

N. 04209/2015REG.PROV.COLL.
N. 10471/2014 REG.RIC.



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 10471 del 2014, proposto da:

Markas S.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dall'avv.to Pietro Adami, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso, in Roma, Corso d'Italia, 97,

contro

Azienda Ospedaliera Bolognini Seriate,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Rocco Mangia, Stefano Quadrio e Gabriele Pafundi, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, viale Giulio Cesare, 14/A

nei confronti di

- Coopservice S. Coop. p.a. di Reggio Emilia,

in persona del legale rappresentante p.t.,

come capogruppo mandataria del RTI con Euro & Promos Soc. Coop.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ermes Coffrini e Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, viale Bruno Buozzi, 87;

- Consi Copra Soc. Coop. di Piacenza,
mandataria in R.T.I. con la Ditta Pulitori e Affini Spa;
- Pulitori e Affini Spa,
mandante in R.T.I. con Consi Copra Soc. Coop. di Piacenza;
- Manutencoop Facility Management, mandataria in R.T.I. con la Ditta National Cleaness Srl,
non costituitesi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA - SEZIONE II n. 01300/2014, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione - risarcimento danni.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Bolognini Seriate e di Coopservice S. Coop. p.a. di Reggio Emilia;

Visto che non si sono costituite in giudizio le altre intimatate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 16 luglio 2015, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Pietro Adami per l'appellante, l'avv. Gabriele Pafundi per l'appellata e gli avv.ti Massimo Colarizi ed Ermes Coffrini per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con ricorso R.G. n. 1018 del 2014 proposto davanti al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, la società odierna appellante – premesso di aver presentato offerta nell'ambito

della procedura telematica aperta (da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) per l'affidamento del servizio triennale di pulizia presso i presidi e le sedi operative dell'Azienda Ospedaliera "Bolognini" di Seriate per un importo presunto di € 6.758.600 (IVA esclusa) - impugnava la deliberazione dell'azienda ospedaliera in data 15/7/2014 n. 468, recante l'aggiudicazione al r.t.i. controinteressato del servizio di pulizia e sanificazione, nonché ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale ed in particolare i verbali di gara.

2. - A sostegno del gravame, la ricorrente, classificatasi al quarto posto nella graduatoria dei concorrenti, deduceva, anche con successivi motivi aggiunti, censure volte alla esclusione delle prime due classificate (sostenendo che, a séguito della pretesa esclusione, con il ricalcolo della graduatoria, essa si collocherebbe al primo posto) e, in subordine, un ulteriore motivo, mirante invece al travolgimento dell'intera procedura.

3. - Con la sentenza indicata in epigrafe il T.A.R., respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso incentrata sull'argomento che il suo eventuale accoglimento avrebbe al più provocato la riedizione della contestata verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, respingeva i motivi volti a contestare la mancata esclusione della aggiudicataria per carenza del possesso dei requisiti di partecipazione e per anomalia della sua offerta, dichiarava la sopravvenuta carenza di interesse all'esame della censura rivolta contro la seconda classificata (parimenti relativa alla presunta anomalia dell'offerta) e respingeva la doglianza diretta al travolgimento dell'intera procedura.

4. - Con appello notificato il 19 dicembre 2014 e depositato il 23 dicembre 2014, l'originaria ricorrente ha impugnato la sentenza in questione, sostenendo l'erronea rilevazione e valutazione dei fatti rilevanti ad opera del primo Giudice, sia quanto al motivo attinente al (preteso) mancato possesso dei requisiti di partecipazione da parte della mandante nel raggruppamento di imprese risultato aggiudicatario, sia quanto alla dedotta anomalia dell'offerta resa da detto raggruppamento, vizio peraltro sussistente, si deduce

riproponendo la censura dichiarata improcedibile in primo grado, anche nell'offerta della seconda classificata; quindi, ribadisce in sede di appello, "escluse le offerte delle prime due classificate, la classifica viene rimodulata. Per effetto della dovuta riparametrazione dei punteggi, si genera una modifica della classifica. Per effetto di tale rimodulazione la ricorrente diviene, pertanto, prima, e può ottenere l'aggiudicazione della procedura di gara" (pagina non numerata).

Naturalmente in subordine viene poi reiterato il motivo diretto al travolgimento dell'intera procedura, concernente pretese illegittimità nella valutazione dei progetti tecnici alla luce della verbalizzazione effettuata.

5. – Si sono costituite in giudizio per resistere, anche con successive memorie, l'Azienda Ospedaliera e la capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese risultato aggiudicatario.

Non si sono invece costituite, benché ritualmente intimare, le imprese collocate al secondo ed al terzo posto della graduatoria di gara.

L'appellante ha infine depositato memoria di replica.

La causa è stata chiamata alla udienza pubblica del 5 marzo 2015, alla quale, dopo ch'è stata in essa indicata alle parti, ex art. 73 c.p.a., una questione, rilevata d'ufficio, di parziale inammissibilità del ricorso di primo grado, è stata rinviata per la trattazione all'udienza pubblica del 16 luglio 2015, al fine di consentire alle parti di svolgere difese sulla questione stessa.

Con memoria in data 17 giugno 2015 l'appellante ha argomentato sinteticamente in ordine alla predetta eccezione.

Considerazioni di replica a detta memoria ha svolto la contro interessata con memoria in data 29 giugno 2015.

La causa è stata infine nuovamente chiamata e poi trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 16 luglio 2015.

6. – Il Collegio ritiene il ricorso di primo grado inammissibile per carenza di interesse quanto ai motivi vòlti alla esclusione delle prime due classificate nella graduatoria dei concorrenti della gara de qua.

Si deve rilevare, infatti, che, a differenza di quanto ritiene la ricorrente, l'Amministrazione, anche all'esito dell'eventuale esclusione per anomalia delle offerte delle anzidette controinteressate (peraltro suscettibile di intervenire, in caso di accoglimento del proposto gravame, solo dopo una rivalutazione "guidata" dell'offerta dell'aggiudicataria sospettata di anomalia, della esclusione dell'offerta stessa a seguito di detta rivalutazione per effetto dell'attività amministrativa o per effetto di una ulteriore pronuncia giurisdizionale, della successiva verifica dell'anomalia della seconda classificata, di un giudizio di non congruità dell'offerta medesima o di un eventuale giudizio di congruità suscettibile di ulteriore impugnazione con accoglimento della stessa e conseguenti obblighi conformativi in capo all'Amministrazione), non deve procedere alla rimodulazione della graduatoria, ma allo scorrimento della stessa, in favore, nella specie, della ditta terza classificata, nei confronti della cui offerta la ricorrente, mandataria del raggruppamento temporaneo collocatosi al quarto posto della graduatoria, nessun rilievo ha mosso in relazione all'ammissione od alla valutazione della relativa offerta, l'interesse del tutto eventuale (di là da venire e dunque di incerta realizzazione) alla contestazione della quale in caso di esclusione delle prime due classificate non vale certo a radicare l'interesse attuale a contestare tale mancata esclusione.

Invero, il dato normativo (art. 88, comma 7, del D. Lgs. n. 163/2006, applicabile alla procedura in esame anche in forza del richiamo contenuto nella legge di gara alle norme del D. Lgs. n. 163, cit.: v. artt. 4 e 23 del disciplinare di gara) stabilisce il principio, secondo cui, una volta stilata la graduatoria provvisoria, la stazione appaltante, ove rilevi l'incongruità dell'offerta della prima graduata, procede progressivamente nei confronti delle successive offerte, sino ad individuare la migliore offerta non anomala, con conseguente impossibilità di modificare la graduatoria stessa nel caso sia possibile uno scorrimento che consenta l'aggiudicazione ad un'offerta non anomala.

Alla individuazione (nel senso evidente di identificazione) delle “successive migliori offerte” (come recita la lettera del citato comma 7) non può pertanto pervenirsi che sulla base dell'unica, originaria, graduatoria, formata all'ésito della assegnazione dei punteggi, laddove la tesi dell'odierna appellante presuppone invece la riattribuzione dei punteggi e la riformulazione della graduatoria quale conseguenza di ogni progressiva espulsione dalla gara per anomalia.

Dunque, all'ésito della verifica di anomalia dell'offerta prima classificata (e poi eventualmente, in caso di definitivo suo ésito positivo, di quella della seconda e così di seguito), la graduatoria resta ferma, sì che ne deriva che la Commissione di gara non deve (e non può) riassegnare quei punteggi (come quello, nel caso di specie, del prezzo), ai fini della cui determinazione rilevino i valori di tutte le offerte pervenute a tale fase.

Del resto, il presupposto che dall'esclusione delle offerte giudicate incongrue e non sostenibili derivi il mero scorrimento della graduatoria fino ad arrivare alla posizione del concorrente che contesti appunto la congruità delle offerte che lo precedono in graduatoria è alla base delle più recenti decisioni di questo Consiglio circa la legittimazione di un concorrente classificato nella graduatoria di una gara d'appalto a contestare appunto quelle anomalie (v. la recente pronuncia dell'Adunanza Plenaria n. 8/2014, nonché Cons. St., III, 16 aprile 2014, n. 1927).

L'Adunanza Plenaria, infatti, nell'affermare che la collocazione al terzo posto in graduatoria non comporta di per sé - con carattere di automatismo - il difetto di legittimazione del concorrente terzo graduato ad introdurre contestazione sulle scelte operate dalla stazione appaltante in ordine all'opportunità di procedere o meno all'esame discrezionale di una supposta anomalia dell'offerta dei concorrenti collocati in posizione potiore, ha sottolineato che la possibile estromissione di questi dalla gara “consentirebbe lo scorrimento in posizione utile per poter aspirare all'aggiudicazione”.

D'altra parte, la tesi secondo cui, in caso di dichiarazione di anomalia della "prima migliore offerta", la Commissione dovrebbe necessariamente riconsiderare i punteggi attribuiti all'offerta economica dei restanti graduati e, solo dopo aver riattribuito tali punteggi, sulla base degli stessi individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa, comporterebbe anche che si debba così procedere anche alla rideterminazione della soglia di anomalia (ch'è espressione ad avviso del Collegio strettamente riferibile solo alle ipotesi in cui il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, giacché solo in tale sede la soglia stessa è determinata da una media suscettibile di variazioni all'ésito della esclusione di uno o più concorrenti, mentre per il caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa si tratterebbe piuttosto non della mera "rideterminazione" della soglia di anomalia ma di una pretesa nuova attribuzione di punteggi, che porterebbe poi alla individuazione di una nuova soglia ex art. 86, comma 2, del Codice dei contratti pubblici) ogni volta che si proceda "progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte"; il che contrasta oggi con il disposto dell'ultimo periodo del comma 2-bis dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 ("ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte"), che, pur non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie (nella quale peraltro la ricorrente fa derivare la riformulazione della graduatoria proprio da un nuovo punteggio per la voce "prezzo" da attribuirsi alle offerte rimaste in gara a séguito dell'esclusione delle prime due classificate proprio per effetto di un ricalcolo della media dei valori delle offerte), deve ritenersi espressione di principii già presenti nell'ordinamento, estesi dalla novellata disposizione anche ad ipotesi diverse da quella dell'esclusione per anomalia dell'offerta.

La veduta interpretazione del disposto del comma 7 dell'art. 88 del D. Lgs. n. 163/2006 viene peraltro avvalorata anche dalla possibilità, offerta alle stazioni

appaltanti dal secondo periodo dello stesso comma, di procedere alla verifica dell'anomalia contemporaneamente per tutte le offerte sospettate, senza, cioè, procedere "progressivamente" nei confronti di queste secondo l'ordine della graduatoria provvisoria; il che chiaramente vale ancora una volta ad escludere qualsiasi ipotesi di rideterminazione dei punteggi e della graduatoria finale, nonché di calcolo della soglia di anomalia, in caso di "progressiva" verifica di incongruità delle offerte collocate nella graduatoria stessa, che non può certo condurre ad un risultato diverso da quello cui si perviene in caso di contemporanea verifica.

D'altronde, lo stesso legislatore nazionale, quando ha voluto attribuire all'espulsione di un concorrente dalla procedura effetti nell'ambito interno della procedura stessa più ampi e trascendenti la mera posizione del concorrente medesimo, lo ha previsto espressamente (v. l'art. 10, comma 1-quater, della legge n. 109/1994, oggi trasfuso nell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici, che stabilisce, al comma 2, che, qualora l'aggiudicatario ed il concorrente che segue in graduatoria non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni, "si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione").

Né si può accedere alla tesi dell'appellante, secondo cui tale norma porrebbe un obbligo di rideterminazione della graduatoria a séguito di qualsivoglia "esclusione, per anomalia o irregolarità", giacché, in disparte la ben differente portata della rimodulazione della graduatoria pretesa dall'appellante rispetto al concetto di "determinazione della nuova soglia di anomalia", la stessa è espressamente riferita esclusivamente all'ipotesi della sola fase della verifica del possesso dei requisiti (e delle sanzioni applicabili nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio e del concorrente che lo segue in graduatoria, che non forniscano la prova di tale possesso) e non è applicabile certo, nel silenzio della norma stessa e soprattutto del veduto art. 88, all'esclusione dell'offerta, che risulti inaffidabile a séguito della verifica di anomalia.

Tanto rappresenta una scelta, non illogica, del legislatore, che ha ritenuto che solo le offerte prive dei requisiti di ammissione alla gara siano insuscettibili di influire sul risultato della gara; mentre ha evidentemente ritenuto, nella sua non sindacabile discrezionalità, di non estendere le stesse dirimenti conseguenze all'ipotesi di offerte corrette sì quanto ai presupposti di ammissibilità, ma poi risultate inaffidabili nel giudizio di congruità.

Né nel caso di specie può rilevare il fatto che l'offerta della aggiudicataria sia contestata anche sotto il profilo del mancato possesso di un requisito di partecipazione, atteso che, anche a voler ipotizzare per tal caso la riconsiderazione dei punteggi attribuiti per l'offerta economica sulla base di una diversa composizione del "panel" delle offerte i cui valori a tal fine rilevano (ché l'esclusione derivante dall'accoglimento di siffatta censura retroagirebbe alla fase di ammissione delle offerte "sotto il profilo amministrativo": v. art. 10 del disciplinare di gara), la ricorrente non ha dimostrato che ad una tale nuova assegnazione del punteggio economico (da operarsi, si ripete, nella ipotesi dell'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria per mancanza di un requisito di partecipazione) consegua una riformulazione della graduatoria definitiva, dalla quale essa risulti aggiudicataria.

Quanto, infine, all'irrelevanza dello stesso elemento economico, che secondo l'appellante deriverebbe dalla giurisprudenza che nega l'obbligo della rideterminazione ("inibendone anche la mera facoltà per l'amministrazione": pag. 2 mem. del 17 giugno 2015), ricordato che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è strutturato in modo da impedire che la competizione tra gli operatori avvenga sul versante squisitamente economico, richiedendo una delibazione anche qualitativa dell'offerta (questo è il senso dell'articolo 83 del codice dei contratti pubblici, che enuncia, tra i criteri di valutazione dell'offerta, una serie di parametri evocativi di aspetti qualitativi dell'offerta quali, appunto, la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, ecc.), va sottolineato che l'esigenza di ragguglio dei punteggi al valore massimo teorico dell'offerta economica migliore (ché in

ciò si sostanzia in estrema sintesi la argomentazione evocante la riparametrazione), da un lato non è oggetto di norma cogente (Cons. St., V, 25 febbraio 2014, n. 899) e dall'altro è applicabile alla sola offerta tecnica, in quanto espressivo di un valore fondamentale consistente nella necessità di rispettare l'equilibrio tra fattori di valutazione delle offerte in caso di criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed in particolare tra la componente tecnica e quella economica; laddove, come s'è già sottolineato, nel caso di specie l'invocata riformulazione della graduatoria sarebbe da effettuarsi mediante l'attribuzione di un nuovo punteggio per la voce "prezzo".

In definitiva, in forza del vigente principio generale in materia di verifica della sussistenza dell'interesse all'impugnativa (secondo cui esso va valutato in concreto, al fine di accertare l'effettiva utilità che possa derivare al ricorrente dall'annullamento degli atti impugnati, sì che deve essere dichiarata inammissibile per carenza di interesse l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara pubblica, non afferente ad aspetti sostanziali o formali mirati alla rinnovazione della gara stessa, se da una verifica a priori - c.d. prova di resistenza – non risulti con certezza che l'impresa ricorrente possa risultare aggiudicataria in caso di accoglimento del ricorso, certezza nel caso di specie non rinviabile ad un momento futuro quale quello che si pretende di individuare del tutto genericamente in quello successivo all'esercizio di "una ulteriore attività amministrativa" di aggiudicazione alla terza classificata che faccia seguito alla esclusione che costituisce l'oggetto della domanda fatta valere nel presente giudizio), il primo, il secondo ed il quarto motivo del ricorso di primo grado vanno dichiarati inammissibili.

Si può passare, dunque, all'esame della censura d'appello afferente ad asserite carenze sostanziali e formali della verbalizzazione, miranti alla caducazione dell'intera procedura di gara, almeno a partire dalla fase di valutazione delle offerte.

Il motivo, che si appunta sulla illegittimità della verbalizzazione riassuntiva dell'attività della commissione giudicatrice (che ha verbalizzato nella seduta del 9 giugno 2014 le operazioni svolte nelle sedute del 28, 29 e 30 maggio e del 3, 4, 5, 6 e 9 giugno medesimo), è infondato.

Ai fini della sua reiezione, premesso che l'appello presenta sotto questo aspetto profili di inammissibilità per la mancanza di puntuali critiche sul punto alle statuizioni rese sul punto dalla sentenza impugnata, è sufficiente ricordare:

- che non sussiste alcun principio che imponga la contestualità delle motivazioni rispetto alle singole sedute, essendo invece sufficiente anche una valutazione finale (cfr. C.d.S., V, 19 giugno 2009, n. 3843; Cons. Stato, Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1507);

- alla luce anche della legge di gara (v. art. 10 e 22 del disciplinare) non sussiste l'obbligo della specifica indicazione dei punteggi attribuiti dai singoli commissari, trattandosi di formalità interna relativa ai lavori della Commissione esaminatrice, i cui giudizi, ai fini della verbalizzazione e della pubblicità esterna, sono sufficientemente documentati con la sola attribuzione del voto complessivo finale (cfr. Cons. St., sez. IV, 16 febbraio 2012 n. 810);

- la stessa disciplina di gara non prescrive la necessità di redigere contestuali e distinti verbali per ciascuna seduta della commissione di gara, ma semplicemente stabilisce che la Commissione giudicatrice verbalizzi "l'esito dei propri lavori" (v. art. 10 del disciplinare di gara);

- la verbalizzazione successiva allo svolgersi delle sedute è ammessa anche dalla giurisprudenza, purché sopraggiunga in tempi idonei ad evitare la insorgenza di errori o omissioni nella ricostruzione dei fatti (cfr. Cons. Stato, V, 15 marzo 2010 n. 1507 e, da ultimo, Cons. St., III, 1 settembre 2014, n. 4449); ed oggettivamente il verbale redatto nella fattispecie nella forma della relazione il 9 giugno 2014, riguardante n. 8 sedute che si sono svolte in un complessivo arco temporale di circa tredici giorni (peraltro nel pieno e lodevole rispetto del principio di concentrazione e continuità) non incorre in tale pericolo;

- il verbale riporta con puntuale correttezza l'evolversi e l'oggetto dello svolgimento dei lavori della Commissione;
- la stessa, avendo dato collegialmente atto dell'azione amministrativa esercitata, ha altresì così "autocertificato" la regolare presenza di tutti i membri della stessa alle varie fasi documentate nel verbale, che peraltro fa fede com'è noto fino a querela di falso.

Né, per finire, costituisce indizio rivelatore della denunciata carenza di valutazione da parte della Commissione stessa dei progetti presentati (peraltro, come esattamente osservato dal T.A.R., "del tutto indeterminata"), la formula, riportata nel verbale medesimo, che "si è convenuto di non valutare l'offerta completa, ma valutare gli elementi richiesti di ogni singola offerta", dal momento ch'essa è semplicemente da intendersi nel senso che la Commissione ha così preso atto di quanto prescritto dalla legge di gara, che ad essa demandava non una indifferenziata valutazione complessiva di ciascuna offerta, ma la valutazione distinta dei singoli parametri di qualità di ciascuna offerta, definiti appunto dalla *lex specialis* (v. art. 22 del disciplinare di gara) "elementi" di valutazione.

7. – In conclusione l'appello va respinto e, in parziale riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado va in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile.

8. – Spese ed onorari del doppio grado di giudizio, liquidati nella misura indicata in dispositivo, séguono, come di régola, la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe:

- respinge l'appello;
- in parziale riforma della sentenza impugnata, in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile il ricorso di primo grado.

Condanna l'appellante alla rifusione di spese ed onorari del doppio grado in favore dell'Azienda Ospedaliera e dell'aggiudicataria controinteressata nella

misura di Euro 6.500,00=, oltre I.V.A. e C.P.A., in favore di ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma, addì 16 luglio 2015, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/09/2015

IL SEGRETARIO

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