

Dalla fondamentale esigenza di assicurare il pari trattamento tra tutti i partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica, deriva l'obbligo per la Commissione giudicatrice di stabilire, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e della conoscenza del loro contenuto, i pesi relativi dei sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito in precedenza, al momento della redazione del capitolato o del bando di gara.: il risultato è l'invalidazione di tutta l'attività valutativa compiuta dalla Commissione di gara

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 5082 del 30 agosto 2006 si occupa, ancora una volta, delle problematiche relativi agli obblighi di una Commissione di gara nella determinazione temporale dei parametri attraverso i quali valutare gli elementi di un'offerta economicamente più vantaggiosa

<La fissazione postuma di tali sottocriteri si presenta in contrasto con i canoni d'imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa>

bisogna infatti:

<scongiurare il rischio che l'organo di gara possa in astratto premiare, plasmando opportunamente i sub-punteggi, talune offerte, già conosciute, al fine di valorizzarne le specifiche caratteristiche.>

quali sono quindi gli effetti di questo comportamento?

<Al lume delle superiori considerazioni appare evidente come il vizio censurato conduca all'invalidazione di tutta l'attività valutativa compiuta dalla Commissione di gara, relativamente al lotto n. 4, svolta dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

decisione

sul ricorso in appello n. 9233 del 2004 proposto dalla SOCIETA' **** A R.L.-**** (d'ora in poi, "****"), costituitasi in persona del Presidente del C.d.A. e l.r. p.t., signor Franco ****, rappresentata e difesa dall'avv. Lucio Anelli, con domicilio eletto in Roma, via della Scrofa n. 47, presso lo studio del difensore;

contro

- l'AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE DI FROSINONE (in seguito soltanto "Asl di Frosinone"), costituitasi in persona del Direttore generale l.r. p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Loreto Gentile, con domicilio eletto in Roma, viale Regina Margherita n. 46, presso lo studio dell'avv. Ruggero Frascaroli;

e nei confronti

del CONSORZIO **** (d'ora innanzi, per brevità, "Consorzio ****"), costituitosi in persona del l.r. p.t., signor Vito Nicola Buccinnà, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giovanni Pesce e Rino Caiazzo, elettivamente domiciliato presso lo studio dei difensori in Roma, via XX settembre n. 1;

per la riforma

della sentenza n. 5919 del 21.4.2004/17.6.2004, pronunciata tra le parti dal Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, sez. III;

visto il ricorso con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Asl di Frosinone e del Consorzio ****;

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

visti gli atti tutti della causa;

designato relatore il consigliere Gabriele Carlotti;

uditi alla pubblica udienza del 3.3.2006 l'avv. Anelli per la **** e l'avv. Gentile per la Asl di Frosinone;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Viene in decisione il gravame interposto dalla **** avverso la sentenza, specificata in epigrafe, nella parte in cui il T.a.r. del Lazio ha respinto – limitatamente al lotto n. 4, relativo al Presidio ospedaliero di Frosinone – il ricorso (allibrato al r.g. col n. 921 del 2004), proposto in primo grado dall'odierna appellante contro la delibera con cui l'Asl di Frosinone ebbe ad approvare tutti gli atti della gara, ivi inclusa l'aggiudicazione, effettuata per l'affidamento triennale del servizio di pulizia e di sanificazione di alcuni presidi ospedalieri e sanitari.

2. Nel giudizio così promosso si sono costituiti l'Asl di Frosinone ed il Consorzio **** (quest'ultimo ha altresì riproposto i motivi del ricorso incidentale dichiarato inammissibile dal T.a.r. del Lazio), contestando tutte le deduzioni avversarie e concludendo per il non accoglimento dell'appello.

3. All'udienza pubblica del 3.3.2006 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. Per i fini di un migliore inquadramento delle questioni al centro del contendere, occorre ripercorrere brevemente le principali vicende dalle quali ha tratto origine la presente controversia.

5. Con delibera n. 2610 del 31.8.2001 la Asl di Frosinone indisse una gara per l'affidamento triennale dell'appalto di servizi, articolato in diciotto lotti, per la pulizia e la sanificazione di alcuni presidi ospedalieri e sanitari, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) del D.Lgs. n. 157/1995.

La società **** presentò la propria offerta (anche) per il lotto n. 4.

Esperita la gara ed aperti i plichi contenenti l'offerta tecnica ed economica per il lotto n. 4, risultò migliore l'offerta presentata dal Consorzio *****: in dettaglio, la ***** si classificò al 26° ed ultimo posto, con un punteggio totale pari a 63,50 (di cui 40 punti per la qualità e 23,50 per il prezzo), mentre il Consorzio *****, aggiudicatario della gara, totalizzò 79,05 punti (di cui 38 punti per la qualità e 41,05 per il prezzo).

La ***** , ravvisando plurimi vizi della procedura, si tutelò avanti al T.a.r. del Lazio deducendo l'illegittimità dei provvedimenti impugnati per i seguenti vizi:

- illegittimità degli atti impugnati per avere l'Azienda USL resistente operato un'indebita commistione tra criteri soggettivi (di prequalificazione) e quelli oggettivi (attinenti alla aggiudicazione) inserendo, tra i criteri di valutazione del "merito tecnico" di cui all'art. 23 lett. b) del D.Lgs. n. 157/1995, anche i "servizi espletati", ossia un requisito di prequalificazione (I motivo);
- illegittimità dell'operato della Commissione di gara, per aver suddiviso in sottocriteri i punteggi previsti dal Capitolato speciale (II motivo);
- illegittimità degli atti impugnati per violazione e falsa applicazione dei principi in tema di procedure ad evidenza pubblica, di verbalizzazione e di trasparenza dell'azione amministrativa, oltre che per eccesso di potere per equivocità; in particolare, la Commissione avrebbe proceduto, in parte, alla suddivisione del punteggio attribuibile per le sottovoci individuate nella riunione del 23.1.2002 (verbale n. 3) in epoca successiva all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche delle imprese, così violando il dovere di fissare i criteri ed i parametri di attribuzione dei punteggi prima della presa visione delle offerte, onde assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa e la par condicio fra i concorrenti (III motivo);
- illegittimità dei giudizi espressi della Commissione per difetti di motivazione, in quanto inadeguati a dare esatta contezza dell'analisi comparata effettuata tra le singole offerte, alla stregua dei parametri di valutazione prescelti, in guisa da rendere comprensibili e sindacabili le determinazioni assunte (IV motivo);
- illegittimità per violazione delle regole di verbalizzazione delle operazioni di gara e dei principi di trasparenza e di imparzialità, per esser stati indicati i punteggi numerici relativi alle offerte tecniche in un atto separato, allegato al verbale delle operazioni di gara e tuttavia privo di data certa, attestante l'epoca della relativa formazione (V motivo);
- illegittimità per omessa verifica dell'anomalia delle offerte sotto soglia, non essendo state esternate le ragioni di tale omissione (VI motivo).

Si costituì in giudizio anche il controinteressato Consorzio ***** chiedendo il rigetto del ricorso e proponendo impugnativa incidentale per i seguenti motivi:

- illegittimità della determinazione con la quale la Asl di Frosinone affidò a trattativa privata, dopo l'aggiudicazione della gara, il medesimo servizio esitato alla Pasquale Isidori s.p.a.; violazione dell'art. 24 della L. n. 289/2002; violazione dell'art. 97 Cost.;
- illegittimità della predetta determinazione sotto il profilo della violazione degli artt. 7 ss. D.Lgs. n.157/1995; eccesso di potere per sviamento.

Il T.a.r. del Lazio respinse tutti i motivi di censura formulati dalla **** (ad eccezione del terzo, dichiarato inammissibile) e, per l'effetto, dichiarò improcedibile il ricorso incidentale del Consorzio ****.

6. Con l'appello la **** ha riproposto, innanzitutto, il terzo motivo dell'originaria impugnativa, lamentando l'illegittimità dell'intera procedura di gara per aver la Commissione introdotto i sottocriteri, specificativi di quelli generali, in un momento successivo all'apertura delle buste contenenti le offerte dei partecipanti alla gara; ha contrastato altresì la dichiarazione di parziale inammissibilità del ricorso introduttivo, argomentata dal primo giudice sulla base di una prova di resistenza, adducendo, per contro, la titolarità di un interesse strumentale e demolitorio alla rinnovazione dell'intera procedura, nell'utile prospettiva di una sua reiterazione; la **** ha altresì criticato la reiezione degli altri motivi portati dal primitivo ricorso, dolendosi anche della mancata pronuncia del T.a.r. sulla dedotta violazione, da parte della Commissione di gara, del principio di continuità.

7. Ad avviso del Collegio è fondato e merita accoglimento il primo motivo di appello. Ed invero, emerge dalla lettura degli atti di causa che:

- i criteri per l'aggiudicazione, disciplinati dall'art. 7 del capitolato speciale (in seguito, "c.s.a."), erano il prezzo (al quale erano riservati 45 punti su 100) ed il merito tecnico, i cui 55 punti, complessivamente attribuibili, erano ripartiti tra "sistema organizzativo" (valutabile fino ad un massimo di 20 punti), "metodologie tecniche operative" (fino a 13 punti), "qualità e sicurezza" (fino a 12 punti) e "prodotti, macchinari ed attrezzature" (fino a 10 punti).

- in occasione della seduta del 23.1.2002 (v. il verbale di gara n. 3), la Commissione giudicatrice individuò unicamente le sottovoci del "sistema organizzativo", prevedendone i relativi sub-punteggi massimi, senza tuttavia provvedere ad un'analoga ripartizione per gli altri criteri di valutazione dell'offerta tecnica;

- nella medesima seduta la Commissione iniziò subito ad esaminare le offerte tecniche presentate per i singoli lotti;

- in esito a tale disamina, la Commissione attribuì i punteggi finali di ciascuna offerta tecnica sulla base di una ripartizione in sottocriteri delle altre voci del merito tecnico indicate dal bando (in particolare, a fronte dei 13 punti per le "metodologie tecniche operative", furono assegnati 10 punti per i "metodi e tipologie d'intervento" e 3 punti per "modalità di esecuzione del servizio con riferimento alle proposte migliorative"; i 12 punti per la "qualità e sicurezza", vennero suddivisi in 8 punti per le "misure per la tutela della salute e l'incolumità degli addetti al servizio" ed in 4 per la "certificazione di qualità" ed, infine, i 10 punti per i "prodotti, macchinari e attrezzature" furono suddivisi in 6 punti per "elenco e tipo delle attrezzature che verranno utilizzati" ed in 4 punti per "elenco dei prodotti impiegati");

- siffatti sottocriteri, concretamente utilizzati dalla Commissione per la valutazione delle voci diverse dal "sistema organizzativo", non furono tuttavia stabiliti prima dell'apertura delle offerte tecniche.

8. Il modo di procedere seguito dalla Commissione giudicatrice, sopra succintamente descritto, presta il fianco alle critiche dedotte dalla ****. Promana, difatti, dalla fondamentale esigenza di assicurare il pari trattamento tra tutti i partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica l'obbligo per la Commissione giudicatrice di stabilire, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e della conoscenza del loro contenuto, i pesi relativi dei sub-elementi di un criterio di

aggiudicazione stabilito in precedenza, al momento della redazione del capitolato o del bando di gara.

La ragione sottostante la regola testé enunciata (ex multis, v. il precedente della Sezione n. 264/2001) riposa sull'esigenza di scongiurare il rischio che l'organo di gara possa in astratto premiare, plasmando opportunamente i sub-punteggi, talune offerte, già conosciute, al fine di valorizzarne le specifiche caratteristiche.

La fissazione postuma di tali sottocriteri si presenta, quindi, in contrasto con i canoni d'imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa.

9. Al lume delle superiori considerazioni appare evidente come il vizio censurato conduca all'invalidazione di tutta l'attività valutativa compiuta dalla Commissione di gara, relativamente al lotto n. 4, svolta dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

10. È altresì indiscutibile che la **** nutrisse un interesse tutelabile, sebbene strumentale, alla deduzione dell'illegittimità esaminata, onde conseguire l'annullamento dell'intera gara nella prospettiva di una sua reiterazione.

A torto, pertanto, il primo giudice ha ritenuto la doglianza inammissibile. Il T.a.r., difatti, muovendo dalla considerazione della consistente differenza tra i punteggi rispettivamente riportati dalle due offerte (ossia quella del Consorzio **** e quella della società appellante, collocatasi all'ultimo posto nella graduatoria finale), ha opinato, ricorrendo alla c.d. "prova di resistenza", che difettesse in capo alla ricorrente un reale interesse a far valere il vizio in questione giacché, quand'anche fosse stato idealmente attribuito a quest'ultima il massimo punteggio relativo alle voci illegittimamente ripartite in sottocriteri (per un totale di 35 punti), comunque non sarebbe stato possibile colmare integralmente la differenza di punteggio sopra richiamata e, dunque, in ogni caso la **** non avrebbe potuto aggiudicarsi la procedura.

Tale argomento, su cui poggia in parte qua la sentenza gravata, non è convincente, palesandosi agevolmente falsificabile. Ed invero, il primo giudice non si è avveduto della fallacia logica annidata nel suo ragionamento di tipo controfattuale: l'entità del punteggio riportato dal Consorzio **** non era una variabile indipendente rispetto all'illegittimo modus procedendi della Commissione giudicatrice, essendo piuttosto scaturito dall'applicazione dei medesimi sottocriteri tardivamente indicati dall'organo di gara. In altre parole, è possibile ipotizzare che l'offerta tecnica del Consorzio appellato avrebbe potuto ottenere, in presenza di sub-parametri correttamente e tempestivamente determinati, un punteggio inferiore a quello poi effettivamente conseguito.

Non inficiano le precedenti conclusioni le allegazioni difensive dell'Azienda appellata, secondo la quale la Commissione avrebbe stabilito - prima dell'apertura delle offerte tecniche e, segnatamente, nella richiamata seduta del 23.1.2002 - i criteri per l'attribuzione dei punteggi numerici di tutte le altre sottovoci diverse dal "sistema organizzativo" e che, comunque, in relazione a tali sottoparametri, avrebbe sempre osservato, nella valutazione della qualità delle offerte tecniche relative a tutti i lotti, le medesime sub-ponderazioni applicate a quello n. 1 (Presidio ospedaliero di Anagni).

Le obiezioni non colgono nel segno, poiché smentite dagli atti di causa: a) non è vero, infatti, che, nel verbale n. 3, la Commissione abbia quantificato la misura massima dei sottopunteggi attribuibili alle componenti delle sottovoci della "qualità" diverse dal "sistema organizzativo", essendosi invece limitata ad una descrizione verbale dei criteri cui si sarebbe attenuta; inoltre b) è agevolmente riscontrabile come il punteggio massimo assegnabile per la sottovoce denominata

“metodologie tecniche operative” (13 punti) sia stato talora articolato in due sottocriteri del peso rispettivo di 10 e di 3 (come, tra gli altri, per i lotti n. 1 e n. 4), mentre, per altri lotti si siano applicati, sebbene con riferimento alle componenti della medesima sottovoce, i diversi punteggi massimi di 12 e di 1 (v. le schede di valutazione dei lotti nn. 3, 6, 9, 11, 17 e 18).

11. L'accertata fondatezza del primo motivo di appello, stante l'ampia portata invalidante del vizio riscontrato, comporta l'assorbimento di tutte le altre censure veicolate con l'impugnazione ed impone l'esame delle altre difese spiegate dalle controparti appellate.

12. Del tutto inconsistente è la riproposizione dell'eccezione d'irricevibilità del primitivo ricorso della *****: sostiene il Consorzio ***** che la società appellante avrebbe potuto e dovuto far valere l'illegittimità dei criteri di aggiudicazione fin dal 5.11.2002, data in cui l'Azienda indicente comunicò l'avvio del procedimento finalizzato alla revoca degli atti di gara, sebbene poi conclusosi con la conferma dell'aggiudicazione provvisoria.

Contrariamente a quanto opinato dal Consorzio, la ***** non aveva alcun concreto interesse a contrastare – nel mese di novembre dell'anno 2002 - gli atti di una procedura non ancora conclusa e, per di più, soggetta ad una possibile invalidazione, in via di autotutela decisoria, da parte della stessa amministrazione aggiudicatrice.

L'interesse a ricorrere della ***** divenne attuale soltanto in occasione della conoscenza del definitivo esito delle operazioni di gara, segnato dall'adozione della delibera di aggiudicazione del 21.11.2003, né il motivo dedotto (omessa specificazione preventiva delle sottoponderazioni) appartiene al novero di quelli che impongono l'immediata impugnativa della normativa di gara, trattandosi di illegittimità riconducibile all'operato dell'organo di gara.

13. Non sono poi meritevoli di accoglimento i motivi del ricorso incidentale, promosso in primo grado dal Consorzio ***** e dichiarato improcedibile dal T.a.r. (mercé il rigetto di quello principale della *****), riproposti in secondo grado.

Con il ricorso incidentale l'odierno appellato era insorto contro gli atti con i quali l'Azienda sanitaria, nonostante l'intervenuta aggiudicazione in favore del suddetto Consorzio, aveva affidato, a trattativa privata, il medesimo servizio alla *****.

Orbene, emerge con solare evidenza l'inammissibilità del ricorso incidentale interposto in primo grado e, comunque, l'assenza di qualunque interferenza - ai fini della decisione delle questioni devolute in appello - tra gli atti della gara conclusasi con l'aggiudicazione in favore del Consorzio ***** e quelli relativi all'affidamento temporaneo del medesimo servizio alla *****.

Con riguardo al primo aspetto, è sufficiente rammentare che il ricorso incidentale in primo grado è normalmente diretto, sia pure per motivi diversi, contro lo stesso atto impugnato in via principale e non può investire atti differenti, a meno che questi ultimi non si presentino connessi né costituiscano presupposto di quello provvedimento avverso.

Calato il principio enunciato al caso di specie, emerge con chiarezza sia la reciproca autonomia sia l'assenza di rilevanti nessi giuridici tra l'aggiudicazione del lotto n. 4 e l'atto di provvisorio affidamento del servizio alla ***** , posto che l'ipotetico annullamento della prima non avrebbe comportato l'automatica caducazione del secondo né l'illegittimità derivata di esso, poiché non lambito dall'oggetto del ricorso principale.

14. In conclusione, l'appello della ***** merita accoglimento nella parte cassatoria.

La società impugnante ha tuttavia domandato, con l'atto introduttivo del secondo grado del giudizio, anche la rimozione del «contratto successivamente stipulato» tra l'Asl ed il Consorzio ****.

Quantunque non formulata in prime cure, la richiesta non è inammissibile, dal momento che la caducazione del contratto, sottoscritto in esito ad un'illegittima procedura di affidamento, costituisce notoriamente una conseguenza diretta dell'annullamento dei prodromici atti dell'evidenza pubblica.

Senonché l'effetto testé ricordato non si produce sempre ed in maniera automatica.

Il giudizio amministrativo non è, difatti, un processo di diritto oggettivo mirante a ristabilire l'ordine giuridico violato a prescindere dalla volontà manifestata e dagli scopi perseguiti dai litiganti; la portata precettiva della pronuncia di accoglimento va, invece, calibrata di volta in volta rispetto al reale interesse nutrito dal ricorrente vittorioso.

La fondamentale regola scolpita dall'art. 99 c.p.c., immanente all'intera disciplina processuale, induce, dunque, il Collegio a mitigare le conseguenze della presente decisione, circoscrivendola ai soli profili demolitori. Ed invero, la **** non ha alcun interesse ad ottenere la cessazione di un rapporto contrattuale in essere tra l'Asl ed il Consorzio controinteressato fin dal 1°5.2004 sia perché è, allo stato, sconosciuto e non pronosticabile l'approdo di un'ideale rinnovazione della gara sia perché è prossima la scadenza triennale del servizio affidato e, pertanto, risulta ormai materialmente e giuridicamente impossibile una nuova, parziale aggiudicazione dello stesso.

Le pretese della **** si riducono allora – mercé il divieto per il giudicante di condannare il debitore ad un risarcimento in forma specifica in tutto in parte impossibile od eccessivamente oneroso (v. l'art. 2058, secondo comma, c.p.c.) – al solo ristoro per equivalente, erogabile nella misura della perdita di chance (pari, nella specie, all'importo del 10% dell'offerta economica formulata dal ricorrente vittorioso, suddivisa per il numero – 26 – dei partecipanti, oltre gli accessori di legge), che l'appellante potrà domandare ed ottenere in un separato giudizio.

15. Le spese processuali, da corrispondere in favore della ****, seguono la soccombenza e sono liquidate come da susseguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla gli atti con esso impugnati nei limiti indicati in motivazione.

Condanna le parti appellate, in solido, alla rifusione delle spese del doppio grado di giudizio a liquidarsi in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00).

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

Così deciso in Roma dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, nella camera di consiglio del 3.3.2006

DEPOSITATA IN SEGRETERIA -

Il 30 agosto 2006