

N. 03550/2012REG.PROV.COLL.
N. 04071/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 4071 del 2011, proposto da:

Cosmopol s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dall'avv.to Donato Pennetta ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Nicola Petracca, in Roma, via Ennio Quirino Visconti, 20,

contro

ATI Istituto di Vigilanza Privata COOP Terra di Lavoro a r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Eliseo Laurenza ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Angela Fiorentino, in Roma, via Tibullo, 10

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale di Caserta,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Lidia Buondonno

ed elettivamente domiciliata presso lo studio della stessa, in Roma, via Poli, 29,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 02259/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI VIGILANZA ARMATA DELLE STRUTTURE ASL DI CASERTA.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Vista l'istanza di risarcimento danni successivamente introdotta;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del privato appellato e dell'Azienda ASL di Caserta;

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

Vista la decisione interlocutoria n. 6259/2011;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza dell'11 maggio 2012, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Andrea Abbamonte, in sostituzione dell'avv. Donato Pennetta, per l'appellante, Alessandro Gioia, in sostituzione dell'avv. Eliseo Laurenza, per l'appellata e l'avv. Rosanna Panariello, in sostituzione dell'avv. Lidia Buondonno, per l'Azienda ASL;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con la sentenza appellata il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, ha accolto il ricorso (e successivi motivi aggiunti) in primo grado proposti dall'odierna appellata avverso gli atti relativi alla procedura aperta per l'affidamento del servizio di vigilanza armata delle strutture dell'Azienda Sanitaria Locale di Caserta, conclusasi con l'aggiudicazione in favore dell'odierna appellante disposta con

deliberazione del Commissario Straordinario n. 366 in data 25 febbraio 2011.

In particolare il Giudice di prime cure, disattese le eccezioni di inammissibilità delle doglianze sollevate dai resistenti in relazione alla asserita mancata tempestiva impugnazione degli atti di gara nei termini stabiliti dalla legge, ha ritenuto fondate le censure mosse dall'odierna appellata, partecipante alla gara classificatasi al secondo posto della relativa graduatoria finale, avverso il provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice e contro la clausola della *lex specialis* di attribuzione dei punteggi per "servizi analoghi espletati", recante secondo la ricorrente l'indebita commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta.

L'impresa appellante, aggiudicataria della gara de qua all'esito della detta procedura, contesta gli argomenti posti a fondamento della decisione.

Resiste la parte originaria ricorrente, riproponendo i motivi non oggetto di scrutinio e dichiarati assorbiti nella sentenza impugnata.

Si è costituita altresì in giudizio l'A.S.L. intimata, che da un lato aderisce alle tesi difensive dell'appellante, dall'altro contraddittoriamente chiede in conclusione la reiezione dell'appello.

Parte appellata ha affidato al deposito di memoria conclusiva l'ulteriore illustrazione delle proprie tesi difensive, anche alla luce dei sopravvenuti provvedimenti in data 19 luglio 2011, di indizione da parte dell'Azienda di nuova gara avente ad oggetto il medesimo servizio.

Con memoria in data 6 ottobre 2011 anche l'appellante si è riportata a quanto già rappresentato nei precedenti scritti, svolgendo in particolare ulteriori considerazioni in ordine al profilo, ritenuto fondato dal T.A.R., dell'assenza in capo ai membri della Commissione giudicatrice di capacità tecniche e professionali adeguate all'appalto.

All'esito della chiamata e passaggio in decisione della causa alla udienza

pubblica del 21 ottobre 2011, la Sezione, con decisione interlocutoria n. 6259/2011, ai fini del vaglio della eccezione di improcedibilità e/o inammissibilità dell'impugnativa in esame sollevata dall'appellata sulla base dei nuovi e diversi atti sopravvenuti di indizione di una nuova gara (con i quali, secondo l'eccepiente, l'Azienda "ha manifestato l'autonoma volontà di rinunciare, di eliminare dal mondo giuridico gli atti oggetto della sentenza in esame, sostituendoli con nuovi atti scevri dai vizi che avevano inficiato i primi": pag. 2 mem.), disponeva istruttoria volta ad "acquisire documentata relazione dell'Azienda resistente, dalla quale risultino tutti gli atti adottati in ordine alla gestione del servizio oggetto della gara di cui trattasi successivamente alla contestata deliberazione di aggiudicazione n. 366 in data 25 febbraio 2011, nonché in ordine ad ogni eventuale contenzioso insorto riguardo agli atti stessi" (pag. 5 dec. cit.).

L'Azienda ha provveduto (peraltro solo parzialmente, mancando la richiesta relazione) ad adempiere al disposto incombente istruttorio mediante deposito effettuato solo all'udienza pubblica del 2 marzo 2012.

Con atto notificato il 5 gennaio 2012 e depositato il successivo 9 gennaio 2012, l'appellante ha proposto istanza di risarcimento del danno, alla luce dei fatti nuovi sopravvenuti, consistenti nella prosecuzione dell'iter della nuova procedura di gara, pervenuta alla aggiudicazione provvisoria.

Con memoria in data 14 febbraio 2012 parte privata appellata ha insistito, anche alla luce del comportamento processuale dell'ASL, per l'improcedibilità e/o inammissibilità dell'impugnativa ed in ogni caso per l'infondatezza della stessa.

Come stabilito nella citata decisione interlocutoria, la causa è stata nuovamente fissata per la trattazione all'udienza pubblica del 2 marzo 2012, alla quale, una volta chiamata, è stata rinviata per l'ulteriore trattazione all'udienza pubblica dell'11 maggio 2012, al fine di consentire ogni eventuale difesa delle parti in relazione al predetto deposito, intervenuto

all'udienza stessa.

Con memoria in data 23 aprile 2012 l'appellata ha insistito, anche alla luce della documentazione depositata da ultimo dall'Azienda Sanitaria Locale di Caserta, per la sopravvenuta carenza di interesse alla decisione dell'impugnativa in esame e/o per la sua inammissibilità; in subordine, per l'infondatezza dell'appello quanto meno in relazione al punto riguardante la legittimità della composizione della commissione giudicatrice.

Alla successiva udienza dell'11 maggio 2012 la causa è stata infine nuovamente chiamata e trattenuta in decisione.

2. – Va, preliminarmente, disattesa la sopra indicata eccezione di improcedibilità e/o inammissibilità dell'impugnativa, sollevata da parte appellata, non risultando, dagli atti seppur tardivamente e parzialmente depositati dall'Amministrazione in adempimento dell'ordine istruttorio dato da questo Giudice, che, con la indizione della nuova gara avente ad oggetto il medesimo servizio (ed in particolare con la deliberazione del Commissario Straordinario n. 1140 in data 26 giugno 2011, versata agli atti del giudizio e recante come oggetto “VIGILANZA ARMATA STRUTTURE ASL. PRESA D'ATTO SENTENZA TAR. INDIZIONE NUOVA PROCEDURA APERTA PER L'AFFIDAMENTO IN APPALTO DEL SERVIZIO DI VIGILANZA ARMATA”, la quale, pendente il giudizio di appello, ha disposto una nuova gara, previo aggiornamento dei relativi atti “in considerazione delle eccezioni mosse nel ricorso ed accolte dal TAR quali motivi fondamentali posti alla base della sentenza di annullamento della gara”, solo in ragione della rilevata incompatibilità del “tempo da prevedersi fino alla sentenza definitiva ... con le esigenze di questa ASL”), le statuizioni della sentenza di primo grado siano state a tal punto condivise e fatte proprie dall'Amministrazione stessa da configurare la conseguente attività da essa posta in essere non come mera esecuzione della sentenza medesima, ma come autonoma

manifestazione del potere di autotutela all'Amministrazione pur sempre spettante in ordine ai suoi precedenti atti.

Poiché, come già rilevato nell'anzidetta decisione interlocutoria, la corretta esecuzione della sentenza di primo grado comporta proprio, in relazione alla natura dei vizi ivi accolti, l'indizione di una nuova gara (fermo peraltro il principio, secondo cui nelle procedure ad evidenza pubblica, il venir meno dell'aggiudicazione, per la decisione giurisdizionale o in via di autotutela, restituisce all'amministrazione la piena potestà di diritto pubblico di determinarsi nel modo che ravvisa più opportuno per la cura del pubblico interesse: Consiglio Stato, sez. V, 6 marzo 2002, n. 1367), le nuove determinazioni in tal senso assunte dall'Amministrazione nelle more del giudizio di appello devono considerarsi allora adottate appunto per dare esecuzione alla pronuncia di primo grado, sì che esse, alla luce anche delle incontestate deduzioni svolte dall'appellante nell'istanza risarcitoria successivamente proposta in pendenza del giudizio di appello, non si configurano come idonee ad escludere la persistenza dell'originaria ricorrente alla declaratoria di illegittimità degli atti oggetto del giudizio e dell'appellante soccombente in primo grado alla reviviscenza degli atti stessi.

Né siffatto ultimo interesse potrebbe in particolare ritenersi venuto meno per effetto della mancata impugnazione da parte della seconda degli atti posti in essere in esecuzione della sentenza appellata, dal momento che essi, in caso di accoglimento dell'appello (comportante la reviviscenza degli atti relativi alla prima procedura di gara oggetto del presente giudizio), verrebbero comunque meno con effetto retroattivo, perdendo ab initio il loro fondamento giuridico (ex art. 336 c.p.c.).

3. – Esclusa qui, dunque, la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso di primo grado od all'appello, si può passare all'esame del mérito dello stesso, con il cui primo motivo si sostiene l'erroneità della sentenza impugnata,

nella parte in cui ha ritenuto ricevibile e fondata la censura del ricorso di primo grado concernente la mancanza di specifiche competenze attinenti all'oggetto della gara in capo ai componenti la Commissione giudicatrice costituita ai sensi dell'art. 84 del D. Lgs. n. 163/2006.

In primo luogo tale censura deve ritenersi, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, tempestivamente proposta con il ricorso introduttivo.

Infatti, la giurisprudenza è costante nel ritenere, in applicazione dei principii dettati dall'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, che l'atto di nomina di una Commissione di gara non sia impugnabile in via autonoma, in quanto non immediatamente suscettibile di ledere la posizione dei partecipanti alla procedura.

Il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice di una gara, pertanto, può essere impugnato dal partecipante alla selezione che si ritenga lesa nei suoi interessi solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali e la nomina dell'aggiudicatario, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene, pertanto, compiutamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato.

La censura è poi, come correttamente ritenuto dal T.A.R., anche fondata, risultando prive di pregio le contrarie deduzioni svolte con l'atto di appello.

3.1 – Il T.A.R. ha invero puntualmente evidenziato, nell'accoglierla, che i due membri della Commissione di gara diversi dal Presidente risultano avere specifiche competenze professionali in campo sanitario ed amministrativo, “le quali non si presentano in linea con il profilo contenutistico dell'appalto”.

La Sezione preliminarmente osserva in proposito che il principio che impone che i membri della Commissioni di gara siano provvisti di specifica e documentata esperienza di settore rapportata alla peculiarità della gara da svolgere è principio non solo immanente nel sistema (v. art. 84, comma 8,

del D. Lgs. n. 163/2006), ma di stretta derivazione costituzionale, dal momento che un adeguato livello di professionalità dei componenti l'organo è l'unica garanzia di un effettivo rispetto dei valori costituzionali richiamati dall'art. 97 Cost. (Cons. St., V, 30 aprile 2009, n. 2761).

Va altresì sottolineato che le valutazioni effettuate dall'organo tecnico (che sono espressione non solo di discrezionalità amministrativa ma, come nella specie, anche e soprattutto di discrezionalità tecnica) in tanto sono soggette al sindacato del giudice amministrativo entro limiti ridottissimi, in quanto i limiti stessi riflettono non solo i rapporti fra i poteri che l'ordinamento assegna all'Amministrazione e quelli propri del suo giudice, ma anche la competenza specifica ed esclusiva, che la normativa riconosce in determinati settori all'organo tecnico dell'Amministrazione, alla quale non si contrappone una eguale competenza da parte del giudicante.

Ciò posto, tenuto conto dei parametri ai quali la Commissione di gara doveva nel caso di specie assegnare il suo giudizio (sistema organizzativo di espletamento dell'attività, metodologie tecnico operative e servizi analoghi), nonché del fatto che nelle procedure svolte col criterio di selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa assumono rilevanza di norma proprio gli elementi qualitativi dell'offerta la cui valutazione è appunto affidata alla Commissione giudicatrice che attribuisce per ciascuno di essi un punteggio nell'ambito di un range determinato (con esclusione dunque di qualsivoglia carattere di automaticità delle sue scelte), ritiene il Collegio che i predetti membri della Commissione, in relazione ai concreti aspetti sui quali i medesimi dovevano formulare il loro giudizio (valutazione – del resto chiaramente in tal senso risultante ex post dagli stessi verbali di gara - per almeno due dei parametri rilevanti, di sofisticati sistemi informatici, telematici, audio e video, antintrusione, antieffrazione e di videosorveglianza), non risultavano dotati, nella loro dichiarata qualità di dirigenti sanitari ed amministrativi di grandi strutture a stretto contatto

con l'utenza (e nemmeno nella loro dichiarata qualità di componenti di precedenti commissioni di gara, il cui ambito di attività non risulta per vero nemmeno enunciato), di competenze od esperienze adeguate, tali da porli in grado di esprimere una adeguata ed appropriata valutazione delle offerte quanto agli aspetti sopra indicati.

4. – Pure da respingere è il motivo d'appello riguardante la violazione nella gara de qua, denunciata con il ricorso di primo grado e ritenuta sussistente dal T.A.R., del divieto di commistione fra i requisiti soggettivi di qualificazione ed i criterii oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione.

Anche con riguardo a tale doglianza va anzitutto respinta l'eccezione di tardività sollevata dall'appellante sul rilievo che la ricorrente in primo grado sarebbe stata tenuta a proporre la predetta censura al momento della partecipazione.

E' noto, invero, che l'onere di impugnazione immediata del bando riguarda le sole clausole che concernono i requisiti soggettivi di partecipazione dei concorrenti e non si estende alle clausole relative alle modalità di valutazione delle offerte, di svolgimento della gara od attinenti alla astratta qualificazione dell'oggetto della prestazione.

In tale caso l'impugnativa va proposta, come correttamente è stato fatto nel presente giudizio, unitamente agli atti che ne fanno diretta applicazione, che rendono attuale e concreta la lesione soggettiva subita dall'interessato.

Nel merito, poi, la doglianza dedotta col ricorso introduttivo, concordemente con quanto affermato dal Giudice di primo grado, si rivela fondata.

Osserva in proposito il Collegio che, alla stregua di una consolidata giurisprudenza (comunitaria e nazionale), costituisce principio generale regolatore delle gare pubbliche quello che vieta la commistione fra i criterii soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione

dell'offerta.

Tale principio trova il suo sostanziale supporto logico nella necessità di tener separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara da quelli che attengono all'offerta e, quindi, all'aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971).

Come è stato autorevolmente osservato, tuttavia, non sempre è agevole tenere separati i due criteri considerati (quello oggettivo di valutazione dell'offerta e quello soggettivo relativo alla capacità tecnica e professionale del concorrente), poiché i profili di organizzazione soggettiva possono anche essere idonei a riflettersi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione.

Ne deriva che quando gli aspetti organizzativi non sono apprezzati in modo autonomo, avulso dal contesto dell'offerta, ma quale elemento idoneo ad incidere sulle modalità esecutive del servizio specifico e, quindi, quale parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta, il principio non risulta violato (Cons. Stato, Sez., VI, 15 dicembre 2010, n. 8933).

In proposito giova ricordare che, nel caso di specie, la pretesa illegittimità della legge di gara sotto il profilo in considerazione concerne l'art. 3.1 del Disciplinare di gara, laddove prevede come criterio di valutazione qualitativa dell'offerta i “servizi analoghi espletati presso enti pubblici ed in particolare presso strutture ospedaliere” (max punti 10).

Orbene, come esattamente dedotto dall'appellata, l'utilizzo, ai fini della valutazione dell'offerta, di siffatto criterio (previsto dall'art. 42, comma 1, lett. a), del D. Lgs. n. 163/2006 come requisito di capacità tecnica del concorrente) non risponde in concreto alle specificità della procedura per cui è causa, poiché il criterio stesso non ha diretto riferimento con le concrete modalità di svolgimento della prestazione richiesta, né offre un parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta stessa, nella

misura in cui i “servizi analoghi” non sono stati dalla legge di gara previsti né “considerati in relazione alla loro rilevanza nel servizio offerto, bensì quale caratteristica peculiare e soggettiva dell’impresa offerente” (così, condivisibilmente, le deduzioni di parte privata appellata).

Tale elemento di valutazione dell’offerta non si rivela insomma in grado di connotare la effettiva qualità dell’offerta medesima (e dunque del servizio da svolgere), privo com’è di specificazioni, che consentano di concretamente ricondurre i servizi analoghi espliciti (per tipologia ed ampiezza delle strutture da sorvegliare, per flusso di utenti, per concentrazione di addetti, ecc.) a quello oggetto di gara e che dunque forniscano validi indici dei livelli qualitativi, che l’impresa concorrente può assicurare nello svolgimento della specifica prestazione oggetto dell’appalto.

5. – Per le argomentazioni che precedono, l’appello dev’essere respinto (anche nel suo petitum risarcitorio, che presuppone la legittimità degli atti oggetto del presente giudizio), con conseguente conferma della sentenza impugnata, anche quanto alla necessità della edizione di una nuova gara a séguito dell’annullamento degli atti stessi.

Le spese seguono, come di régola, la soccombenza nei confronti della parte privata appellata, mentre possono essere integralmente compensate nei confronti dell’Amministrazione.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge e, per l’effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna l’appellante alla rifusione di spese ed onorarii di causa in favore di parte privata appellata, liquidandoli in complessivi Euro 5.000,00=, oltre I.V.A. e C.P.A.

Spese compensate nei riguardi dell’Azienda Sanitaria.

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

Così deciso in Roma, addì 11 maggio 2012, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/06/2012

IL SEGRETARIO

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