

N. 02692/2014REG.PROV.COLL.
N. 00212/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 212 del 2014, proposto dal Comune di Gradisca D'Isonzo, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Coen in Roma, piazza Priscilla, n.4;

contro

Cooperativa Sociale Ambra S.C.P.A., rappresentata e difesa dagli avv. Ermes Coffrini, Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso il primo in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 87;

nei confronti di

L'Onda Nova Cooperativa Sociale O.N.L.U.S., rappresentata e difesa dall'avv. Luca De Pauli, con domicilio eletto presso l'avv. Enrico Di Ienno in Roma, viale Mazzini ,33;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA -

TRIESTE: SEZIONE I n. 00614/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di assistenza pulizia animazione e coordinamento della casa di riposo *San Salvatore*

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cooperativa Sociale Ambra S.C.P.A. e di L'Onda Nova Cooperativa Sociale O.N.L.U.S.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 marzo 2014 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Rosati, Coffrini, Colarizi e Protto, quest'ultimo per delega dell'avv. De Pauli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 524 del 2 novembre 2012 il responsabile del Settore Servizi Amministrativi del Comune di Gradisca d'Isonzo annullava, in autotutela, tutti gli atti e provvedimenti afferenti alla gara pubblica per l'affidamento, per il periodo 1° settembre 2011 – 31 agosto 2016, del servizio di assistenza, pulizia, animazione e coordinamento della casa di riposo “*San Salvatore*” di Gradisca d'Isonzo, tra cui l'aggiudicazione definitiva precedentemente disposta con atto n. 111 del 27 marzo 2012 a favore della soc. Cooperativa Sociale Ambra.

Nella parte motiva del provvedimento il Comune di Gradisca d'Isonzo poneva in rilievo che all'esito dell'esame di tutta la

documentazione di gara e, in particolare, delle minute relative agli appunti presi dal rag. T. (presidente della commissione giudicatrice), non era stato possibile “ricostruire le date, gli orari e le attività compiute nelle singole sedute dalla commissione di gara in quanto non riportate sugli appunti redatti dal rag. T.”, nonché la presenza di “alcune difformità, probabilmente dovute a refusi, fra i punteggi così come risultanti nelle minute e quanto riportato nell’elaborato predisposto dal rag. T. e consegnato ai partecipanti in occasione della seduta di apertura delle offerte economiche e quindi successivamente riportato nelle bozze dei verbali redatti”. Sulle minute non risultava, inoltre, presente l’attribuzione dei punteggi relativi a numerosi elementi delle offerte, tutti indicati in dettaglio.

In precedenza il presidente della commissione, con determinazione n. 150 del 26 aprile 2012, aveva disposto la sospensione temporanea dell’aggiudicazione. Detto provvedimento veniva annullato dal T.A.R. per il Friuli Venezia Giulia con sentenza n. 277 del 2012 in accoglimento di ricorso della Società Cooperativa Ambra.

Il successivo ricorso della Soc. Coop. Ambra per l’ottemperanza al *decisum* del T.A.R., convertito ai sensi dell’art. 32 c.p.a. in giudizio impugnatorio, ha poi condotto all’annullamento del provvedimento di autotutela n. 524 del 2012.

Con la predetta sentenza il T.A.R. riconosceva fondato il motivo volto a denunciare “la mancata enunciazione (nell’atto impugnato) dell’interesse pubblico perseguito dall’Amministrazione mediante l’annullamento dell’aggiudicazione definitiva della gara di che trattasi in grado di giustificare l’adozione del provvedimento impugnato, nonché la totale assenza di qualsivoglia

considerazione del suo interesse a conservare l'aggiudicazione ottenuta all'esito della gara'.

Il T.A.R. rammentava, in particolare, che *“presupposti indefettibili del legittimo esercizio del potere di autotutela c.d. decisoria culminante nell'adozione di provvedimenti di secondo grado di annullamento di precedenti provvedimenti sono, ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990 ricettivo di un radicato costruito pretorio di origine giurisprudenziale, l'esistenza e l'acclaramento di un vizio di legittimità originario che affligga il provvedimento oggetto dell'autotutela decisoria e il richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico al suo annullamento d'ufficio, idoneo, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, a giustificare il sacrificio di quello privato”, tanto più in presenza “dell'affidamento ingenerato in capo ai partecipanti e, in particolare, all'aggiudicatario”.*

Il Comune di Gradisca d' Isonzo ha proposto appello avverso la sentenza n. 524 del 2012 ed ha contraddetto le statuizioni del T.A.R., insistendo sulla sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di autotutela, in presenza dei gravi vizi inficianti la verbalizzazione delle operazioni di gara, e sulla prevalenza dell'interesse di rilievo pubblico alla regolarità del procedimento di selezione del contraente in assenza di consolidamento delle posizioni del soggetto risultato aggiudicatario.

Resiste l'aggiudicataria Soc. Cooperativa Ambra che ha contraddetto i motivi di gravame con rinvio anche alle doglianze formulate in prime cure e concluso per la conferma della sentenza impugnata.

Si è altresì costituita l'intimata Soc. Coop. L' Onda Nuova, quarta

classificata, che dopo avere esposto le vicende relative ad un accesso documentale agli atti di gara, ha svolto considerazioni a sostegno dell'accoglimento dell'appello proposto dal Comune di Gradisca d'Isonzo.

All'udienza del 13 marzo 2014 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. Come accennato nell'esposizione del fatto il T.A.R. ha ritenuto la potestà di autotutela esercitata dal Comune di Gradisca di Isonzo in ordine all'esito della gara non conforme alle regole di principio codificate dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 e successive modificazioni, che impongono, oltre al riscontro di un vizio di legittimità dell'atto annullato, la contestuale valutazione della sussistenza di *“ragioni di interesse pubblico all'annullamento . . . tenendo conto degli interessi dei destinatari (del provvedimento) e dei controinteressati?”*.

La determinazione di autotutela n. 524 del 2 novembre 2012 non si presenterebbe assistita dall'esternazione di siffatto *iter* valutativo, non prendendo in considerazione l'affidamento ingenerato in capo alla ditta vincitrice per effetto dell'avvenuto affidamento del servizio.

Tantomeno, a giudizio del T.A.R., il concreto interesse pubblico all'annullamento può collegarsi al mero riferimento, contenuto nella determinazione impugnata, all'impossibilità di ricostruire compiutamente le operazioni di gara quanto all'attribuzione dei punteggi, ove si consideri che la veridicità dei giudizi valutativi, quali risultanti dagli atti e verbali di gara, non è stata posta in discussione né dai componenti della commissione di gara, né dai concorrenti, né

dall'amministrazione stessa che ha solo introdotto il dubbio di possibili irregolarità.

Osserva il collegio che il codice degli appalti approvato con d.lgs. n. 163 del 2006 riserva alla stazione appaltante un pieno ed incisivo controllo sulla legittimità dello svolgimento della gara sia nel momento in cui, a conclusione della procedura selettiva, interviene l'aggiudicazione provvisoria, sia dopo che sia stata disposta l'aggiudicazione definitiva.

Stabilisce l'art. 11, comma 5, che *“la stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art. 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva”*. L'art. 12, comma 1, cui è fatto richiamo nella norma menzionata, stabilisce lo spessore dei relativi controlli, da esercitarsi anche a mezzo di un'attività istruttoria finalizzata all'acquisizione di chiarimenti ed documenti.

L'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006 - una volta *“divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva”* - fa *“salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti”*.

Emerge dal su riferito quadro normativo l'immanenza del controllo di legalità dell'ente che ha indetto gara nelle fasi terminali del procedimento che individuano, prima in via provvisoria e poi in via definitiva, il soggetto con il quale deve aver luogo la stipula del contratto.

Con riguardo alla fattispecie di cui è controversia l'atto di annullamento ha investito il provvedimento di aggiudicazione definitiva emesso il 27 marzo 2012.

Detto provvedimento era stato sospeso dal r.u.p. con atto n. 150 del 26 aprile 2012.

Il T.A.R. Friuli Venezia Giulia, in accoglimento di ricorso proposto dalla cooperativa Ambra ha poi annullato, con sentenza n. 277 del 27 giugno 2012, il provvedimento di sospensione.

Sul piano temporale la determinazione di autotutela è intervenuta entro termine ragionevole rispetto alla data a partire dalla quale – dopo l’annullamento da parte del T.A.R. del provvedimento di sospensione adottato dal r.u.p. – l’atto di aggiudicazione definitiva aveva riacquisito efficacia.

Sul piano fattuale la Coop. Soc. Ambra non era stata immessa nell’esercizio del servizio non essendosi al riguardo perfezionato lo strumento negoziale.

L’amministrazione era, quindi, nella pienezza dei poteri di esame di legalità dello svolgimento della gara, cui l’art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 262 del 2006 dà preminente rilievo prima di addivenire alla stipula del contratto.

Diversamente da quanto statuito dal T.A.R. non si versava a fronte di alcun consolidamento di situazioni di diritto soggettivo vulnerate dall’atto di autotutela e tantomeno di affidamento all’esecuzione del servizio a fronte del potere di verifica e controllo sullo svolgimento del procedimento di gara riservato all’amministrazione dall’art. 11, comma 9, più volte richiamato.

In tale quadro l’interesse pubblico all’annullamento si identifica in *re ipsa* nell’ordito motivazionale dell’atto di autotutela, che dà rilievo a

plurime infrazioni in sede di verbalizzazione delle operazioni di gara, alle quali la stazione appaltante ha ascritto l'idoneità ad incidere sul corretto dispiegarsi del confronto concorrenziale e, quindi, sulla selezione della migliore offerta, sia sul piano economico che su quello tecnico, fra quella prodotte dalle ditte ammesse alla gara.

2.1. I rilievi che hanno indotto il Comune di Gradisca all'esercizio del potere di autotutela non recedono a fronte dei motivi dedotti in prime cure dalla Cooperativa Ambra e riprodotti in appello.

La stazione appaltante nell'atto di ritiro del provvedimento di aggiudicazione ha invero evidenziato plurimi aspetti che, per sommatoria, si presentano idonei ad inficiare la correttezza dell'operato della commissione aggiudicatrice nella redazione dei verbali di gara.

Il provvedimento in data 17 agosto 2011 di nomina della commissione di gara aveva testualmente stabilito che *“la funzione verbalizzante (delle operazioni di gara) venga svolta dalla sig.ra C.D. impiegata di categoria B della Casa di Riposo S. Salvatore”*.

Tale funzione è stata però esercitata solo nello nella prima riunione della Commissione tenutasi il 19 agosto 2011 (verbale n. 1). In tutte le successive adunanze (verbali dal n. 2 al n. 8) il presidente del collegio rag. E. T. ha assunto il compito di funzionario verbalizzante.

Obietta la convenuta cooperativa Ambra che la figura del segretario della commissione non è essenziale ai fini della perfezione del collegio nel momento in cui esso esprime i giudizi valutativi.

L'assunto è esatto, ma nella specie la determina di nomina della

commissione aveva introdotto uno specifico limite nello svolgimento dei compiti dell'organo collegiale, individuando nel segretario il soggetto abilitato alla redazione del documento assistito dallo specifico valore fidefacente delle operazioni di gara.

La violazione di una puntuale regola di azione vizia il procedimento di gara.

Le operazioni ed i giudizi valutativi in cui esso si è articolato sono stati, invero, asseverati da soggetto incompetente a redigere il verbale, e ciò esplica effetto viziante dell'atto finale di aggiudicazione.

2.2. Nel provvedimento di autotutela - oltre al riferimento all'assenza del segretario verbalizzante nelle sedute di valutazione dei progetti tecnici - è dato rilievo (sulla scorta della documentazione rassegnata dal seggio di gara) a numerose difformità fra i punteggi assegnati ai diversi parametri qualificanti le offerte tecniche, indicati nelle minute redatte dal presidente della commissione, e quelli riportati nell'elaborato consegnato dallo stesso presidente ai componenti il collegio nella seduta di apertura delle buste contenenti l'offerta economica.

La determina di annullamento si sofferma sull'incompletezza e contraddittorietà dei dati raccolti nelle pregresse operazioni concorsuali e mette in risalto il quadro di incertezza in cui viene a porsi l'operato della commissione nelle singole sedute, significando in particolare che *“non è possibile verificare compiutamente tutta l'attribuzione dei punteggi in quanto non tutti i punteggi sono riportati nelle minute per cui . . . si dovrebbe procedere ad una valutazione ex post dei progetti tecnici, rivalutazione*

non possibile alla luce dell'avvenuta apertura delle buste”.

Su tale ultimo aspetto insiste in particolare il comune di Gradisca d'Isonzo, sottolineando in particolare – con ordine argomentativo che, diversamente da quanto eccepito dalla cooperativa Ambra, non costituisce motivazione postuma del provvedimento di autotutela, ma si collega a considerazioni espresse nel provvedimento stesso – l'omessa indicazione di ben sedici punteggi parziali costituenti la griglia di valutazione in cui si articolano i quattro parametri base relativi al merito tecnico dell'offerta.

Osserva il collegio che - in assenza di specifica prescrizione nel codice dei contratti pubblici - la redazione del verbale non si impone con carattere di contestualità rispetto a ciascuna seduta della commissione di gara. Tuttavia, quando ciò non avvenga, occorre che i momenti essenziali in cui si sono articolate le operazioni di gara e, segnatamente, l'espressione in termini numerici dei giudizi di merito di ciascuna offerta, siano annotati con carattere di compiutezza in documenti che, anche se non accompagnati da tutti gli elementi formali in cui si sostanzia il verbale, si presentino idonei a ricostruire *ex post* con adeguato grado di certezza lo svolgimento del procedimento di gara. Ciò è tanto più necessario nei casi in cui le operazioni di gara si siano protratte per un lungo periodo (nel caso in controversia per cinque mesi) ed il decorso del tempo possa influire sull'esatta ricostruzione delle operazioni espletate in ogni singola adunanza della commissione.

Nella specie l'incompletezza delle minute a suo tempo redatte in

ordine ai lavori della commissione giudicatrice, la contraddizione dei contenuti di esse con lo schema riassuntivo dei giudizi valutativi rassegnato a conclusione dei lavori dal presidente della commissione, l'estromissione del segretario dalla verbalizzante delle sedute - malgrado detta funzione fosse stata ad esso assegnata con apposito provvedimento - introducono evidenti anomalie nel procedimento di gare, in evidente contrasto con i principi di correttezza, trasparenza, efficacia, parità di trattamento e garanzia del confronto concorrenziale enunciati dall'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Di quanto precede il Comune di Gradisca d' Isonzo ha correttamente preso atto esercitando il potere di annullamento dell' aggiudicazione definitiva secondo quanto consentito dall'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Si tratta di vizi che, investendo la fase di valutazione tecnica delle offerte, non si presentano suscettibili di sanatoria una volta avvenuta l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica. Essi - con particolare riguardo alla redazione del verbale da soggetto diverso - viciano *intoto* la procedura selettiva e rendono, quindi, recessivo il principio di conservazione dei valori giuridici cui fa richiamo la Cooperativa Ambra risultata aggiudicataria.

Per le considerazioni che precedono l'appello va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di primo grado.

In relazione ai profili della controversia e, stante il concorso di un organo della stessa amministrazione appellante nel non corretto svolgimento della gara, spese ed onorari vanno compensati fra le parti

per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado

Spese compensate per i due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Michele Corradino, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2014

IL SEGRETARIO

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