

Le commissioni di gara sono collegi perfetti che devono operare, specie quando si tratta di scelte discrezionali, nel plenum dei loro componenti, al fine di una corretta manifestazione della volontà collegiale: può legittimamente l'amministrazione prevedere che la Commissione sia composta da soli tre membri invece di quattro.

In tema di composizione delle commissioni di gara il Consiglio di Stato con la decisione numero 3386 del 6 giugno 2006 sottolinea che:

<Il Collegio rileva che il principio per il quale le commissioni di gara devono operare come collegi perfetti, ossia nel plenum della loro composizione, non richiede necessariamente che le commissioni di gara debbano essere composte di quattro membri, potendo legittimamente l'amministrazione prevedere che la Commissione sia composta da soli tre membri.

Ciò perché la composizione della Commissione, le qualifiche possedute dai suoi componenti e gli altri elementi rilevanti per il suo funzionamento sono oggetto della *lex specialis*, e possono essere determinati dall'amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale nei limiti della ragionevolezza.

E' *ius receptum* nella giurisprudenza del Consiglio e della Sezione che la commissione giudicatrice di gare di appalto costituisce un collegio perfetto, che deve operare con il plenum, e non con la semplice maggioranza, dei suoi componenti almeno in ordine alle attività implicanti valutazioni di carattere tecnico-discrezionale, consentendosi una deroga a tale principio soltanto per le attività preparatorie, istruttorie o strumentali vincolate>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
ANNO 2003

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da COOPERATIVA SOCIALE *** A R.L. in persona del rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. prof. Stefano Neri, ed elettivamente domiciliato presso il suo studio in Roma largo Toniolo n. 16;

contro

l'ISTITUTO PER INABILI AL LAVORO "LETIZIA VERALLI GIULIO ED ANGELO CORTESI" TODI in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Ferretti ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Andrea Melucco in Roma alla via Ferdinando di Savoia n 3;

e nei confronti

dell'associazione temporanea di imprese, costituita tra la COOPERATIVA *** soc. coop. a r.l. mandante e la COOPERATIVA *** soc. coop. sociale a r.l. mandataria, non costituita;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria - n. 306 del 28/4/2003;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla camera di consiglio del 14 febbraio 2006 relatore il Consigliere Giancarlo Montedoro.

Uditi l'avv. Sanino per delega dell'avv. Neri e l'avv. Lattanzi per delega dell'avv. Ferretti;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

La società ricorrente in primo grado, la COOPERATIVA SOCIALE ***, ha impugnato gli atti con i quali è stata indetta ed aggiudicata a favore della controinteressata, la ATI ***, la gara d'appalto di servizi della Casa di Riposo Veralli Cortesi per tre anni.

Nel ricorso si formulano censure di violazione di legge ed eccesso di potere che possono essere così riassunte :

1) la Commissione di gara si sarebbe riunita in violazione del principio del collegio perfetto giacché pur se composta da quattro membri avrebbe sempre operato con tre componenti;

2) il punteggio attribuito alla ricorrente in relazione alla certificazione di qualità sarebbe stato ingiusto;

3) altrettanto sarebbe a dirsi per il requisito delle specifiche esperienze lavorative nel settore delle residenze per anziani;

4) del pari sarebbe ingiusto il punteggio attribuito per quanto attiene al requisito della disponibilità di una struttura alternativa nell'ipotesi di ristrutturazione della sede della casa di riposo per la cui gestione si contende.

Il Tar, con la sentenza impugnata, ha respinto il ricorso.

Appella la COOPERATIVA ***.

Resiste l'amministrazione.

D I R I T T O

L'appello è infondato.

Con il primo motivo di appello la cooperativa appellante censura la sentenza impugnata in quanto ha ritenuto infondata la doglianza relativa all'illegittimità della composizione della Commissione di gara sulla base della deliberazione n. 149 del 2001 dell'Istituto ai sensi della quale si era stabilito che "l'organo sarebbe stato validamente composto di soli tre componenti".

Ciò in quanto la cooperativa ricorrente, pur avendo impugnato nel ricorso la delibera predetta non aveva sollevato, avverso di essa, specifiche censure.

L'appello fa presente che la cooperativa con il ricorso di primo grado aveva impugnato la delibera predetta, limitatamente alla parte in cui si è stabilita la validità della Commissione composta da tre anziché da quattro membri nel caso di rinuncia di un membro.

Tale censura era stata mossa, come evidenziato, per la violazione del principio del collegio perfetto.

Le commissioni di gara sono collegi perfetti che devono operare, specie quando si tratta di scelte discrezionali, nel plenum dei loro componenti, al fine di una corretta manifestazione della volontà collegiale.

La deliberazione n. 149/2001 consentirebbe alla commissione di operare senza la presenza di un collegio perfetto, con tre membri invece di quattro.

Inoltre, anche nel merito, una volta decisa la composizione della commissione, in autovincolo, l'amministrazione non poteva consentire che la commissione operasse senza uno dei suoi membri, non avendo disposto dopo la rinuncia del dott. Perelli, Presidente e membro della Commissione alcuna nomina di altro Presidente.

Il Collegio rileva che il principio per il quale le commissioni di gara devono operare come collegi perfetti, ossia nel plenum della loro composizione, non richiede necessariamente che le commissioni di gara debbano essere composte di quattro membri, potendo legittimamente l'amministrazione prevedere che la Commissione sia composta da soli tre membri.

Ciò perché la composizione della Commissione, le qualifiche possedute dai suoi componenti e gli altri elementi rilevanti per il suo funzionamento sono oggetto della *lex specialis*, e possono essere determinati dall'amministrazione nell'esercizio del suo potere discrezionale nei limiti della ragionevolezza.

E' *ius receptum* nella giurisprudenza del Consiglio e della Sezione che la commissione giudicatrice di gare di appalto costituisce un collegio perfetto, che deve operare con il plenum, e non con la semplice maggioranza, dei suoi componenti almeno in ordine alle attività implicanti valutazioni di carattere tecnico-discrezionale, consentendosi una deroga a tale principio soltanto per le attività preparatorie, istruttorie o strumentali vincolate (C. Stato, sez. VI, 27-12-2000, n. 6875 ; C. Stato, sez. IV, 07-07-2000, n. 3819).

Il tenore concreto della delibera n. 149/2001 poi esclude la fondatezza delle doglianze dell'appellante, la delibera infatti contiene la nomina dei componenti della commissione di gara e prevede, per evidenti ragioni di celerità, speditezza ed economicità dell'azione amministrativa, che in caso di rinuncia di uno dei componenti nominati, la commissione sarà lo stesso validamente composta da soli tre membri.

La delibera n. 149/2001 ha previsto quindi una composizione del collegio perfetto a quattro membri nell'ipotesi di accettazione delle nomine non seguita da alcuna rinuncia, nonché una ipotesi subordinata, di funzionamento della commissione con un collegio a tre membri, nel caso di rinuncia da parte di uno dei membri nominati.

L'ipotesi della necessità della sostituzione scattava, quindi, per espressa scelta della *lex specialis* nel solo caso di rinuncia da parte di due membri, dovendo allora reintegrarsi la commissione fino al numero minimo di tre membri.

Nel caso di specie la *lex specialis* della gara ha fin dall'inizio previsto che la commissione potesse operare con tre membri e , quindi, non deriva alcuna illegittimità dal verificarsi di quest'ipotesi.

Quanto poi alla mancanza della nomina del Presidente, giova rilevare che, nella specie, nessuna concreta doglianza può muoversi all'Amministrazione che ha previsto che la commissione potesse operare validamente con tre membri anche nell'ipotesi di rinuncia da parte del Presidente.

Ne deriva il rigetto del primo motivo di appello.

Con il secondo motivo di appello si censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto infondate le censure avanzate con il terzo e quarto motivo del ricorso originario, in quanto sarebbe logico il criterio dei "fatturati" utilizzato dall'amministrazione.

Rileva l'appellante che i criteri di aggiudicazione della gara sono stati analiticamente stabiliti dall'Istituto Veralli Cortesi, in sede di capitolato d'appalto, laddove per il requisito della "specializzazione nel settore" (*recius*: esperienza pregressa) si è fatto riferimento, quale elemento predominante di valutazione alla fornitura dei servizi socio-sanitari.

Tale parametro – si rileva – è stato ribadito dalla Commissione di gara in sede di apertura della seduta del 9 gennaio 2002, seduta dedicata alla predeterminazione e specificazione dei criteri di aggiudicazione.

In nessuna occasione la Commissione avrebbe prestabilito , quale parametro per valutare l'esperienza pregressa , l'elemento del fatturato.

Conseguentemente , erronea sarebbe la valutazione dell'esperienza pregressa sulla base di tale elemento.

Inoltre non vi sarebbe alcuna scorporazione dal fatturato delle attività rese nel settore ritenuto dall'amministrazione predominante (servizi socio –assistenziali) rispetto ad altri ritenuti secondari (pulizia ecc.).

Inoltre non si sarebbe tenuto conto del fatto che la ditta aggiudicataria avrebbe subappaltato i servizi collaterali (pulizia ecc.).

Il Collegio rileva che i vizi di cui al terzo e quarto motivo di ricorso sono stati denunciati senza riferimento esplicito all'erroneità della valutazione dell'elemento del fatturato, emerso solo in corso di giudizio e fatto oggetto di motivo specifico solo in sede di appello.

L'insegnamento costante del Consiglio (ex plurimis C. Stato, sez. V, 16-10-2001, n. 5471; C. Stato, sez. IV, 29-10-2002, n. 5950) è nel senso che sono inammissibili, per il principio del divieto di ius novorum, le censure concretanti «motivi nuovi» dedotti per la prima volta in appello.

Come è noto (ex plurimis Cons. giust. amm. sic., sez. giurisdiz., 03-06-1999, n. 221; C. Stato, sez. IV, 29-10-2002, n. 5950) il principio del divieto di motivi nuovi in appello - di cui all'art. 345 c.p.c. - attiene ai soli motivi di ricorso, e non alle eccezioni rilegabili di ufficio, come quelle attinenti l'ammissibilità dell'impugnativa.

Nella specie non può dubitarsi che la questione dell'irragionevolezza del fatturato come elemento/parametro di giudizio da utilizzarsi per la valutazione delle esperienze pregresse dovesse essere dedotta in modo specifico dal ricorrente, con il ricorso originario.

Tuttavia , nel merito, il Collegio ritiene che l'elemento del fatturato sia stato valorizzato in modo ragionevole e, peraltro, non esclusivo, al fine di valutare le c.d. esperienze pregresse.

In particolare non è contestato che il verbale del 26 gennaio 2002 n. 3 assegna a tutti i concorrenti la metà del punteggio massimo previsto per le c.d. "esperienze pregresse" ossia 4,5 e poi i restanti 4,5 punti in proporzione al fatturato di ciascuna.

Impinge nel merito la pretesa di vedere valutata in sede giurisdizionale come migliore la propria offerta sulla base della semplice considerazione del possesso di specifiche esperienze operative del settore , peraltro nel motivo di ricorso nemmeno comparate a quelle della ditta aggiudicataria.

Il criterio utilizzato – del fatturato – è, invece, concreto ed oggettivo, come tale ritenuto legittimo anche dal giudice di primo grado, mentre la pretesa di vedere sottovalutata la esperienza pregressa della ditta aggiudicataria per il solo fatto che essa aveva deciso di subappaltare i servizi collaterali contrasterebbe con la legittimità , per la giurisprudenza comunitaria, non solo del principio dell'avvalimento (di recente introdotto dal codice degli appalti in recezione dell'acquis communautaire), ma anche del subappalto.

Inoltre non vi è stata alcuna determinazione di subappaltare alcun segmento dei servizi predominanti da parte dell'aggiudicataria che , in tal modo , ha dimostrato di possedere esperienze tali da poter svolgere gli stessi direttamente.

Ne deriva il rigetto del secondo motivo di appello.

Con il quarto motivo di appello che si tratta prima del terzo per questioni di congruità logica, si rileva che la ditta aggiudicataria, a fronte della offerta dell'appellante di una struttura alberghiera fuori Todi, ha offerto una struttura in Todi, che, oggettivamente, determinerebbe meno disagio per gli anziani ospiti della Casa di Riposo, in caso di trasferimento per ristrutturazione della Casa di riposo.

Non è irragionevole, quindi, la differente valutazione delle struttura operata dalla Commissione.

Ne deriva il rigetto del quarto motivo di ricorso.

Con il terzo motivo di appello, da trattarsi per ultimo nell'ordine logico delle questioni, la cooperativa ricorrente censura la sentenza nella parte in cui ha rigettato il secondo motivo del

ricorso introduttivo del giudizio di primo grado relativo all'illogicità ed illegittimità della valutazione del certificato di qualità.

L'art. 15 punto 2 del capitolato stabilisce genericamente la necessità per la Commissione di valutare le certificazioni prodotte.

Nell'ambito di tali valutazioni è necessario, secondo gli insegnamenti giurisprudenziali, che l'amministrazione consideri le misure equivalenti fornite dagli appaltatori.

Nel caso di specie la cooperativa *** è inserita nell'elenco dei soggetti in possesso dei requisiti necessari per poter procedere alla stipula di convenzioni con le aziende sanitarie locali, come certificato dalla delibera G.R. n. 1009/2001, tale elemento seppur non espressamente richiesto doveva essere valutato.

Inoltre l'attribuzione di 17 punti per la certificazione in luogo dei 18 punti prestabiliti dalla Commissione violerebbe i criteri di aggiudicazione stabiliti in autolimitate.

La mancata valutazione della abilitazione a convenzionarsi con aziende sanitarie locali non era – come ammesso dalla stessa appellante - elemento richiesto del bando e quindi la commissione non era tenuta a valutarlo in modo specifico, non trattandosi di requisito fatto valere in sostituzione del certificato di qualità (l'appellante ha regolarmente prodotto la certificazione ISO 9002-1994 diversa da quella richiesta dal bando ISO 9001-2000).

Quanto poi alla mancata attribuzione di 17 punti in luogo di 18 la censura in ogni caso, per la prova di resistenza, non risulta decisiva, per cui, su di essa può dichiararsi l'inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di interesse; comunque, nel merito, essa non è fondata, in quanto la commissione ha attribuito 18 punti a imprese in possesso della certificazione ISO 9001-1994 (maggiormente congruente alla certificazione ISO 9001-2000 richiesta dal bando di gara) ed ha assegnato comunque 17 punti all'impresa appellante per la certificazione ISO 9002-1994 ritenuta evidentemente meno pertinente con giudizio tecnico insindacabile in questa sede, perché non specificamente impugnato.

Sussistono giusti motivi, in relazione alla complessità della vicenda, per compensare le spese di questo grado del giudizio.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese di questo grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 14 febbraio 2006 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez.VI -,
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - il...06/06/2006