

N. 06235/2013REG.PROV.COLL.
N. 03132/2013 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 3132 del 2013, proposto da:

Esperia S.p.A., Kuadra Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Mattia Crucoli, Gabriele Di Paolo, Dover Scalera, con domicilio eletto presso Dover Scalera in Roma, viale Liegi 35/B;

contro

Azienda Ulss 6 Vicenza, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Calgaro, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri 5;

Azienda Ulss N. 5 Ovest Vicentino, rappresentato e difeso dagli avv. Luigi Manzi, Mario Testa, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

nei confronti di

Consip Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

Manutencoop Facility Management Spa, Coopservice Soc. Coop. P.A., rappresentati e difesi dagli avv. Franco Mastragostino, Angelo Piazza, con

domicilio eletto presso Angelo Piazza in Roma, via Luigi Robecchi Bricchetti, 10;

Azienda Ulss N.3 Bassano del Grappa, Azienda Ulss N. 4 Alto Vicentino, Dussmann Service Srl, Team Service Scarl, Copra Ristorazione e Servizi Coop, Pulitori e Affini Spa, L'Operosa Soc. Coop. Arl, Markas Sevice Srl, Copma Soc. Coop. Arl, Regione Veneto, Omega Soc.Coop;

per la revocazione

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. III n. 00208/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di pulizia e servizi integrati da svolgersi nei presidi ospedalieri, extraospedalieri e strutture convenzionate - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss 6 Vicenza e di Azienda Ulss N. 5 Ovest Vicentino e di Consip Spa e di Manutencoop Facility Management Spa e di Coopservice Soc. Coop. P.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2013 il Pres. Pier Giorgio Lignani e uditi per le parti gli avvocati Colagrande su delega di Di Paolo, Manzi per sè e su delega di Calgaro, Testa, Clarizia e Guglielmetti su delega di Mastragostino e di Piazza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente società Esperia s.p.a., oggi Kuadra s.r.l., ha preso parte (dopo alcune vicende ampiamente riferite negli atti delle precedenti fasi del giudizio, ma non rilevanti in questa sede) alla gara per l'affidamento del servizio di pulizia e servizi integrati per i presidi ospedalieri, extraospedalieri e strutture convenzionate delle Aziende Sanitarie del

Veneto n. 3 (Bassano del Grappa), n. 4 (Alto Vicentino), n. 5 (Ovest Vicentino) e n. 6 (Vicenza).

All'esito della gara è risultata aggiudicataria l'A.T.I. costituita da Manutencoop Facility Management s.p.a. e da CoopService soc. coop.p.a..

Esperia ha proposto ricorso al T.A.R. Veneto contro gli atti della gara. Il ricorso è stato deciso con sentenza 23 aprile 2012, n. 572, che ha dichiarato inammissibili talune delle censure ed ha rigettato le altre.

2. Esperia/Kuadra ha proposto appello davanti a questo Consiglio.

L'appello è stato deciso da questa Sezione con sentenza n. 208/2013, pubblicata il 15 gennaio 2013, che ha sostanzialmente confermato la decisione del T.A.R..

3. Esperia/Kuadra propone ora ricorso per revocazione.

Resistono al ricorso l'Azienda U.L.S.S. n. 5 "Ovest Vicentino" (che aveva gestito la gara quale "capofila" delle Aziende interessate), l'Azienda U.L.S.S. n. 6 "Vicenza", l'A.T.I. Manutencoop Facility Management s.p.a. con CoopService soc. coop. p.a., e CONSIP s.p.a..

4. Prima di prendere in esame singolarmente i motivi del ricorso per revocazione, il Collegio ritiene opportuno ricordare che questo tipo d'impugnazione non ha la funzione di promuovere un riesame o un sindacato di merito sulle decisioni contenute nella sentenza revocanda, ma solo quello di porre rimedio ad errori di fatto aventi le caratteristiche peculiari e tassative precisate nell'art. 395, n. 4, c.p.c (*«...vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l'inesistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso se il fatto non costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare»*).

5. Con il primo motivo del ricorso per revocazione si deduce il vizio di "omessa pronuncia". Nella sentenza n. 208 sarebbe stata omessa l'esame di un profilo della censura basata sull'assunto che un componente della

commissione giudicatrice, il dottor R., fosse incompatibile per i suoi rapporti con una delle ditte concorrenti.

La sentenza n. 208 ha rigettato la censura osservando che il dr. R. aveva partecipato solo alla prima seduta, poi si era dimesso; ha aggiunto che nella prima seduta non era stata compiuta alcuna attività valutativa, ossia non erano stati espressi giudizi discrezionali, ma erano stati solo verificati i requisiti di ammissione dei concorrenti, in ordine ai quali non è sorta alcuna contestazione né è stata mossa alcuna censura. In questa situazione, ha concluso la sentenza n. 208, la (supposta) incompatibilità del dr. R. non avrebbe comunque alcun rilievo, e la ricorrente Esperia/Kuadra non ha interesse a denunciarla.

Esperia/Kuadra sostiene ora che la sentenza n. 208 abbia ommesso di pronunciarsi sul profilo di censura con il quale si deduceva che vi fosse stato una violazione dell'obbligo di astensione da parte del dottor R..

Questa doglianza è manifestamente infondata. Nel momento stesso in cui ha affermato l'irrilevanza della (supposta) incompatibilità del dottor R., la sentenza n. 208 ha, implicitamente ma necessariamente, escluso la rilevanza anche della sua mancata astensione. Quindi non si può parlare di "omessa pronuncia".

Le ulteriori argomentazioni contenute nel primo motivo del ricorso per revocazione attengono a supposti errori della sentenza, che, ove esistenti, si qualificherebbero comunque come errori di giudizio e non travisamenti di fatto. In ogni caso la loro rilevanza sarebbe esclusa proprio in ragione della circostanza, già evidenziata, che nessuna delle determinazioni adottate dalla commissione giudicatrice nella prima seduta, con la presenza del dottor R., forma oggetto di contestazioni nel merito. Sicché ad esse si applicherebbe l'art. 21-*octies* della legge n. 241/1990 (nessuno ha dimostrato e neppure dedotto che quelle decisioni – che non implicavano alcuna discrezionalità – avrebbero potuto essere diverse, se adottate da una commissione

diversamente composta).

6. Il secondo motivo della domanda di revocazione attiene alla questione della legittimità della nomina del dottor T. quale nuovo componente della commissione giudicatrice, in sostituzione del dimissionario dottor R.. In questo caso la censura è stata dedotta come supposta violazione dell'art. 84, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, in quanto il dottor T. (a) è stato nominato previa designazione da un'autorità esterna all'amministrazione appaltante, e precisamente il Segretariato Sanità della Regione; (b) non è un funzionario dell'amministrazione appaltante; (c) la sua scelta non è stata motivata con la dimostrazione dell'indisponibilità di altro soggetto tecnicamente idoneo, fra il personale dell'ente appaltante.

6.1. La censura è stata respinta dal T.A.R. con l'argomento che l'art. 84, comma 8, è stato dichiarato incostituzionale (sent. n. 401/2007) nella parte in cui non dispone che la norma sia *«suppletiva e recessiva nei confronti di una diversa (ove esistente) disciplina specifica di matrice regionale»*. Nella specie, ha osservato in buona sostanza il T.A.R., la diversa disciplina speciale di matrice regionale esiste, ed è rappresentata dalla Delibera di Giunta regionale n. 2492/2010, che in via generale ha disposto che in tutte le commissioni di gara degli enti del settore sanitario la designazione di un componente sia riservata all'amministrazione regionale.

Tuttavia tale delibera è stata impugnata da Esperia/Kuadra con il terzo atto di motivi aggiunti al ricorso di primo grado, con l'argomento che siffatta disposizione poteva forse essere emanata dalla Regione, ma non con delibera amministrativa, bensì, semmai, con legge regionale.

6.2. Il T.A.R. ha dichiarato che tale censura era inammissibile per tardività *«atteso che il predetto atto deliberativo risulta espressamente richiamato dalla DGR 6.5.2011 n. 216, oggetto del primo ricorso per motivi aggiunti»*.

Il punto ha formato oggetto di un motivo d'appello, ma la sentenza n. 208 lo ha rigettato, argomentando più ampiamente di quanto avesse fatto lo

stesso T.A.R. riguardo alle ragioni per cui si può ritenere certo, *in punto di fatto*, che Esperia/Kuadra conoscesse l'esistenza e gli effetti della DGRV n. 2492/2010 da un tempo sufficiente a far ritenere tardiva l'impugnazione fatta con il terzo atto di motivi aggiunti.

6.3. Esperia/Kuadra prospetta ora un motivo di revocazione, che si risolve nella confutazione delle argomentazioni di fatto con le quali la sentenza n. 208 aveva dimostrato che quella impugnazione fatta in primo grado era tardiva.

Ma, come si vede, si tratta del tentativo di ridiscutere un giudizio di fatto già espresso, sia pur sinteticamente, dal T.A.R., contestato mediante apposito motivo d'appello e confermato dal Consiglio di Stato con più ampia motivazione. Peraltro l'art. 395 c.p.c. non ammette revocazione «... *se il fatto costituì un punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare*».

6.4. A prescindere da ciò (che pure sarebbe risolutivo) è importante osservare che comunque il supposto errore non sarebbe determinante, perché dato e non concesso che l'impugnazione della delibera regionale n. 2492/2010 fosse tempestiva e ammissibile, essa sarebbe tuttavia infondata.

6.4.1. Il supposto vizio della delibera regionale sarebbe quello di avere dettato una disposizione in deroga all'art. 84, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, laddove, secondo Esperia/Kuadra, una deroga si sarebbe potuta introdurre solo con legge regionale. Su questo punto la sentenza n. 208 ha affermato di ritenere «*dubbia la capacità della citata deliberazione di Giunta di incidere (derogandola) sulla normativa primaria di rango statale*», ma ha evitato (non ritenendolo necessario in quel contesto) di sciogliere il dubbio con una pronuncia definitiva. Pertanto non vi è un giudicato e questo Collegio, *re melius perpensa*, ritiene ora di potersi pronunciare nel senso della insussistenza del vizio.

6.4.2. Va notato, infatti, che la sentenza n. 401/2007 della Corte costituzionale ha usato una espressione generica («*disciplina specifica di matrice*

regionale) la cui scelta non si può ritenere casuale e che chiaramente lascia intendere la volontà di non fare riferimento esclusivo ad uno strumento normativo tipico e in particolare alla “legge regionale”. La genericità della formula ha la sua spiegazione. La Corte non intendeva affermare la prevalenza della legge regionale (intesa come strumento tipico) su quella statale, giacché nella materia dei contratti dei settori di competenza regionale tale prevalenza è già sancita dall’art. 4 dello stesso d.lgs. n. 163/2007; e perciò se la Corte avesse voluto semplicemente richiamare tale principio non vi sarebbe stato bisogno di una sentenza costituzionale “di accoglimento”; sarebbe bastata una “interpretativa di rigetto”.

La formula usata dalla Corte lascia dunque intendere che di fronte alla “cedevolezza” dell’art. 84 sia sufficiente una qualsivoglia “*disciplina di matrice regionale*” e che la sentenza rimetta all’autonomia ed all’ordinamento delle singole regioni la scelta della fonte da impiegare in concreto. In altre parole, il legislatore statale non può “invadere” la competenza regionale, neanche nel senso di imporre *de facto* alle regioni l’impiego della fonte legislativa regionale per disciplinare rapporti per i quali non vi sia una espressa “riserva di legge”, né tale vincolo si desuma altrimenti dal sistema.

6.4.3. Nel caso in esame, fatti salvi i principi generali dell’imparzialità, della competenza tecnica, etc., le minute modalità di nomina dei membri delle commissioni giudicatrici ben possono essere disciplinate da una fonte regolamentare o pararegolamentare.

6.4.5. Ma vi è di più. Lo stesso art. 4, comma 8, esplicitamente demanda al livello regolamentare l’individuazione di ulteriori ipotesi di deroga alla disposizione per cui i membri della commissione, diversi dal presidente, debbono essere funzionari della stazione appaltante. Ne consegue che se tale aspetto può e deve essere oggetto di una “*disciplina di matrice regionale*”, nulla vieta che questa sia emanata con fonte sublegislativa (regolamentare o pararegolamentare).

6.5. Concludendo sul punto, il secondo motivo di revocazione è insussistente e comunque inammissibile, se non altro per difetto di rilevanza.

7. Con il terzo motivo di revocazione, Esperia/Kuadra investe il punto nel quale la sentenza n. 208 ha respinto le sue doglianze relative alla mancata o insufficiente verbalizzazione delle modalità di conservazione dei plichi delle offerte.

7.2. Sul punto, la sentenza n. 208, dopo aver brevemente ricordato quanto emerge a questo riguardo dai verbali, ha così concluso: *«Alla luce di tali elementi non si ravvisano le lamentate inidoneità nella conservazione dei plichi con le offerte. Né l'appellante, in relazione al suo interesse al ricorso (che deve ritenersi limitato per effetto della disposta esclusione dalla gara) ha comunque evidenziato possibili manomissioni della sua offerta»*.

In altre parole, dunque, il Collegio autore della sentenza n. 208 ha stimato che le modalità di conservazione degli atti, quali risultanti dai verbali, fossero sufficienti a dare una ragionevole garanzia della loro integrità – integrità del resto non positivamente smentita o contestata dalla ricorrente. Tale giudizio potrà apparire condivisibile o meno, ma in ogni caso si tratta di un giudizio di apprezzamento su risultanze di fatto (il contenuto delle verbalizzazioni in correlazione con l'inesistenza di qualsivoglia indizio di manomissione) in sé ben note a quel Collegio. Dato e non concesso che tale apprezzamento sia poco condivisibile, ogni ipotetico errore sarebbe un errore di giudizio e non un “abbaglio dei sensi” suscettibile di revocazione.

7.3. Non sarà tuttavia inutile puntualizzare alcuni concetti in ordine alla funzione ed alla rilevanza delle annotazioni a verbale, concernenti le modalità di conservazione delle carte nell'intervallo fra le varie sedute ed operazioni del procedimento di gara.

Va notato che il d.lgs. n. 163/2006 (codice degli appalti) benché non avaro di disposizioni puntuali e minuziose, nulla dispone esplicitamente riguardo

alle modalità di conservazione delle carte, né riguardo alla verbalizzazione di tali modalità.

Si deve pertanto ritenere che la mancanza o la sommarietà delle annotazioni a verbale, e/o la discutibile idoneità delle modalità di conservazione concretamente adottate, non costituiscono *di per sé* vizio invalidante delle operazioni, e di riflesso dell'intera gara.

Si ha, invece, un vizio invalidante qualora sia positivamente provato, o quanto meno vi siano seri indizi, che le carte siano state manipolate negli intervalli fra un'operazione e l'altra. Peraltro è evidente che per quanto le modalità di conservazione siano state accurate e rigorose (ad es. chiusura in cassaforte, etc.) non si potrà mai escludere che vi sia stata una dolosa manipolazione (ad es. ad opera di chi conosceva la combinazione per aprire la cassaforte); e che chi sia interessato a farlo possa darne la prova. Viceversa, il fatto che le modalità di conservazione siano state meno rigorose non autorizza a presumere che la manipolazione vi sia stata, a meno che non vengano prodotte in tal senso prove o quanto meno indizi.

In questo contesto, l'annotazione a verbale delle modalità di conservazione ha semplicemente l'effetto di preconstituire una prova dotata di fede privilegiata (artt. 2699, 2700 c.c.), e quindi di prevenire o rendere più difficili future contestazioni; ma così come tali annotazioni, per quanto accurate, non impediranno mai a chi vi abbia interesse a dare la prova dell'avvenuta manipolazione (passando anche attraverso il procedimento di querela di farlo, ove necessario), allo stesso modo la mancanza o l'incompletezza delle stesse annotazioni, ovvero la scarsa (in ipotesi) efficacia dalle modalità di custodia, avranno solo l'effetto di rendere meno arduo il compito di chi voglia raggiungere quella prova, o rappresentare quegli indizi. Non quello di viziare, di per sé, il procedimento.

7.4. Anche il motivo di revocazione in esame va dunque giudicato inammissibile.

8. In conclusione, l'intero ricorso per revocazione è inammissibile per difetto dei presupposti tipici di questo rimedio.

Le spese del presente giudizio di revocazione vanno poste a carico della ricorrente Esperia/Kuadra.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) dichiara inammissibile il ricorso. Condanna le società Esperia e Kuadra al pagamento delle spese legali del grado in favore delle controparti costituite (Azienda ULSS n. 5, Azienda ULSS n. 6, Consip Spa, nonché Manutencoop Facility Management Spa e Coopservice soc. coop. p.a, queste ultime due considerate a questi fini come una sola parte) nella misura di Euro 4.000 per ciascuno, oltre agli accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/12/2013

IL SEGRETARIO

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