

È da dichiarare ammissibile un ricorso di una ditta esclusa che tende non a conseguire l'aggiudicazione, ma alla caducazione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata e degli stessi atti di indizione della procedura, finalisticamente alla ripe

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

È ben vero che, come questo Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare ripetutamente, il soggetto legittimamente escluso da una gara è privo di interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti e dell'aggiudicazione in favore di terzi, dall'annullamento dei quali non trarrebbe alcun vantaggio concreto. Tuttavia si è ritenuto, anche in tal caso ripetutamente, che il principio appena enunciato non sia assoluto e vada, quindi, adeguato alle specifiche evenienze del caso concreto, sicché è stata ravvisata la permanenza di interesse a ricorrere, nella tipologia di quello strumentale alla rinnovazione della gara, qualora il concorrente escluso contesti l'ammissione di tutti gli altri concorrenti ovvero deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura; ciò in quanto tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero l'onere dell'amministrazione di indire una nuova gara alla quale il concorrente precedentemente escluso sia in grado di partecipare, con conseguente chance di divenirne aggiudicatario. L'art. 84 del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 - richiamato testualmente nel citato decreto dirigenziale e sulla cui applicabilità alle nomine in esame, quindi, non è dato discutere - dispone che, in caso di aggiudicazione col criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice composta da un numero dispari di componenti "esperti nello specifico settore cui si riferisce l'appalto"; il presidente dev'essere di norma un dirigente della stazione appaltante, mentre gli altri componenti sono selezionati tra i funzionari della medesima stazione appaltante o, qualora ricorrano determinate condizioni, sono scelti tra i funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici ovvero, con criteri di rotazione, tra gli appartenenti alle categorie: a.- dei professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nel rispettivo albo professionale, nell'ambito di un elenco "formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali"; b.- dei professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco "formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza

Merita di essere riportato il seguente pensiero espresso dalla decisione numero 2629 del 5 giugno 2008 emessa dal Consiglio di Stato

< Tenuto conto della chiara lettera della norma in parola, è evidente che non vi era spazio per chiamare a far parte della commissione di gara per l'aggiudicazione dell'appalto di servizi di cui si controverte il magistrato ordinario in quiescenza, ancorché in ipotesi particolarmente esperto nel peculiare settore di cui trattasi, dal momento che tale categoria non è contemplata dalla norma stessa.

Quanto al docente universitario, ed anch'esso ancorché in ipotesi di indiscussa esperienza nel medesimo settore, non può non osservarsi che la scelta non è stata effettuata in base ad un elenco formato come prescritto.

Né rileva che tale elenco non fosse già presente nell'Amministrazione, posto che essa ben avrebbe potuto provvedere a richiedere preventivamente alle facoltà (e agli ordini professionali) le "rose di candidati" da cui trarlo pur in sede di prima applicazione del menzionato codice, la cui ritardata entrata in vigore rispetto all'ordinaria vacatio legis (art. 257, co. 1) appare evidentemente preordinata proprio a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di disporre di un adeguato lasso di tempo per conformarsi alle nuove disposizioni.

D'altro canto, il rinvio del primo comma del ripetuto art. 84 al "regolamento" non autorizza a subordinare a quest'ultimo l'operatività della normativa in parola, giacché tale rinvio si riferisce testualmente non già alla composizione delle commissioni giudicatrici, dettagliatamente ed esaustivamente posta dai commi successivi, ma alla disciplina delle modalità secondo le quali la commissione deve operare.>

In conclusione quindi:

< Dalla surritenuta fondatezza delle doglianze appena esaminate deriva l'accoglimento del ricorso di primo grado, con assorbimento delle restanti censure non trattate, peraltro formulate espressamente in ulteriore subordine, e di qui l'annullamento della procedura a partire dalla nomina della commissione giudicatrice, collocata a monte dell'esclusione dell'a.t.i. degli appellanti. Ciò comporta, ovviamente, che in sede di rinnovazione della procedura stessa la Regione dovrà necessariamente quanto meno riaprire i termini di presentazione delle offerte, essendo evidente che alcuna commissione potrebbe legittimamente limitarsi a valutare nuovamente la già nota offerta della precedente aggiudicataria, sicché anche in tal modo restano dimostrati il concreto vantaggio di parte appellante e la sussistenza sia di interesse "strumentale" della medesima parte a dedurre il vizio dianzi riscontrato, sia della lesione della rispettiva posizione giuridica sostanziale ad opera dell'illegittimità denunciata in cui sta il "nesso" preteso da controparti (da intendersi però non nel senso che debba esser necessariamente dimostrato un nesso causale tra illegittimità e provvedimento sfavorevole, ma in quello che tale nesso non può essere escluso:

cfr. in tal senso, puntualmente in tema di deduzione dell'illegittimità della composizione della commissione giudicatrice di gara da parte di un concorrente escluso, Cons. St., Sez. V, 15 maggio 2006 n. 2711)>

Si legga anche:

L'articolo 21 della legge n. 109 del 1994 prevede che il presidente della commissione giudicatrice della gara debba necessariamente essere un dirigente dell'amministrazione appaltante.

Il Consiglio di stato con la decisione numero 2711 del 15 maggio 2006 ribadisce la non corretta scelta da parte di un'amministrazione appaltante di individuare un funzionario della regione Liguria - il segretario generale della giunta regionale - anziché un proprio dirigente , quale presidente della Commissione di gara:

La norma è stata violata, oltretutto con una motivazione generica e fittizia, fondata su possibili future incompatibilità dei dirigenti in servizio.

Invano l'appellante ricorda i principi di terzietà degli organi giudicanti nelle procedure concorsuali, perché tale richiamo si risolve in una critica alla legge; e del resto non tiene conto del fatto che il contemperamento tra le opposte esigenze di terzietà complessiva dell'organo giudicante e di presenza dell'amministrazione non è necessariamente il medesimo nelle procedure di concorso per posti d'impiego e in quelle di gara per la scelta di un contraente; né tien conto del fatto che la legge disciplina distintamente la posizione del presidente e quella degli altri componenti della commissione giudicatrice, e che le incompatibilità stabilite per questi ultimi non sono necessariamente riferibili al presidente, che, appunto, dev'essere un dirigente dell'amministrazione appaltante.>

Legge 11 febbraio 1994, n. 109

La nuova legge quadro in materia di lavori pubblici

Art. 21. (Criteri di aggiudicazione - Commissioni giudicatrici)

1. L'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata è effettuata con il criterio del prezzo più basso, inferiore a quello posto a base di gara, determinato:

a) per i contratti da stipulare a misura, mediante ribasso sull'elenco prezzi posto a base di gara ovvero mediante offerta a prezzi unitari, anche riferiti a sistemi o subsistemi di impianti tecnologici, ai sensi dell'articolo 5 della legge 2 febbraio 1973, n. 14 (articolo abrogato dall'articolo 231 del d.P.R. n. 554 del 1999, il riferimento ora è all'articolo 90 del predetto regolamento), per quanto compatibile;

b) per i contratti da stipulare a corpo, mediante ribasso sull'importo dei lavori posto a base di gara ovvero mediante la predetta offerta a prezzi unitari;

c) per i contratti da stipulare a corpo e a misura, mediante la predetta offerta a prezzi unitari.

1-bis . Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 di Dsp con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta. Il bando o la lettera di invito devono precisare le modalità di presentazione delle giustificazioni, nonché indicare quelle eventualmente necessarie per l'ammissibilità delle offerte. Non sono richieste giustificazioni per quegli elementi i cui valori minimi sono rilevabili da dati ufficiali. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità della offerta, il concorrente è chiamato ad integrare i documenti giustificativi ed

all'esclusione potrà provvedersi solo all'esito della ulteriore verifica, in contraddittorio. Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata procede all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentino una percentuale di ribasso pari o superiore a quanto stabilito ai sensi del primo periodo del presente comma. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero delle offerte valide risulti inferiore a cinque.

(comma così modificato dall'articolo 7, comma 1, lettera n), legge n. 166 del 2002)

1-ter. L'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto o licitazione privata può essere effettuata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, determinata in base agli elementi di cui al comma 2, lettera a), nel caso di appalti di importo superiore alla soglia comunitaria in cui, per la prevalenza della componente tecnologica o per la particolare rilevanza tecnica delle possibili soluzioni progettuali, si ritiene possibile che la progettazione possa essere utilmente migliorata con integrazioni tecniche proposte dall'appaltatore.

(comma aggiunto dall'articolo 7, comma 1, lettera n), legge n. 166 del 2002)

(il limite al ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è disapplicabile in forza della sentenza della Corte di Giustizia 16 luglio 2004, n. 247/2002)

2. L'aggiudicazione degli appalti mediante appalto-concorso nonché l'affidamento di concessioni mediante licitazione privata avvengono con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prendendo in considerazione i seguenti elementi variabili in relazione all'opera da realizzare:

a) nei casi di appalto-concorso:

- 1) il prezzo;
- 2) il valore tecnico ed estetico delle opere progettate;
- 3) il tempo di esecuzione dei lavori;

4) il costo di utilizzazione e di manutenzione;

5) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare;

b) in caso di licitazione privata relativamente alle concessioni:

1) il prezzo di cui all'articolo 19, comma 2;

2) il valore tecnico ed estetico dell'opera progettata;

3) il tempo di esecuzione dei lavori;

4) il rendimento;

5) la durata della concessione;

6) le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare all'utenza;

7) ulteriori elementi individuati in base al tipo di lavoro da realizzare.

3. Nei casi di cui al comma 2 il capitolato speciale d'appalto o il bando di gara devono indicare l'ordine di importanza degli elementi di cui al comma medesimo, attraverso metodologie definite dal regolamento e tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa.

4. Qualora l'aggiudicazione o l'affidamento dei lavori avvenga ai sensi del comma 2, la valutazione è affidata ad una commissione giudicatrice secondo le norme stabilite dal regolamento.

5. La commissione giudicatrice, nominata dall'organo competente ad effettuare la scelta dell'aggiudicatario od affidatario dei lavori oggetto della procedura, è composta da un numero dispari di componenti non superiore a cinque, esperti nella specifica materia cui si riferiscono i lavori. La commissione è presieduta da un dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore. I

commissari non debbono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione od incarico tecnico od amministrativo relativamente ai lavori oggetto della procedura, e non possono far parte di organismi che abbiano funzioni di vigilanza o di controllo rispetto ai lavori medesimi. Coloro che nel quadriennio precedente hanno rivestito cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente ad appalti o concessioni aggiudicati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio. Non possono essere nominati commissari coloro i quali abbiano già ricoperto tale incarico relativamente ad appalti o concessioni affidati nel medesimo territorio provinciale ove è affidato l'appalto o la concessione cui l'incarico fa riferimento, se non decorsi tre anni dalla data della precedente nomina. Sono esclusi da successivi incarichi coloro che, in qualità di membri delle commissioni aggiudicatrici, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertata in sede giurisdizionale, all'approvazione di atti dichiarati conseguentemente illegittimi.

6. I commissari sono scelti mediante sorteggio tra gli appartenenti alle seguenti categorie:

- a) professionisti con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte dagli ordini professionali;
- b) professori universitari di ruolo, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte delle facoltà di appartenenza;
- c) funzionari tecnici delle amministrazioni appaltanti, scelti nell'ambito di rose di candidati proposte dalle amministrazioni medesime.

7. La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato ai concorrenti per la presentazione delle offerte.

8. Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico del progetto tra le somme a disposizione dell'amministrazione.

8-bis. (abrogato dall'articolo 12, decreto legislativo n. 30 del 2004)

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.2629/08

N.
7408

Il
Consiglio
di
Stato
in
sede
giurisdizionale, (Quinta Sezione)
ANNO
2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 7408/07 Reg. Gen., proposto dall'ISTITUTO di VIGILANZA PRIVATA "LA ALFA" s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria della costituenda a.t.i. con l'ISTITUTO di VIGILANZA PRIVATA "LA ALFA BIS" S.p.A., in persona del legale rappresentante in carica, e ALFA TER. s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentati e difesi dall'Avv. ***** ed elettivamente domiciliati presso lo studio dell'Avv. ***** in Roma, viale Angelico n. 38;

contro

la REGIONE CAMPANIA, in persona del Presidente in carica della Giunta regionale, rappresentata e difesa dall'Avv. ***** dell'Avvocatura regionale, elettivamente domiciliata in Roma, via Poli n. 29;

la BETA SUD s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli Avv.ti ***** e ***** , elettivamente domiciliata presso lo studio **** in Roma, ***** n. 46 - IV B;

la BETA SISTEMI s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

l'ISTITUTO di VIGILANZA PRIVATA "L'GAMMA" s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli ***** e ***** , elettivamente domiciliato presso lo studio degli ***** e ***** in Roma, via Zara n. 16;

per la riforma

della sentenza 2 agosto 2007 n. 7227 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, sezione prima, resa tra le parti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle suindicate parti appellate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 12 febbraio 2008, relatore il consigliere *****'Utri *****, uditi gli Avv.ti Marone, *****, *****, su delega degli ***** e *****, e ***** su delega degli ***** e *****,

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con atto notificato i giorni 13, 17 e 18 settembre 2007 e depositato il 25 seguente l'Istituto di vigilanza privata "La ALFA", l'Istituto di vigilanza privata "La ALFA BIS" e la ALFA TER. s.r.l., componenti della costituenda a.t.i. partecipante alla gara indetta dalla Regione Campania per l'affidamento del servizio triennale di vigilanza armata e guardiana-reception dei beni e delle strutture della medesima Regione, lotto Na 1, esclusa dalla stessa gara per non conformità dell'offerta alle prescrizioni e specifiche tecniche di capitolato in quanto la busta C "offerta tecnica" da essa presentata conteneva atti relativi al lotto Na 2, hanno proposto appello avverso la sentenza 2 agosto 2007 n. 7227 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, sezione prima, con la quale è stato respinto il loro ricorso, con successivi primi e secondi motivi aggiunti, diretto all'annullamento dell'esclusione e degli atti connessi, in particolare dell'aggiudicazione sia del lotto 1 che del lotto 2 in favore dell'a.t.i. BETA Sud s.r.l. - L'GAMMA s.r.l. - BETA Sistemi s.r.l..

A sostegno dell'appello hanno dedotto:

1.- Error in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del capitolato speciale d'appalto e dei principi in tema di procedure concorsuali. Presupposto erroneo.

Secondo il TAR l'inserimento nella busta dell'offerta tecnica di elaborati progettuali non attinenti al lotto in gara (sottofascicoli relativi alle voci "organizzazione del servizio" e "programma di manutenzione") renderebbe l'offerta stessa, oltre che difforme dal capitolato e quindi soggetta all'espressa sanzione dell'esclusione, incomprensibile e conseguentemente da escludere in quanto la sua valutazione dev'essere effettuata in base ai principi generali di immodificabilità e completezza posti a garanzia della par condicio. L'assunto non tiene conto che gli elaborati in questione erano richiesti ai fini della valutazione della capacità tecnica sicché, non avendo l'a.t.i. illustrato una parte del progetto, per tali voci avrebbe dovuto - non già essere esclusa (poiché l'esclusione attiene alla mancanza dei documenti relativi ai requisiti soggettivi e al prezzo offerto), ma - vedersi attribuire il punteggio minimo o pari a "zero", non avendo specificato ulteriormente determinati elementi rispetto a quanto minuziosamente prestabilito dalla

Stazione appaltante. E poiché l'avvenuta conclusione della procedura impedisce che in sede di rinnovo si possa procedere a "buste aperte" alla nuova attribuzione di punteggi, l'unica soluzione possibile consiste nella rinnovazione integrale della gara.

2.- Error in iudicando.

Erroneamente il TAR, una volta confermata l'esclusione, ha dichiarato inammissibili gli altri motivi per carenza di interesse in base ad un orientamento, di recente superato dalla giurisprudenza, che non tiene conto dell'interesse strumentale all'eventuale realizzazione dell'interesse sostanziale mediante la ripetizione della procedura.

3.- Motivi dedotti in primo grado e dichiarati inammissibili:

3.1.- Violazione degli artt. 42, 43 e 83 d.lgs. 12.4.2006 n. 163. Ulteriore violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare. Eccesso di potere per falsità dei presupposti e illogicità.

3.1.1.- Sussiste l'interesse strumentale di un concorrente escluso all'annullamento della gara ed al suo conseguente rinnovo comportante la rimessa in discussione della vicenda, perciò una nuova chance di aggiudicazione, specie nel caso in esame, ove sono stati ammessi a partecipare due soli concorrenti.

3.1.2.- L'art. 2 del capitolato speciale prevede l'attribuzione di punteggio per "formazione del personale utilizzato per il servizio" e possesso di "certificazione sistema di qualità". Tuttavia tali elementi consistono in requisiti soggettivi di ammissione e non possono perciò rientrare nei criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, riferiti alla prestazione da eseguire concretamente.

3.1.3.- Pertanto entrambi gli elementi valutativi sono stati inseriti illegittimamente tra i detti criteri.

3.1.4.- Conseguentemente, illegittima è la normativa concorsuale del 31 luglio 2006, con effetto caducante dell'intera procedura.

3.2.- Incompetenza. Violazione dell'art. 84 d.lgs. 12.4.2006 n. 163. Eccesso di potere per falsità dei presupposti. Difetto di istruttoria ed illogicità.

In via gradata, sono stati illegittimamente chiamati a comporre la commissione giudicatrice il dott. *****, magistrato di cassazione in quiescenza, e l'Avv. *****, non prescelti sulla base di "rose di candidati" predisposte da "ordini professionali" o "facoltà di appartenenza", come prescritto dalla norma in rubrica, ma solo in base ai rispettivi curricula. Essi, peraltro, non sono esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, come parimenti prescritto; di qui l'ulteriore illegittimità del decreto dirigenziale n. 13/06 di nomina della commissione, il cui annullamento comporta la rinnovazione integrale del procedimento.

3.3.- Violazione dell'art. 29 d.lgs. 12.4.2006 n. 163. Ulteriore violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare. Violazione dell'art. 41 Cost.. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed illogicità.

In subordine, l'importo a base d'asta è assolutamente incongruo perché di molto inferiore al monte ore previsto nel capitolato speciale moltiplicato per i valori minimi individuati nel tariffario approvato con decreto prefettizio del 20 dicembre 2004, inderogabile per espressa previsione dello stesso capitolato.

Attraverso l'anomala sovrapposizione tra il limite minimo inderogabile delle tariffe prefettizie e l'importo a base d'asta stabilito nel bando, l'Amministrazione ha indotto i concorrenti a formulare offerte conformi a detto limite e quindi valutabili con il massimo punteggio, ma così operando la stazione appaltante ha disatteso la previsione del capitolato concernente il punteggio compreso tra 0 e 40 e in tal modo ha ridotto il confronto concorrenziale a mero simulacro, dando prevalenza agli anzidetti elementi della formazione del personale e del possesso di certificazione di qualità.

Anche a voler ritenere che l'Amministrazione abbia calcolato ai fini dell'importo a base d'asta le tariffe minime, ciò non tiene conto che le tariffe di legalità, pur indicate nello stesso decreto prefettizio, rappresentano l'unico ed imprescindibile parametro di congruità di detto importo anche al fine di garantire la par condicio.

La Regione Campania e gli Istituti "BETA Sud" e "L'GAMMA" si sono costituiti in giudizio ed hanno svolto controdeduzioni anche in successive memorie.

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

DIRITTO

1.- Com'è esposto nella narrativa che precede, si controverte della gara indetta dalla Regione Campania per l'affidamento del servizio triennale di vigilanza armata e guardiania-reception dei beni e delle strutture della medesima Regione, lotto Na 1 e lotto NA 2. A tale gara partecipava la costituenda a.t.i. tra l'Istituto di vigilanza privata "La ALFA", l'Istituto di vigilanza privata "La ALFA BIS" e la ALFA TER. s.r.l., ma ne veniva esclusa per non conformità della rispettiva offerta alle prescrizioni e specifiche tecniche di capitolato in quanto la busta C "offerta tecnica", da essa presentata, conteneva atti relativi all'altro lotto. I detti istituti proponevano perciò ricorso con successivi motivi aggiunti davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, che tuttavia con sentenza 2 agosto 2007 n. 7227 della sezione prima respingeva il medesimo ricorso nella parte in cui era richiesto l'annullamento dell'esclusione per il lotto NA 1 e lo dichiarava inammissibile per carenza di interesse tutelabile nella parte intesa ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione di entrambi i lotti in favore dell'a.t.i. BETA Sud s.r.l. - L'GAMMA s.r.l. -

BETA Sistemi s.r.l., unica altra concorrente, nonché degli atti connessi compresa, ove necessario, la *lex specialis* di gara, dunque dell'intera procedura ai fini della sua rinnovazione.

1.- Con il primo motivo dell'appello in esame gli Istituti facenti parte della prima associazione temporanea censurano la menzionata sentenza nel capo relativo alla reiezione della domanda di annullamento dell'esclusione, sostenendo, in estrema sintesi, che l'inclusione nella busta dell'offerta tecnica per il lotto 1 degli elaborati riguardanti il diverso lotto 2 non costituisca - come ritenuto dal TAR - difformità dalle prescrizioni di capitolato dell'offerta stessa, e nemmeno renda quest'ultima incompleta ed incomprensibile, ma avrebbe dovuto comportare semplicemente l'assegnazione alle relative voci di un punteggio pari a zero.

Al riguardo la Sezione è dell'avviso che, a prescindere della riferibilità o meno delle argomentazioni esposte in questa sede alle originarie censure svolte in primo grado, la tesi prospettata dagli appellanti non colga nel segno.

Deve infatti ritenersi che, essendo inseriti nella relativa busta, sia pur per errore materiale, elementi progettuali relativi all'altro lotto 2, l'offerta tecnica in questione si presentava senz'altro non conforme al capitolato, non tanto per gli elementi del lotto 1 mancanti, quanto soprattutto per quelli ultronei che ivi risultavano formalmente, sicché l'offerta stessa non poteva ritenersi attinente all'oggetto dell'appalto del lotto 1, al quale l'a.t.i. concorreva con tale busta, e d'altro canto non forniva certezza alcuna sia dei propri contenuti - utili, sì, ai fini del punteggio, ma essenziali e costitutivi ai fini del successivo impegno contrattuale in caso di aggiudicazione -, sia della sua corrispondenza all'offerta economica presentata per il medesimo lotto. Inoltre, si poneva in contrasto col disposto dell'art. 3, lett C), del capitolato d'appalto, prevedente a "pena di esclusione" che nella busta recante la dicitura "offerta tecnica" fossero inseriti gli elementi richiesti dal precedente art. 2, n. 1 (ovviamente riguardanti il rispettivo lotto), comminando l'inammissibilità dell'offerta non conforme " a tutto quanto espressamente richiesto nel presente capitolato tecnico e nel bando di gara"; comminatoria rafforzata dalla previsione dell'esclusione automatica del concorrente per "la non conformità dell'offerta alle prescrizioni e specifiche tecniche contenute nel presente capitolato".

In linea generale, poi, analogo contrasto è ravvisabile rispetto ai noti principi, nella cui osservanza deve svolgersi ogni procedura ad evidenza pubblica a presidio della par condicio tra i concorrenti, di immodificabilità e completezza dell'offerta.

Pertanto, giustamente il primo giudice ha ritenuto legittima l'esclusione disposta dall'Amministrazione.

3.- Col successivo, subordinato motivo si contesta la predetta dichiarazione di inammissibilità per carenza di interesse.

E' ben vero che, come questo Consiglio di Stato ha avuto modo di affermare ripetutamente, il soggetto legittimamente escluso da una gara è privo di interesse a dolersi della mancata esclusione di altri

concorrenti e dell'aggiudicazione in favore di terzi, dall'annullamento dei quali non trarrebbe alcun vantaggio concreto. Tuttavia si è ritenuto, anche in tal caso ripetutamente, che il principio appena enunciato non sia assoluto e vada, quindi, adeguato alle specifiche evenienze del caso concreto, sicché è stata ravvisata la permanenza di interesse a ricorrere, nella tipologia di quello strumentale alla rinnovazione della gara, qualora il concorrente escluso contesti l'ammissione di tutti gli altri concorrenti ovvero deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura; ciò in quanto tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero l'onere dell'amministrazione di indire una nuova gara alla quale il concorrente precedentemente escluso sia in grado di partecipare, con conseguente chance di divenirne aggiudicatario (cfr., tra le tante, questa Sez. V, 25 luglio 2006 n. 4657, 29 marzo 2006 n. 1589 e 10 novembre 2005 n. 6285, nonché Sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 952).

Nella fattispecie in esame ricorre appunto quest'ultima ipotesi in quanto, con i motivi ritenuti inammissibili dal TAR, l'a.t.i. attuale appellante tendeva non a conseguire l'aggiudicazione, ma alla caducazione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata e degli stessi atti di indizione della procedura, finalisticamente alla ripetizione della gara alla quale partecipare nuovamente emendando la propria offerta dal precedente errore.

Ne deriva che la sentenza appellata deve essere riformata quanto al capo di cui si è qui discusso.

4.- Tale conclusione comporta che debba ora procedersi all'esame dei restanti motivi di appello, ripropositivi dei motivi del gravame di primo grado, il primo dei quali concerne gli elementi dell'offerta tecnica dell'a.t.i. controinteressata, a cui l'art. 2 del capitolato speciale riserva un determinato punteggio, della "formazione del personale utilizzato per il servizio" e della "certificazione sistema di qualità", ad avviso dell'appellante costituenti requisiti soggettivi di ammissione, sicché ne sarebbe preclusa la configurabilità come criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Senonché l'eventuale accoglimento di siffatte censure comporterebbe l'espunzione di detti criteri dal capitolato speciale e, di qui, la non valutabilità degli elementi all'uopo forniti dall'aggiudicataria, con conseguente diminuzione del punteggio complessivo conseguito dalla medesima aggiudicataria, che tale resterebbe. Non comporterebbe, perciò, l'annullamento integrale della procedura.

Le stesse censure sono dunque inammissibili alla stregua delle considerazioni esposte nel precedente paragrafo, stante la surritenuta legittimità dell'esclusione dell'a.t.i. delle ricorrenti.

5.- E' invece chiaramente ammissibile, per le stesse considerazioni, e fondato nel merito il successivo motivo, formulato in via gradata, col quale si denuncia l'illegittimità della composizione della commissione giudicatrice nominata con decreto dirigenziale 17 ottobre 2006 n. 13 nelle persone di un "magistrato di cassazione in quiescenza" e di un "professore di ruolo presso l'Università della Sapienza" in qualità di componenti, oltre che del dirigente regionale "coordinatore dell'*****" in qualità di presidente.

L'art. 84 del codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 - richiamato testualmente

nel citato decreto dirigenziale e sulla cui applicabilità alle nomine in esame, quindi, non è dato discutere - dispone che, in caso di aggiudicazione col criterio dell'offerta economica più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice composta da un numero dispari di componenti "esperti nello specifico settore cui si riferisce l'appalto"; il presidente dev'essere di norma un dirigente della stazione appaltante, mentre gli altri componenti sono selezionati tra i funzionari della medesima stazione appaltante o, qualora ricorrano determinate condizioni, sono scelti tra i funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici ovvero, con criteri di rotazione, tra gli appartenenti alle categorie:

a.- dei professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nel rispettivo albo professionale, nell'ambito di un elenco "formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali";

b.- dei professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco "formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza".

Tenuto conto della chiara lettera della norma in parola, è evidente che non vi era spazio per chiamare a far parte della commissione di gara per l'aggiudicazione dell'appalto di servizi di cui si controverte il magistrato ordinario in quiescenza, ancorché in ipotesi particolarmente esperto nel peculiare settore di cui trattasi, dal momento che tale categoria non è contemplata dalla norma stessa. Quanto al docente universitario, ed anch'esso ancorché in ipotesi di indiscussa esperienza nel medesimo settore, non può non osservarsi che la scelta non è stata effettuata in base ad un elenco formato come prescritto. Né rileva che tale elenco non fosse già presente nell'Amministrazione, posto che essa ben avrebbe potuto provvedere a richiedere preventivamente alle facoltà (e agli ordini professionali) le "rose di candidati" da cui trarlo pur in sede di prima applicazione del menzionato codice, la cui ritardata entrata in vigore rispetto all'ordinaria vacatio legis (art. 257, co. 1) appare evidentemente preordinata proprio a consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di disporre di un adeguato lasso di tempo per conformarsi alle nuove disposizioni. D'altro canto, il rinvio del primo comma del ripetuto art. 84 al "regolamento" non autorizza a subordinare a quest'ultimo l'operatività della normativa in parola, giacché tale rinvio si riferisce testualmente non già alla composizione delle commissioni giudicatrici, dettagliatamente ed esaustivamente posta dai commi successivi, ma alla disciplina delle modalità secondo le quali la commissione deve operare.

6.- Dalla surritenuta fondatezza delle doglianze appena esaminate deriva l'accoglimento del ricorso di primo grado, con assorbimento delle restanti censure non trattate, peraltro formulate espressamente in ulteriore subordine, e di qui l'annullamento della procedura a partire dalla nomina della commissione giudicatrice, collocata a monte dell'esclusione dell'a.t.i. degli appellanti. Ciò comporta, ovviamente, che in sede di rinnovazione della procedura stessa la Regione dovrà necessariamente quanto meno riaprire i termini di presentazione delle offerte, essendo evidente che alcuna commissione potrebbe legittimamente limitarsi a valutare nuovamente la già nota offerta della precedente aggiudicataria, sicché anche in tal modo restano dimostrati il concreto vantaggio di parte appellante e la sussistenza sia di interesse "strumentale" della medesima parte a dedurre il vizio dianzi riscontrato, sia della lesione della rispettiva posizione giuridica sostanziale ad opera dell'illegittimità denunciata in cui sta il "nesso" preteso da

controparti (da intendersi però non nel senso che debba esser necessariamente dimostrato un nesso causale tra illegittimità e provvedimento sfavorevole, ma in quello che tale nesso non può essere escluso: cfr. in tal senso, puntualmente in tema di deduzione dell'illegittimità della composizione della commissione giudicatrice di gara da parte di un concorrente escluso, Cons. St., Sez. V, 15 maggio 2006 n. 2711).

7.- Quanto alle spese dei due gradi, nella peculiarità della vicenda la Sezione ravvisa giuste ragioni per disporre la compensazione tra 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 per quanto di ragione il ricorso di primo grado ed annulla gli atti con esso impugnati nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 12 febbraio 2008 con l'intervento dei magistrati:

Presidente

Consigliere

Consigliere

Consigliere

Angelica Dell'Utri *****
Consigliere, estensore

L'ESTENSORE
IL PRESIDENTE

f.to *****'Utri *****
f.to *****

IL SEGRETARIO

f.to *****

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/06/08

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

P. IL DIRIGENTE

f.to *****

<https://www.diritto.it/e-da-dichiarare-ammissibile-un-ricorso-di-una-ditta-esclusa-che-tende-non-a-conseguire-l-aggiudicazione-ma-alla-caducazione-dell-aggiudicazione-in-favore-della-controinteressata-e-degli-stessi-atti-d/>