

N. 00933/2012 REG.PROV.COLL.
N. 07223/2007 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7223 del 2007, proposto da:

Cooperativa Sociale Servizio Psico Socio Sanitario Onlus, rappresentata e difesa dagli avv. Claudio Castaldi e Tommaso Di Nitto, con domicilio eletto presso l'avv. Tommaso Di Nitto in Roma, via Taranto, 58;

contro

Comune di Roma, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Brigato e Pier Ludovico Patriarca, domiciliato per legge in Roma, via Tempio di Giove, 21;

nei confronti di

Un Sorriso Onlus Coop Sociale A Rl, Cooperativa Romana di Solidarieta';

per l'annullamento

AGGIUDICAZIONE DELLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO TERRITORIALE DI UNITA' MOBILI E CALL CENTER- RINNOVO E RIORDINO DELLA SALA OPERATIVA SOCIALE (SOS)- RISARCIMENTO DANNI-23 BIS

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2011 il dott. Salvatore Mezzacapo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In relazione al rinnovo ed al riordino della Sala operativa sociale, il Comune di Roma ha indetto con determina dirigenziale pubblicata il 12 febbraio 2007 una gara per l'affidamento del servizio territoriale di unità mobili diviso in 5 lotti, ciascuno corrispondente ad una ASL romana con i rispettivi Municipi di appartenenza per un totale complessivo di euro 950.460,00, IVA inclusa (euro 190.092,00 per ciascun lotto), del servizio notturno di unità mobili, con un solo lotto di riferimento, per un totale complessivo di euro 710.677,00, IVA inclusa e centrale operativa – servizio call center, relativa al servizio territoriale di unità mobili diurno. Il bando ha suddiviso i 100 punti attribuibili in 20 per esperienza e competenza nel settore, 20 per risorse professionali impiegate, 30 per qualità e fattibilità del progetto e 30 per disponibilità a proporre elementi di potenziamento del servizio.

La odierna ricorrente ha quindi prodotto domanda di partecipazione per il servizio territoriale di unità mobili diurno della ASL RM E, in pratica il lotto n, 5.

E' stata quindi nominata la commissione di gara, in numero di sei componenti, la quale ha individuato elementi di valutazione dei quattro criteri per l'attribuzione del punteggio previsti dal bando senza tuttavia determinare il peso, all'interno del massimo punteggio attribuibile a quel criterio, di ciascun elemento previsto.

L'offerta prodotta dalla ricorrente ha quindi ricevuto 66 punti, così composti: 15 punti per esperienza dell'organismo, 15 punti per risorse professionali, 20 punti per qualità e fattibilità del progetto e 16 punti per potenziamento del servizio, mentre alla controinteressata cooperativa Un Sorriso onlus sono stati attribuiti 80 punti complessivi (13 per esperienza dell'organismo, 16 per risorse professionali, 23 per qualità e fattibilità del progetto e 28 per potenziamento del servizio). Il servizio di che trattasi è stato quindi assegnato all'aggiudicataria ATI Un Sorriso.

Avverso la detta aggiudicazione, i verbali di gara, la determina dirigenziale di nomina della commissione di gara ed ogni altro presupposto e connesso è dunque proposto il presente ricorso a sostegno del quale si deduce innanzitutto violazione dell'avviso di selezione ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. In sostanza la ricorrente lamenta che il punteggio alla stessa attribuito mal si adatta al contenuto dell'offerta presentata. In secondo luogo si deduce violazione dell'art. 86 comma 3 bis del codice degli appalti ed ancora eccesso di potere sotto più profili nel senso che la offerta della aggiudicataria è incompatibile con le prescrizioni del bando ed avrebbe dovuto essere conseguentemente esclusa dalla procedura. Quindi, con il terzo motivo di ricorso, la ricorrente lamenta la mancata individuazione da parte della commissione di gara, all'atto della definizione della griglia in cui contrassegnare gli elementi dell'offerta, del peso di ciascuno degli elementi individuati. Infine, è denunciata, con il quarto motivo di ricorso, la illegittima costituzione della stessa commissione di gara in quanto composta di sei membri più un segretario verbalizzante e quindi in numero pari, in violazione dei principi di imparzialità e buon andamento.

La ricorrente formula infine richiesta di risarcimento del danno, in quanto secondo classificata cui la gara avrebbe dovuto essere aggiudicata, nel senso che venga dichiarato il suo diritto ad aggiudicarsi la detta gara ovvero, in via

subordinata, che venga alla stessa corrisposto un risarcimento per equivalente del danno calcolabile nella misura di almeno il 30% dell'importo complessivo dell'appalto, pari cioè ad euro 57.027,60.

Si è costituito in giudizio il Comune di Roma il quale rileva che l'affidamento del servizio di cui è questione è comunque relativo al periodo 16 giugno 2007 – 15 giugno 2008, per come comprovato da convenzione stipulata tra l'amministrazione e l'aggiudicataria. Nel merito del ricorso, ne afferma la infondatezza concludendo perché lo stesso venga respinto.

Alla pubblica udienza del 13 dicembre 2011 il ricorso viene ritenuto per la decisione.

Il ricorso è fondato nei limiti di seguito meglio precisati.

Premesso che è rimesso alla discrezionalità dell'organo giudicante l'ordine con il quale intenda procedere alla valutazione delle questioni sottoposte al suo esame, rileva il Collegio come, in particolare nel processo amministrativo di tipo impugnatorio, nell'affrontare le diverse questioni prospettate dal ricorrente, il giudice adito deve procedere, nell'ordine logico, preliminarmente all'esame di quei motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento impugnato (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 5 settembre 2006, n. 5108).

Nella specie, in presenza di censure che involgono la legittimità della intera procedura ovvero della sua stessa fase di avvio (in primis, quella inerente la stessa composizione della commissione di gara), si impone - appunto sul piano logico - l'esame prioritario di dette censure. .

Il quarto motivo di ricorso con cui si deduce appunto la illegittima composizione in numero pari (sei componenti) della commissione di cui trattasi è fondato.

Si è ritenuto in giurisprudenza che le commissioni giudicatrici delle gare indette per l'aggiudicazione di appalti con la Pubblica Amministrazione devono essere necessariamente composte da un numero dispari di membri

onde assicurare la funzionalità del principio maggioritario, con la conseguenza che è illegittima, con effetti viziati dell'intero procedimento, la commissione che opera con la partecipazione di un numero pari di membri (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2007, n. 5502, riferita generalmente ai collegi amministrativi, quali sono le commissioni di gara, ma anche Cons. Stato, II Sezione, 12 luglio 1995, n. 1772; 27 settembre 1989, n. 894).

Del resto, le disposizioni in tal senso rinvenibili nella disciplina delle procedure di gara è essa stessa espressione di un principio, immanente nell'ordinamento generale, che trascende il settore degli appalti in senso proprio. Ci si riferisce al(l'infondato) rilievo dell'amministrazione resistente che ritiene non applicabile la regola della composizione delle commissioni in numero dispari non trattandosi appunto nella specie di un appalto in senso proprio.

In sostanza, alla luce della giurisprudenza più recente, l'ipotesi che un organo collegiale possa anche essere formato da un numero pari di componenti pare da abbandonare, soprattutto con riferimento ai collegi che devono operare con tutti i loro componenti per mantenere integra la tecnicità garantita dall'apporto di diverse esperienze scientifiche o professionali, in coerenza con un'impostazione dell'agire amministrativo improntato ai caratteri, cui si ispira la stessa scelta di investire di una determinata competenza un organo a composizione collegiale, dell'efficienza, efficacia, economicità e celerità. Da questo punto di vista, non sembrano necessari particolari percorsi argomentativi per giustificare l'affermazione secondo cui risulta decisamente più funzionale ad un logica amministrativa moderna assicurare, tramite la previsione di un numero dispari di membri, la formazione a maggioranza, all'interno del collegio, di una volontà che si traduca in una determinazione univoca imputabile all'organo, piuttosto che rischiare una paralisi del medesimo cui porre

rimedio attraverso dispendiose, anche dal punto di vista temporale, iniziative sostitutive (cfr. Cons. Stato, V Sezione, 2 novembre 2009 n. 6713).

La illegittima composizione della commissione di cui trattasi vizia quindi l'intera procedura poiché vizia l'operato della stessa, con conseguente illegittimità degli atti adottati, ivi compresa la contestata ed avversata aggiudicazione. Ma il detto accertamento è pure preclusivo dell'esame delle censure con cui la ricorrente lamenta, in buona sostanza, l'erroneità del punteggio ad essa attribuito ovvero la mancata esclusione della aggiudicataria trattandosi di attività condotte da un organo collegiale illegittimamente costituito.

Ne consegue per questa via l'accoglimento del ricorso e l'annullamento degli atti tutti di gara.

Ma tuttavia il servizio di cui è questione è da tempo concluso, essendo stato lo stesso espletato nell'arco di tempo dal 16 giugno 2007 al 15 giugno 2008. L'annullamento degli atti di gara alcuna conseguenza produce, quindi, sul servizio poiché appunto già compiutamente definito.

Residua allora di valutare la pretesa risarcitoria di parte ricorrente. Al riguardo, resta escluso ogni ambito di risarcimento in forma specifica poiché il servizio è stato compiutamente espletato ed il risarcimento va riferito ai criteri valevoli per il risarcimento per equivalente.

Anche nella forma del risarcimento per equivalente va tuttavia esclusa la risarcibilità del danno che la ditta ricorrente intenderebbe riferire alla mancata aggiudicazione di una gara che la stessa assume spettarle. Infatti, la rilevata illegittimità della composizione della commissione esclude in radice che la gara potesse essere legittimamente aggiudicata tanto alla ricorrente che alla controinteressata.

Va invece nella specie ritenuto correttamente prospettabile il risarcimento per perdita di "chance" posto che il concetto di "perdita di chance di

successo" riposa sull'inconoscibilità "ex ante" del futuro esito della procedura, essendo irrilevante ai fini di che trattasi la materiale impossibilità di esperire nuovamente la gara(cfr. C.d.S. 11/1/2006, n. 36 Sez. V).

Alla detta voce di danno occorre poi aggiungere quanto spettante a titolo di c.d. "interesse negativo", con riguardo cioè alle spese sopportate per la partecipazione alla gara, per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di aggiudicazione.

Le due indicate voci di danno, avuto riguardo al costo del servizio per il lotto in questione, quantificato in euro 190.092,00, possono essere dal Collegio liquidate in via equitativa in complessi euro 10.000,00

Su detta somma compete la rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, trattandosi di debito di valore, con decorrenza dalla data del provvedimento di aggiudicazione fino al deposito della presente decisione; sulla somma così rivalutata si computeranno gli interessi legali calcolati esclusivamente dalla data di deposito della presente decisione fino all'effettivo soddisfo (cfr. in questo senso Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144).

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna il Comune di Roma al risarcimento del danno in favore della ricorrente, nella misura di euro 10.000,00 (diecimila/00) oltre rivalutazione ed interessi legali come in motivazione, nonché alla refusione delle spese processuali liquidate in euro 2.000,00 (duemila)

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2011

con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Salvatore Mezzacapo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2012

IL SEGRETARIO

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