

L'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, sottoposto alla "prova di resistenza", ne esce sconfitto.

di Anna Carella

Data di pubblicazione: 13-11-2012

Consiglio di Stato – Sezione Quinta – sentenza 15 ottobre 2012, n. 5276
Presidente Trovato; Estensore Buricelli

In tema di procedure in senso lato selettive, e quindi anche di procedure di appalto, non si può prescindere dalla verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva le cui operazioni sono prospettate come illegittime, nel senso che è inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso contro un provvedimento qualora, dall'esperimento della c. d. prova di resistenza, in esito a una verifica a priori, risulti con certezza che il ricorrente non avrebbe comunque ottenuto il bene della vita perseguito nel caso di accoglimento del ricorso. Occorre avere riguardo, cioè, alla possibilità concreta di vedere soddisfatta la pretesa sostanziale fatta valere.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6530 del 2011, proposto da La Memoria Storica soc. coop. in proprio e quale mandataria rti; Rti - Tesauro snc, Rti - Comes soc. coop. , Rti - Pierreci Codess soc. coop., rappresentati e difesi dall'avv. Antonello Rossi, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

contro

Regione Sardegna -Assessorato Regionale Pubblica Istruzione Sardegna, in persona del legale rappresentante "pro tempore", rappresentati e difesi dall'avv. Alessandra Camba, con domicilio eletto presso l'Ufficio di Rappresentanza della Regione Sardegna in Roma, via Lucullo, 24;

nei confronti di

Copat -Societa' Cooperativa, rappresentata e difesa dall'avv. Carlo Merani, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA -CAGLIARI -SEZIONE I, n. 630/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA E DEFINITIVA DI SERVIZI CATALOGRAFICI, con la quale è stato respinto il ricorso proposto contro :

-le determinazioni n. 18398/1748 del 4.10.2010 e n. 21346/2143 del 17.11.2010 con le quali il Direttore del Servizio Beni Librari dell'Assessorato regionale alla Pubblica Istruzione ha

aggiudicato, prima provvisoriamente e poi definitivamente, alla CO.PA.T. soc. coop. (di seguito, COPAT) i servizi catalografici per il Sistema regionale SBN-Polo CAG. , con un ribasso del 22,67% sull'importo a base d'asta di € 750.000, per un anno;

-tutti i verbali di gara e in particolare avverso la "sub-articolazione" dei criteri di valutazione fissati dalla Commissione nella seduta del 7.9.2010, dopo l'apertura delle buste effettuata il 26.7.2010, quale specificazione dei criteri di valutazione delle offerte già previsti e individuati nella tabella contenuta al punto 11 del disciplinare di gara;

-le note prot. 21666/XVIII e prot. 21539 con le quali la Stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente l'esito e l'aggiudicazione definitiva del servizio;

- ove occorra, in via subordinata, il bando di gara, il capitolato, il disciplinare di gara e tutti i documenti agli stessi allegati, ove dovessero essere interpretati secondo la lettura data, con riferimento ai criteri di valutazione, dalla Commissione di gara nella seduta del 7 settembre 2010;

e per la dichiarazione di inefficacia del contratto d'appalto che potrebbe essere stato stipulato tra Regione e COPAT;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Sardegna e dell'appellata Copat;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 4 maggio 2012 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Antonello Rossi, Alessandra Camba e Mario Sanino in dichiarata sostituzione dell'avvocato Carlo Merani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.-Con determinazione direttoriale del 22.12.2009 la Regione Autonoma della Sardegna ha indetto una procedura aperta per l'affidamento di "servizi catalografici per il Sistema regionale SBN – Polo CAG.", consistente nella catalogazione informatizzata di 150.000 record, di cui massimo 2.000 della categoria libro antico e una percentuale non superiore al 2% da realizzare in affiancamento al personale delle biblioteche, secondo le modalità specificate nel capitolato, in base al criterio di aggiudicazione della offerta economicamente più vantaggiosa, con un importo a base d'asta fissato in € 750.000, per 12 mesi.

Il bando di gara (punto 7.1, pag. 6) e il disciplinare (punto 11, pagine 25 e 26) prevedevano la individuazione della offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 18, comma 1, lett. c) della l. reg. n. 5 del 2007, sulla base dei seguenti parametri: offerta tecnica/progetto, alla cui voce erano attribuiti 70 punti sui 100 a disposizione, e offerta economica, alla quale erano riservati 30 punti.

L'offerta tecnica era suddivisa in due distinti sub-elementi.

Il primo era costituito dalle SPECIFICHE DEI SERVIZI E DESCRIZIONE DELLE MODALITÀ E DELLE METODOLOGIE OPERATIVE DI ESECUZIONE DEI SERVIZI, per il quale era prevista l'attribuzione di massimo 45 punti. Il secondo, riguardava la COMPOSIZIONE DEL TEAM PROPOSTO: ESPERIENZE E QUALIFICHE PROFESSIONALI DEI CATALOGATORI E DEL RESPONSABILE SCIENTIFICO, ULTERIORI RISPETTO AI REQUISITI MINIMI PREVISTI DAL PUNTO 6.3.1 DEL DISCIPLINARE, con la prevista attribuzione di 25 punti come massimo.

Per il primo elemento di valutazione era stata stabilita inoltre una suddivisione nelle seguenti tre sub-voci:

- "qualità delle soluzioni organizzative tecnologiche" (fino a 20 punti);
- "capacità di mettere a disposizione mezzi tecnologici ed altre risorse strumentali idonei ad ottimizzare i metodi di lavoro" (massimo 20 punti);
"tecniche di controllo e monitoraggio qualitativo e quantitativo delle prestazioni" (massimo 5 punti).

La seconda voce (COMPOSIZIONE DEL TEAM) era stata suddivisa nelle seguenti sub-voci:

- "ulteriore esperienza di catalogazione rispetto a quella minima richiesta" (fino a 15 punti);
- "qualifiche professionali e titoli di studio superiori al minimo richiesto" (fino a 5 punti);
- "eterogeneità e diversificazione delle esperienze di catalogazione -per i catalogatori- o di coordinamento -per il responsabile scientifico- (fino a 5 punti).

Nella seduta pubblica del 26.7.2010 la Commissione di gara ha aperto le buste "B" contenenti le offerte tecniche dei due soli concorrenti rimasti (La Memoria Storica e COPAT), allo scopo di eseguire il controllo formale della regolarità e completezza dei documenti inseriti nelle buste.

Nella seduta riservata del 7.9.2010 la Commissione, prima di esaminare il contenuto delle offerte tecniche, per garantire la migliore valutazione delle proposte tecniche presentate dai concorrenti ha stabilito una ulteriore sub-articolazione dei valori previsti dal disciplinare.

In particolare, per quanto riguarda il primo criterio ("specifiche dei servizi e descrizione delle modalità e delle metodologie operative di esecuzione" degli stessi –max 45 punti), per i tre sub-parametri previsti dal disciplinare è stata predisposta una griglia di valutazione che prevedeva di assegnare, per le sub-voci con punteggio massimo di 20 punti, fino a 8 punti per le soluzioni base, fino a 14 per quelle buone e fino a 20 per quelle ottime mentre, per la sub-voce con punteggio massimo di 5 punti, è stato previsto 1 punto per le soluzioni base, fino a 3 per quelle buone e fino a 5 per quelle ottime.

Quanto al secondo elemento della offerta tecnica (composizione del "team" –max 25 punti) la Commissione ha deciso di assegnare, per ciascuno dei tre sub-parametri, indicati dal disciplinare, specifici sub-punteggi, attribuendo un punteggio predeterminato, rapportato a mese o ad anno (per il primo sub-elemento, "esperienze ulteriori", fino a 15 punti), correlato alla tipologia di laurea/master/aggiornamento (per il secondo sub-parametro, "titoli superiori", fino a 5 punti), e alle esperienze "eterogenee" maturate sia dai catalogatori sia dal responsabile scientifico (per la terza sub-voce, "eterogeneità di esperienze di catalogazione/coordinamento", fino a 5 punti).

Più in particolare, la Commissione, mantenendosi nell'alveo del sub-parametro prestabilito dei 15 punti, ha ritenuto di valutare, per l'"ulteriore esperienza", in punti 0,01 per mese o frazione di mese superiore a 15 giorni le esperienze "ulteriori" rispetto al minimo richiesto; con riferimento al secondo sub –elemento (titoli di studio superiori al minimo richiesto, entro i 5 punti già fissati dal disciplinare) ha definito per qualifiche professionali attinenti o affini e per titoli di studio superiori i singoli punteggi da attribuire rapportandoli alla rilevanza del titolo posseduto (più esattamente, punti 0,3 per qualifiche professionali attinenti o affini alle qualifiche in materia di biblioteconomia; per laurea specifica, punti 0,15 per anno; per laurea generica, punti 0,10 per anno; 0,1 per master e dottorati affini, 0,05 per quelli generici; 0,01 per corso, fino a un massimo di punti 0,1, per attività di aggiornamento); e con riferimento al terzo sub-elemento (i 5 punti previsti per l'eterogeneità di esperienze di catalogazione e di coordinamento) la Commissione ha quantificato le esperienze diversificate maturate sia dai catalogatore (punti 0,1 e 0,05), sia dal responsabile scientifico (fino a punti 0,5).

All'esito dell'esame delle due offerte tecniche, il COPAT, odierna appellata, ha ottenuto un punteggio totale di 51,54, di cui 39 punti (su 45) per le "specifiche dei servizi" e 12,54 (su 25)

per la "composizione del team proposto".

La Memoria Storica ha invece ottenuto 37,43 punti, di cui 22 per le "specifiche dei servizi" e 15,43 per la "composizione del team proposto".

Sotto il profilo economico il ribasso dell'aggiudicataria COPAT è stato del 22,67% (con l'assegnazione di 30 punti), mentre il ribasso della ricorrente Memoria Storica è stato del 2,50% (23,79 punti).

La gara è stata quindi aggiudicata, dapprima in via provvisoria, poi in via definitiva, con la d. d. n. 21346 del 17.11.2010, alla COPAT, che ha conseguito complessivi punti 81,54, rispetto ai 61,22 punti ottenuti dalla Memoria Storica.

2.-Con ricorso notificato il 29.11.2010 e depositato in segreteria il 6.12.2010 La Memoria Storica ha chiesto al TAR Sardegna l'annullamento dei provvedimenti in epigrafe specificati e la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra Regione e COPAT deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici e dell'art. 18 della l. reg. n. 5 del 2007, violazione e falsa applicazione della "lex specialis" di gara, illegittima integrazione postuma dei criteri di aggiudicazione e di valutazione delle offerte, violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, buona fede e affidamento, violazione del principio della "par condicio", difetto di motivazione, illogicità, irragionevolezza e contraddittorietà, ingiustizia manifesta; e richiedendo la rinnovazione della procedura di gara.

Con la sentenza in epigrafe il TAR Sardegna, premesso che il servizio in oggetto rientra nell'Allegato II B –categoria 26 (servizi culturali) del codice dei contratti pubblici e come tale è disciplinato dall'art. 20 del codice medesimo, sui contratti esclusi, con conseguente inapplicabilità dell'art. 83, comma 4, cod. cit. , mentre trova applicazione il combinato disposto di cui agli articoli 27, comma 2, e 2, comma 3, del codice stesso, con particolare riguardo all'osservanza dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della l. n. 241 del 1990, ha rilevato che la Commissione, nella seduta del 7.9.2010:

-per quanto riguarda l'elemento di valutazione delle specifiche dei servizi, non ha fatto altro che graduare il proprio giudizio in relazione alle soluzioni proposte, rapportandolo al triplice criterio di valutazione sopra descritto e facendo corrispondere a ciascuna delle soluzioni punteggi individuati in 8-14-20 (per la prima e la seconda sub-voce), e in 1-3-5 (per la terza sub-voce, fino a 5 punti), a seconda della qualità della soluzione, definendo così "criteri assolutamente ininfluenti rispetto ai dati (già) preventivamente determinati dalla "lex specialis" ... definire "sufficiente/buono/ottimo" il servizio proposto non attribuisce alcun "nuovo criterio sostanziale" al giudizio da esprimersi, rapportato all'analisi delle scelte" che saranno fatte sul progetto proposto dai diversi concorrenti. La Commissione –ha aggiunto il TAR- ha solo omogeneizzato parametri di giudizio, già correlati alla logica che si antepone all'espressione del giudizio valutativo, individuando un rapporto diretto tra punteggio e giudizio, coerente con la logica base della premialità;

-con riguardo al secondo elemento di valutazione individuato dalla "lex specialis" –composizione del team, a giudizio del TAR a) vengono in rilievo –rimanendo nell'alveo del criterio prestabilito dei 25 punti (15+5+5) – non criteri nuovi, ma semplici sub-articolazioni dei punteggi, mere definizioni delle "esperienze ulteriori", delle "qualifiche professionali e dei titoli di studio superiori" e della "diversificazione delle esperienze di catalogazione o di coordinamento", mediante l'attribuzione di sub –punteggi predeterminati, rapportati a mese o ad anno (per il primo sub-criterio, "esperienze ulteriori", 15 punti), a tipologia di laurea/master/aggiornamento (per il secondo sub-criterio, "titoli superiori", 5 punti), e alle esperienze "eterogenee" maturate sia dal catalogatore sia dal responsabile scientifico (per il

terzo sub criterio, “ eterogeneità esperienze di catalogazione/coordinamento”, 5 punti), una griglia di specificazione di frazioni di punteggio introdotta in applicazione diretta del citato art. 11 del disciplinare di gara, con una correlazione diretta con le sub-voci già individuate; b) assume rilevanza decisiva la carenza di un interesse tutelato della ricorrente a vedere annullata la procedura in quanto la scelta compiuta dalla Commissione nell’ambito della seconda voce –composizione del team proposto, non ha concretamente potuto incidere in modo negativo sulla posizione della partecipante. Anche infatti a voler ipotizzare una diversa modalità di distribuzione del punteggi per quanto riguarda la voce “composizione del team”, alla quale erano riservati al massimo 25 punti, applicando i punteggi previsti dal disciplinare senza le specificazioni ulteriori apportate dalla Commissione il 7.9.2010 la ricorrente, alla stregua della prova di resistenza, non sarebbe riuscita a collocarsi al primo posto nella graduatoria finale. L’eventuale violazione procedimentale, consistente nella quantificazione delle frazioni di punteggio effettuata “a buste aperte” non ha potuto determinare, in concreto –si precisa in sentenza, a pag. 18- una lesione effettiva della posizione della ricorrente. In mancanza di un “indice di lesività” specifico e concreto non può ammettersi un annullamento della procedura a fini strumentali di rinnovazione della gara.

3.-Con il presente ricorso in appello La Memoria Storica ha chiesto la riforma della sentenza, deducendone la erroneità e riproponendo le censure mosse in primo grado.

In particolare, la Commissione di gara avrebbe illegittimamente introdotto nuovi criteri di valutazione delle offerte tecniche in un momento successivo all’apertura e al controllo del contenuto delle buste contenenti le offerte tecniche dei concorrenti. L’aver introdotto nuovi criteri di valutazione delle offerte tecniche dopo l’apertura delle buste e dopo un controllo, sia pure solo formale, del contenuto delle buste stesse sarebbe sufficiente, di per sé, a inficiare l’intera procedura di gara, determinandone l’annullamento e la conseguenziale rinnovazione alla luce di un interesse strumentale, alla riedizione della gara, meritevole di tutela di per sé, e a prescindere dall’accertamento in concreto dell’interesse leso e dal positivo superamento della prova di resistenza. Il TAR avrebbe poi errato nell’escludere l’applicabilità, al caso in esame, dell’art. 83 del codice dei contratti pubblici, considerando il servizio “de quo” tra quelli esclusi dall’Allegato II B al codice stesso, e nel valorizzare il combinato disposto di cui agli articoli 2 e 27 del codice, con conseguente applicabilità del (solo) art. 3 della l. n. 241/90 sull’obbligo di motivazione. Ad avviso dell’appellante nelle procedure a evidenza pubblica in materia di appalti, tra le disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla l. n. 241/90 da rispettare vi è anche il principio di derivazione comunitaria secondo cui alla Commissione di gara è attribuito il potere di integrare e di specificare i criteri di aggiudicazione, individuando eventualmente sub-voci e sub-punteggi, a condizione che la Commissione di gara 1) non vada a modificare i criteri di aggiudicazione dell’appalto definiti nella “lex specialis”; 2) la integrazione o specificazione non sia stata adottata tenendo conto di elementi che possono avere un effetto di discriminazione nei confronti di uno dei concorrenti; 3) soprattutto, non contenga elementi che, se conosciuti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare la detta preparazione. Nella specie, se le imprese concorrenti avessero conosciuto i criteri di valutazione avrebbero potuto presentare una offerta migliore o diversa, soprattutto con riferimento alla composizione del team. In ogni caso, l’obbligo di predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte non soffre deroga nei settori esclusi (conf. articoli 2 e 27 del codice contratti pubblici). Qualora il TAR, nel negare una concreta incidenza lesiva, sulla posizione della ricorrente, derivante dalla decisione assunta dalla Commissione il 7.9.2010, abbia inteso applicare il principio della illegittimità non invalidante di

cui all'art. 21 –octies, comma 2, della l. n. 241/90, va contestata l'applicabilità del suddetto principio ai casi, come quello in esame, in cui viene in rilievo una attività amministrativa discrezionale. A fronte di vizi della procedura idonei in via autonoma a caducare l'intera gara è irrilevante la verifica della prova di resistenza in capo alla ricorrente.

Regione e COPAT -che hanno stipulato il contratto in data 13.9.2011- hanno controdedotto concludendo per la conferma della sentenza appellata.

4.-L'appello è infondato. La sentenza del TAR va confermata.

Va premesso che la sentenza è corretta là dove fa rientrare il servizio in oggetto tra i contratti esclusi dal campo di applicazione del codice dei contratti pubblici (v. allegato II B –cat. 26, e art. 20 del d. lgs. n. 163 del 2006; cfr. Cons. St. , VI, n. 8932 del 2010), ferma restando però l'osservanza, nei contratti pubblici aventi a oggetto servizi esclusi dalla applicazione del codice suddetto, dei fondamentali principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza (cfr. art. 27 del d. lgs. n. 163/06).

Va premesso inoltre che, per quanto riguarda la “graduazione” del giudizio espresso dalla Commissione, in relazione alle soluzioni proposte (soluzioni base/buone/ottime, 8-14-20 o 1-3-5 punti, v. “amplius” p. 1.), con riferimento al primo criterio, concernente le specifiche dei servizi, la Commissione -come ha puntualmente osservato il TAR- non ha fatto altro che esporre “ex ante” le ragioni sottese alla attribuzione concreta dei punteggi, predeterminando l' iter motivazionale da seguire alla luce dei criteri prestabiliti dalla “lex specialis”, senza introdurre sub –parametri di valutazione nuovi e ulteriori rispetto a quelli stabiliti nel bando e nel disciplinare. In modo condivisibile il TAR, dopo avere riprodotto (v. pag. 13 sent.) la “tabella/griglia di specificazione preventiva delle giustificazioni/motivazioni di attribuzione dei punti a disposizione”, ha osservato come il precisare soglie di punteggio differenziate in relazione alla qualità delle soluzioni proposte, individuando un rapporto diretto, tra punteggio e giudizio, coerente con una logica premiale, sia ininfluente rispetto ai criteri determinati in via preventiva dalla “lex specialis” di gara; definire sufficiente/buono/ottimo il servizio proposto non si traduce nella attribuzione di alcun “nuovo criterio sostanziale”.

Con riferimento al primo criterio non viene dunque in rilievo alcuna indebita specificazione o introduzione di un sub-criterio innovativo rispetto ai criteri stabiliti dalla “lex specialis”.

Circa il secondo criterio, relativo alla composizione del team proposto, non appare risolutivo, ai fini della decisione, stabilire se, effettivamente, come sostiene l'appellante, la Commissione di gara, nella seduta del 7.9.2010, abbia introdotto sub –parametri di valutazione innovativi e ulteriori rispetto a quelli stabiliti dalla “lex specialis” (sulla illegittimità della introduzione di nuovi e ulteriori sotto –criteri di valutazione delle offerte in un momento successivo alla apertura e al controllo del contenuto delle buste con le offerte tecniche dei concorrenti v. , di recente, Cons. St. , sez. V, nn. 8623 e 810 del 2010), o se, come sostengono le parti appellate e come ha affermato il TAR (v. pagine 13 e 17 sent.) la Commissione si sia limitata, in stretta e coerente applicazione/ esecuzione della “lex specialis”, a definire in dettaglio le tre sub –voci della “ulteriore esperienza di catalogazione”, delle “qualifiche professionali e titoli di studio superiori” e della “eterogeneità delle esperienze di catalogazione/ coordinamento”, sub-voci già predefinite nel disciplinare, limitandosi a creare una “griglia di riferimento” quale “guida operativa” per i commissari.

Appare infatti condivisibile –e resistente alle censure dell'appellante- , risultando in via prioritaria determinante per confermare la sentenza impugnata, la statuizione del TAR (su cui v. sopra, p. 2. , lett. b) sulla carenza di un interesse tutelato della ricorrente a vedere annullata la procedura in quanto la scelta compiuta dalla Commissione nell'ambito della seconda voce

–composizione del team proposto non ha concretamente potuto incidere in modo negativo sulla posizione della partecipante. Anche infatti a voler ipotizzare una diversa modalità di distribuzione del punteggi per quanto riguarda la voce “composizione del team”, alla quale erano riservati al massimo 25 punti, applicando i punteggi previsti dal disciplinare senza le specificazioni ulteriori apportate dalla Commissione il 7.9.2010 la ricorrente, alla stregua della prova di resistenza, non sarebbe riuscita a collocarsi al primo posto nella graduatoria finale. L’eventuale violazione procedimentale, consistente nella quantificazione delle frazioni di punteggio effettuata “a buste aperte” non ha potuto determinare, in concreto –si precisa, con ragione, in sentenza, a pag. 18- una lesione effettiva della posizione della ricorrente. In mancanza di un “indice di lesività” specifico e concreto non può ammettersi un annullamento della procedura al fine strumentale di una rinnovazione della gara.

Il Collegio ben conosce l’orientamento giurisprudenziale, anche di questa sezione (v. sentenze nn. 1082 del 2011 e 7515 del 2010; v. anche Cons. St. , sez. VI, n. 3052 del 2010) che considera meritevole di tutela anche il solo interesse strumentale del partecipante alla gara alla “riedizione” della procedura. Interesse al rifacimento, al rinnovo della procedura che l’appellante, richiamando anche Cons. St. , Ad. plen. n. 4 del 2011, pone in risalto quale elemento di “utilità effettiva” derivante dall’accoglimento dell’appello.

Peraltro, a parte che Ad. plen. n. 4 del 2011 (v. § 40.) ammette la possibilità, per il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara, di far valere tanto un interesse “finale” al conseguimento dell’appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l’interesse “strumentale” alla caducazione dell’intera gara e alla sua riedizione sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l’utilità richiesta”, il criterio dell’interesse strumentale va temperato con le peculiarità in fatto che caratterizzano la procedura per la quale è causa, peculiarità che consentono al Collegio di ricavare, dall’indirizzo giurisprudenziale maturato in tema di procedure in senso lato selettive, e applicabile quindi anche alle procedure di appalto, espresso da Cons. St. , III, n. 2078/12, V, nn. 3084 e 1928 del 2011, 6406 del 2009, VI, n. 7300/10 e 4326/08, spunti utili per confermare la sentenza là dove la ricorrente è stata ritenuta priva di interesse ad agire.

In base all’indirizzo giurisprudenziale suindicato, nei giudizi in questione non si può prescindere dalla verifica della c.d. prova di resistenza, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva le cui operazioni sono prospettate come illegittime, nel senso che è inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso contro un provvedimento qualora, dall’esperimento della c. d. prova di resistenza, in esito a una verifica a priori, risulti con certezza che il ricorrente non avrebbe comunque ottenuto il bene della vita perseguito nel caso di accoglimento del ricorso. Occorre avere riguardo, cioè, alla possibilità concreta di vedere soddisfatta la pretesa sostanziale fatta valere.

Facendo applicazione dei principi su esposti al caso di specie, e rammentato che:

-COPAT è stata dichiarata aggiudicataria con punti complessivi 81,54, a fronte dei punti 61,22 ottenuti dall’appellante, e che

-per il parametro della composizione del team COPAT ha conseguito 12,54 punti, a fronte dei 15,43 punti della Memoria Storica; poiché i vizi dedotti incidono sulla fase della valutazione della offerta tecnica, anche a voler ipotizzare, da parte della Commissione di gara, una diversa modalità di distribuzione dei 25 punti (15+5+5: v. “supra”, p. 1.) stabiliti dalla “lex specialis” per il criterio della composizione del team, e anche a voler ipotizzare l’assegnazione, all’appellante, di tutti e 25 i punti prestabiliti per il secondo elemento, resta il fatto che l’appellante avrebbe potuto conseguire un punteggio complessivo per l’offerta tecnica pari a

47 punti (22 per il primo elemento e 25 per il secondo), comunque inferiore al punteggio conseguito da COPAT (51,54) per l'offerta tecnica. In seguito alla valutazione della offerta economica lo svantaggio di punteggio della Memoria Storica, già notevole, è aumentato, determinando una distanza finale tra le due concorrenti di più di venti punti. Pertanto, pur in assenza delle contestate sub –articolazioni dei valori, dovendosi tenere conto dei criteri e sub-criteri predefiniti dalla “lex specialis” (su cui v. sopra, p. 1.), l'appellante non avrebbe comunque potuto ottenere un punteggio complessivo tale da consentirle di colmare il distacco accumulato in sede di valutazione delle offerte tecnica ed economica, e non sarebbe riuscita a classificarsi al primo posto nella graduatoria finale (per essere superata dall'appellante, COPAT avrebbe dovuto vedersi ridurre il punteggio per il criterio della composizione del team da 12,54 a 1,5 il che, pur tenendo conto che l'attribuzione del punteggio è rimessa alla valutazione tecnico –discrezionale della Commissione, è ipotesi che non può essere presa in seria considerazione).

L'appellante non poteva dunque ottenere alcun vantaggio concreto dall'accoglimento del motivo d'appello.

In questo contesto, perde qualsiasi spessore –oltre a essere indimostrato- il rilievo difensivo dell'appellante secondo cui, con riferimento alla composizione del team, se le concorrenti avessero conosciuto i sub-criteri di valutazione, avrebbero potuto presentare una offerta migliore presentando professionalità diverse.

Le considerazioni suesposte esimono il Collegio dallo stabilire se la commissione di gara abbia, o no, introdotto criteri di valutazione nuovi “a buste aperte”.

In conclusione, l'appello va respinto e la sentenza confermata.

Tuttavia, nelle peculiarità in fatto (e in diritto) della controversia il collegio ravvisa, in base al combinato disposto di cui agli articoli 26, comma 1, c. p. a. e 92, comma 2, c. p. c. , eccezionali ragioni per l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Il Consiglio di Stato, con questa decisione, sottopone l'interesse strumentale della partecipante ad una gara di appalto, diretto ad ottenere la rinnovazione della procedura selettiva, al vaglio del criterio della “prova di resistenza”, al fine di verificare se, in mancanza della pretesa violazione procedimentale, il ricorrente avrebbe comunque ottenuto il bene della

vita perseguito e consistente nell'aggiudicazione della gara.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La ricorrente non aggiudicataria, impugnando gli atti di gara per l'affidamento di servizi catalografici e chiedendone la rinnovazione, contestava, oltre il resto, l'introduzione ad opera della Commissione giudicatrice di nuovi criteri di valutazione delle offerte tecniche dopo l'apertura e il controllo delle buste, da cui ne sarebbe derivata una diversa modalità di distribuzione dei punteggi.

Il Consiglio di Stato, nel confermare la sentenza di primo grado, ha ritenuto di non dover affrontare, in quanto non risolutiva, la questione della qualificazione dei suddetti sub-parametri alla stregua di nuovi e ulteriori criteri di valutazione rispetto a quelli stabiliti dalla "*lex specialis*" (come pretendeva l'appellante) o di mera definizione in dettaglio delle voci già predefinite (come sostenevano l'Amministrazione e l'aggiudicataria).

È invece determinante la valutazione secondo cui, anche a voler ipotizzare una diversa modalità di distribuzione del punteggio applicando i punteggi previsti dalla "*lex specialis*" senza le specificazioni ulteriori apportate dalla Commissione, la ricorrente non sarebbe comunque riuscita a collocarsi al primo posto nella graduatoria finale.

Infatti, l'interesse strumentale del partecipante alla gara alla "riedizione" della procedura è sì meritevole di tutela, ma sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta (Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4).

Così ragionando, la pronuncia precisa che nelle procedure di affidamento, come in tutte le procedure in senso lato selettive, "*non si può prescindere dalla **verifica della c.d. prova di resistenza**, con riferimento alla posizione della parte ricorrente rispetto alla procedura selettiva le cui operazioni sono prospettate come illegittime, nel senso che è **inammissibile, per carenza di interesse, il ricorso contro un provvedimento qualora, dall'esperimento della c. d. prova di resistenza, in esito a una verifica a priori, risulti con certezza che il ricorrente non avrebbe comunque ottenuto il bene della vita perseguito nel caso di accoglimento del ricorso. Occorre avere riguardo, cioè, alla possibilità concreta di vedere soddisfatta la pretesa sostanziale fatta valere***".

Pertanto, sottoponendo il caso di specie alla verifica della prova di resistenza, se ne deduce che l'appellante non poteva ottenere alcun vantaggio concreto dall'accoglimento del motivo d'appello.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La verifica della "prova di resistenza", ossia la verifica dell'interesse ad impugnare le operazioni concorsuali, è diffusamente utilizzata dal giudice amministrativo soprattutto nei casi in cui, come quello di specie, il ricorrente non aggiudicatario contesti il punteggio attribuito al vincitore (cfr. Cons. St., Sez. III, 11 aprile 2012, n. 2078; Sez. V, 23 maggio 2011 n. 3084, 29 marzo 2011 n. 1928, 19 ottobre 2009, n. 6406; Sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 7300 e 10 settembre

2008, n. 4326).

In questo ambito, quindi, la “prova di resistenza” è finalizzata ad accertare se dalla ridefinizione della graduatoria, nel senso voluto dal ricorrente, ne derivi l’aggiudicazione dell’appalto in suo favore.

Tuttavia la giurisprudenza distingue, ai fini della sua ammissibilità, a seconda che l’oggetto della verifica investa la valutazione dei singoli candidati o dell’intera procedura: *“la verifica dell’interesse ad impugnare operazioni di gara pubblica può essere compiuta soltanto quando il ricorso investe la valutazione della posizione di singoli concorrenti, e non anche quando le cause dedotte investono le regole che presiedono all’intera procedura e che comportano, in caso di accoglimento, la rinnovazione di tutti gli atti del procedimento”* (da ultimo, Tar Calabria, Catanzaro, Sez. I, 6 giugno 2012, n. 538).

In tal caso, infatti, riemerge l’interesse strumentale ad ottenere una nuova chance di aggiudicazione attraverso la ripetizione dell’intera gara.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

Sulla tutelabilità dell’interesse strumentale alla ripetizione dell’intera gara si veda: G. Pellegrino, *I rapporti fra ricorso principale e incidentale ancora sotto i riflettori nazionali e comunitari*, in *Il nuovo diritto amministrativo*, Ed. Dike, n. 1/2012, pp. 159 ss.