

Il Consiglio di Stato trasversalmente sui contratti pubblici: dal principio del favor participationis alla immutabilità dei componenti della commissione di gara ed all' idoneità del solo punteggio numerico.

di Silvia Cristina Victoria Hofmann

Data di pubblicazione: 8-3-2013

Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 25 febbraio 2013, n. 1169
Presidente Lignani; Estensore Capuzzi

1. Nelle gare di appalto, in caso di clausole poco chiare, è da preferire l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara (anziché che quella che la ostacoli), essendo esclusa, per la commissione di gara, la possibilità di ricavare implicitamente dei requisiti di partecipazione o delle cause di esclusione non previste nella *lex specialis*.

2. Nel caso in cui il disciplinare di gara si limiti a richiedere, nel triennio di riferimento, il requisito di "almeno" un contratto "con importo contrattuale annuo" non inferiore a un milione di euro, tale disposizione non va interpretata nel senso di prescrivere al concorrente di dimostrare un fatturato minimo per servizi analoghi di un milione di euro per ciascun anno del triennio atteso che la prescrizione difettava di una tale coerenza, ma nel senso di chiedere al candidato di dimostrare la esistenza di un solo contratto di durata annuale eseguito nel triennio con importo non inferiore ad un milione di euro.

3. Nel caso di gara di appalto che si svolga in più sedute, ove si censuri l'omessa e/o inidonea custodia delle buste contenenti la documentazione di gara e delle offerte, è onere del deducendo supportare l'assunto con elementi circostanziati o quantomeno sintomatici, tali da far ritenere verosimile o altamente probabile che la condotta dell'amministrazione possa avere dato luogo a manomissioni; in assenza di deduzioni specifiche, ogni contestazione avanzata in proposito è affetta da assoluta genericità.

4. Non possono ritenersi viziate le operazioni di gara per il fatto che un componente della commissione giudicatrice è stato sostituito, con asserita violazione del principio della unicità e immutabilità dell'organo di giudizio, qualora la sostituzione sia avvenuta per indisponibilità di un componente in un momento in cui la commissione non aveva ancora cominciato le operazioni valutative che invece sono state effettuate dalla commissione sempre nella medesima composizione (nella specie è stato osservato inoltre che il sostituto aveva le medesime qualità e la medesima esperienza del sostituito).

5. Non esiste un principio inderogabile di unicità o immodificabilità delle commissioni giudicatrici delle gare di appalto; invero, tale principio è suscettibile di deroghe ogni volta vi sia un caso di indisponibilità da parte di uno dei componenti della commissione a svolgere le proprie funzioni. Deve pertanto ritenersi che i membri delle commissioni di gara possono

essere sostituiti in relazione ad esigenze di rapidità e continuità della azione amministrativa, configurandosi la sostituzione come un provvedimento di ordinaria amministrazione funzionale al corretto andamento e alla continuità delle operazioni.

6. La censura in ordine all'"omessa verifica d'integrità dei plichi e delle buste ivi contenute" deve essere disattesa ove il verbale espliciti chiaramente l'avvenuta effettuazione delle operazioni, inclusa la verifica della integrità dei plichi; in tal caso, la sinteticità della formula utilizzata nel verbale per descrivere lo svolgimento di tale attività non può determinare l'illegittimità della procedura di gara, non essendo il seggio di gara tenuto a verbalizzare in maniera minuziosa tutte le attività di fatto materialmente svolte.

7. Il principio di concentrazione e continuità delle operazioni di gara è un principio solo tendenziale, che incontra deroghe in presenza di ragioni oggettive quali la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, il numero delle offerte in gara, l'eventuale indisponibilità dei membri della commissione, la correlata necessità di nominare sostituti ecc. idonei a giustificare il ritardo anche in relazione al preminente interesse alla effettuazione di scelte ponderate.

8. Non è annullabile una procedura di gara nel caso in cui l'aggiudicazione definitiva sia intervenuta in un momento in cui era già scaduto il periodo (di 180 giorni) di vincolatività delle offerte ex art. 11, comma 6, del d.lgs. 163/2006 e quello di validità delle cauzioni provvisorie ex art. 75, comma 5, del d.lgs. 163/2006, posto che la ratio della disposizione del bando relativa ad un termine di 180 giorni è quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara piuttosto che quella di limitare nel tempo la validità (o meglio l'efficacia) dell'offerta, non corrispondendo tale limitazione ad un interesse dell'amministrazione; ne consegue che le offerte, una volta scaduto il termine di validità apposto in conformità con le disposizioni di gara, non possono, in assenza di una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte degli interessati, considerarsi private di efficacia. Per gli stessi motivi la circostanza che l'aggiudicazione definitiva sia intervenuta a cauzioni ormai scadute non può considerarsi quale evento incidente sulla legittimità della procedura di gara.

9. Il termine di efficacia delle offerte di cui all'art. 11, comma 6, del d.lgs. 163/2006 non ha natura perentoria, attesa l'assenza di comminatorie, di preclusioni o decadenze a carico dell'Amministrazione per il superamento del termine stesso, mentre la Stazione appaltante conserva il potere di chiedere il differimento della durata dell'impegno; d'altro canto, l'accoglimento della richiesta è rimesso alla volontà dell'offerente e la richiesta non è vincolata al ricorrere di particolari requisiti.

10. Il punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa concreta una sufficiente motivazione quando siano prefissati con chiarezza e adeguato grado di dettaglio i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo; in tal caso, infatti, sussiste la possibilità di ripercorrere il percorso valutativo e, quindi, di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico.

11. L'art. 84, comma 4, del d.lgs. 163/2006, il quale prevede quale causa di incompatibilità

l'aver svolto una "funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta", è, per espressa previsione normativa, riferibile ai soli commissari e non anche al presidente della commissione. Tale causa di incompatibilità, pertanto, non è applicabile nei confronti di un componente che ha rivestito l'incarico di presidente della commissione di gara.

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 6418 del 2012, proposto da:
Tea srl in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Ernesto Sticchi Damiani e Luigi Nilo, con domicilio eletto presso Sticchi Damiani Studio Bdl in Roma, via Bocca di Leone, n.78;

contro

Tecnologie Sanitarie spa in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino, n.2/A;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale di Taranto in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Caricato, con domicilio eletto presso Francesco Caricato in Roma, via Silla, n.91;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA di LECCE SEZIONE II n. 01320/2012
Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tecnologie Sanitarie spa e della Azienda Sanitaria Locale di Taranto;
Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2013 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Sticchi Damiani, Nilo e Vulpetti;

Visto il dispositivo di sentenza n.585 del 2013 del 29 gennaio 2013;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Società Tecnologie Sanitarie s.p.a., mandante dell'associazione temporanea di imprese (d'ora in poi ati) costituenda con la capogruppo mandataria RE.VI. s.r.l., (classificatasi al 2° posto della graduatoria finale), impugnava l'aggiudicazione definitiva disposta con deliberazione del direttore generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto n° 366 del 30 dicembre 2011 in favore della controinteressata TEA s.r.l., (classificatasi al 1° posto della graduatoria finale) nella procedura aperta indetta con bando del 19 febbraio 2010 e basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento quadriennale dell'appalto dei servizi integrati di gestione delle apparecchiature elettromedicali dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto.

Con motivi aggiunti notificati in data 23 maggio 2012, la società ricorrente impugnava, altresì, la deliberazione del direttore generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto n° 1420 del 16 maggio 2012, di conferma della validità dell'aggiudicazione definitiva di cui alla precedente deliberazione n° 366 del 30 dicembre 2011, nonché la relativa nota di comunicazione datata 17 maggio 2012 ed il verbale di seduta pubblica del seggio di gara e della commissione tecnica del 23 aprile 2012 e ogni altro atto ad essi connesso. Chiedeva, inoltre, l'aggiudicazione dell'appalto ed il risarcimento del danno (in forma specifica e/o per equivalente) a carico della ASL.

Si costituivano in giudizio l'ASL di Taranto e la controinteressata TEA s.r.l., depositando memorie difensive di replica alle argomentazioni della ricorrente, concludendo per la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti proposti in corso di causa.

Il Tar riteneva che non fosse fondata la prima censura proposta in via principale dalla società ricorrente con cui si assumeva che la società aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per asserita violazione dell'art. 5.2 punto C.8 del disciplinare di gara, in quanto tale prescrizione non imponeva al concorrente di dimostrare un fatturato minimo per servizi analoghi di un milione di euro per ciascun anno del triennio, ma solo che l'importo contrattuale per servizi analoghi del singolo anno (nell'ambito del predetto triennio) non fosse inferiore ad un milione di euro.

Passando alle altre censure formulate in via subordinata, il Tar esaminava quella incentrata sulla violazione dei principi generali in tema di segretezza e genuinità delle offerte, perché la procedura aperta in questione si era svolta in più sedute successive (per una durata di quasi due anni e, dunque, oltre il termine di 360 giorni prefissato dal punto IV.3.7 del bando) senza che fosse stata fatta adeguata menzione nei verbali dell'adozione di misure idonee a tutelare l'integrità e la conservazione delle buste contenenti le offerte tecniche: ossia senza indicare se i plichi erano stati risigillati o comunque richiusi in modo adeguato così da evitare qualsiasi ipotesi di manomissione.

Riteneva inoltre il Tar la irrilevanza e la illegittimità della verifica postuma effettuata dalla

stazione appaltante in data 23 aprile 2012 che aveva ritenuto l'insussistenza, a quella data, di condizioni di non integrità dei plichi delle offerte tecniche previo irrituale invito alle ditte partecipanti teso ad ottenere conferma della genuinità delle rispettive offerte tecniche esaminate dalla commissione giudicatrice, culminata nella deliberazione del direttore generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto n° 1420 del 16 maggio 2012 di conferma della validità dell'aggiudicazione definitiva di cui alla precedente deliberazione n° 366 del 30 dicembre 2011.

Conclusivamente il Tar riteneva che i vizi di legittimità denunciati dalla società ricorrente comportavano la ripetizione integrale della gara in questione mentre andavano disattese le domande di aggiudicazione dell'appalto e di risarcimento danni pure azionate.

2. Ha interposto appello avverso la sentenza del Tar la società Tea assumendone la erroneità con riferimento al motivo accolto dal Tar.

La società Tecnologie Sanitarie spa ha controdedotto all'appello principale e proposto appello incidentale avverso la sentenza del Tar nella parte in cui il primo giudice ha respinto il primo motivo dedotto in primo grado, inoltre ha reiterato alcuni dei motivi presentati in primo grado e non esaminati dal Tar.

Si è costituita la Asl Taranto chiedendo la riforma della sentenza con riferimento al motivo accolto dal Tar e di rigetto dell'appello incidentale proposto da Tecnologie Sanitarie.

Anche la società Tea ha controdedotto all'appello incidentale proposto da Tecnologie Sanitarie.

Alla pubblica udienza del 29 gennaio 2013 dopo la discussione orale la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

Il difensore della società Tea ha chiesto il deposito del dispositivo di sentenza.

3. Il Collegio ritiene di prendere le mosse dall'esame del primo motivo dell'appello incidentale proposto dalla appellante incidentale Tecnologie Sanitarie relativo al possesso da parte delle imprese concorrenti del c.d. "contratto di punta" con cui si assume che, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, la società aggiudicataria Tea avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per asserita violazione dell'art. 5.2 punto C.8 del disciplinare.

La censura non merita accoglimento.

Il sopradetto punto C.8 del disciplinare di gara, nella prima parte, si limita a richiedere, nell'arco temporale rappresentato dagli esercizi 2007-2009, il requisito di "almeno" un contratto "con importo contrattuale annuo" non inferiore a un milione di euro; pertanto non si afferma che il contratto c.d. di punta doveva avere un importo contrattuale minimo per ciascun anno non inferiore ad un milione di euro e per la durata di tre anni, prevedendosi solo un contratto di punta nel corso di un triennio. La previsione della seconda parte del punto C.8 poi contempla i contratti analoghi di durata pluriennale lasciando quanto meno trapelare una contrapposizione con la prima parte della prescrizione, dunque riferita a contratti annuali; pur quindi con qualche ambiguità vi è una conferma testuale "a contrario" che anche i contratti di durata soltanto annuale erano utilizzabili ai fini del possesso del requisito del contratto di punta.

Va ricordato il pacifico principio giurisprudenziale secondo il quale in caso di clausole di dubbio significato, deve preferirsi l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara piuttosto che quella che la ostacoli (Cons. Stato, VI , 4 marzo 2008 n.874) essendo esclusa, per la commissione di gara, la possibilità di ricavare ab implicito dei requisiti di partecipazione o delle cause di esclusione inespresse nella legge di gara.

Quindi la prescrizione del disciplinare di gara non poteva interpretarsi nel senso di imporre al

concorrente di dimostrare un fatturato minimo per servizi analoghi di un milione di euro per ciascun anno del triennio in quanto la prescrizione mancava di una tale coerenza, ma solo di dimostrare l'importo contrattuale per servizi analoghi nel singolo anno nell'ambito del predetto triennio, quindi di dimostrare la esistenza di un solo contratto di durata annuale eseguito nel triennio con importo non inferiore ad un milione di euro.

Correttamente la stazione appaltante ha ammesso la società Tea al prosieguo della gara ed il Tar ha respinto il motivo sollevato dalla ricorrente Tecnologie Sanitarie.

Sul punto quindi la sentenza merita conferma.

4. Seguendo poi l'ordine di trattazione della sentenza appellata, deve essere esaminato il primo ed unico motivo di appello della società Tea che ha sostenuto la erroneità della sentenza del Tar là dove ha accolto il terzo motivo di ricorso dedotto da Tecnologie Sanitarie e per l'effetto ha disposto la integrale ripetizione della gara.

Il Tar aveva ritenuto sicuramente condivisibile, tra le censure prospettate in via subordinata dalla Società Tecnologie Sanitarie, quella incentrata sulla violazione dei principi generali in tema di segretezza e genuinità delle offerte in quanto la procedura aperta in questione si era svolta in più sedute successive per una durata di quasi due anni senza fosse stata fatta adeguata menzione, nei verbali, dell'adozione di misure idonee a tutelare l'integrità e la conservazione delle buste contenenti le offerte tecniche ossia senza indicare se i plichi fossero stati risigillati o comunque conservati in modo adeguato, ad esempio in una cassaforte, in un armadio o in un locale archivio chiusi a chiave, così da evitare qualsiasi ipotesi di manomissione.

Il Tar dichiarava al riguardo di condividere l'orientamento giurisprudenziale secondo cui la commissione deve predisporre particolari cautele a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte, di cui deve necessariamente farsi menzione nel verbale di gara, e che tale tutela deve essere assicurata in astratto e a prescindere dalle prescritte modalità di presentazione delle offerte tecniche e dalla mancata dimostrazione dell'effettiva manomissione dei plichi contenenti le stesse.

Né, secondo il Tar, valeva la verifica postuma effettuata dalla stazione appaltante in data 23 aprile 2012 (che aveva evidenziato l'insussistenza, a quella data, di condizioni di non integrità dei plichi delle offerte tecniche, previo invito alle ditte partecipanti teso ad ottenere conferma della genuinità delle rispettive offerte tecniche esaminate dalla commissione giudicatrice), culminata nella deliberazione del direttore generale dell'Asl n° 1420 del 16 Maggio 2012 di conferma della validità dell'aggiudicazione definitiva di cui alla precedente deliberazione n° 366 del 30 dicembre 2011.

5. Tali argomentazioni del Tar non meritano conferma ritenendo la Sezione di richiamare, anche nella presente vicenda, l'orientamento giurisprudenziale (Cons. Stato Sez. III, 25 novembre 2011 n.6266; III, 13 maggio 2011 n.2908; V, 7 luglio 2011 n.4055; V, 5 ottobre 2011 n.5456) secondo il quale, ove si lamenti la mancata, idonea custodia delle buste contenenti la documentazione di gara e delle offerte, spetta al deducente suffragare l'assunto con elementi circostanziati o quantomeno sintomatici, tali da far ritenere verosimile o altamente probabile che la condotta dell'amministrazione possa avere dato adito a manomissioni e che in mancanza di deduzioni specifiche ogni censura avanzata in proposito è affetta da assoluta genericità.

Nella fattispecie Tecnologie Sanitarie, né al momento del ricorso in primo grado, né nel corso dell'appello incidentale, ha mai individuato, nemmeno in via di ipotesi, una qualche manomissione degli atti di gara, né ha indicato sospetti verso un qualsiasi elemento della

documentazione a corredo presentata dalla Tea o da altre ditte che potesse essere stato oggetto di alterazione o contraffazione.

Si tenga poi conto che il seggio di gara aveva proceduto in seduta pubblica alla apertura dei plichi sigillati presentati dalle imprese siglando gli stessi e tutta la documentazione ivi contenuta, le buste con le offerte tecniche erano state aperte in seduta pubblica, il loro contenuto veniva verbalizzato, le offerte tecniche venivano rilegate e non fascicolate al fine di impedire la possibilità di sfilare o sostituire singole pagine, tutta la documentazione veniva custodita in una apposita stanza dell'area Gestione del Patrimonio.

Anche a ritenere illegittima e tamquam non esset, per i motivi indicati dal Tar, ed in specie per le sue modalità procedurali, la verifica postuma effettuata dalla stazione appaltante in data 23 aprile 2012, che aveva evidenziato l'insussistenza, a quella data, di condizioni di non integrità dei plichi delle offerte tecniche concludendo per la mera conferma della già disposta aggiudicazione definitiva della gara, resta insuperabile, alla luce della giurisprudenza soprarichiamata, il fatto che non era stata dedotta dalla ricorrente in primo grado alcun fatto rilevante idoneo a fare sospettare della regolarità della procedura di gara che invece, come anche si vedrà nel prosieguo, sotto tale profilo appariva corretta e tale da far ritenere non verosimile la effettuazione di manomissioni o alterazioni delle offerte.

In conclusione la sentenza del Tar sul punto deve essere riformata.

6. Occorre ora esaminare l'appello incidentale proposto da Tecnologie Sanitarie che ha azionato in via subordinata l'interesse strumentale alla ripetizione della gara lamentando con il primo motivo dell'appello incidentale la circostanza che un componente della commissione giudicatrice sarebbe stato sostituito nel corso delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche con asserita violazione del principio della unicità e immutabilità dell'organo di giudizio.

Tale censura non merita accoglimento.

In fatto deve sottolinearsi che la sostituzione è avvenuta per indisponibilità di un componente in un momento in cui la commissione non aveva ancora cominciato le operazioni valutative che invece sono state effettuate dalla commissione sempre nella medesima composizione; si aggiunga che il sostituto aveva le medesime qualità e la medesima esperienza del sostituito trattandosi in entrambi i casi del direttore medico di presidi ospedalieri.

Al riguardo la Sezione richiama l'orientamento seguito più volte da questo Consiglio di Stato secondo il quale non esiste un principio assoluto di unicità o immodificabilità delle commissioni giudicatrici e che tale principio è destinato ad incontrare deroghe ogni volta vi sia un caso di indisponibilità da parte di uno dei componenti della commissione a svolgere le proprie funzioni. Questo Consiglio di Stato ha statuito infatti che i "...membri delle commissioni di gara ..possono essere sostituiti in relazione ad esigenze di rapidità e continuità della azione amministrativa" (Cons. Stato, V, 3 dicembre 2010 n.8400) configurandosi la sostituzione come "...un provvedimento di ordinaria amministrazione necessario a garantire il corretto funzionamento e la continuità delle operazioni "(Cons. Stato, V, 5 novembre 2009 n.6872).

Il motivo pertanto deve essere respinto.

7. Nel secondo motivo dell'appello incidentale la società Tecnologie Sanitarie deduce la "omessa verifica dell'integrità dei plichi e delle buste ivi contenute" ritenendo che la procedura di gara non avesse offerto idonee garanzie in ordine alla integrità prima della loro apertura e durante le operazioni di valutazione.

Tale motivo, che mette in discussione la complessiva regolarità della procedura di gara, può essere messo in relazione al motivo accolto dal Tar e già respinto dalla Sezione al punto sub

5), non merita accoglimento avendo il seggio di gara, come già in parte evidenziato, proceduto alla apertura in seduta pubblica dei plichi sigillati presentati dalle imprese concorrenti dando espressamente atto che "i plichi pervenuti sono regolarmente chiusi e sigillati" (cfr. verbale n.1 del 13 maggio 2010).

Le offerte tecniche sono state aperte in seduta pubblica e siglate dal Presidente e da altri componenti dopodiché tutta la documentazione tecnica così appositamente siglata è stata rilegata e non meramente fascicolata e "custodita in apposita stanza dell'Area Gestione del Patrimonio per essere successivamente trasferita presso gli uffici dell'Area Gestione Tecnica ove la commissione giudicatrice farà i lavori" . Anche le offerte economiche sono state aperte, lette e valutate in seduta pubblica alla presenza dei rappresentanti delle imprese.

Non vi è stato quindi alcun rischio di manomissione dei plichi la cui integrità è stata verificata alla presenza dei rappresentanti delle imprese.

Con riferimento alla "omessa verifica d'integrità dei plichi e delle buste ivi contenute" la giurisprudenza ha rilevato che la censura deve ritenersi infondata ove il verbale espliciti chiaramente l'avvenuta effettuazione delle operazioni ricomprendendovi anche la verifica della integrità dei plichi ma che la sinteticità della formula utilizzata nel verbale per descrivere lo svolgimento di tale attività non può essere ritenuta idonea a viziare la procedura di gara non dovendo il seggio di gara verbalizzare in maniera minuziosa tutte le attività di fatto materialmente svolte (Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010 n.7470).

8. La società Tecnologie Sanitarie lamenta ancora la illegittimità della procedura di gara sotto il profilo della eccessiva durata della stessa deducendo la violazione dei principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara e sostenendo che il protrarsi delle operazioni non avrebbe offerto le necessarie garanzie in ordine alla segretezza delle offerte e alla trasparenza delle valutazioni.

Anche tale censura non merita accoglimento.

La giurisprudenza ha evidenziato che il principio di concentrazione e continuità delle operazioni di gara è un principio solo tendenziale, derogabile in presenza di ragioni oggettive quali la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, il numero delle offerte in gara, l'eventuale indisponibilità dei membri della commissione, la correlata necessità di nominare sostituti ecc. che giustificano il ritardo anche in relazione al preminente interesse alla effettuazione di scelte ponderate (Cons. Stato, V, 25 luglio 2006 n.4657; IV , 5 ottobre 2005 n.5360).

Nel caso in esame la valutazione delle molteplici componenti delle offerte ammesse alle gare giustificava lo svolgimento delle operazioni della commissione nell'arco temporale dal settembre 2010 al giugno 2011 per la valutazione delle offerte tecniche, e dal luglio 2011 al novembre 2011 per la valutazione delle offerte economiche, inclusa la fase di verifica della anomalia della offerta.

La relativa complessità dell'oggetto dell'appalto (gestione delle apparecchiature elettromedicali) e l'elevato grado di dettaglio delle offerte tecniche con una notevole mole di relazioni, schede tecniche e relativi allegati giustificavano il protrarsi dei lavori della commissione.

Sulla presunta "violazione del principio di efficienza dell'azione amministrativa" per essere divenute inadeguate le offerte tecniche delle imprese concorrenti rispetto all'attuale parco apparecchiature della Asl, di talché le offerte venivano riferite ad apparecchiature con specifiche tecniche non più utilizzabili dalla stazione appaltante, la censura è inammissibile in quanto genericamente prospettata e sfornita di ogni supporto probatorio.

9. L'appellante incidentale sostiene ancora che la procedura di gara andava annullata in quanto l'aggiudicazione definitiva sarebbe intervenuta in un momento in cui erano già scaduti il periodo di vincolatività delle offerte ex art. 11 co.6 del d.lgs. 163/2006 e quello di validità delle cauzioni provvisorie ex art. 75 co.5 del d.lgs. 163/2006.

Sul punto si richiamano i precedenti specifici di questo Consiglio di Stato che in fattispecie simile ha osservato che la ratio della disposizione del bando relativa ad un termine di 180 giorni è evidentemente quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara e non quella di limitare nel tempo la validità (o meglio l'efficacia) dell'offerta, non corrispondendo certamente tale limitazione ad un interesse dell'amministrazione.

Con l'effetto che le offerte in contestazione, una volta scaduto il termine di validità opposto in ossequio alle disposizioni degli atti di gara non possono, in assenza di una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte degli interessati, considerarsi private di efficacia (cfr. Cons. Stato, V, n.9 del 7 gennaio 2009; VI, 24 novembre 2010 n.8224).

Si aggiunga che la non perentorietà del termine di cui all'art. 11, co. 6, sopradetto risulta evidente dall'assenza di comminatorie di preclusioni o decadenze a carico dell'amministrazione per il superamento del termine mentre permane in capo alla stazione appaltante la potestà di chiedere il differimento della durata dell'impegno; d'altro canto l'accoglimento della richiesta è rimesso alla volontà dell'offerente e la richiesta non è vincolata al ricorrere di particolari requisiti (Cons. Stato, VI, 24 novembre 2010 n.8224 cit.).

Per gli stessi motivi la circostanza che l'aggiudicazione definitiva sia intervenuta a cauzioni ormai scadute non può considerarsi quale evento incidente sulla legittimità della procedura di gara.

10. Nel quinto motivo di appello incidentale la società lamenta la non sufficienza e genericità sotto il profilo motivazionale dei giudizi numerici assegnati alle offerte tecniche dalla commissione giudicatrice.

La censura è innanzitutto inammissibile per genericità atteso che la società ha omesso di evidenziare anche un solo presunto vizio di illogicità o irragionevolezza o disparità di trattamento dei giudizi attribuiti dalla commissione di gara essendo onere del ricorrente esplicitare le asserite ragioni in base alle quali i punteggi attribuiti alle offerte sarebbero illegittimi alla luce dei criteri dettagliatamente stabiliti dalla lex specialis (cfr. Cons. Stato, V, 28 novembre 2008 n.5915).

Anche nel merito la censura non potrebbe trovare favorevole esame.

Come questo Consiglio di Stato ha frequentemente osservato, il punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione quando siano prefissati con chiarezza e adeguato grado di dettaglio i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo; in questo caso, infatti, sussiste comunque la possibilità di ripercorrere il percorso valutativo e quindi di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico (cfr., Sez. V, 17 gennaio 2011 n.222; Sez. V, 16 giugno 2010 n. 3806; 11 maggio 2007 n. 2355; 9 aprile 2010 n. 1999).

Non è dubbio che, nella specie si verte in tale ipotesi, stante la puntualità dei criteri di valutazione previsti dal disciplinare di gara al par. 6.2, punto A), il quale prevedeva una dettagliata griglia recante l'analitica individuazione di ciascun criterio e sub criterio di attribuzione del punteggio per un totale di 18 criteri e sub criteri di valutazione; in relazione a ciascun criterio e sub criterio poi la medesima griglia prevedeva anche singoli pesi e sub pesi i quali erano stati prefissati a seconda delle caratteristiche tecniche e dei possibili contenuti delle offerte.

Con l'effetto che venivano ridotti al minimo i profili di discrezionalità della commissione giudicatrice.

11. Con l'ultimo motivo di appello incidentale la Tecnologie Sanitarie lamenta la illegittimità della nomina del dottor Quadrato quale presidente del seggio di gara per la verifica della documentazione amministrativa e delle offerte economiche; il suddetto sarebbe incompatibile a rivestire il ruolo di componente del suddetto seggio per avere svolto in qualità di responsabile unico del procedimento, attività istruttoria rispetto alla redazione degli atti di gara.

Si deduce il contrasto della nomina con l'art. 84, co. 4 del d.lgs. 163/2006 per causa di incompatibilità rappresentata dall'aver svolto una "funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

Anche tale censura è priva di consistenza atteso che il co. 4 soprarichiamato stabilisce che solo i commissari diversi dal presidente non devono avere svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. Poiché il dottor Quadrato ha rivestito l'incarico di presidente della commissione, la causa di incompatibilità non è applicabile nei suoi confronti .

A ciò si aggiunga in ogni caso che il seggio di cui era presidente il dottor Quadrato non ha valutato le offerte tecniche in quanto tale attività è stata riservata ad apposita commissione mentre la attività della seggio di cui era presidente è consistita nella verifica della documentazione amministrativa e nella valutazione delle offerte economiche sulla base di una formula matematica prevista dal disciplinare, senza alcuna possibilità di incidere sulla individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

12. In conclusione in riforma della sentenza appellata, l'appello principale della società Tea s.r.l. deve essere accolto, deve essere respinto l'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a , respinto il ricorso di primo grado.

13. Spese ed onorari del giudizio, in relazione all'andamento ed alla peculiarità delle questioni esaminate, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in riforma della sentenza appellata, accoglie l'appello principale della società Tea s.r.l., respinge l'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a , respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 25/02/2013

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

La sentenza del Consiglio di Stato offre un'ampia panoramica sulle questioni più diverse in tema di procedure ad evidenza pubblica, i cui argomenti principali possono essere così sintetizzati:

- (i) in primo luogo, rilevanza del principio del *favor participationis* nell'esegesi delle clausole del bando di gara, con particolare riguardo al c.d. contratto di punta;
- (ii) in secondo luogo, condizioni di ammissibilità, in sede giudiziale, delle censure aventi ad oggetto la violazione dei principi generali in tema di segretezza e genuinità delle offerte di gara e dei connessi obblighi di verbalizzazione in capo alla commissione giudicatrice;
- (iii) in terzo luogo, derogabilità del principio di unicità e immutabilità dell'organo di giudizio (*i.e.* commissione di gara) nonché applicabilità al presidente del seggio di gara delle cause di incompatibilità di cui all'art. 84, comma 4, del Codice Appalti;
- (iv) in quarto luogo, congruità della durata delle procedura di gara in relazione ai principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara;
- (v) in quinto luogo, valenza del termine di durata indicato dalla stazione appaltante per la vincolatività delle offerte e delle cauzioni;
- (vi) da ultimo, doveri motivazionali della commissione di gara nell'assegnazione dei giudizi numerici.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

In ordine alla prima questione, il Consiglio di Stato richiama il consolidato principio ermeneutico del *favor participationis* (in forza del quale, tra più interpretazioni del bando di gara, è da preferire quella che conduce alla partecipazione del maggior numero di possibili aspiranti) per risolvere una questione interpretativa sorta in relazione alla dimostrazione del possesso del requisito del c.d. "contratto di punta", nel triennio di riferimento. Il disciplinare di gara si era limitato a richiedere, per l'arco temporale 2007-2009, la dimostrazione di "*almeno*" un contratto "*con importo annuo*" non inferiore a un milione di euro, senza chiarire se tale requisito fosse richiesto per ciascun anno del triennio (come preteso dal deducente in sede di appello). In applicazione del predetto principio (utilizzabile, peraltro, esclusivamente in presenza di clausole di gara di dubbio significato), il Consiglio di Stato, confermando la sentenza di primo grado sul punto, conclude che "*la prescrizione del disciplinare di gara non*

poteva interpretarsi nel senso di imporre al concorrente di dimostrare un fatturato minimo per servizi analoghi di un milione di euro per ciascun anno del triennio", essendo esclusa, per la commissione di gara, la possibilità di integrare *ab implicito* il bando di requisiti di partecipazione o di cause di esclusione ivi non espressamente previsti.

In ordine alla seconda questione ed in riforma della sentenza di primo grado che aveva ordinato la ripetizione della procedura di gara, il Consiglio di Stato, aderendo ad un diverso orientamento giurisprudenziale, ritiene inammissibili le censure volte a contestare genericamente e in via meramente astratta la violazione dei principi di generalità in tema di segretezza e genuinità delle offerte di gara. E', infatti, onere del deducente fornire specifica prova degli elementi sintomatici tali da sostanziare una (quanto meno verosimile) ipotesi di manomissione dei plichi contenenti le offerte, non essendo, al contrario, sufficiente lamentare semplicemente l'omessa menzione, nei verbali di gara, dell'adozione nel corso dello svolgimento delle operazioni di gara di misure idonee a tutelare l'integrità e la conservazione delle buste contenenti le offerte tecniche, pena l'inammissibilità delle censure per genericità.

Anche in ordine alla presunta omessa verifica dell'integrità dei plichi e delle buste ivi contenute, rileva il Consiglio di Stato che deve ritenersi sufficiente la sintetica menzione nel verbale di gara dello svolgimento delle attività di verifica (nella specie è stato verbalizzato che *"i plichi pervenuti sono regolarmente chiusi e sigillati"*) al fine della correttezza e regolarità delle operazioni di gara *"non dovendo il seggio di gara verbalizzare in maniera minuziosa tutte le attività di fatto materialmente svolte"*.

Quanto al terzo argomento, circa le deroghe al principio dell'unicità e immutabilità dell'organo di giudizio, il Consiglio di Stato giudica legittima la sostituzione di un componente della commissione giudicatrice prima dell'inizio delle operazioni valutative (queste ultime, peraltro, portate a termine dalla commissione sempre nella medesima composizione). In particolare, la sostituzione di un componente indisponibile a svolgere le attività di gara è considerato alla stregua di un atto di ordinaria amministrazione e si giustifica in ragione delle esigenze di rapidità, continuità e corretto funzionamento dell'azione amministrativa.

In secondo luogo, e quanto alla causa di incompatibilità rappresentata dall'aver svolto una *"funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta"* di cui all'art. 84, comma 4, del Codice Appalti, il Consiglio di Stato rileva correttamente che la norma si applica esclusivamente ai commissari diversi dal presidente della commissione. La circostanza che quest'ultimo abbia, per ipotesi, svolto in precedenza attività in relazione all'appalto in affidamento non osta, quindi, alla sua nomina a presidente del seggio.

In ordine alla quarta questione, inerente la lunga durata della procedura (quasi due anni), nella sentenza si chiarisce che il principio di concentrazione e continuità delle operazioni di gara ha valore non assoluto, ma tendenziale, suscettibile di deroghe laddove esistano circostanze oggettive che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e *par condicio*, una adeguata attività di valutazione in relazione alla complessità dell'oggetto di gara e ai requisiti richiesti (quali la complessità dell'oggetto dell'appalto, l'elevato grado di dettaglio delle offerte tecniche, etc.). Risulta, infatti, preminente rispetto alla durata delle operazioni di

gara, l'“interesse alla effettuazione di scelte ponderate”.

Con riferimento alla quinta questione, il Consiglio di Stato, richiamando i propri precedenti, ribadisce la natura non perentoria del termine di cui all'art. 11, comma 6, del Codice Appalti per la vincolatività delle offerte. La previsione di un termine corrisponde allo scopo di assicurare l'efficacia dell'offerta per tutto il periodo di (presumibile) durata della gara, la cui validità non viene meno per la scadenza del termine indicato bensì solo in presenza di un'univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte dei candidati. Quanto precede si pone, peraltro, in linea con l'art. 11, comma 6, del Codice Appalti che non reca alcuna comminatoria di preclusioni o decadenze a carico dell'amministrazione per l'ipotesi di superamento del termine indicato nel bando, restando salva la potestà dell'amministrazione di chiedere il differimento della durata dell'impegno (che potrà essere accettato o meno dal candidato). Medesimo discorso vale in caso di aggiudicazione definitiva oltre il termine di scadenza delle cauzioni provvisorie (inidoneo ad inficiare la legittimità della procedura).

In ordine all'ultima questione, premesso che i giudizi della commissione giudicatrice sono impugnabili esclusivamente per vizi di illogicità, irragionevolezza o disparità di trattamento in relazione ai criteri dettagliatamente stabiliti dalla *lex specialis*, il Consiglio di Stato ribadisce l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il solo punteggio numerico assegnato agli elementi di valutazione dell'offerta è idoneo a configurare motivazione sufficiente quando i prefissati criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo, siano (come nel caso in esame) adeguatamente dettagliati, atteso che in tal caso sussiste la possibilità di ripercorrere il percorso valutativo e quindi di controllare la logicità e congruità del giudizio tecnico.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in esame tocca in maniera trasversale un ampio ventaglio di tematiche in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici. Tra le più interessanti, segnaliamo l'*excursus* sulle condizioni di ammissibilità delle censure aventi ad oggetto la violazione dei principi generali in tema di segretezza e genuinità delle offerte, sulle deroghe al principio di unicità e immutabilità dell'organo di giudizio nonché sulla valenza del termine di durata per la vincolatività delle offerte e delle cauzioni.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

Si segnalano:

- A. Tabarrini - L. Tabarrini, *Le commissioni giudicatrici nell'appalto dei lavori pubblici*, in *Comuni d'Italia*, 1996, 1204;
- P. De Nictolis - R. De Nictolis, *Il criterio del prezzo più basso e il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da Sandulli - De Nictolis -

Garofoli, *vol. III, Le procedure di affidamento e l'aggiudicazione*, Milano, 2008;

- R. Garofoli - G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici e Nuovo Regolamento SOA*, Nel Diritto Editore, 2012;

- R. De Nictolis, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, EPC Editore, 2012.