

N. 01189/2012REG.PROV.COLL.
N. 02349/2011 REG.RIC.
N. 04703/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2349 del 2011, proposto da:

Innovapuglia S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi D' Ambrosio, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Ria & Partners S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Emilio Toma, Loredana Papa, con domicilio eletto presso Giuseppe Benedetto in Roma, via Cola di Rienzo, 111;

nei confronti di

Deloitte & Touche S.p.A.;

sul ricorso numero di registro generale 4703 del 2011, proposto da:

Innovapuglia Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi D'Ambrosio, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria 2;

contro

Ria & Partners Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Emilio Toma, Loredana Papa, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2; Deloitte & Touche S.p.A.;

per la riforma

quanto al ricorso n. 2349 del 2011:

della sentenza breve del T.a.r. Puglia, Sez. I n. 4185/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZI PER REVISIONE LEGALE BILANCI;

quanto al ricorso n. 4703 del 2011:

della sentenza del T.a.r. Puglia, Sez. I n. 409/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE CONCERNENTE IL SERVIZIO DI REVISIONE LEGALE DEI BILANCI D'ESERCIZIO;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ria & Partners S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2011 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Dodaro, per delega dell'Avv. D'Ambrosio, e Toma Dodaro, per delega dell'Avv. D'Ambrosio, e Toma;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il 21 dicembre 2009 l'assemblea ordinaria dei soci di InnovaPuglia s.p.a., organismo di diritto pubblico, aveva approvato la proposta del presidente di conferire mediante procedura ad evidenza pubblica il controllo contabile per gli anni 2010 – 2011 - 2012 ad una società di revisione, prorogando fino all'approvazione del bilancio di esercizio in corso le funzioni in parola all'affidataria corrente Ria & Partners, la quale aveva continuato le proprie funzioni fino alla conclusione della gara.

Questa ultima veniva svolta mediante la procedura di cottimo fiduciario ex art. 125 co. 11 D. Lgs. 163/06 con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e l'attribuzione del 50% del punteggio assegnabile al prezzo e del restante 50% alla qualità dell'offerta tecnica; la successiva lettera di invito a cinque primarie società di revisione, rinviava all'art. 83 D. Lgs. 163/06 ai fini dell'individuazione dell'offerta più conveniente e stabiliva l'importo a base d'asta a €. 90.000,00 i.v.a. esclusa per il triennio. Il plico contenente l'offerta doveva essere formato da apposita busta sigillata e siglata sui lembi di chiusura da parte del legale rappresentante dell'impresa offerente con la presentazione contestuale dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, mentre i criteri di valutazione erano così determinati: prezzo max 50 punti, giornate – persona max 20 punti, esperienza maturata nel settore delle società pubbliche max 25 punti, eventuali servizi aggiuntivi max 5 punti.

La graduatoria finale redatta l'8 luglio 2010 vedeva collocata al primo posto la Deloitte & Touche s.p.a. con 90,64 punti ed al secondo l'attuale appellata; il 5 agosto successivo veniva pubblicato l'avviso di avvenuta aggiudicazione definitiva dell'appalto sul sito Internet di InnovaPuglia ed il 29 settembre veniva stipulato il relativo contratto.

Il 15 ottobre la Ria & Partners proponeva ricorso al TAR Puglia, sollevando una serie di censure inerenti la procedura di gara, l'asserita illegittima revoca implicita dell'incarico triennale affidatole in proroga dal 2009, l'asserita anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

Il TAR con sentenza n. 1185 del 15 dicembre 2010 accoglieva i motivi di ricorso avverso la procedura di gara, respingeva la censura riguardante la revoca della proroga assorbendo la relativa eccezione e dichiarava inammissibile per genericità il motivo inerente la presunta anomalia dell'offerta di Deloitte & Touche.

Il 15 marzo 2011 InnovaPuglia proponeva appello in Consiglio di Stato affidandolo alle seguenti censure:

A1.Sulla omessa pronunzia in ordine alle eccezioni preliminari. Il giudice amministrativo non ha giurisdizione circa la revoca del supposto incarico triennale, in quanto la questione attiene alla materia dell'esecuzione del contratto e verte quindi su posizioni di diritto soggettivo.

A2.Sull'irricevibilità del ricorso in relazione all'impugnazione dell'asserita revoca dell'incarico. La revoca implicita, qualora vi sia stata, era connessa al bando di gara e quindi era questo atto che doveva essere impugnato nei termini di legge.

B1.Sull'erroneità della sentenza nel merito. InnovaPuglia critica la sentenza impugnata laddove questa afferma che sia la legge di gara sia il verbale della commissione giudicatrice non contengono sufficienti criteri motivazionali in ordine ai punteggi numerici assegnati ai concorrenti per le voci "esperienza maturata nel settore delle società pubbliche" ed "eventuali servizi aggiuntivi proposti dal concorrente", poiché il bando avrebbe dovuto definire ex ante i criteri

generali di valutazione delle offerte tecniche ai fini della trasparenza delle operazioni concorsuali ed in assenza di tali criteri sarebbe spettato alla commissione rendere percepibile l'iter seguito per attribuire i punteggi. In realtà l'allegato 2 alla lettera di invito stabiliva espressamente sia i criteri, sia il punteggio attribuibile a ciascuno di essi, inoltre nella procedura di cottimo non trovava applicazione nessuna delle disposizioni del codice dei contratti ed anche il rinvio all'art. 83 D. Lgs. 163/06 doveva ritenersi limitato alla individuazione degli elementi che la stazione appaltante avrebbe considerato ai fini dell'individuazione del contraente.

Nella procedura andavano applicati solo i principi attinenti le gare pubbliche, ma non si doveva essere ritenuta doverosa la testuale applicazione dell'intera normativa su di queste ad una gara in economia, essendo del tutto diverso il rigore formale da seguire; anche il rinvio operato dalla lettera di invito all'art. 83 pred. non può implicare un recepimento dell'intero complesso normativo in materia di affidamento di contratti pubblici, in quanto ciò snaturerebbe la natura del cottimo, né i criteri in questo tipo di procedura hanno necessità di essere specificati da sub criteri o da sub pesi.

Tale ragionamento vale anche per la commissione dell'offerta economica e dell'offerta tecnica nella medesima busta, stante l'informalità della gara.

InnovaPuglia censurava poi l'assunto della sentenza impugnata inerente l'applicazione delle sanzioni alternative di cui all'art. 123 c.p.a., dovuta secondo il TAR alla stipulazione del contratto in violazione dei termini dilatori stabiliti dagli artt. 11 co. 10 e 79 D. Lgs. 163/06, in quanto la situazione si era limitata a pubblicare la notizia dell'aggiudicazione definitiva sul proprio sito web, senza alcuna specifica comunicazione alla Ria & Partners.

La sentenza 1185/10 aveva assegnato alle parti 30 giorni per presentare proprie memorie ai fini dell'applicazione delle predette sanzioni alternative, avendo ritenuto il TAR inapplicabile l'art. 121 co. 1 lett. c), relativo alla dichiarazione di

inefficacia del contratto, poiché la ricorrente aveva ottenuto il riscontro di illegittimità dell'intera procedura, ma non della possibilità di risultare infine aggiudicataria.

Con la successiva sentenza n. 409 del 10 marzo 2011 il TAR Puglia, vista l'illegittimità dei criteri di gara, della violazione dell'obbligo di *standstill* che comunque non aveva precluso di per sé l'affidamento alla Ria & Partners del servizio, aveva disposto la riduzione del 50% della durata residua del contratto alla data di pubblicazione della sentenza ai sensi dell'art. 123 c.p.a.

Con successivo ricorso in appello proposto il 6 giugno 2011 InnovaPuglia lamentava l'erroneità della sentenza 409/11 derivata dall'erroneità della precedente sentenza 1185/10, la violazione del principio del contraddittorio per non avere il TAR fissato anche un'apposita udienza di discussione relativamente al tema delle sanzioni alternative ed introducendo anche la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 24 e 111 della Costituzione dell'art 123 co. 2 del c.p.a., laddove questo non prevede la fissazione dell'udienza, la violazione del principio della domanda in quanto Ria & Partners si era limitata a chiedere il risarcimento per equivalente e non le sanzioni alternative in questione, la sproporzione delle sanzioni adottate rispetto alla modesta entità dell'appalto riconosciuta anche dallo stesso TAR e l'eventuale incostituzionalità delle sanzioni alternative in materia di contratti pubblici – art. 123 co. 1 lett. B) in combinato disposto con l'art. 121 co. 4 - per aver affidato al giudice amministrativo un potere sostanzialmente amministrativo privando così un soggetto di tutela giurisdizionale.

InnovaPuglia concludeva per l'accoglimento dei due ricorsi in appello con vittoria di spese.

Ria & Partners si è costituita in entrambi i giudizi, sostenendo l'infondatezza dei ricorsi e chiedendone il rigetto, mentre non si è costituita Deloitte & Touche.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

I due ricorsi possono essere riuniti per essere decisi con un'unica sentenza, vista la loro connessione di fatto.

Si duole InnovaPuglia che il TAR abbia ritenuto che il bando avesse dovuto definire *ex ante* i criteri generali di valutazione delle offerte tecniche, al fine di garantire l'imparzialità e la trasparenza delle operazioni concorsuali e che comunque, in mancanza di tali criteri, la commissione giudicatrice avrebbe dovuto rendere percepibile l'iter logico - giuridico seguito nell'attribuzione del punteggio, corredandolo con apposita specifica motivazione; in realtà i criteri erano già dettagliati nel bando ed in ogni caso la procedura a cottimo, anche con il rinvio all'art. 83 D. Lgs. 163/06, non può essere assimilata ad una vera e propria gara governata nel dettaglio dalle consuete regole procedurali.

La censura è infondata nel suo complesso.

Il Collegio deve rilevare che recente pronuncia di questa Sezione ha affermato che qualora il bando di gara, nell'enunciare il sistema di aggiudicazione, rinvia all'applicazione dell'art. 83 D. Lgs. 163/06 pur trattandosi dell'affidamento di un servizio in economia aggiudicabile in base alle regole di cui all'art. 125 del codice dei contratti pubblici, si costituisce comunque un vincolo per la P.A. ad uniformarsi ai contenuti dell'art. 83 medesimo; e ciò anche perché l'applicabilità del cottimo fiduciario non può privare le amministrazioni di ricorrere al sistema delle procedure aperte (Cons. Stato, V, 21 febbraio 2011 n. 1082).

Dunque i motivi di appello non si potevano affidare all'informalità delle procedure in economia ed alla luce della dovuta applicazione dell'art. 83, il Collegio è tenuto a verificare se le statuizioni della sentenza n. 1185/10 del TAR Puglia hanno giustamente ritenuto l'illegittimità della legge di gara e dell'operato della commissione giudicatrice nell'eseguirla.

L'art. 83 predetto stabilisce che "il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub –

criteri e i sub – punteggi”.

Nel caso di specie, l'allegato 2 alla lettera di invito, recante l'articolazione dell'offerta da presentare, specifica che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta “secondo una pluralità di elementi da applicarsi congiuntamente”, elementi che vengono di seguito specificati e che sono, oltre al prezzo (max 50 punti), “giornate - persona necessarie per l'espletamento dell'incarico suddivise per profilo professionale” (max 20/50 punti), “esperienza maturata nel settore delle società pubbliche” (max 25/50 punti), e “eventuali servizi aggiuntivi proposti dal concorrente” (max 5/50 punti), queste due ultime oggetto delle censure di cui è causa.

Considerato perciò la necessaria applicazione dell'art. 83 D. Lgs. 163/06 e la larga genericità degli elementi indicati dal bando per valutare le offerte tecniche, era necessario che il bando stesso specificasse i criteri di attribuzione dei punteggi per le voci “esperienza maturata nel settore delle società pubbliche” ed “eventuali servizi aggiuntivi proposti dal concorrente”: tali voci non possono infatti essere classificate come criteri selettivi automatici, vista la discrezionalità tanto nel definire le singole esperienze e gli eventuali servizi aggiuntivi, quanto nell'individuare il rispettivo peso.

Ne consegue che la specificazione dei sub – criteri e dei sub – punteggi era realmente necessaria per garantire l'imparzialità e la trasparenza delle operazioni concorsuali, così come affermato nella sentenza n. 1185/10, poiché l'indeterminatezza derivata dall'attribuzione del punteggio nulla poteva dimostrare in ordine alla logica seguita dalla commissione giudicatrice. Anche l'assenza di motivazione finale sul punteggio assegnato alle singole offerte tecniche non può che aggravare l'evidenza: se effettivamente la commissione giudicatrice non può più rielaborare ulteriori sub - criteri rispetto a quelli indicati nel bando ai sensi della nota giurisprudenza comunitaria, l'indicazione delle ragioni seguite avrebbe potuto in qualche modo chiarire un iter logico rimasto del tutto oscuro.

Analoghe considerazioni di infondatezza vanno mosse in ordine al motivo che censura la sentenza impugnata laddove ritiene l'illegittimità della commistione in un'unica busta delle due offerte, economica e tecnica.

A prescindere dalla pacifica giurisprudenza amministrativa richiamata nella sentenza impugnata, secondo cui la conoscenza dell'offerta economica può influenzare il giudizio governato da regole scientifiche o tecniche inerenti la valutazione delle offerte tecniche e che dunque la trasparenza delle procedure selettive è irrimediabilmente compromessa da una preventiva o contestuale conoscenza delle offerte economiche rispetto a quelle tecniche, si deve rilevare che in ogni caso l'art. 91 del d.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, vigente all'epoca della gara in controversia, prescriveva espressamente che l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche era necessariamente successiva alla valutazione delle offerte tecniche.

Quanto alle eccezioni pregiudiziali sollevate da InnovaPuglia attinenti la supposta revoca dell'incarico al tempo affidato a Ria & Partners, esse sono ininfluenti.

Il TAR Puglia ha ritenuto infondato il motivo riguardante l'asserita illegittima proroga dell'incarico di revisione dei conti societari di InnovaPuglia, in quanto detta proroga era limitata al 2009, il capo di sentenza non è stato oggetto di appello incidentale e perciò non vi è alcuna utilità per l'appellante a vedere esaminato il merito delle eccezioni.

Quanto al secondo ricorso, volto avverso la sentenza n. 409/11 con cui il TAR Puglia aveva disposto la riduzione della durata del contratto stipulato tra Innova Puglia s.p.a. e Deloitte & Touche s.p.a. per il 50% del tempo residuo alla data di pubblicazione della sentenza stessa, è anch'esso infondato.

In primo luogo il rispetto del principio del contraddittorio ai sensi dell'art. 123 co. 2 c.p.a. nell'applicare le sanzioni alternative alla dichiarazione di efficacia del contratto non implica che il giudice amministrativo debba fissare un'ulteriore udienza pubblica.

Se da un lato la norma nulla specifica in ordine a detta possibilità, si deve dall'altro rilevare che lo stesso art. 123 co. 2 richiama l'applicazione dell'art. 73 co. 3: in tale situazione, il giudice nel caso di decisione di una questione rilevata d'ufficio che sia fondamentale per la soluzione della controversia, la deve indicare in udienza e ove questa emerga dopo il passaggio in decisione della causa, la questione va riservata assegnando alle parti un termine per il deposito di memorie, quindi senza previsione di udienza pubblica.

Quanto alla questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 24 e 111 dell'art. 123 co. 2 c.p.a. sollevate in via subordinata alla dichiarata infondatezza della precedente censura, si deve rilevare che, a prescindere dal fatto che le deduzioni di parte appellante non individuano analiticamente la lesione delle condizioni di parità delle parti in giudizio in caso di assenza di discussione orale, l'adozione delle sanzioni alternative è il portato della serie di deduzioni e controdeduzioni già versate in atti nel corso del giudizio svoltosi in ordine alla legittimità dell'aggiudicazione.

Poiché la sanzione alternativa è consequenziale alle illegittimità emerse nella scelta del contraente, la questione deve ritenersi già abbondantemente affrontata nell'ambito del giudizio di legittimità e già la produzione di memorie ammesse ai sensi dell'art. 73 co. 3 c.p.a. appare essere un presidio ulteriore e comunque sufficiente del principio del contraddittorio.

Quanto alla mancanza di domanda di parte per l'irrogazione di sanzioni alternative, non appare complessivamente illegittima anche dal punto di vista della legittimità costituzionale, poiché esse costituiscono comunque un *minus* rispetto alla dichiarazione di inefficacia totale del contratto e comunque era conseguente alla lamentata violazione dell'obbligo di *standstill* ed altrettanto si deve rilevare all'attribuzione al giudice del potere di irrogare le stesse sanzioni.

Queste ultime, previste dalla direttiva 66/2007, sono state attribuite al giudice amministrativo in virtù delle previsioni della direttiva medesima e, si badi bene, vengono irrogate a seguito di una sorta di doppia procedura giurisdizionale,

come si è avuto modo di vedere, disciplinata nei modi e nelle forme dall'art. 73 co. 3 c.p.a.; quindi sono affidate a organo imparziale e non sfuggono al controllo processuale, in quanto sono generate all'interno del processo e deliberate in seguito a procedura contenziosa .

Non sussiste comunque, né la ricorrente la individua, una riserva di amministrazione riguardante strettamente quanto previsto dall'art. 123 c.p.a.; né tantomeno può rinvenirsi nell'ordinamento una riserva di amministrazione generale relativa alle sanzioni, riserva che possa indurre il Collegio a rimettere gli atti alla Corte Costituzionale.

Perciò l'affidamento delle sanzioni alternative al giudice amministrativo resta nel campo della discrezionalità legislativa, materia che non può trovare ingresso in questa sede.

Per le suesposte considerazioni ambedue gli appelli devono essere respinti.

Le spese di giudizio possono essere compensate, vista la novità di alcune delle questioni sollevate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sui due appelli, come in epigrafe proposti previamente riuniti, li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2011 e 1 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/02/2012

IL SEGRETARIO

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