

Consiglio di Stato, Sez. V, 29 aprile 2009, n. 2716

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale,
(Quinta Sezione)

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 622/08 Reg. Gen., proposto da "XXX" s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti G.Q. e A.L., elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, via Q.F., n. 20;

CONTRO

l'AZIENDA OSPEDALIERA "YYY", in persona del Direttore generale in carica, non costituita in giudizio;

E NEI CONFRONTI

di "ZZZ" soc. consortile a r.l., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale capogruppo dell'a.t.i. con "XY" soc. coop. a r.l., rappresentata e difesa dall'Avv. M.B. ed elettivamente domiciliata presso il medesimo in Roma, via A.B., n. 26/B;

per la riforma

della sentenza 15 novembre 2007 n. 1175 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sezione prima, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 3 febbraio 2009, relatore il consigliere Angelica Dell'Utri Costagliola, uditi per le parti gli Avv.ti L. e B.;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con atto notificato il 9 ed il 10 gennaio 2008 e depositato il 25 seguente la "XXX" s.r.l., collocata al secondo posto della graduatoria finale della gara a procedura aperta indetta dall'Azienda Ospedaliera "YYY" per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione per quattro anni, aggiudicata in favore dell'a.t.i. "ZZZ-XY", ha appellato la sentenza 15 novembre 2007 n. 1175 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sezione prima, con la quale è stato respinto il suo ricorso avverso la deliberazione di indizione della gara 20 giugno 2006 n. 534 del Direttore generale dell'Azienda, gli atti di gara, tra cui in particolare i verbali del 25 ottobre (che riassume le sedute del 12, 26, 28 settembre e 18 ottobre) e 6 novembre 2006 (di apertura delle offerte economiche ed aggiudicazione provvisoria), e la deliberazione di aggiudicazione definitiva 20 dicembre 2006 n. 1083.

L'appellante, ricordati i quattro motivi dedotti in primo grado, ha con altrettanti motivi criticato le rispettive soluzioni accolte al riguardo dal TAR.

La "ZZZ-XY" si è costituita in giudizio ed ha eccepito l'inammissibilità dei motivi secondo, terzo e quarto in quanto privi di specifiche censure ai rispettivi capi di sentenza, nonché la carenza di interesse al primo motivo, per aver l'appellante conseguito per il criterio "capacità operativa e specializzazione nel servizio", in questione, il punteggio massimo addirittura superiore al proprio, sicché l'introduzione dello stesso criterio non le ha arrecato alcuna lesione. Ha altresì eccepito l'inammissibilità del terzo motivo d'appello e di primo grado perché concernente le valutazioni della commissione, espressione di potere tecnico-discrezionale che sfugge al

sindacato del giudice amministrativo. Ha poi comunque svolto ampie controdeduzioni nel merito.

Con memorie del 22 e 28 gennaio 2009 l'appellante e l'appellata hanno insistito nelle rispettive tesi e richieste.

L'Azienda Ospedaliera, pur ritualmente intimata presso il difensore nel domicilio indicato in sentenza, non si è costituita in giudizio.

All'odierna udienza pubblica l'appello è stato posto in decisione.

D I R I T T O

1.- Com'è accennato nella narrativa che precede, si controverte della gara a procedura aperta indetta dall'Azienda Ospedaliera "XXX" per l'affidamento per quattro anni del servizio di pulizia e sanificazione degli ospedali e strutture extraospedaliere dell'Azienda, aggiudicata in favore dell'a.t.i. "ZZZ-XY". L'attuale appellante a.t.i., collocata al secondo posto della relativa graduatoria, ha impugnato davanti al TAR per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, la deliberazione di indizione della gara 20 giugno 2006 n. 534 del Direttore generale dell'Azienda, gli atti di gara, tra cui in particolare i verbali del 25 ottobre (di sintesi delle sedute del 12, 26, 28 settembre e 18 ottobre) e 6 novembre 2006 (di apertura delle offerte economiche ed aggiudicazione provvisoria), e la deliberazione di aggiudicazione definitiva 20 dicembre 2006 n. 1083, deducendo quattro motivi di ricorso.

Nella propria memoria difensiva l'appellata a.t.i. "ZZZ-XY" reitera in questa sede l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse del primo motivo, con cui - come meglio si dirà in proseguo - si sosteneva l'illegittimità del capitolato speciale nella parte in cui prevede, sotto la voce di valutazione dell'offerta "capacità operativa e specializzazione nel servizio", la "esperienza pregressa ed attuale" e le "certificazioni di qualità".

L'eccezione è inammissibile perché, essendo stata esaminata e respinta dal primo giudice, avrebbe dovuto essere riproposta con rituale appello incidentale e non con semplice memoria.

Come infatti affermato anche dalla Sezione, a fronte di una espressa statuizione del giudice di primo grado su un'eccezione non è sufficiente la sua mera riproposizione in sede di appello mediante memoria, occorrendo utilizzare le forme dell'appello incidentale poiché il potere di verifica d'ufficio da parte del Consiglio di Stato dei presupposti di rito del ricorso originario, esperibile in via di principio, si arresta nel caso in cui il giudice di primo grado, prima di respingere nel merito il ricorso stesso, abbia esaminato e respinto anche le questioni pregiudiziali proposte dal resistente. In altri termini, quando il primo giudice non si è pronunciato su tali questioni, o ha esplicitamente dichiarato di volerne prescindere, la parte può limitarsi a riproporle con semplice memoria, trattandosi semplicemente di sollecitare l'esercizio di un potere di accertamento d'ufficio che pertiene al giudice di appello; di contro, nell'ipotesi di pronuncia espressa l'appellato è tenuto a reiterarle con appello incidentale, pena la formazione del giudicato sul punto (cfr. questa Sez. V, 25 giugno 2002 n. 3455 e giurisprudenza ivi richiamata).

Parte appellata eccepisce ancora l'inammissibilità dei motivi d'appello secondo, terzo e quarto in quanto privi di specifiche censure ai rispettivi capi di sentenza, nonché l'inammissibilità del terzo motivo sotto altro aspetto, ossia perché impingente nel merito delle valutazioni tecnico-discrezionali effettuate dalla commissione giudicatrice.

Anche la prima di tali eccezioni va disattesa, dal momento che l'appellante ha svolto ampie critiche alle ragioni di reiezione di ciascuno degli originari motivi. L'ultima eccezione sarà esaminata, se del caso, al momento della trattazione di quel motivo.

2.- Risolte in tal modo le questioni preliminari, nel merito l'appello deve ritenersi fondato innanzitutto in relazione al primo motivo, riguardante il primo motivo originario.

Con esso la ricorrente aveva dedotto violazione e falsa applicazione dell'art. 53 della Direttiva del 31.3.2004 n. 2004/18/CE, degli artt. 13, 14 e 23 del d.lgs. n. 157/1995, eccesso di potere per travisamento dei fatti, sviamento della causa tipica, irragionevolezza, illogicità manifesta, violazione dei principi generali in tema di criteri di aggiudicazione degli appalti di servizi, giacché vi sarebbe stata un'illegittima commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in particolare, fra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica il capitolato indicava l'esperienza pregressa ed attuale e le certificazioni di qualità, che sarebbero criteri attinenti alla capacità tecnica ed anche economico-finanziaria delle partecipanti e non alla qualità dell'offerta.

Con l'appellata sentenza la deduzione è stata ritenuta corretta in astratto ai sensi dell'art. 53, par. 1, lett. a), della direttiva 2004/18/CE, ma infondata nel concreto, poiché ai fini della valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbero essere utilizzate anche alcune caratteristiche dei servizi pregressi ed in atto aventi diretto interesse per il servizio da appaltare. Ciò non consisterebbe nel valutare una seconda volta l'esperienza professionale, ma nell'esaminare aspetti qualitativi dell'offerta attraverso la ragionevole previsione del pregio tecnico delle prestazioni da fornire, quali, nella specie, non le stesse informazioni fornite per la qualificazione ma la quota di servizi svolti in aree a rischio alto e medio (senza vincolo di fatturato e minimo posti letto), atteso che il capitolato speciale prevede prestazioni in tali aree e tenuto conto che, in tal modo, si attuerebbe una forma di controllo anticipato al momento dell'offerta. Inoltre, attraverso le certificazioni di qualità (non valutate in sede di prequalificazione) la stazione appaltante acquisirebbe ulteriori elementi per giudicare il contenuto dell'offerta e la sua presumibile qualità, così favorendosi la partecipazione senza sovraccaricare i requisiti di ammissione con elementi di qualità che invece troverebbero adeguata collocazione come parte della proposta di organizzazione del servizio.

Al riguardo, l'appellante sostiene che il TAR abbia errato nel ritenere che la direttiva non vieti l'inserimento di tali fattori tra gli elementi valutativi, se non utilizzati per l'ammissione alla gara, e ribadisce che tanto sarebbe invece in contrasto la *ratio* e la lettera della norma comunitaria, la quale richiede la valutazione degli elementi soggettivi per l'ammissione e dei soli elementi oggettivi per la valutazione; né l'esperienza maturata avrebbe natura ibrida, potendo essere considerata soltanto come elemento soggettivo perché non concernente le caratteristiche qualitative del servizio; d'altro canto, dai verbali non emergerebbe se siano state prese in considerazione le esperienze in zone ad alto e medio rischio, ma solo i certificati e le esperienze in genere, sicché la conclusione a cui è pervenuto il primo giudice sarebbe illogica. In ogni caso, si tratterebbe di elementi soggettivi non riguardanti il progetto tecnico, quindi in base alla normativa comunitaria non considerabili in funzione della scelta del servizio migliore (non già dell'impresa migliore), che rappresenta lo scopo del sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'appellata oppone che non vi sarebbe identità tra il requisito di accesso (quantitativo) ed il criterio valutativo (qualitativo), mentre dagli artt. 53 della direttiva e 23 del d.lgs. n.157 del 1995 (ora

art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006) non si ricaverebbe una preclusione all'inserimento tra i criteri di valutazione di elementi attinenti all'affidabilità dell'offerente, quali l'esperienza e le certificazioni di qualità che, peraltro, sarebbero elemento sia oggettivo che soggettivo.

In proposito, si osserva come sia ormai pacifico nella giurisprudenza anche della Sezione che la normativa sia comunitaria sia nazionale opera, tra i criteri soggettivi di ammissione (d.lgs. n. 157 del 1995: artt. 12-17) e quelli oggettivi di aggiudicazione (artt. 22-23), una netta ed inderogabile distinzione che, oltre al dato letterale e formale, risponde all'evidente e sostanziale logica di separare altrettanto nettamente i requisiti soggettivi di idoneità e di partecipazione alla gara da quelli attinenti all'offerta ed all'aggiudicazione (cfr. questa Sez. V, 16 aprile 2003 n. 1993 e, tra le più recenti, 20 marzo 2006 n. 1446). In particolare, è stato affermato, con argomentazioni che ben si attagliano alla fattispecie qui in esame e da cui il Collegio non ha ragione di discostarsi, che è illegittimo l'inserimento tra gli elementi di valutazione dell'offerta di un requisito, quale quello delle esperienze simili già maturate nello stesso specifico settore, il quale è indubbiamente un criterio soggettivo per l'individuazione della capacità tecnica richiesta ai concorrenti in sede di prequalificazione proprio per l'accertamento soggettivo della loro capacità a poter partecipare alla gara. Né rileva in contrario che le caratteristiche specifiche dell'attività oggetto della procedura avrebbero giustificato e legittimato il riferimento a dette esperienze ai fini della valutazione dell'offerta, stante la chiara *ratio* della normativa richiamata, che non consente alcuna deroga teorico-concettuale, né alcuna conseguente commistione tra i due gruppi di criteri, tra loro incompatibili. Tale principio vale sia per gare precedute da prequalificazione, sia per quelle a procedura aperta, ossia di pubblico incanto non preceduto dalla fase di prequalificazione (com'è nella specie), giacché in entrambi i casi si verte sempre in tema di requisiti di partecipazione utilizzati anche ai fini dell'assegnazione dei punteggi tecnici, con conseguente commistione illegittima dei medesimi e, in ultima analisi, violazione della *par condicio* tra i concorrenti (cfr., in particolare, la cit. n. 1446 del 2006).

Con riguardo al caso in trattazione, giova aggiungere l'irrilevanza del fatto che il criterio di valutazione sia riferito a "esperienza pregressa ed attuale", mentre quello di ammissione concerne un determinato fatturato specifico: ne è prova la prescrizione, proprio nel contesto della definizione del requisito di ammissione, da dichiarare, della dimostrazione del medesimo requisito mediante produzione di un "elenco referenziale dei servizi prestati a strutture pubbliche o private ..", il quale deve essere invece inserito nella "busta concernente la documentazione tecnica". In altri termini, la stessa stazione appaltante è ben conscia che si tratta di requisito di capacità economico finanziaria e tecnica utile per l'ammissione, e ciononostante ha stabilito di valersene, sotto un profilo parziale ma pur sempre attinente al detto requisito, ai fini della scelta della migliore offerta.

Quanto poi alle certificazioni di qualità, è evidente che si tratta anche in tal caso di requisito di ammissione, in particolare relativo alla capacità tecnica dell'impresa, poiché attiene al controllo del rispetto di particolari parametri individuati in sede europea in tutte le fasi del processo di realizzazione del prodotto del servizio, non già della qualità del prodotto o del servizio.

Infine, va notato come la giurisprudenza richiamata dall'appellata non affermi affatto principi contrastanti con quelli condivisi innanzi,

riguardando questioni diverse da quella affrontata in questa sede e nei precedenti sopra richiamati (cfr., ad es., Cons. St., Sez. V, 5 febbraio 2007 n. 433 e Sez. IV 19 ottobre 2007 n. 5476, in cui si discuteva se la fornitura del servizio in corso con altri enti fosse o meno legittimo criterio di valutazione dell'offerta in relazione al dedotto vizio di violazione della libera concorrenza e di illecita salvaguardia delle posizioni dominanti, e, rispettivamente, se l'attività pregressa positivamente espletata nel territorio, costituente incontestatamente elemento di valutazione dell'offerta, recasse o meno discriminazione nei confronti di operatori non locali; cfr. altresì, Cons. St., Sez. V, 18 ottobre 2001 n. 5517, in cui si discuteva se la certificazione di qualità, anche qui incontestatamente prevista come elemento di valutazione dell'offerta, dovesse a tal fine essere posseduta da ciascuna o una soltanto delle imprese partecipanti all'a.t.i. concorrente).

3.- E' fondato anche il secondo motivo d'appello, concernente il secondo motivo originario che investiva la mancata specificazione da parte della commissione tecnica dei sub criteri prefissati dal capitolato. In particolare, la ricorrente lamentava che la commissione si fosse limitata ad esplicitare il significato letterale dei macro e sub criteri, omettendo quindi la predeterminazione dei rispettivi punteggi, in tal modo non circoscrivendo la propria, ampia discrezionalità, non rendendo trasparente il peso assegnato a ciascun sub criterio e, in definitiva, non consentendo di percepire l'iter valutativo seguito, tanto più che tale omissione non risulterebbe sanata mediante adeguata motivazione in sede di concreta attribuzione dei punteggi.

Con la sentenza è stato osservato che l'art. 83, co. 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006 prevede che il bando fissi per ciascun criterio i sub criteri e i sub pesi, ma solo "ove necessario"; e nella specie siffatta necessità non sarebbe stata dimostrata; d'altro canto, poiché l'attività di pulizia e sanificazione non è vincolata, sarebbe inutilmente restrittivo specificare sottocriteri fino al punto di indicare subpunteggi; è stato pertanto ritenuto che l'Azienda abbia correttamente indicato i parametri e la "forcella" e la commissione abbia rispettato il cit. art. 83, co. 4, fissando le linee guida per la valutazione, mentre il punteggio sarebbe analiticamente giustificato con la descrizione ed il commento delle diverse proposte. L'appellante si duole che in tal modo il TAR abbia confuso la linea interpretativa concernente la fissazione di sub criteri nel bando con la propria censura incentrata sulla mancata indicazione dei punteggi per i criteri già fissati dalla stazione appaltante, sostenendo che invece, in un ottica di trasparenza e di necessità di motivazione richieste dall'ordinamento, si imponeva quanto innanzi per consentire la verifica della rispondenza tra punteggio e caratteristiche del progetto, dunque al fine dell'esercizio del diritto alla tutela interessi legittimi.

Premesso che effettivamente il TAR ha equivocato i contenuti della censura, in ordine alla relativa questione sostanziale la Sezione è dell'avviso che, poiché il capitolato si limitava a ripartire i 50 punti riservati alla "qualità del servizio" tra sei criteri ed ad indicare per cinque di essi rispettivi sub criteri, era indubbiamente necessario che la commissione tecnica specificasse preventivamente il punteggio assegnabile a ciascuno di tali sub criteri per le ragioni giustamente rappresentate dall'appellante, desumibili dai principi generalissimi che presidiano l'agire amministrativo. E tanto la commissione tecnica ha mancato di fare, dal momento che quanto ha stabilito prima di procedere alla valutazione delle offerte tecniche delle concorrenti consiste testualmente in una "analisi" del

significato degli elementi valutativi, con riserva di attribuzione dei rispettivi punteggi "sulla base di criteri di discrezionalità tecnica". Né ha poi ovviato ad una siffatta omissione attraverso la dettagliata esposizione del percorso logico che l'ha condotta di volta di volta ad assegnare in concreto un determinato punteggio, essendosi invece fermata alla descrizione dell'offerta con riferimento al singolo criterio, salvo notazioni (quali, ad esempio, "appaiono adeguate per numero" o "appaiono distribuite in modo proporzionale per sedi e tipologie di rischio" riferite alle ore offerte, o "vengono ampiamente descritte le modalità di applicazione" riferita al sistema di controllo proposto) che risultano irrilevanti perché generiche, prive di quantificazione di pregi e difetti dei singoli elementi offerti, dunque inidonee a consentire di cogliere le ragioni di quel punteggio.

4.- Le considerazioni sin qui esposte già consentono di accogliere l'appello. Peraltro, per completezza d'indagine conviene esaminare anche il quarto motivo, col quale si deduce che erroneamente è stato disatteso il corrispondente motivo di ricorso, di violazione delle regole in materia di verbalizzazione delle operazioni di gara e dei principi di trasparenza ed imparzialità per aver la commissione tecnica riassunto in un unico verbale le operazioni di valutazione svolte in cinque sedute tenute nel periodo dal 12 settembre al 25 ottobre 2006, senza neppure precisare le operazioni compiute nelle singole sedute.

Il TAR, premesso che l'art. 43 della direttiva 2004/18/CE (art. 78 del D.Lgs. n. 163 del 2006) non richiede la verbalizzazione contestuale allo svolgimento delle operazioni descritte, ma attribuisce ai verbali funzione di documentazione ed informazione che non sarebbe utile se la redazione avvenisse a notevole distanza di tempo, ha ritenuto che, nella specie, il tempo trascorso fosse ragionevole, quindi tale da non consentire di presumere che il contenuto degli atti di gara fosse andato disperso, a maggior ragione nella considerazione dell'ampia descrizione riportata a verbale (composto di 24 pagine).

In questa sede l'appellante contesta tale assunto in fatto ed in diritto, allegando come ben un mese di distanza tra svolgimento delle valutazioni e verbalizzazione non costituisca un periodo irrilevante al fine della ricostruzione di quanto avvenuto nel corso delle sedute. La doglianza è fondata. Lo stesso TAR ha evidenziato che, pur essendo possibile la redazione di un unico verbale, tale modalità può ritenersi legittima a condizione che la verbalizzazione non contestuale segua il compimento delle attività rappresentate entro un termine ragionevolmente breve, tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi. In quest'ottica, è stato però ritenuto ragionevole un periodo pari a tre giorni (cfr. Cons. St., Sez. V, 2 settembre 2005 n. 4463, peraltro richiamata proprio dall'appellata), rispetto al quale risulta invece oggettivamente abnorme il periodo di oltre un mese. D'altro canto, quanto rilevato nel precedente paragrafo circa le carenze motivazionali del verbale di cui trattasi consente di presumere che certamente taluni elementi di giudizio, pur eventualmente espressi, non siano stati formalizzati nello strumento documentale di cui si discute.

5.- In conclusione, assorbita ogni altra doglianza non trattata, l'appello non può non essere accolto e di conseguenza la sentenza appellata va riformata nel senso dell'annullamento, in accoglimento del ricorso di primo grado, degli atti impugnati, a partire dalla deliberazione dirigenziale di indizione della gara.

Quanto alle spese di entrambi i gradi, la peculiarità della vicenda ne consiglia la compensazione tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello in epigrafe e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso di primo grado ed annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 3 febbraio 2009 con l'intervento dei magistrati:

Domenico La Medica	Presidente
Cesare Lamberti	Consigliere
Aldo Scola	Consigliere
Gabriele Carlotti	Consigliere
Angelica Dell'Utri Costagliola	Consigliere, estensore
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE
f.to Angelica Dell'Utri Costagliola	f.to Domenico La Medica
IL SEGRETARIO	
f.to Gaetano Navarra	

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/04/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Silvana Giovannini