

N. 01630/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01267/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1267 del 2014, proposto da:
Bartolomeo Consalvo, quale titolare dell'impresa individuale C.B. Distributori Automatici,
rappresentato e difeso dagli avv.ti Giuseppe Leporace ed Attilio Santiago, elettivamente domiciliato
presso lo Studio dell'avv. Antonio Pallone, in Catanzaro, alla via Citriniti, n. 5;

contro

Comune di Cosenza, in persona del suo Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Benedetto Carratelli, domiciliato presso la Segreteria di questo Tribunale Amministrativo Regionale, in Catanzaro, alla via A. De Gasperi, n. 76/B;

nei confronti di

Liomatic S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Netti e Michela Bigonzoni, elettivamente domiciliata presso lo Studio dell'avv. Maria Rotundo, in Catanzaro, alla piazza Le Pera, n. 9;

P.A.G. Magic S.a.s. di Avolio M. & C., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale n. 1657 del 24 giugno 2014 Registro Generale e n. 10/2014 Reg. del Dipartimento, con la quale il Direttore del Dipartimento II - Dipartimento Tecnico del Comune di Cosenza ha provveduto all'aggiudicazione definitiva in favore della Liomatic S.p.a. della gara per l'affidamento del Servizio di Ristoro a mezzo Distributori Automatici CIG 523485422E, determinazione di cui si è avuta notizia a mezzo nota *e-mail* n. 472 datata 25 giugno 2014 e trasmessa a mezzo PEC il successivo 26 giugno 2014;

- della stessa nota e mail n. 472 datata 25 giugno 2014 e trasmessa a mezzo PEC il successivo 26 giugno 2014;

- dei verbali di gara e delle relative operazioni della Commissione di gara;

- dell'aggiudicazione provvisoria della gara medesima;
- dell'ammissione alla gara e della mancata esclusione della Liomatic S.p.a.;
- se ed in quanto occorra del disciplinare di gara *in parte qua*;
- del diniego tacito di autotutela del Comune di Cosenza, formatosi *ex* articolo 243-bis, commi 4 e 6;
- di tutti gli atti presupposti connessi e conseguenti ed in particolare della nota ricevuta l'11 giugno 2014, con cui la ammissione di gara ha dato riscontro ai rilevi mossi dalla ricorrente con nota del 17 marzo 2014, prot. 15034 e del provvedimento di nomina della commissione di gara;

nonché per il risarcimento dei danni in forma specifica e in subordine per equivalente, previa occorrenza declaratoria di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cosenza e di Liomatic S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2014 il dott. Francesco Tallaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Comune di Cosenza ha bandito una gara per l'affidamento del servizio di ristoro in esclusiva a mezzo di distributori automatici di alimenti, bevande e altri generi di conforto da collocarsi nelle scuole, nelle sedi degli uffici, distaccamenti e centri diurni del Comune di Cosenza.

Bartolomeo Consalvo, quale titolare dell'impresa individuale C.B. Distributori Automatici, ha partecipato a tale gara e, all'esito della stessa, ha impugnato gli atti meglio indicati in epigrafe, con i quali il servizio è stato aggiudicato alla Liomatic S.p.a. e il ricorrente è stato inserito al terzo posto della graduatoria, dopo la P.A.G. Magic S.a.s. di Avolio M. e C.

Ha chiesto l'annullamento, previa concessione di un'adeguata misura cautelare, degli atti impugnati.

A sostegno del proprio ricorso, il ricorrente ha dedotto i vizi di seguito sintetizzati.

a) Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara e dell'art. 42 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con riferimento ai requisiti di capacità tecnica e professionale dei concorrenti; travisamento, difetto

e falsità dei presupposti; difetto di motivazione. La società aggiudicataria, infatti, non avrebbe posseduto uno dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge speciale di gara, consistente nell'aver seguito in favore di altre amministrazioni pubbliche od organismi di diritto pubblico almeno un contratto di prestazione di servizi analoghi per forma e durata a quelli oggetto di gara. Essa avrebbe dovuto, quindi, essere esclusa dalla gara.

b) Violazione del disciplinare di gara; travisamento e falsità del presupposto; difetto o inadeguatezza dell'istruttoria. L'amministrazione aggiudicatrice avrebbe attribuito alla Liomatic S.p.a. un punteggio maggiore di quello che essa avrebbe dovuto ottenere, posto che non era in possesso della certificazione di qualità c.d. *Top Quality Standard* o altre equivalenti.

c) Illegittimità del disciplinare di gara, il quale si porrebbe in contrasto con la normativa sul trasporto degli alimenti, non imponendo che gli alimenti da collocare nei distributori automatici (tra cui vi sono yogurt, tramezzini e panini) siano trasportati con mezzi di trasporto conformi ai parametri dell'*Accord Transport Perissable*.

Peraltro, il disciplinare di gara si porrebbe in contrasto con il capitolato d'appalto, che prevede l'obbligo di trasportare i prodotti con automezzi in possesso della certificazione A.T.P.

In ogni caso, i concorrenti che avevano offerto il trasporto degli alimenti con tali standard qualitativi avrebbero dovuto godere di un maggior punteggio in fase di valutazione dell'offerta.

d) Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l'attribuzione di un punteggio per l'anno di costruzione e per gli anni di utilizzo delle macchine distributrici. Infatti, la società ricorrente aveva ottenuto il medesimo punteggio delle altre concorrenti, che pur non assicuravano, come essa faceva, la sostituzione del 30% dei distributori automatici per ogni anno di servizio.

e) Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede le modalità di attribuzione dei punteggi. Il ricorrente, infatti, aveva ottenuto, in comparazione con gli altri concorrenti, dei punteggi inferiori, pur avendo presentato un'offerta in molti punti di maggior pregio.

f) Violazione degli artt. 10 e 84 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; violazione dei canoni di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa. La commissione di gara, infatti, sarebbe stata illegittimamente composta, prevedendo che di essa facesse parte il responsabile del procedimento.

g) Violazione dell'art. 243-bis d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Tutti i vizi della procedura ad evidenza pubblica si ripercuoterebbero sul silenzio con il quale l'amministrazione locale ha accolto l'informativa inoltrata da Bartolomeo Consalvo ai sensi dell'art. 243-bis d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

In forza dei vizi lamentati, il ricorrente ha domandato il conseguimento dell'appalto o, in via subordinata, il risarcimento del danno.

2. Si sono costituiti e hanno resistito all'avverso ricorso il Comune di Cosenza e la Liomatic S.p.a.

P.a.G. Magic S.a.s. di Avolio M e C. è rimasta invece inerte.

3. L'istanza cautelare è stata trattata alla camera di consiglio del 3 settembre 2014, all'esito della quale, con ordinanza resa in pari data, n. 459, questo Tribunale ha sospeso l'efficacia esecutiva del

provvedimento di nomina della commissione valutatrice e dei provvedimenti successivi.

4. All'udienza pubblica del 3 ottobre 2014 il ricorso è stato trattato nel merito ed è stato quindi spedito in decisione.

5. Occorre preliminarmente esaminare il motivo di ricorso illustrato alla lett. c) del § 1, nella misura in cui, mediante tale censura, il ricorrente ha inteso ottenere l'annullamento del disciplinare di gara.

5.1. Bartolomeo Consalvo lamenta che il disciplinare, in contrasto con la normativa in materia, non abbia previsto che il trasporto degli alimenti da collocare nei distributori automatici sia effettuato con automezzi refrigerati, dotati della certificazione A.T.P.

5.2. Va preliminarmente che l'*Accord relatif aux transports internationaux de denrees perissables et aux engins speciaux à utiliser pour ces transports*, aperto alla firma a Ginevra, il giorno 1 settembre 1970, la ratifica del quale è stata autorizzata con l. 2 maggio 1977, n. 264, che lo ha anche reso esecutivo in Italia, si applica, ai sensi dell'art. 3 del medesimo, solo laddove le merci debbano viaggiare da uno Stato ad un altro, tra quelli firmatari dell'accordo.

Esso non può, dunque, essere invocato in una fattispecie, quale quella in esame, in cui non viene dedotto che vi sia un trasporto transfrontaliero di derrate alimentari.

In realtà, risulta applicabile il d.P.R. 26 marzo 1980, n. 327, recante il Regolamento di esecuzione della l. 30 aprile 1962, n. 283, e successive modificazioni, in materia di disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande.

Esso stabilisce, all'art. 51, che il trasporto delle sostanze alimentari elencate nell'allegato C deve essere effettuato con modalità atte a garantire il mantenimento delle condizioni di temperatura fissate nell'allegato stesso.

Il citato allegato C, modificato con d.m. del Ministero della Sanità del 12 ottobre 1981, n. 716600, contiene, appunto, l'indicazione delle temperature alle quali debbono essere trasportati alcuni alimenti, tra cui i derivati del latte.

Poiché lo yogurt, alimento pacificamente presente tra quelli da distribuire mediante apparecchiature automatizzate, è un derivato del latte, si deve affermare la pertinenza della normativa *de qua*.

Nondimeno, la disciplina richiamata non impone che il trasporto di tali alimenti avvenga per mezzo di specifiche autovetture refrigerate, sicché sono possibili altre soluzioni (p.es. il trasporto degli alimenti imballati in contenitori termici), purché esse assicurino il rispetto delle temperature imposte al fine di tutelare l'igiene e la sicurezza alimentare.

Deve dunque escludersi che il disciplinare di gara, laddove non prevedeva che i mezzi di trasporto da utilizzare per il servizio dovessero possedere la certificazione ATP, limitandosi a pretendere che essi avessero una certificazione rilasciata dalla competente ASP, si ponga in contrasto con alcuna normativa applicabile.

5.3. Il ricorrente lamenta, altresì, che il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto siano tra di essi contraddittori: il secondo prevede che l'appaltatore debba "*avere il certificato sanitario dei magazzini dove viene conservata la merce e avere il certificato sanitario con la menzione di almeno tre automezzi che trasportano i prodotti con certificazione A.T.P. rilasciata -per frigo sugli automezzi- dalla MCTC*"; il primo, invece, prevede l'attribuzione di un punteggio massimo di 10

punti per il “*certificato sanitario dei locali dove vengono conservati i prodotti con dicitura ed identificazione degli automezzi autorizzati A.S.P.*”.

Tale contraddittorietà comporterebbe l’illegittimità del disciplinare di gara.

5.4. Il Collegio non può, in proposito, che richiamare l’insegnamento del Consiglio di Stato (Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2003, n. 1), secondo cui non può essere escluso un dovere di immediata impugnazione del bando di gara o della lettera di invito con riferimento a clausole, in essi contenute, che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara o della procedura concorsuale, e che comportino sostanzialmente l'impossibilità per l'interessato di accedere alla gara ed il conseguente arresto procedimentale. Fra le ipotesi sopra richiamate può, sul piano esemplificativo, essere ricompresa quella di un bando che, discostandosi macroscopicamente dall'onere di *clare loqui*, al quale, per i suoi intrinseci caratteri, ogni bando deve conformarsi, risulti indecifrabile nei suoi contenuti, così impedendo all'interessato di percepire le condizioni alle quali deve sottostare precludendogli, di conseguenza, direttamente ed immediatamente la partecipazione.

Orbene, se, come sostiene il ricorrente, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto si pongono in irrimediabile contrasto, da esso sarebbe derivata un’illegittimità da far valere mediante l’impugnazione immediata del bando, la cui illegittimità impediva agli aspiranti aggiudicatari di formulare un’offerta congrua.

In tali termini, il motivo di ricorso è inammissibile per tardività.

6. A questo punto, va esaminato il motivo di ricorso di cui alla lett. f) del § 1 delle presenti motivazioni, con il quale si fa valere l’illegittima composizione della commissione aggiudicatrice, nella quale era presente il responsabile del procedimento.

6.1. Esso è fondato.

Infatti, la nomina a membro della commissione di gara di un soggetto che contestualmente riveste la qualifica di responsabile unico del procedimento per conto della stazione appaltante contrasta con l'art. 84 comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che prescrive che i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

La disposizione è riconosciuta dalla giurisprudenza quale garanzia della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa nella gara pubblica, giacché impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea ad interferire con il giudizio di merito sull'appalto, in grado cioè di incidere sul processo formativo della volontà che ha condotto alla valutazione delle offerte potendone condizionare l'esito ed è indirizzata anche ai funzionari dell'amministrazione appaltante che predispongano gli atti della gara o ne siano comunque responsabili (cfr. da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 28 aprile 2014, n. 2191; T.A.R. Lazio – Roma, Sez. II, 18 dicembre 2012, n. 10778; cfr. T.A.R. Sardegna, Sez. I, 10 aprile 2009, n. 477);

6.2. Né può sostenersi, come fatto dalla Liomatic S.p.a., che il vizio afferente alla composizione della commissione di gara avrebbe dovuto essere fatto valere immediatamente, mediante l’impugnazione del provvedimento di nomina.

Infatti, i vizi relativi alla composizione della commissione giudicatrice possono essere utilmente fatti valere solo nel momento in cui i relativi lavori si siano completati in senso negativo per il

soggetto inciso, in tal modo ingenerando in lui l'interesse all'impugnativa, ovvero nei casi in cui si determinino comunque a carico del singolo candidato eventi idonei a determinare a suo carico definitivi arresti procedurali (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 5 giugno 2013, n. 459 e Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014, n. 2252, che hanno ritenuto che il principio di diritto in questione valga come regola generale applicabile anche ai concorsi pubblici finalizzati all'assunzione di personale).

7. In conseguenza della fondatezza del motivo di ricorso da ultimo esaminato, la quale comporta l'assorbimento di tutti gli ulteriori vizi dedotti dalla società ricorrente, debbono essere annullati il provvedimento di nomina della commissione valutatrice e dei provvedimenti successivi.

L'annullamento degli atti testé specificati dovrà comportare la ripetizione della procedura; ciò soddisfa a pieno l'interesse fatto valere dal ricorrente con l'odierno giudizio, sicché non occorre decidere sulle ulteriori domande di risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

8. Le spese del giudizio vanno poste a carico del Comune di Cosenza, soccombente.

Esse possono essere compensate tra il ricorrente e la Liomatic S.p.a., la quale non ha dato causa ai vizi accertati in questa sede contenziosa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie per quanto di ragione e, per l'effetto:

a) annulla il provvedimento di nomina della commissione valutatrice e dei provvedimenti successivi;

b) condanna il Comune di Cosenza, in persona del suo Sindaco in carica, alla rifusione, in favore di Bartolomeo Consalvo, quale titolare dell'impresa individuale C.B. Distributori Automatici, delle spese di lite, che si liquidano complessivamente nella misura di € 3.000,00, oltre al rimborso del contributo unificato e delle spese generali, IVA e CPA come per legge;

c) compensa integralmente tra Bartolomeo Consalvo, quale titolare dell'impresa individuale C.B. Distributori Automatici, e Liomatic S.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, le spese e le competenze di lite.

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Schillaci, Presidente

Nicola Durante, Consigliere

Francesco Tallaro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il **09/10/2014**

IL SEGRETARIO

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