

Il principio di continuità delle gare pubbliche è un principio meramente tendenziale, ben suscettibile di deroga laddove esistano circostanze oggettive, non necessariamente richiamate nei verbali, che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e “par condicio” più volte invocati dalla medesima società ricorrente, una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell’oggetto di gara e ai requisiti richiesti

Il soggetto escluso da una procedura per avere titolo a ricorrere al Tar, deve dimostrare di poter trarre un reale vantaggio dall’annullamento della mancata esclusione dell’altro concorrente o dell’aggiudicazione ad esso conferita; le valutazioni tecniche, per la loro discrezionalità, devono precedere e non seguire l’esame delle offerte economiche per un corretto svolgimento della procedura di gara; il rispetto dei principi di buon andamento e “par condicio” impongono una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell’oggetto di gara e ai requisiti richiesti

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 4657 del 25 luglio 2006 merita di essere segnalata per i numerosi importanti insegnamenti in essa contenuti in tema di procedure ad evidenza pubblica:

in prima battuta si evince un importante principio in merito all’obbligo o meno in capo all’amministrazione, di richiedere chiarimenti in merito all’offerta presentata:

<Si sostiene che la Commissione avrebbe dovuto chiedere chiarimenti sulle incompletezze registrate; in contrario il Collegio osserva che trattasi di una mera facoltà che comunque non era necessario esercitare poiché le dichiarazioni inerenti all’offerta tecnica erano sufficientemente chiare per essere valutate alla stregua della normativa di gara; pertanto consentire a termini scaduti una loro rettifica avrebbe rappresentato nella specie un’alterazione di elementi fondamentali assoggettati al principio della par condicio tra concorrenti alla stregua della normativa di gara>

successivamente merita soffermarsi sulle problematiche relative all’interesse tutelato dalla legge, concesso alle imprese che vengono escluse da una procedura ad evidenza pubblica:

<Occorre tener presente che questo Consiglio ha in più occasioni avuto modo di chiarire come il soggetto che sia stato legittimamente escluso da una procedura concorsuale non abbia alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti o ad impugnare l’aggiudicazione ad altri, in quanto dall’annullamento della mancata esclusione dell’altro concorrente o dell’aggiudicazione ad esso conferita lo stesso non potrebbe ricavare alcun concreto vantaggio; l’esclusione legittima conclude, infatti, per l’aspirante, il procedimento di gara, e la sua posizione, rispetto al bene della vita su cui verte la procedura, non assume altra configurazione che quella di interesse di mero fatto, del tutto priva di rilevanza e tutela giuridica .

Ma tale principio non ha un valore assoluto, dovendo esso adeguarsi alle varie evenienze che in concreto possono presentarsi in materia di appalti pubblici. Così è stato ritenuto, nel caso di tre partecipanti, che l’interesse strumentale di una ditta esclusa alla rinnovazione integrale della gara in tanto può in concreto profilarsi in quanto anche le altre due partecipanti alla gara, oltre la ricorrente originaria, dovessero essere escluse in base alle censure dedotte

Parimenti, nell’ipotesi di una procedura alla quale abbiano partecipato due soli concorrenti, è stato riconosciuto l’interesse di ciascuno, anche se nella condizione di non poter conseguire l’appalto, di vederne annullata l’aggiudicazione disposta in favore dell’altro concorrente, dato l’onere della P.A. di indire un nuovo confronto competitivo alla quale egli può partecipare con la chance di aggiudicarsela

>

Ma non solo. Importante è tener presente la cronologia di esame delle valutazioni tecniche rispetto a quelle economiche:

<Né è stato in qualche modo violato il principio secondo cui le valutazioni tecniche, per la loro discrezionalità, devono precedere e non seguire l'esame delle offerte economiche per un corretto svolgimento della procedura di gara, al fine di evitare il rischio o anche il semplice sospetto di sviamenti, come del resto previsto dall'art. 91 D.P.R. 21.12.1999 n. 554 (di attuazione della L. n. 109/1994) e ribadito anche da questo Consiglio in applicazione dei principi di trasparenza ed imparzialità Principio che nel caso in esame è stato osservato>

ed infine: una procedura può anche protrarsi per quattro sedute in quanto:

<il principio di continuità delle gare pubbliche è un principio meramente tendenziale, ben suscettibile di deroga laddove esistano circostanze oggettive, non necessariamente richiamate nei verbali, che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e "par condicio" più volte invocati dalla medesima società ricorrente, una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell'oggetto di gara e ai requisiti richiesti>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6690/2005, proposto da \*\*\*\* SPA

rappresentata e difesa dagli avv.ti Innocenzo Militerni e Massimo Militerni con domicilio eletto in Roma via F.S. Nitti, n. 11 presso

lo studio Gagliardi- Militerni;

CONTRO

- il COMUNE di TRINO rappresentato e difeso dagli avv.ti Ludovico Szego e Mario Contaldi con domicilio eletto in Roma via Pierluigi da Palestrina, n. 63 presso l'avv. Mario Contaldi;

- la soc. \*\*\*\* S.P.A. rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Vitale e Salvatore Napolitano con domicilio eletto in Roma, via Zara, n. 16 presso l'avv. Salvatore Napolitano;

per la riforma

della sentenza del TAR PIEMONTE - TORINO: Sezione II n. 1307/2005, resa tra le parti, concernente PUBBLICO INCANTO PER SERVIZIO DI RISTORAZIONE SCOLASTICA-RISARCIMENTO DANNO;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del COMUNE di TRINO e la Soc. \*\*\*\* S.P.A.

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza istruttoria di questa Sezione n. 1/2006;

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 31 marzo 2006, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati G. Bianco e R. Ricci su delega rispettivamente degli avvocati Militerni e Contaldi;

Visto il dispositivo di decisione n. 241/2006

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto;

#### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata, il TAR Piemonte ha respinto il ricorso (e motivi aggiunti) proposto dalla società \*\*\*\* avverso il provvedimento di esclusione della medesima dalla gara per l'appalto della gestione del servizio di ristorazione d'interesse del comune di Trino e relativi atti di gara; nonché avverso la mancata esclusione dalla gara della società \*\*\*\*, aggiudicataria della gara.

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la società \*\*\*\*, deducendo quanto segue:

- i criteri ed i parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsti dalla disciplina di gara erano piuttosto generici per cui occorreva una motivazione particolarmente diffusa, il che non era avvenuto nella specie;
- la riprova dell'insufficienza della motivazione si desumereva dai giudizi espressi dalla commissione che si limitavano a mere asserzioni di stile;
- la ditta \*\*\*\* doveva essere esclusa dalla gara in quanto non aveva osservato l'art. 8 del bando di gara sulle modalità di presentazione delle offerte;
- il procedimento di gara era stato svolto con indebita frammentazione, con violazione del principio di continuità delle operazioni di gara;
- la commissione di gara non aveva specificato nei verbali le cautele osservate per garantire la custodia e la segretezza della documentazione presentata dai partecipanti alla gara.

Ha concluso chiedendo il risarcimento del danno subito.

Si sono costituiti in giudizio il comune di Trino e la società \*\*\*\*, che hanno chiesto il rigetto dell'appello.

In particolare, la Società resistente ha rilevato che le censure avverso l'aggiudicazione dell'appalto a suo favore dovevano considerarsi inammissibili una volta ritenuta legittima l'esclusione dalla gara della ricorrente.

Con ordinanza n. 1/2006, questa Sezione ha disposto incombrenti istruttori a carico del comune di Trino, che ha depositato in atti la relativa documentazione.

Com memoria conclusiva l'appellante, ha insistito sul fatto che l'aggiudicataria non aveva inserito l'offerta economica nel plico B e ciò era sufficiente per disporre l'esclusione dalla gara in quanto in tal modo avrebbe potuto modificare la propria offerta.

3. Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 31.3.2006.

4. L'appello è infondato.

4.1. Contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante l'esclusione della medesima dalla gara è stata adeguatamente motivata in relazione ai criteri ed ai parametri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsti dalla disciplina di gara.

Il Collegio non ha motivi per discostarsi dall'orientamento prevalente di questo Consiglio in base al quale la sufficienza della valutazione espressa con voto numerico dalla commissione di gara presuppone una predeterminazione di criteri di valutazione precisi e puntuali, solo in presenza dei quali è consentito prescindere da una motivazione giustificatrice del punteggio numerico (V. le decisioni di questo Consiglio, Sez. IV, 22 maggio 2000 n. 2924; sez. V, 6 ottobre 2003 n. 5899 e 29 novembre 2005 n. 6759; sez. VI, 10 gennaio 2003 n. 67 e 22 marzo 2004, n. 1458).

4.1.1. Nella specie sussistevano criteri sufficientemente precisi per valutazione delle offerte. Invero, erano previsti punti 65 per gli aspetti qualitativi e punti 35 per gli aspetti economici e con l'esclusione delle offerte che non avessero raggiunto almeno punti 39 nella valutazione degli aspetti qualitativi. Era prevista poi una specifica formula per l'attribuzione del punteggio economico e una ulteriore suddivisione dei 65 punti massimi da attribuirsi per gli elementi qualitativi, in due sottoaree per punti 60 e punti 5.

Il Capitolato speciale di appalto, poi, precisava la suddivisione dei parametri oggettivi di riferimento, specificando all'art. 8 come suddividere il punteggio relativo alle due sottoaree (punti 60 e punti 5), richiedendo in ordine alla prima relativa alla qualità dei prodotti e delle materie prime offerti e dal sistema di produzione e distribuzione dei pasti: a) relazioni dettagliate sui prodotti agricoli da culture biologiche impiegati e sulla percentuale di riduzione dei valori limite al di sotto della soglia di legge, per 15 punti massimi attribuibili, ripartiti, a loro volta, secondo una dettagliata tabella contenente l'indicazione delle singole tipologie più comuni di frutta e verdura e del singolo punteggio di riferimento; b) relazione qualitativa sui prodotti utilizzati nel piano dietetico dei menù, con indicazione di quali prodotti saranno acquistati presso aziende locali, per 5 punti massimi attribuibili; c) relazione riguardante quattro aspetti organizzativi del servizio quali: 1. il piano di manutenzione straordinaria e ordinaria dei centri cottura/refezione e delle attrezzature messe a disposizione della ditta per la gestione del servizio, 2. l'organizzazione complessiva del processo di produzione dei pasti, 3. la gestione degli imprevisti, 4. il programma di manutenzione relativo alle attrezzature esistenti nei centri cottura/refezione, per 22 punti massimi attribuibili, suddivisi, a loro volta, in quattro sottopunteggi secondo specifica tabella; d) relazioni sugli organici e sull'organizzazione del personale, per 13 punti massimi attribuibili secondo apposita tabella; e) relazione sui servizi aggiuntivi.

Per la seconda sottoarea (punti 5) era specificata con sufficiente completezza la modalità di redazione e conseguente valutazione della richiesta relazione.

4.1.2. Inoltre, la commissione ha accompagnato i vari punteggi assegnati con sintetici ma significativi rilievi. Per cui la relativa valutazione negativa deve ritenersi adeguatamente giustificata.

Né investono la valutazione complessiva effettuata dalla commissione, in relazione ai singoli aspetti da esaminare, le varie contestazioni formulate nell'appello. Ad esempio con riferimento al punto 1 del verbale, l'appellante osserva che non sarebbe sufficiente per l'attribuzione di un punteggio minimo la

manca delle schede relative ai prodotti utilizzati, dimenticando che la commissione ha ritenuto la relativa relazione non solo incompleta ma anche generica; con riferimento al punto 3, si sostiene che non sarebbe giustificabile una differenza di punteggio con l'aggiudicataria di tre punti avendo anch'essa menzionato le aziende locali presso cui rifornirsi, omettendo di considerare che la Commissione ha rilevato solo una parziale evidenziazione qualitativa dei prodotti, mentre l'aggiudicataria aveva presentato in dettaglio le schede tecniche riguardanti i singoli prodotti alimentari; con riferimento al punto 4, l'appellante contesta la differenza di punteggio di 7 punti rispetto all'appellata considerando che la relazione dell'istante era stata giudicata sufficientemente completa, ma obliando che tale giudizio concerne solo la manutenzione straordinaria, mentre per l'aggiudicataria a parte il giudizio di ampia soddisfazione sia per la manutenzione straordinaria che per quella ordinaria, viene rimarcato il carattere di studio/progetto della relazione con gli specifici aspetti considerati.

4.2. Di conseguenza, l'esclusione dell'istante risulta adeguatamente motivata.

4.3. Le ulteriori doglianze concernono lo svolgimento del procedimento di gara che si è concluso con l'aggiudicazione a favore della società \*\*\*\*.

4.3.1. Al riguardo va disattesa, con le precisazioni che seguono, l'eccezione dell'aggiudicataria secondo cui le censure avverso l'aggiudicazione dell'appalto a suo favore sarebbero inammissibili una volta ritenuta legittima l'esclusione dalla gara della ricorrente.

Occorre tener presente che questo Consiglio ha in più occasioni avuto modo di chiarire come il soggetto che sia stato legittimamente escluso da una procedura concorsuale non abbia alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti o ad impugnare l'aggiudicazione ad altri, in quanto dall'annullamento della mancata esclusione dell'altro concorrente o dell'aggiudicazione ad esso conferita lo stesso non potrebbe ricavare alcun concreto vantaggio; l'esclusione legittima conclude, infatti, per l'aspirante, il procedimento di gara, e la sua posizione, rispetto al bene della vita su cui verte la procedura, non assume altra configurazione che quella di interesse di mero fatto, del tutto priva di rilevanza e tutela giuridica (sez. IV n. 104 del 16.2.1987, sez. VI n. 5442 del 10.10.2002, Sez. V n. 5558 del 12.8.2004).

Ma tale principio non ha un valore assoluto, dovendo esso adeguarsi alle varie evenienze che in concreto possono presentarsi in materia di appalti pubblici. Così è stato ritenuto, nel caso di tre partecipanti, che l'interesse strumentale di una ditta esclusa alla rinnovazione integrale della gara in tanto può in concreto profilarsi in quanto anche le altre due partecipanti alla gara, oltre la ricorrente originaria, dovessero essere escluse in base alle censure dedotte (V. la decisione di questa Sezione n. 1589 del 29.3.2006). Parimenti, nell'ipotesi di una procedura alla quale abbiano partecipato due soli concorrenti, è stato riconosciuto l'interesse di ciascuno, anche se nella condizione di non poter conseguire l'appalto, di vederne annullata l'aggiudicazione disposta in favore dell'altro concorrente, dato l'onere della P.A. di indire un nuovo confronto competitivo alla quale egli può partecipare con la chance di aggiudicarsela (V. la decisione di questa Sezione n. 2095 del 14.4.2006).

4.3.2. Peraltro anche tali ulteriori doglianze formulate dall'appellante sono infondate.

4.3.2.1. Non può condividersi innanzitutto il rilievo secondo cui la Ditta aggiudicataria doveva essere esclusa a sua volta, perché aveva presentato l'offerta economica in busta, sia pure debitamente chiusa e sigillata, non inserita all'interno del plico "B", come prescritto dall'art. 8 del Titolo primo del bando di gara, ma al suo esterno.

Così facendo, la ditta in questione avrebbe potuto procedere ad una successiva modifica della busta, e dell'offerta, nelle more fra la valutazione dell'offerta tecnica e di quella economica.

Deve osservarsi che sul punto questa Sezione ha disposto specifica istruttoria, che è stata adempiuta dal Comune.

Come osservato anche dal Comune di Trino, dalla lettura del verbale della seduta del 21 giugno 2004, risulta che la busta contenente l'offerta economica era "integra" ed è stata aperta solo nella seduta del 29 giugno 2004.

Tale risultato è stato confermato dall'esame diretto della busta, che si presenta tuttora integra e sigillata (con le relative sigle), salva l'avvenuta apertura di un lato per l'estrazione dell'offerta economica.

L'appellante insiste sulla possibilità astratta della sostituzione della busta in questione nelle more fra la valutazione tecnica e quella economica, ma trattasi di ipotesi poco convincente dal momento che l'aggiudicataria era nella specie rimasta l'unica partecipante alla gara con l'offerta economica da valutare, per cui l'eventuale modifica sarebbe dovuta avvenire a danno dell'Amministrazione e non di altri concorrenti.

Inoltre, come rilevato dalla Commissione, la dedotta situazione non costituiva secondo la disciplina di gara, che prevedeva specificamente varie ipotesi, una causa di esclusione.

Né è stato in qualche modo violato il principio secondo cui le valutazioni tecniche, per la loro discrezionalità, devono precedere e non seguire l'esame delle offerte economiche per un corretto svolgimento della procedura di gara, al fine di evitare il rischio o anche il semplice sospetto di sviamenti, come del resto previsto dall'art. 91 D.P.R. 21.12.1999 n. 554 (di attuazione della L. n. 109/1994) e ribadito anche da questo Consiglio in applicazione dei principi di trasparenza ed imparzialità (sez. V, n. 1996 del 31.12.1998 e sez. VI n. 192 del 22.1.2001). Principio che nel caso in esame è stato osservato.

4.3.2.2. L'appellante Prospetta poi che la gara sarebbe stata contraddistinta dalla violazione dei principi di unità e di continuità, in violazione dell'art. 71 R.D. n. 827/1924, perché la procedura di selezione si è protratta senza giustificazione per quattro sedute, in assenza di fattori necessitanti interruzioni e di giustificazione in ordine al comportamento dilatorio tenuto.

Come osservato dal TAR, il principio di continuità delle gare pubbliche è un principio meramente tendenziale, ben suscettibile di deroga laddove esistano circostanze oggettive, non necessariamente richiamate nei verbali, che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e "par condicio" più volte invocati dalla medesima società ricorrente, una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell'oggetto di gara e ai requisiti richiesti (V le decisioni di questa Sezione n. 4822 12 settembre 2000 e n. 6388 del 18.11.2002).

Nel caso di specie, i tempi seguiti dalla Commissione di gara appaiono obiettivamente congrui, tenuto conto della complessità delle operazioni di verifica delle offerte tecniche, sotto il profilo qualitativo, in relazione all'articolata distribuzione dei punteggi, e della scansione temporale delle quattro sedute effettuate, concentrate in 9 giorni (dal 21.6 al -29.6.2004).

4.3.2.3. Con l'ultima doglianza, la società ricorrente lamenta che dai verbali di gara non risulterebbero le cautele adottate dalla commissione per garantire la custodia, l'integrità e la segretezza della documentazione di gara.

La censura più che infondata, come ritenuto dal TAR, è inammissibile, per non essere stato addotto alcun elemento concreto atto a far ritenere che possa essersi verificata la sottrazione o sostituzione dei pieghi o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura in ragione di tale asserito difetto di custodia

5. Per quanto considerato. l'appello deve essere respinto.

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, Sezione Quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 31.3.2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 25 luglio 2006