personalizzato delle stoviglie e della posate e non dei carrelli per il trasporto dei cibi, di cui impone la sola indicazione ed allegazione delle schede tecniche; - la lettera d'invito e il capitolato speciale non prescrivono la campionatura del servizio per la distribuzione ai paganti e quella della presentazione agli stessi del pranzo e della cena; - l'onere previsto dall'art. 55 del capitolato speciale di controllare l'utensileria e di reintegrare il materiale mancante non è prescritto a pena di esclusione dalla gara; - l'offerta della ditta \*\*\* Ristorazione priva del limite temporale di scadenza è pienamente conforme alle prescrizioni di gara.

1.1) In conseguenza del rigetto del ricorso (n. 640/04) di \*\*\* Service, la sentenza di primo grado ha dichiarato inammissibile per difetto d'interesse il ricorso incidentale di \*\*\* Ristorazione ed improcedibile il ricorso (n. 65/04) di \*\*\* Ristorazione avverso gli atti della commissione di gara che l'avevano aggiudicata in via provvisoria a \*\*\* Service.

2) Delle eccezioni in rito - la prima, d'irricevibilità dell'appello di \*\*\* Service, le cui notifiche si sarebbero perfezionate oltre il termine di centoventi giorni dal deposito e la seconda, d'inammissibilità del medesimo per l'intervenuto deposito del ricorso presso la Segreteria del Consiglio di Stato oltre il termine dimidiato dell'art. 23-bis della legge n. 1034/1971 - nessuna delle due è assistita da fondamento.

2.1) Trattandosi di appalto di servizi i termini processuali della causa di specie sono indubbiamente regolati dall'art. 23-bis comma 1, lett. c) della legge n. 1034/1971, applicabile ai ricorsi avverso "provvedimenti relativi alle procedure di aggiudicazione, affidamento ed esecuzione di servizi pubblici e forniture, ivi compresi i bandi di gara e gli atti di esclusione dei concorrenti".

2.2) E' incontestato fra le parti che l'appello è stato notificato il 14 maggio 2004 e pertanto il centoquarantatreesimo giorno successivo al depositato della sentenza impugnata, avvenuto il 22 dicembre 2004. Il comma settimo dell'art. 23-bis della legge n. 1034/1971 che fissa il termine dell'impugnazione al centoventesimo giorno dal deposito della sentenza va però applicato nel senso che il termine inizia a decorrere dalla comunicazione della sentenza stessa alle parti interessate (cfr. in tale senso art. 23-bis co. 7 art. 28, u.c. della legge n. 1034/1971. Comunicazione la cui prova deve essere data da chi formula l'eccezione di tardività. In assenza di prova della comunicazione della sentenza alla società \*\*\* da parte dell'appellata, la sua eccezione deve essere conseguentemente respinta.

2.3) E' parimenti da rigettare la seconda eccezione, di inammissibilità per costituzione del rapporto processuale, dopo lo spirare del termine dimezzato dell'art. 23-bis co. 2 della legge n. 1034/1971. Con sentenza 31 maggio 2002, n. 5, l'Adunanza plenaria di questo Consiglio ha stabilito che il termine per il deposito del ricorso in appello, in virtù della regola enunciata dall'art. 23 bis comma 2 l. Tar, per tutti i giudizi aventi ad oggetto appalti di lavori o di servizi, è di quindici giorni decorrenti dalla notificazione dell'atto di impugnazione. La sentenza dell'Adunanza Plenaria va applicata in base al combinato disposto degli artt. 29 della legge n. 1034/1971 che, per l'appello, rinvia alle disposizioni in tema di giudizio innanzi al Consiglio di Stato e dell'art. 36, co. 4, t.u. n. 1054/1924 a in assonanza con l'art. 21 che fissa il termine per il deposito nel trentesimo (o quindicesimo) giorno dall'ultima rituale notificazione (Cons. Stato, VI, 8 gennaio 1998, n. 38). Nella specie, l'ultima notificazione si è perfezionata il 1° giugno 2005 presso il domicilio eletto dell'Azienda Ospedaliera. Rispetto a tale data, il deposito del fascicolo d'appello in data 10 giugno 2005 presso la Segreteria del Consiglio è più che tempestivo.

3) L'appello è però infondato per tutti i profili dedotti.

3.1) Con il primo motivo di illogicità ed erronea applicazione della lex specialis della gara, l'appellante \*\*\* Service riafferma che il perfezionamento del contratto sarebbe intervenuto con il verbale 18 novembre 2003 della Commissione, di aggiudicazione della gara in suo favore, censurando la sentenza impugnata che avrebbe condiviso quanto affermato dall'Azienda Ospedaliera nella deliberazione n. 1057 del 12 dicembre 2003, con la quale la licitazione è stata aggiudicata alla società EP-Azienda di Ristorazione s.p.a., in quanto l'offerta della società \*\*\* era scaduta per decorrenza del termine di centottanta giorni senza essere confermata dall'interessata.

3.1.1) L'affermazione che, nei contratti stipulati della p.a., il processo verbale di aggiudicazione definitiva equivale, ad ogni effetto legale a contratto, propria di parte della risalente giurisprudenza (Cons. Stato, IV, 2 gennaio 1996, n. 16), è stata superata dai più recenti apporti (Cons. Stato, IV, 25 luglio 2001, n. 4065; V, 18 aprile 2001, n. 2331) che riconoscono al verbale di aggiudicazione della licitazione privata carattere meramente provvisorio. E' corrente affermazione che l'art. 16 comma 4 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 non ha di per sè natura automatica e obbligatoria, non potendosi escludere che la stessa p.a., cui spetta valutare discrezionalmente l'interesse pubblico, possa rinviare, anche implicitamente, la costituzione del vincolo al momento della stipulazione del contratto, fino al quale non esiste un diritto soggettivo dell'aggiudicataria all'esecuzione dello stesso. Tale diritto si costituisce solo al momento dell'approvazione del contratto, che costituisce

espressione di potestà di controllo che fa capo all'organo competente ad esprimere la volontà dell'ente (Consiglio Stato, sez. IV, 2 gennaio 1996, n. 16).

3.1.2) Né conduce a diverse conclusioni l'art. 77 del capitolato speciale da cui si evince che la commissione di gara avrebbe dovuto, all'esito della valutazione delle offerte, accertare l'impresa in favore della quale l'amministrazione doveva disporre la aggiudicazione dell'appalto. Data la natura di organo tecnico e non amministrativo della Commissione di gara, il suo provvedimento ha carattere di sola indicazione rivolta al direttore generale deputato a provvedere in via definitiva all'aggiudicazione e alla stipulazione del contratto. L'art. 77 del capitolato speciale, dunque, non qualifica come definitiva l'aggiudicazione da parte della commissione di gara. Né è possibile affermare che il carattere provvisorio dell'aggiudicazione debba essere previsto da una clausola apposita del capitolato o del bando, considerato che nel quadro procedimentale delle pubbliche gare è previsto che, di regola, l'aggiudicazione definitiva segua quella provvisoria.

3.1.3) Correttamente, poi, la sentenza impugnata ha ritenuto illegittima l'offerta della ditta \*\*\* Service perché valida per un periodo di tempo limitato e non coincidente con la durata del procedimento previsto dal bando ed ha confermato l'esclusione dell'appellante in quanto inidonea già ab initio ad consentire all'impresa di partecipare legittimamente alla gara. A diverse conclusioni non conduce la nota del Direttore Generale del 16 settembre 2002 prot. n. 8643-8649, nella quale si afferma che "la cauzione provvisoria dovrà coprire il tempo di validità dell'offerta che si precisa essere di 180 gg. dalla data di scadenza della gara". In assenza di analoga clausola o limitazione nel bando, nella lettera di invito o nel capitolato speciale, l'affermazione non è idonea a superare l'inammissibilità dell'offerta con efficacia temporale circoscritta più volte dichiarata in giurisprudenza. Le conseguenze, ai fini dell'affidamento o dell'errore che la comunicazione ha potuto ingenerare, e l'interpretazione di quanto riportato nella nota succitata per ciò che attiene la ricerca di possibili responsabilità, sono di competenza di un giudice diverso da quello adito e non possono essere oggetto di esame in questa sede.

3.1.4) Sono infine da respingere le considerazioni svolte nel terzo motivo d'appello sull'aggiudicazione alla società \*\*\* Ristorazione perché illegittimamente ammessa alla gara. Sulla scorta del verbale della commissione di gara del 14 ottobre 2002, la sentenza impugnata ha dato atto che la campionatura della ditta \*\*\* recava l'analitica indicazione dei campioni di tutti gli elementi del servizio (materiali) presentati. L'omessa produzione dei campioni relativi al carrello per la distribuzione della prima colazione e al servizio per la distribuzione paganti, rilevata dalla commissione, è stata correttamente attribuita al motivo che questi non rappresentano materiali in senso tecnico per i quali sia prevista la necessità di presentazione della campionatura. Quest'ultima assolve alla finalità di apprezzare la qualità dei materiali adoperati (tipo, forma e materiale del vassoio utilizzato, caratteristiche delle posate e modalità di preservazione dell'igiene, tipi, materiale e forma dei piatti e dei bicchieri) rispetto ai quali richiedere la campionatura anche dei carrelli appare eccessivo anche nel presente grado di giudizio, oltre che nel primo.

3.2) Il rigetto dell'appello e della conseguente domanda di risarcimento del danno implica l'inammissibilità dell'intervento ad opponendum dal dott. \*\*\* in qualità di direttore generale l'Azienda Ospedaliera di rilievo nazionale e di alta specializzazione "San Sebastiano" Ospedale civile di Caserta.

4) In conclusione, l'appello deve essere respinto e, per l'effetto, confermata la sentenza impugnata. Va dichiarato inammissibile l'intervento ad opponendum del dott. \*\*\*. Sussistono giustificati motivi per compensare integralmente tra tutte le parti le spese processuali relative al secondo grado del giudizio, data la soccombenza anche dell'appellata per quanto attiene alle questioni pregiudiziali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello e conferma la sentenza impugnata. Dichiara inammissibile l'intervento ad opponendum.

Spese processuali del grado compensate tra tutte le parti.

Così deciso in Roma, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), nella camera di consiglio del 28 aprile 2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 24 ottobre 2006