



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1496 del 2013, proposto da:
Alfa Telematica s.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata

e difesa dagli avv. Giovanni Sala, Patrick Grendene, Orlando Sivieri, con domicilio
eletto presso Orlando Sivieri in Roma, via Cosseria n. 5;

contro

Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n.14 di Chioggia in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Manservisi e
Vittorio Miniero, con domicilio eletto presso Roberto Manservisi in Roma, via
Antonio Bertoloni, n.44;

Acs Alveare Società Cooperativa Sociale Onlus in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Federico Casa,
Rocco Demitri e Giovanni Ferasin, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in
Roma, via F. Confalonieri n.5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA SEZIONE I n. 00091/2013

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n.14 di Chioggia e di Acs Alveare Società Cooperativa Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2013 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Sivieri, De Vergottini su delega di Manservisi e Manzi su delega di Casa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società Alfa Telematica impugna la sentenza del Tar Veneto n.91 del 25.1.2013 che, previo esame e rigetto del ricorso incidentale dalla stessa presentato, aveva accolto il ricorso principale della società ACS Alveare, società cooperativa sociale Onlus, annullando la deliberazione del Direttore Generale della ASL 14 Chioggia con la quale era stato aggiudicato definitivamente l'appalto del servizio di manutenzione/gestione globale delle infrastrutture delle reti fonia-dati, di realizzazione degli interventi per l'aggiornamento tecnologico delle reti e di realizzazione dei lavori per l'ampliamento delle stesse nelle varie sedi della Asl, per un periodo di trentasei mesi con facoltà di rinnovo per ulteriori ventiquattro mesi.

Il Tar, dopo avere ritenuto infondato il ricorso incidentale proposto da Alfa Telematica, passando all'esame del ricorso principale, dopo avere respinto il primo motivo, riteneva fondato il secondo, di violazione del principio emergente dall'art. 84, u.c. del d.lgs n. 163/2006 e, comunque, di difetto di motivazione, assorbendo gli altri motivi.

La sopradetta censura, accolta dal Tar, veniva riferita alla illegittimità della determinazione 11.9.2012 con cui il Direttore Generale dell'ASL aveva nominato una nuova commissione giudicatrice in luogo di quella originaria, avendo rilevato, da parte della prima commissione, la mancata verbalizzazione di fasi della procedura di sospensione e ripresa dei lavori della commissione dovuta alla momentanea, reiterata assenza di un commissario.

Secondo il Tar, la regola evincibile dall'art. 84 co.12 soprarichiamato è quella di un vincolo di mantenimento della originaria commissione giudicatrice nella ipotesi di rinnovazione delle operazioni di gara, in quanto si deve impedire che attraverso l'espedito del mutamento della commissione, si possa condizionare l'esito del giudizio, fatta eccezione per il caso in cui la commissione sia impossibilitata a funzionare per pregiudizi e/o contrasti tra i singoli componenti che non consentano un serio e sereno contraddittorio.

2. Nell'atto di appello la società Alfa Telematica critica la sentenza del Tar nella parte in cui ha accolto il secondo motivo del ricorso in primo grado e ripropone i motivi di ricorso incidentale n.1 e n. 2 respinti dal Tar sostenendo che l'appellata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Si è costituita la appellata ACS Alveare sostenendo la inammissibilità dei motivi di appello che avrebbe introdotto temi nuovi non esaminati in primo grado, relativi ai tempi per le decisioni e delle votazioni dei singoli commissari; l'appellata sostiene inoltre la infondatezza dei motivi del ricorso incidentale e infine ripresenta i motivi assorbiti dal Tar.

Si è costituita la Azienda Ulss n.14 di Chioggia concludendo per l'accoglimento del ricorso in appello.

Sono state presentate numerose memorie difensive.

Alla pubblica udienza del 5 luglio 2013 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. L'appello merita accoglimento.

La sentenza impugnata ha accolto il secondo motivo del ricorso principale proposto da ACS Alveare Onlus per due concorrenti profili, il primo dei quali di violazione dell'art. 84 co.12 del d.lgs. 163/2006, in quanto l'amministrazione avrebbe nominato una commissione giudicatrice diversa per effettuare una seconda valutazione delle offerte tecniche, il secondo relativo alla carenza di motivazione del provvedimento con il quale l'amministrazione si è determinata a nominare la nuova commissione.

Entrambi i profili accolti dal primo giudice non sono condivisibili.

3.1. Occorre operare una sia pure sintetica ricostruzione in fatto delle vicende che hanno determinato l'Azienda Sanitaria alla nomina di una nuova commissione giudicatrice.

La verbalizzazione della prima parte della gara aveva presentato alcune criticità. Ed infatti nella seduta pubblica del 30 agosto 2012, su istanza di un concorrente che lamentava la estrema celerità della commissione nella valutazione delle offerte tecniche composte da un elevato numero di documenti, il RUP, rilevata la totale assenza di indicazioni orarie nei verbali della commissione giudicatrice, riteneva di convocare, sempre in seduta pubblica, il Presidente della commissione per avere maggiori informazioni. Questi precisava che la commissione si era riunita dalle ore 14 alle ore 19 il giorno 29 agosto 2012 e dalle ore 8/8,30 alle ore 10 il giorno successivo. Il Presidente dichiarava poi che nella giornata del 29 agosto, uno dei componenti non era costantemente presente in quanto impegnato in altre attività presso il presidio ospedaliero.

Il Responsabile Unico del Procedimento così sospendeva la seduta pubblica al fine di verificare la corretta modalità di prosieguo della procedura.

Il 4.9.2012 il Direttore Amministrativo della Azienda di Chioggia chiedeva al Presidente della commissione ulteriori dettagli circa l'andamento delle operazioni constatando che le operazioni di valutazione delle offerte tecniche erano state

realizzate solo in parte in forma collegiale, ma in gran parte erano state effettuate da un solo componente della commissione, a differenza di quanto verbalizzato dalla commissione giudicatrice e altresì di quanto dichiarato in un primo momento dal suo Presidente in seduta pubblica di gara.

In una tale situazione, in cui appariva evidente la illegittimità dell'operato della commissione giudicatrice che, in quanto collegio perfetto avrebbe dovuto operare alla presenza costante di tutti i suoi membri, il Direttore dell'Azienda si determinava a indicare al Responsabile Unico del Procedimento di non tenere conto dell'operato della commissione stessa, suggerendo di nominare una seconda commissione che potesse procedere ad una valutazione proceduralmente corretta (cfr. nota del direttore amministrativo del 5.9.2012 prot. n.99) evidenziando il “....clima di sfiducia che chiaramente emerge dal verbale del 30.8.2012...”, sfiducia delle ditte partecipanti nei confronti dell'operato della commissione di gara.

Successivamente, il Direttore Generale dell'Azienda, con deliberazione n.536 dell'11.9.2012, nominava la nuova commissione giudicatrice al fine di potere effettuare la nuova valutazione delle offerte tecniche presentate.

3.2. Per il primo giudice, come sopra evidenziato, l'art. 84 co.12 del codice appalti avrebbe impedito alla amministrazione di nominare una nuova commissione giudicatrice.

L'assunto non è condivisibile.

Risulta evidente, in primo luogo, la non esatta pertinenza al caso di specie della sopradetta disposizione atteso che non vi era stato, né un annullamento dell'aggiudicazione, né un annullamento della esclusione di un concorrente, come prefigurato dalla disposizione medesima, ma la esigenza di rinnovo delle operazioni valutative delle offerte tecniche in una fase endoprocedimentale; in ogni caso, anche a ritenere evincibile dalla sopradetta disposizione un principio di

ordine generale valido in tutte le ipotesi di rinnovazione di alcune fasi della procedura di gara, il principio deve essere inteso in termini di facoltà della stessa amministrazione di utilizzare la stessa commissione nonostante l'annullamento della precedente procedura; la norma ha quindi tra i suoi scopi quello di tutelare il buon andamento e la celerità delle operazioni valutative della amministrazione là dove la conoscenza degli atti e delle operazioni già effettuate potrebbe giovare alla celere rinnovazione del procedimento "...sempre che ciò non si risolva nella compromissione della garanzia di imparzialità" (cfr. Cons. Stato, III n.1409 del 13.3.2012).

La finalità della attribuzione alla stessa commissione delle operazioni da rinnovare è quindi quella di evitare che venga disperso, nella riedizione delle operazioni di gara, il patrimonio di conoscenze e valutazioni legittimamente maturate dalla commissione nella fase pregressa in nome di un principio di economicità e di efficienza dell'azione amministrativa anche al fine di evitare giudizi differenziati nei confronti dei concorrenti, ma la disposizione non vieta la sostituzione della commissione là dove la nomina di una nuova sia garanzia di serenità di giudizio.

Nel caso in esame emergeva una alterazione del clima di serenità e di fiducia tra i concorrenti a seguito delle dichiarazioni iniziali del Presidente della commissione che aveva negato, in un primo momento, che la commissione avesse operato in maniera incompleta e lo scambio concitato di battute da parte dello stesso Presidente con alcuni dei concorrenti, avvenuto nella seduta pubblica del 30 agosto 2012. Di tale circostanza dà atto la stessa società appellata Alveare che riconosce appunto (pur minimizzando l'accaduto) che si era alterato il clima di serenità in occasione del "rimbrotto" da parte di Alfa Telematica circa il verbale di gara.

In ogni caso emergeva chiaramente che non solo la verbalizzazione era erronea e non attestante la veridicità dei fatti, ma anche la valutazione della prima

commissione giudicatrice effettuata in parte da un solo commissario era proceduralmente viziata.

Delle due possibili strade percorribili, quella di una nuova verbalizzazione, con conseguente nuova valutazione collegiale delle offerte tecniche (propugnata dal legale interno dell'Azienda, avv. Scarpa) ovvero della nomina di una nuova commissione, la amministrazione ha optato per la seconda soluzione, frutto di una scelta del tutto ragionevole, evidentemente preoccupata che la seconda analisi delle offerte tecniche operata dai membri della stessa commissione, ormai emotivamente coinvolti, sarebbe stata influenzata dai fatti accaduti fino a quel momento.

Ciò è avvenuto fornendo, contrariamente a quanto sostenuto dal primo giudice e dalla appellata, una adeguata motivazione quale evincibile dagli atti del procedimento e dalla analisi del provvedimento di nomina della nuova commissione che ha ricostruito i fatti accaduti e gli errori procedurali commessi, citando la sentenza del Consiglio di Stato Sez. III n.1409/2012 che si era occupata di un caso simile.

La ricostruzione di cui sopra consente di respingere l'eccezione di inammissibilità, sollevata dalla difesa dell'appellata che ha sostenuto che sarebbe stato ampliato il thema decidendum rispetto al giudizio di primo grado; ed invero, pur in presenza della regola processuale che in via di principio vieta nuovi mezzi di prova (anche documentale) in appello, nel caso in esame la completa puntualizzazione dei presupposti in fatto in cui è avvenuta la sostituzione della commissione si rivela indispensabile ai fini della decisione anche nella ottica dell'art. 65 c.p.a., inerendo la necessaria conoscenza, da parte del giudice, della vicenda.

Conclusivamente la censura accolta dal Tar nella sua duplice articolazione era infondata e in parte qua la sentenza deve essere riformata.

4. Devono essere ora esaminate le altre censure del ricorso principale della Cooperativa Sociale Onlus Alveare, assorbite dal primo giudice e riproposte, sia pure in maniera estremamente sintetica e incompleta dalla appellata, nella comparsa di costituzione e risposta. Nessuna di tali censure merita accoglimento.

5. Il terzo motivo, relativo al mancato avvio del procedimento in violazione dell'art.7 e degli artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge 241 del 1990, formulato dall'appellata sull'assunto che la Azienda avrebbe proceduto ad una revoca o annullamento dei verbali della commissione inerenti la valutazione delle offerte tecniche, è infondato. Il rinnovo (così come la nomina) della commissione di gara, è infatti atto endoprocedimentale, interno alla amministrazione e frutto di autonome valutazioni della stessa in ordine al quale la ricorrente non può interloquire o fornire alcun apporto collaborativo.

6. Del pari infondato è il quarto motivo con il quale si assume che la stazione appaltante non avrebbe nominato nella nuova commissione soggetti esperti con competenza specifica in ordine all'oggetto dell'appalto. La doglianza è meramente assertiva e non supportata da alcun principio di prova e pertanto deve essere respinta.

7. Con il quinto motivo si sostiene che la nuova commissione non avrebbe proceduto a motivare in alcun modo il proprio giudizio limitandosi ad una valutazione espressa con indicazione numerica (verbale del 20 settembre 2012); di contro, la precedente commissione aveva motivato adeguatamente i propri giudizi. La censura non merita accoglimento in relazione alla previsione del capitolato speciale che al punto B dell'art.9 aveva previsto un criterio di valutazione “..che riduca al minimo la discrezionalità della commissione...” fissando dei punteggi parziali massimi da attribuire alle diverse sezioni che costituiscono la offerta tecnica. Il capitolato prevedeva che l'attribuzione del punteggio avvenisse con la applicazione di una delle formule del Regolamento di cui al DPR n.207/2012 che

prevede che, prima ciascun commissario esprima un proprio coefficiente di valutazione da 0 a 1 e poi che di questi coefficienti venga fatta la media al fine di determinare i punteggi da assegnare. Tale previsione del capitolato non risulta impugnata dalla Cooperativa Onlus Alveare in primo grado ed è stata applicata dalla seconda commissione, mentre la precedente, come risulta dall'allegato al verbale 30.8.2012, non aveva indicato i singoli coefficienti numerici espressi da ciascun commissario.

Per il resto il motivo è formulato in maniera non del tutto chiara, sembrando che venga contestata, da parte della appellata, non tanto la attribuzione dei punteggi ma la congruità dei costi indicati da Alfa Telematica nella propria offerta.

A riguardo è sufficiente osservare che la stazione appaltante ha sottoposto l'offerta della Alfa Telematica alla valutazione di anomalia e che, infine, ha valutato come congrua l'offerta. Non avendo la appellata dimostrato alcun profilo di illogicità delle valutazioni espresse dalla stazione appaltante nella valutazione di anomalia la censura è infondata.

8. In conclusione l'appello principale merita accoglimento, il ricorso principale in primo grado presentato dalla Cooperativa Onlus Alveare deve essere respinto; in relazione a tale esito, l'appello incidentale presentato dalla appellante principale deve essere dichiarato improcedibile non avendo la stessa società interesse al suo accoglimento.

9. Spese e onorari dei due gradi seguono, come di regola, la soccombenza.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello:

-accoglie l'appello principale della società Alfa Telematica s.r.l. e, in riforma della sentenza impugnata, rigetta il ricorso principale originario della Acs Alveare Società Cooperativa Sociale Onlus;

-dichiara improcedibile l'appello incidentale presentato dalla stessa società Alfa Telematica s.r.l.;

-condanna la società Acs Alveare, Società Cooperativa Sociale Onlus, alle spese del giudizio nella misura complessiva di euro 6.000,00 (seimila/00), la metà a favore della Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n.14 di Chioggia, l'altra metà a favore della Alfa Telematica s.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/07/2013

IL SEGRETARIO

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