

REPUBBLICA ITALIANA

N.REG.DEC.1219/08

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 9337 REG. RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2006

DECISIONE

sul ricorso **n. 9337/2006**, proposto dalla **Società
ESPERIA s.p.a.**, in persona del legale rappresentante
p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Lentini,
congiuntamente al quale elettivamente domicilia
presso lo studio dell'avv. G. Giuffrè in Roma, Viale di
Villa Grazioli n. 13;

c o n t r o

l'AZIENDA OSPEDALIERA "OSPEDALE S. CARLO" DI
POTENZA, in persona del legale rappresentante *p.t.*,
rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni
Malinconico, presso il quale è elettivamente
domiciliato in Roma, Via delle Tre Madonne n. 20
(Studio avv. Valentini);

COMMISSIONE DI GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL
SERVIZIO QUINQUENNALE DI PULIZIA E
SANIFICAZIONE, in persona del legale
rappresentante *p.t.*, non costituita in giudizio;

e nei confronti

dell'A.T.I. NAER SERVIZI s.r.l, GLOBAL CRI s.r.l. e VIVENDA s.p.a., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Muscatello, Paolo Vaiano e prof. Diego Vaiano, con domicilio eletto presso lo studio di questi ultimi in Roma, Lungotevere Marzio n. 3;

della DIEMME s.r.l., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. DIEMME s.r.l., S.M.I. s.r.l., LA PULISAN s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Rossi e Fiorenzo Calcagnile, con elezione di domicilio presso lo studio del primo in Roma, Via Lima n. 31;

per la riforma

della sentenza in forma "semplificata" del T.A.R. per la Basilicata 19 ottobre 2006, n. 734;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti resistenti;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 16 ottobre 2007, il Consigliere Francesco GIORDANO;

Uditi, altresì, gli avvocati Visone per delega di Lentini, Varone per delega di Malinconico e Resta per delega di P. Vaiano;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

La società appellante –titolare, in regime di proroga, del servizio di sanificazione ambientale e pulizia dei plessi ospedalieri dell’Azienda “S. Carlo” di Potenza- ha partecipato ad una gara indetta dalla predetta Azienda Ospedaliera per il rinnovo quinquennale dell’appalto, con il sistema di aggiudicazione in favore dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

L’A.T.I. NAER, odierna controinteressata, è stata invece esclusa dalla gara per aver manifestato l’intento di costituire un A.T.I. di tipo “verticale”, che l’Amministrazione riteneva incompatibile con la formulazione del bando.

Quando già la Commissione aggiudicatrice aveva formulato i criteri di massima ed attribuito i punteggi a tutte le offerte tecniche, è intervenuta la sentenza n. 340/2006 del TAR Basilicata, che ha disposto l’annullamento del provvedimento di esclusione dell’appellata A.T.I. NAER.

Pertanto, l’Amministrazione, nonostante il tempo trascorso, ha ritenuto di eseguire la richiamata sentenza del giudice di prime cure, riammettendo alla

licitazione privata l'A.T.I. controinteressata ed invitandola a formulare *ex post* la propria offerta.

A tale offerta è stato attribuito il più elevato punteggio sotto il profilo tecnico, pari a 58,68 punti su 60.

Il procedimento è stato, quindi, definito con l'apertura delle buste economiche e la delibera direttoriale n. 845 del 28 giugno 2006 di aggiudicazione della gara all'A.T.I. NAER.

Avverso tale provvedimento la società Esperia ha proposto ricorso al T.A.R. per la Basilicata, deducendo la violazione dei principi di ottemperanza al giudicato di annullamento dell'esclusione nelle procedure concorsuali, nonché del principio di segretezza dell'offerta.

Il giudice di prime cure ha respinto il ricorso, con sentenza c.d. semplificata, redatta ai sensi dell'art. 9 della legge n. 205/2000, avverso la quale l'Esperia s.p.a. ha interposto il presente atto di appello affidandolo alle seguenti censure:

**1) *Error in iudicando*. Violazione di legge [art. 23, comma 1° - lett. b) D. Lgs. n. 157/95].
Violazione della *par condicio* tra i concorrenti.
Violazione dei principi di continuità della gare ad evidenza pubblica e della contestualità del**

giudizio comparativo. Violazione del giusto procedimento (art. 97 Cost.). Eccesso di potere (arbitrarietà, iniquità, sviamento, travisamento, erroneità).

L'appellante contesta la validità del giudizio presuntivo esperito dal primo giudice e si sofferma sui principi fondamentali di segretezza delle offerte e di imparzialità, che costituiscono elementi imprescindibili delle procedure ad evidenza pubblica.

2) *Error in iudicando*. Violazione di legge [art. 23, comma 1°- lettera b) D.Lgs. n. 157/95. Violazione della *par condicio* tra i concorrenti. Violazione dei principi di continuità delle gare ad evidenza pubblica e della contestualità del giudizio comparativo. Violazione del giusto procedimento (art. 97 Cost.). Eccesso di potere (arbitrarietà, iniquità, sviamento, travisamento, erroneità).

Muovendo dalla tipologia del sistema di gara (automatico o discrezionale), l'esponente afferma che la rinnovazione parziale della fase valutativa, a seguito di illegittima esclusione di un concorrente, è possibile solo nelle procedure di gara fondate su criteri automatici di aggiudicazione.

In resistenza all'appello la controinteressata NAER Servizi s.r.l. ha proposto appello incidentale avverso il

capo della sentenza che, sulla base della mancata verbalizzazione delle cautele adottate per garantire la segretezza delle offerte tecniche presentate dalle ditte partecipanti alla gara e del comportamento precipitoso dell'Amministrazione resistente, ha ravvisato giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

Ha, poi, la NAER argomentato in senso contrario alle tesi dell'istante, concludendo per il rigetto del proposto appello, con condanna della ricorrente alla refusione delle spese di giudizio.

Anche l'Azienda Ospedaliera "San Carlo" si è opposta alla pretesa dell'appellante, chiedendo il rigetto del gravame con ogni conseguenza di legge e con vittoria delle spese.

Dal canto suo, la cointeressata DIEMME s.r.l. ha fatto propri i motivi di doglianza della società appellante, pur concordando con l'assunto della NAER Servizi secondo cui la rinnovazione dovrebbe essere limitata ai soli atti viziati e non si estenderebbe agli atti validamente posti in essere nella fase procedimentale, che cronologicamente ha preceduto gli atti viziati.

DIRITTO

L'appello è fondato.

Questione fondamentale ed assorbente dell'odierna controversia è quella che attiene alla pretesa violazione dei principi di segretezza, imparzialità, buon andamento e contestuale presentazione delle offerte in gara, prospettata in relazione all'avvenuta presentazione, da parte dell'A.T.I. NAER, dell'offerta tecnica ed economica due mesi dopo le altre ditte concorrenti e quasi due mesi dopo l'apertura e la valutazione delle altre offerte in gara.

Al riguardo, il primo giudice, affidandosi essenzialmente a considerazioni presuntive in realtà non suffragate da concreti elementi di fatto, ha escluso che vi sia stata violazione dei principi della *par condicio*, della contestualità del giudizio comparativo e della trasparenza dell'operato della Commissione di gara.

Invero, la segretezza delle sedute in cui si è proceduto alla valutazione dei progetti delle altre ditte concorrenti, farebbe presumere che il contenuto delle offerte tecniche e delle conseguenti valutazioni compiute dalla Commissione non sia stato conosciuto dall'A.T.I. oggi appellata, che ha comunque presentato il progetto tecnico anteriormente alla seduta pubblica di apertura dei plichi contenenti le offerte economiche.

Così come -pur rilevando che, ai sensi della lettera di invito, i concorrenti dovevano produrre una copia del progetto tecnico in formato elettronico, su supporto digitale CD non riscrivibile- il predetto giudicante ha ribadito il vincolo della segretezza per i componenti della Commissione aggiudicatrice, con riferimento al contenuto delle offerte esaminate e valutate, ed ha nuovamente dovuto presumere che il segretario dalla Commissione di gara abbia adottato le necessarie cautele, per assicurare un'adeguata custodia dei documenti concorsuali.

Infine, pur constatando l'assenza di verbalizzazione delle operazioni effettuate per garantire la segretezza delle offerte tecniche presentate dalle altre tre ditte partecipanti alla licitazione privata, il giudice di prime cure ha evidenziato la mancanza di elementi anche indiziari suscettibili di far presumere l'avvenuta divulgazione, in favore dell'A.T.I., all'epoca controinteressata, del contenuto dei progetti tecnici già esaminati e valutati dalla Commissione ovvero la manomissione, sottrazione o alterazione del materiale documentale rilevante ai fini della regolarità della licitazione privata *de qua*.

Il percorso argomentativo del TAR per la Basilicata non può essere condiviso.

Ad avviso del Collegio, la questione riguardante la pretesa violazione dei principi della *par condicio*, della segretezza e della contestualità del giudizio comparativo formulato dalla Commissione di gara, va trattata congiuntamente a quella inerente l'eventuale adozione di idonee misure di sicurezza, atte ad impedire la conoscenza degli elaborati tecnici che la Commissione medesima aveva già esaminati e valutati prima della presentazione dell'offerta da parte dell'A.T.I. NAER Servizi.

Ciò posto, si rileva, innanzi tutto, che i plichi contenenti la documentazione tecnica delle ditte partecipanti alla gara sono stati aperti in seduta pubblica (cfr. verbale n. 1 del 19/4/2006) e si è contestualmente proceduto alla siglatura dei documenti in essi contenuti ed al relativo esame, al fine di verificarne la piena corrispondenza formale alle prescrizioni di gara.

Quindi, mentre le buste contenenti le offerte economiche, debitamente siglate, sono state inserite in un plico che, a sua volta, è stato chiuso, sigillato e controfirmato dai componenti la Commissione e da alcuni rappresentanti delle ditte presenti, i singoli plichi contenenti la documentazione tecnica di ciascuna ditta partecipante sono stati semplicemente

“richiusi nei loro contenitori”, al fine di un loro successivo esame di conformità alle prescrizioni della lettera di invito, del Capitolato speciale di appalto e delle linee guida ad esso allegate, nonché della valutazione qualitativa dei progetti tecnici per l’attribuzione del punteggio ad essi spettante.

Come si vede, già in questa prima fase, nessun particolare accorgimento è stato adottato, allo scopo di evitare in maniera efficace la possibile divulgazione dei contenuti relativi alle offerte tecniche prodotte dalle ditte concorrenti.

Nella successiva seduta (n. 2) del 21 aprile 2006 la Commissione di gara, dopo aver fissato gli elementi ed i criteri di valutazione delle proposte progettuali presentate, ha dato inizio all’esame della documentazione tecnica presentata dal Consorzio Nazionale Servizi e si è, poi, aggiornata alla seduta del 22 aprile 2006 (n. 3), per la continuazione dell’esame dei progetti presentati dalle ditte ammesse, all’inizio della quale ha proseguito l’esame dell’offerta tecnica prodotta dal menzionato Consorzio.

Neppure in tale occasione, così come nelle successive sedute (nn. 4 e 5) in cui la Commissione ha effettuato la valutazione comparativa delle soluzioni tecniche

offerte dalle ditte partecipanti ed ha attribuito i relativi punteggi di qualità, risultano adottate opportune misure cautelari a tutela della segretezza delle proposte tecniche prodotte e delle valutazioni compiute dalla Commissione di gara.

Sicché, quando, alle ore 18.00 del giorno 19 giugno 2006 (seduta n. 6), la Commissione ha deciso di procedere all'esame della documentazione tecnica concernente il progetto presentato dall'A.T.I. Naer Servizi-Global Cri-Vivenda, nonché al riesame dei progetti prodotti dalle altre ditte concorrenti ed alla valutazione comparativa delle soluzioni progettuali offerte, nulla era stato verbalizzato in ordine alle disposte misure di custodia dei plichi contenenti le offerte tecniche in precedenza esaminate e valutate.

Orbene, ciò che rileva al fine della salvaguardia della *par condicio*, della segretezza e della trasparenza delle operazioni di una procedura concorsuale, non è la circostanza che la violazione dei suddetti principi si sia effettivamente verificata o che sussistano concreti indizi in tale direzione, bensì l'astratta possibilità che le offerte tecniche prodotte dalle altre ditte partecipanti pervenissero a conoscenza dell'A.T.I. NAER, ammessa alla gara in un momento successivo

in esecuzione di una pronuncia ad essa favorevole del T.A.R. per la Basilicata.

In proposito, il Collegio -pur essendo consapevole dell'orientamento giurisprudenziale che considera irrilevante la doglianza con cui si lamenta, in una gara d'appalto pubblico, l'inadeguata custodia delle buste contenenti un'offerta presentata, quando non sia proposto alcun elemento atto a far ritenere che possa essersi verificata la sottrazione o la sostituzione dei plichi o un qualche altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura di gara a causa di tale asserito difetto di custodia (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2001, n. 4973)-ritiene più rispondente all'esigenza di tutela della segretezza delle offerte, in una procedura concorsuale ad evidenza pubblica, il diverso indirizzo della giurisprudenza amministrativa secondo cui *“l'obbligo di predisporre cautele a tutela dell'integrità delle buste concernenti le offerte delle imprese partecipanti, in mancanza di apposita previsione da parte del legislatore, discende necessariamente dalla stessa ratio che sorregge e giustifica il ricorso alla gara pubblica per l'individuazione del contraente nei contratti della pubblica amministrazione, in quanto l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese*

partecipanti all'incanto è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle offerte e della par condicio di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi - consacrati dall'art. 97 della Costituzione- di buon andamento ed imparzialità cui deve uniformarsi l'azione amministrativa.” (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2006, n. 1068).

E non può, del resto, revocarsi in dubbio che “in concreto delle misure cautelari adottate deve essere data menzione nel verbale di gara, proprio al fine di assicurare l'effettivo ed ordinato svolgimento del prosieguo delle operazioni.” (cfr. C.S., V, n. 1068/2006, cit.)

“Né vale ad escludere la illegittimità del comportamento tenuto dall'amministrazione la considerazione che non si sarebbe concretamente verificata alcuna manomissione dei plichi contenenti le buste, atteso che la tutela giuridica dell'interesse pubblico al corretto svolgimento delle gare pubbliche, secondo i principi di cui all'art. 97 della Costituzione, deve essere assicurata in astratto e preventivamente e non può essere considerata soddisfatta sulla base della mera situazione di fatto del mancato verificarsi di eventi dannosi” (cfr. C.S., V, n. 1068/2006, cit. e

giurisprudenza ivi richiamata: C.S., IV, n. 1612/2002).

Nel caso di specie, come detto sopra, non risulta che particolari accorgimenti siano stati posti in essere per garantire l'integrità dei plichi contenenti le proposte progettuali tecniche prodotte dalle ditte partecipanti, né d'altronde i verbali delle sedute della Commissione di gara recano menzione delle eventuali cautele predisposte dal segretario per assicurare la custodia e la segretezza delle offerte.

Non poteva, dunque, procedersi legittimamente al riesame della documentazione tecnica relativa alle offerte già esaminate e valutate con attribuzione del relativo punteggio, dopo il vaglio dell'offerta presentata dall'A.T.I. Naer riammessa alla gara, in quanto gli atti relativi alle offerte presentate dalle singole imprese dovevano essere adeguatamente conservati in modo da garantire l'inalterabilità del loro contenuto, considerato che, *“a tal fine non è sufficiente l'affermazione che gli atti sono stati conservati in luogo sicuro, accessibile solo ai membri della Commissione ma è invece necessario che, ultimate le operazioni di gara, la Commissione precisi le modalità di conservazione delle offerte e dei documenti ad esse allegati e specifichi se le buste*

contenenti le une e gli altri sono state adeguatamente richiuse”. In ogni caso, all’atto del riesame, l’organo competente “*deve dare conto in modo esauriente e dettagliato delle effettive condizioni di conservazione delle singole offerte e specificare se le buste risultano adeguatamente richiuse oppure aperte.*” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661).

Nulla di tutto ciò si evince dai verbali delle sedute della Commissione di gara nn. 6, 7 e 8, rispettivamente, del 19, 20 e 21 giugno 2006, durante le quali si è proceduto all’esame dell’offerta tecnica prodotta dall’A.T.I. Naer, nonché al riesame delle altre offerte ed alla valutazione comparativa di tutti i progetti pervenuti.

Non può allora condividersi l’assunto del primo giudice secondo il quale, in caso di licitazione privata con il criterio di aggiudicazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’esigenza di procedere alla rinnovazione delle operazioni di gara, a partire dalla fase della presentazione delle offerte, riguarderebbe fattispecie in cui l’illegittima esclusione di un’impresa concorrente venga accertata in un momento successivo all’aggiudicazione del servizio o all’apertura dei plichi contenenti le offerte economiche, cioè in una fase in cui la conoscenza

del prezzo potrebbe influenzare i componenti della Commissione nella formazione dei giudizi dei progetti tecnici di tipo discrezionale.

Se, infatti, è vero che la richiamata giurisprudenza di questo Consesso si riferisce a situazioni che attengono ad una fase successiva all'approvazione dell'aggiudicazione, ad un momento cioè in cui il prezzo offerto da ciascun concorrente è ormai conosciuto, ciò non vuol dire tuttavia che i principi in essa ribaditi non siano parimenti applicabili ad un segmento della procedura di gara anteriore all'apertura dei plichi contenenti le offerte economiche, ma successivo all'esame e valutazione delle proposte progettuali tecniche.

Essendo, invero, valutazioni ampiamente discrezionali quelle che la Commissione era chiamata a compiere nella fattispecie all'esame, deve ammettersi che, non solo, la mera possibilità in astratto che i contenuti delle offerte tecniche già valutate venissero in qualche modo divulgate si rivelava suscettibile di offrire un indubbio vantaggio all'A.T.I. Naer nella tardiva predisposizione della propria proposta progettuale; ma la conoscenza delle soluzioni tecniche già sottoposte al giudizio della Commissione era verosimilmente in grado di minare

la serenità, l'obiettività e l'imparzialità degli stessi suoi componenti, all'atto di valutare l'offerta dell'A.T.I. Naer e di procedere alla valutazione comparativa di tutte le offerte prodotte. Ciò ovviamente a scapito della segretezza delle offerte, della contestualità delle operazioni valutative demandate alla Commissione esaminatrice e della *par condicio* delle imprese partecipanti alla licitazione.

Se a tutto questo si aggiunge che, nella presente fattispecie, i soggetti partecipanti alla gara erano tenuti a presentare i progetti oltre che in forma cartacea, anche in modalità di elaborazione elettronica su supporto digitale CD non riscrivibile, si comprende come si palesasse oltremodo problematico garantire, con assoluta sicurezza, che i contenuti delle proposte già scrutinate non uscissero dall'ambito di necessaria riservatezza e custodia affidato alle cure del segretario della Commissione esaminatrice.

Trovano, dunque, applicazione anche nel caso di specie i principi affermati da questa Sezione nella decisione n. 661 del 3 febbraio 2000, laddove, premessa una doverosa distinzione “*tra le procedure di aggiudicazione ‘automatiche’ e quelle caratterizzate*

*dalla presenza in capo alla Commissione di gara di profili di discrezionalità tecnica od amministrativa”, l’organo giudicante ha osservato che “Nel primo caso, l’accertamento di vizi concernenti l’ammissione o l’esclusione dei concorrenti non comporta la necessità di rinnovare la procedura sin dal momento della presentazione delle offerte, perché il criterio oggettivo e vincolato dell’aggiudicazione priva di qualsiasi rilevanza l’intervenuta conoscenza, da parte del seggio di gara, dei contenuti delle altre offerte già ammesse.”, mentre “nel caso di aggiudicazione basata su apprezzamenti discrezionali con attribuzione di punteggi, legati a valutazioni di ordine tecnico (licitazione privata con il metodo dell’offerta economicamente più vantaggiosa; appalto concorso), l’illegittima esclusione di un concorrente, se accertata dopo l’esame delle altre offerte, rende necessario il rinnovo dell’intero procedimento di gara, a partire dalla stessa fase di presentazione delle offerte.”, ove, come in fattispecie, siano potenzialmente vulnerati i principi della *par condicio* e della necessaria contestualità del giudizio comparativo, a causa della possibilità -sia pure astratta- che la ditta riammessa alla gara abbia a modificare la propria offerta una*

volta presa cognizione delle offerte avversarie (cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 1986, n. 664).

Conclusivamente, assorbite le ulteriori censure non espressamente esaminate, l'appello merita accoglimento e, per l'effetto, in riforma della censurata sentenza, va disposto l'accoglimento del ricorso di primo grado con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Va, pertanto, disattesa la richiesta dell'appellata A.T.I. Naer Servizi s.r.l., che ha formato oggetto del suo ricorso incidentale, relativamente alla compensazione delle spese disposta nel giudizio di primo grado.

Quanto alle spese di lite, riferite ad entrambi i giudizi, il Collegio ritiene di liquidarle come stabilito in dispositivo.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V, **accoglie** il presente atto d'appello e, per l'effetto, in riforma della censurata sentenza, **accoglie** il ricorso di primo grado con il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.

Condanna l'A.O. "Ospedale San Carlo" di Potenza e l'A.T.I. NAER SERVIZI s.r.l. a corrispondere alla parte appellante la complessiva somma di euro 8.000,00

(euro ottomila/00), suddivise in parti uguali di euro 4.000,00 (euro quattromila/00) cadauno, a titolo di rimborso di spese e di onorari di lite.

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

Così deciso in Roma, il 16 ottobre 2007, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in Camera di Consiglio, con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Raffaele	IANNOTTA	PRESIDENTE
Cesare	LAMBERTI	CONSIGLIERE
Aldo	FERA	CONSIGLIERE
Aniello	CERRETO	CONSIGLIERE
Francesco	GIORDANO	CONSIGLIERE est.
	ESTENSORE	IL PRESIDENTE
F.to Francesco	Giordano	F.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO
F.to Agatina Maria Vilaro

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
II 20/03/2008
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
f.to Antonio Natale