



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 9733 del 2011, proposto da:
Consorzio Stabile Mast s.c. a r.l., già società MAST s.c. a r.l.,
in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dall'avv.to Francesco Vecchione ed
elettivamente domiciliato presso lo studio degli avv.ti Marco Tronci
ed Angela Gemma, in Roma, via Sabotino, 22,

contro

STOCCHI GIAMPIERO & C. s.a.s.,
in persona del legale rappresentante p.t.,
non costituitasi in giudizio

nei confronti di

- MINISTERO dell'INTERNO,
in persona del Ministro,

costituitosi in giudizio, ex lege rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato e domiciliato presso gli uffici della stessa, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

- COMANDO PROVINCIALE dei VIGLI DEL FUOCO di NUORO,

in persona del Comandante p.t.,

non costituitosi in giudizio,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - SEZIONE I n. 00894/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI PULIZIA DELLA SEDE CENTRALE E DEI DIPENDENTI DISTACCAMENTI PERIODO 01/01/2011 - 31/12/2013 DEL COMANDO PROVINCIALE DEI VIGILI DEL FUOCO DI NUORO.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno;

Visto l'appello incidentale da questo proposto;

Visto che non si sono costituiti in giudizio né il COMANDO PROVINCIALE dei VIGLI DEL FUOCO di NUORO, né il privato appellato;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 27 gennaio 2012, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Francesco Vecchione per l'appellante

principale e l'avv. Tito Varrone dello Stato per l'appellante
incidentale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. GU/S 101 in data 27.05.2010, il Ministero dell'Interno indicava procedura ristretta (CIG : 05079158B5) avente ad oggetto l'affidamento triennale (dall'1.1.2011 al 31.12.2013) del servizio di pulizia presso i Comandi Provinciali dei Vigili del Fuoco.

A conclusione della procedura concernente l'affidamento de quo per la Sede Centrale ed i Distaccamenti del Comando VV.FF. di Nuoro, con nota in data 28 ottobre 2010, la Stazione appaltante così comunicava ai concorrenti l'esito della gara ai sensi dell'art. 79, comma 5, del D. Lgs. N. 163/2006: «... nella seduta pubblica del 19/10/2010, al termine della procedura di gara, espletata a norma dell'art. 83 del suddetto Decreto Legislativo, l'Impresa ... è risultata aggiudicataria in via provvisoria con un punteggio totale di 90,18, per la seguente motivazione: capacità tecniche e affidabilità. L'aggiudicazione provvisoria è stata approvata in via definitiva in data odierna».

L'odierna appellata, nella sua qualità di partecipante alla gara, in data 19 ottobre 2010 formulava richiesta di accesso agli atti di gara.

All'esito della stessa, in data 12 novembre 2010, venivano messi a disposizione i verbali di gara (con esclusione del verbale e degli

eventuali atti relativi alla seduta riservata del 15 settembre 2010, nella quale si era proceduto alla valutazione dei progetti di gestione, sulla scorta dei criteri e dei punteggi specificati nella lettera di invito) e parte della documentazione amministrativa, tecnica ed economica delle altre ditte partecipanti.

2. – La stessa proponeva quindi avverso gli atti della procedura ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, notificato in data 9 dicembre 2010 e depositato il successivo 24 dicembre 2010, lamentando la mancata previsione, da parte della legge di gara, di sub-punteggi in relazione ai diversi sub-criterii dalla stessa indicati per ciascuno dei criteri («metodologie tecnico operative», per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 16; «sicurezza e tipo di macchine», per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 14; «sistema organizzativo di fornitura del servizio», per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 10) in essa individuati per la valutazione (con un massimo di 40 punti) del Progetto di Gestione, che, unitamente al prezzo, costituiva elemento rilevante per l'aggiudicazione in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in virtù dei criteri previsti dall'art. 83 del D. Lgs. N. 163/2006.

L'Avvocatura dello Stato, in sede di costituzione in giudizio, depositava anche il verbale della seduta riservata del 15 settembre 2010 con i relativi allegati, avverso il quale la ricorrente dispiegava

motivi aggiunti, con i quali rilevava che dal prospetto allegato al citato verbale si ricava che:

- al sub criterio “piano operativo di lavoro” è stato attribuito un sub punteggio massimo di 11 punti;
- al sub criterio “monitoraggio del servizio” è stato attribuito un sub punteggio massimo di 3 punti;
- al sub criterio “eventuali migliorie” è stato attribuito un sub punteggio massimo di 2 punti;
- al sub criterio “prodotti e attrezzature” è stato attribuito un sub punteggio massimo di 4 punti;
- al sub criterio “sicurezza dei lavoratori” è stato attribuito un sub punteggio massimo di 10 punti;
- al sub criterio “garanzia di sostituzione” in caso di assenza per qualunque causa è stato attribuito un sub punteggio massimo di 7 punti;
- al sub criterio “formazione del personale” è stato attribuito un sub punteggio massimo di 3 punti.

Tutto ciò, nonostante che nella lettera di invito o nel bando, nessun punteggio fosse attribuito ai suddetti sub criteri.

Deduceva, pertanto, la ricorrente la violazione del comma 4 dell’art. 83 cit., avendo la Commissione così provveduto ad ovviare alle carenze del bando fissando i sub punteggi da attribuire ai sub criteri senza peraltro dare ragione del suo operato.

Il Tribunale Amministrativo, con la sentenza indicata in epigrafe,

respinte le eccezioni in rito proposte dalle resistenti Amministrazione ed aggiudicataria, lo accoglieva in relazione alla dedotta violazione dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006, sostenendo che “non può ... la Commissione, come ha fatto nel caso di specie, stabilire essa stessa i punteggi da attribuire ai sub elementi perché la violazione di tale regola comporta da un lato, il pericolo di valutazioni arbitrarie, dall'altro l' impossibilità per il concorrente di conoscere integralmente i criteri di valutazione nel momento in cui predispone l'offerta, che è uno degli obiettivi cui il legislatore del Codice ha tenuto in debito conto nell'escludere ogni facoltà della Commissione di gara di integrare la *lex specialis*” (pag. 12 sent.).

3. – Contro tale sentenza sono ricorsi in appello tanto la controinteressata aggiudicataria (con atto di appello principale), quanto il Ministero dell'Interno pure soccombente in primo grado (con appello incidentale inserito nel giudizio già proposto ex art. 333 c.p.c.), entrambe insistendo sulle eccezioni in rito preliminarmente disattese dal Giudice di primo grado e sulla erroneità della ricostruzione e della soluzione nel *mérito* adottata dal T.A.R.

Non si sono costituiti in giudizio né il COMANDO PROVINCIALE dei VIGLI DEL FUOCO di NUORO, né il privato appellato.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 27 gennaio 2012.

4. – A giudizio del Collegio gli appelli non possono essere accolti.

4.1 - Quanto, anzitutto, alla pretesa carenza di interesse al gravame in capo alla ricorrente originaria, ribadita con l'atto di appello principale sull'assunto che "la ditta STOCCHI si è collocata al settimo posto della graduatoria finale di gara, dunque, non occupava alcuna posizione utile tale da legittimare il ricorso introduttivo ... infatti, parte ricorrente non può subentrare come aggiudicataria e non può reclamare l'aggiudicazione del servizio" (pag. 14 app. princ.), l'eccezione si rivela infondata, ove sol si consideri che la ricorrente non ha azionato in giudizio la pretesa di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto, bensì, come correttamente rilevato dal T.A.R., l'interesse strumentale ad ottenere la ripetizione del procedimento di gara (a partire dalla lettera di invito), siccome asseritamente inficiato da vizi, che, ove effettivamente sussistenti, ne comporterebbero la declaratoria di illegittimità nel suo complesso.

Né possono condividersi in proposito i dubbii di parte appellante principale circa la tutelabilità di siffatta posizione (che si afferma caratterizzata da "un interesse privo di attualità e concretezza"), atteso che l'interesse all'annullamento ed all'integrale ripetizione dell'intero procedimento concorsuale si affianca, quale vantaggio potenziale che può derivare dall'eventuale accoglimento del ricorso, all'innegabile posizione di interesse legittimo che caratterizza la sfera giuridica del partecipante al procedimento medesimo; esso, peraltro, degrada ad interesse di mero fatto, sulla base dell'insegnamento dell'Adunanza plenaria n. 4 del 23 marzo 2011, per quanto concerne

il solo soggetto che risulti legittimamente escluso dalla procedura concorsuale o che comunque alla stessa non abbia partecipato, mentre, come s'è detto, è in grado di connotare una posizione giuridica qualificata e tutelata qualora coltivato dal soggetto, che abbia partecipato e non risulti escluso (come appunto qui risulta dell'originaria ricorrente) e che ha dunque interesse a veder accertati e dichiarati quei vizi, che possano aver pregiudicato la sua chance di aggiudicazione in quanto riferibili all'intera procedura, con conseguente ripristino di quella chance con il rinnovo della procedura stessa, in ordine al quale la discrezionalità pur sempre spettante all'Amministrazione deve ritenersi peraltro limitata al solo ambito della possibile, motivata, riconsiderazione dei motivi di pubblico interesse che l'hanno a suo tempo indotta alla indizione della gara, o delle modalità di espletamento del servizio oggetto della stessa (ad es. in economia, anziché mediante ricorso ad appalto).

Non miglior sorte merita l'eccezione di non integrità del contraddittorio dispiegata dall'appellante principale, secondo cui se la ricorrente "aveva come fine quello di annullare e rinnovare l'intera procedura di gara, non si comprende perché non abbia notificato il ricorso oltre alla MAST anche a tutti gli altri partecipanti alla procedura di gara" (pag. 17 app. princ.); ed invero, basti in proposito ricordare che il ricorso proposto per l'annullamento di una gara di appalto è correttamente notificato alla sola impresa aggiudicataria e non anche alle altre imprese collocate nella relativa

graduatoria di gara, atteso che queste ultime non hanno interesse a contrastare il ricorso, ma, se mai, ad attenderne (e sperarne) , quali cointeressate, l'accoglimento ai fini dell'eventuale rinnovazione del procedimento di gara (Cons. St., VI, 1 luglio 1997, n. 1040).

Entrambe le appellanti reiterano, poi, l'eccezione, respinta dal T.A.R., di tardività del ricorso di primo grado, essendo stato il ricorso stesso notificato il 9 dicembre 2010 e dunque oltre il termine di trenta giorni dal ricevimento, da parte della ricorrente, della comunicazione ex art. 79 del D. Lgs. n. 163/2006, ad essa pervenuta via fax in data 28 ottobre 2010 e per posta raccomandata in data 2 novembre 2010.

Anche tale motivo di impugnazione va respinto.

Ricorda in primo luogo il Collegio che l'articolo 120 cod. proc. amm. prevede, per l'impugnazione dei provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, termini brevi per la loro definizione, ispirati al principio generale dell'accelerazione di quel contenzioso e delle esigenze di certezze del settore.

Il relativo comma 5, in particolare, stabilisce che, per l'impugnazione degli atti in questione, il ricorso ed i motivi aggiunti vanno proposti nel termine di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, il cui comma 2, lettera c), prevede che siano comunicate "ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome

dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto".

Ora, gli elementi di cui all'articolo 79, comma 2, lettera c), rappresentano, ai sensi dell'art. 120 cit., i requisiti minimi (v. Cons. St., 12 luglio 2011, n. 4210) della motivazione del provvedimento di aggiudicazione così portata a conoscenza dei concorrenti non aggiudicatari, affinché con la comunicazione di cui si tratta l'impresa non aggiudicataria acquisisca piena conoscenza dell'esito sfavorevole della gara e, quindi, dell'effetto pregiudizievole connesso a tale provvedimento, con conseguente onere di impugnarlo nel termine sopra indicato di trenta giorni dalla sua ricezione.

Orbene, siffatta piena conoscenza delle motivazioni del provvedimento sfavorevole non può certo dirsi realizzata, nel caso di specie, né con la motivazione riportata nella comunicazione effettuata (ove, come s'è visto, si fa esclusivo riferimento alle "capacità tecniche e affidabilità" dell'aggiudicatario), né nello stesso provvedimento di aggiudicazione definitiva, che risulta privo di qualsiasi concreto supporto motivazionale, limitandosi a richiamare i verbali di gara (senza che gli stessi risultino ad esso allegati quali sua parte integrante e sostanziale) ed omettendo anche solo di riportare la graduatoria di gara, con l'indicazione dei punteggi a ciascuna offerta attribuiti per i due criteri (prezzo e progetto di gestione) ivi rilevanti ai fini della prevista aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ed invero la formula motivazionale utilizzata dall'Amministrazione

nella ridetta comunicazione (“capacità tecnica ed affidabilità”) non consente certo di evincere, come previsto dalla lett. c) del comma 2 cit., quali siano “le caratteristiche e i vantaggi dell’offerta selezionata”, che, nel tipo di procedura di cui si tratta, possono individuarsi solo quanto meno nell’indicazione del punteggio attribuito all’offerta dell’aggiudicataria in relazione a ciascuno dei criteri predeterminati ai fini dell’individuazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa, comparato con quello attribuito alle altre concorrenti.

Tale esigenza risulta del resto avvalorata dalla Corte di Giustizia (sez. III - 28/1/2010 - causa C-406/2008), che, chiamata a chiarire "se l'art. 1 della direttiva 89/665 esiga che il termine per proporre un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici ovvero ad ottenere un risarcimento dei danni per la violazione di detta normativa decorra dalla data della violazione di detta normativa ovvero dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della violazione stessa", ha sottolineato che l'art. 1 n. 1, della direttiva 89/665 impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile ed "il fatto che un candidato o un offerente sia venuto a conoscenza del rigetto della sua candidatura o della sua offerta non gli consente di proporre ricorso in modo efficace. Informazioni del

genere sono insufficienti per permettere al candidato o all'offerente di scoprire l'eventuale esistenza di un'illegittimità impugnabile con ricorso. Solamente dopo essere venuto a conoscenza dei motivi per i quali è stato escluso dalla procedura di aggiudicazione di un appalto, il candidato o l'offerente interessato potrà formarsi un'idea precisa in ordine all'eventuale esistenza di una violazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici e sull'opportunità di proporre ricorso” (punti 30 e 31).

Ne consegue che l'obbligo posto in capo alla stazione appaltante di rendere edotti i soggetti non aggiudicatari dei risultati della gara può intendersi correttamente adempiuto, al fine di garantire ricorsi efficaci e tempestivi contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, attraverso la comunicazione dell'atto di affidamento nella sua forma integrale e, ove dallo stesso (come appunto si rileva nel caso di specie) non risultino comunque gli elementi di cui sopra, attraverso l'invio dei verbali di gara, come pure d'altronde previsto dal citato comma 5.

Del resto, l'art. 2 quater della direttiva 89/665, introdotto dalla direttiva 2007/66 (i cui termini di recepimento sono scaduti il 20 dicembre 2009 e recepita poi nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 53 del 2010, modificato in seguito con il d.lgs. n. 104 del 2010), statuisce che la comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice ad ogni candidato o offerente è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti e tale carattere non riveste

certo la motivazione contenuta nella ridetta comunicazione, che esalta al massimo il momento della sintesi (constando di quattro parole), per obliterare del tutto il carattere della pertinenza con i criteri della selezione di cui si tratta (prezzo e progetto di gestione). Poiché, pertanto, ai sensi del citato art. 2-quater, i tempi per proporre ricorso decadono soltanto dopo che sia trascorso un certo numero di giorni (nel nostro ordinamento trenta) da detta comunicazione, la veduta inidoneità manifesta della comunicazione effettuata nella vicenda procedimentale che ne occupa a rappresentare “le caratteristiche e i vantaggi dell’offerta selezionata” fa sì che il termine decadenziale anzidetto non possa considerarsi in ogni caso decorrente dal suo ricevimento, con conseguente ricevibilità del ricorso di primo grado notificato in data 9 dicembre 2010, dovendo in tal caso applicarsi il criterio generale della “conoscenza dell’atto” (ribadito in via residuale dallo stesso primo periodo del comma 5 cit.), che la ricorrente originaria incontestatamente situa al più alla data del 12 novembre 2010 e comunque solo con riferimento agli atti diversi dal verbale di gara afferente alla seduta riservata del 12 settembre 2010.

Nemmeno, poi, il ricorso di primo grado può ritenersi tardivo, come dedotto dall’appellante incidentale, perché “il motivo di impugnazione accolto si riferiva, in realtà, ad una carenza del bando ... per cui la Stocchi avrebbe immediatamente potuto dedurre questo motivo non appena conosciuta l’aggiudicazione alla Mast, poiché per

dedurlo le era appunto sufficiente conoscere il bando, mentre non occorre conoscere nel dettaglio le ragioni della preferenza accordata alla Mast (pagg. 6 – 7 app. inc.).

Ed invero rileva il Collegio come l'effetto lesivo insito secondo la ricorrente nella legge di gara fosse in grado di acquisire concretezza, sì da poter farne decorrere il termine decadenziale di impugnazione, solo nel momento in cui il concorrente avesse avuto esatta percezione degli atti applicativi delle clausole della lettera di invito in ipotesi illegittime e della definitiva lesione così prodottasi nella sua sfera giuridica, la quale non avrebbe certo acquisito attualità ove sulla valutazione potessero non aver inciso le clausole stesse, come ad es. nell'ipotesi in cui in concreto la commissione di gara non avesse fatto uso dei sub-criterii recati dalla legge di gara, o non li avesse comunque considerati tali proprio perché non erano corredati del corrispondente sub-peso o sub-punteggio; ma, come s'è visto, siffatta percezione la mera conoscenza dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, priva di una motivazione sufficiente, era ben lungi dal poter realizzare.

Quanto, infine, alla pretesa improcedibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, osserva il Collegio che, se è vero che l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale ad effetti instabili e del tutto interinali sì che è inidonea a produrre la definitiva lesione dell'impresa che sia risultata non aggiudicataria che si verifica solo con l'aggiudicazione

definitiva (ch'è atto non meramente confermativo della prima, ma provvedimento che, anche quando recepisce i risultati dell'aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione degli interessi pubblici sottostanti, con conseguente necessità di impugnativa autonoma della stessa, a pena di improcedibilità del ricorso proposto contro l'aggiudicazione provvisoria: C.d.S., sez. V, 08 settembre 2010, n. 6500), la ricorrente originaria ha anche impugnato, sia con il ricorso introduttivo che con i successivi motivi aggiunti, il provvedimento individuale di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva della gara; il che consente di ritenere impugnata la stessa, coeva, aggiudicazione definitiva, sia perché, come correttamente e limpidamente statuito dal T.A.R., l'azione impugnatoria deve in tal caso intendersi riferita al contenuto sostanziale della decisione di cui si dà notizia, sia perché, tanto in termini di motivazione quanto in termini di dispositivo, il provvedimento di aggiudicazione di cui si tratta (dal quale peraltro la comunicazione anzidetta non risulta essere accompagnata, anche in ciò in aperta violazione del comma 5-bis dell'art. 79 cit.), come del resto ammette la stessa appellante principale, "è perfettamente sovrapponibile" a quanto riportato nella comunicazione.

Anche siffatta eccezione va dunque respinta.

4.2 - Venendo, infine, alle censure rivolte coi due appelli all'esame alla sentenza impugnata laddove ha accolto il motivo di ricorso inerente alla pretesa violazione dell'art. 83, comma 4, del D. Lgs. n.

163/2006, le stesse si rivelano infondate.

4.2.1 - Rileva il Collegio che la lettera di invito alla gara (pag. 3) ha individuato tre criteri di valutazione dell'offerta tecnica con i relativi punteggi («metodologie tecnico operative», per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 16; «sicurezza e tipo di macchine», per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 14; «sistema organizzativo di fornitura del servizio», per il quale era prevista l'attribuzione di un punteggio massimo pari a 10), la cui somma, pari a 40 punti, dava appunto il punteggio massimo assegnabili alla voce «Progetto di Gestione», che, unitamente al «Prezzo» (per il quale veniva previsto un massimo di punti 60), rappresentava uno dei due parametri di valutazione per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ciascuno di tali criteri risultava poi articolato in sub-criteri (“piano operativo di lavoro”, “monitoraggio del servizio” ed “eventuali migliorie” per quanto riguarda il primo; “prodotti e attrezzature” e “sicurezza dei lavoratori” per quanto concerne il secondo; “garanzia di sostituzione” e “formazione del personale” relativamente al terzo), senza tuttavia che la stessa lettera di invito indicasse i sub-punteggi attribuiti a ciascuno di essi.

Orbene, che i veduti elementi ivi descritti in relazione a ciascun criterio costituiscano sub-criteri di valutazione delle offerte (e non mere indicazioni descrittive del servizio che i concorrenti erano tenuti a considerare ai fini della predisposizione del progetto

tecnico) non v'è, ad avviso del Collegio, dubbio alcuno alla luce delle pertinenti disposizioni della legge di gara, atteso che la stessa loro indicazione è nella legge medesima preceduta dalla loro esplicita qualificazione come “criteri” od “elementi di valutazione”, sì da instaurare un chiaro legame oggettivo tra ciascuno di tali elementi e l'esercizio della funzione valutativa affidata alla Commissione di gara. In essa, dunque, i concorrenti sono stati posti in condizione di conoscere preventivamente tali specifici elementi, sulla base dei quali sarebbero state valutate le loro offerte, ma non il peso che ognuno di essi avrebbe assunto nell'ambito della valutazione complessiva.

La legge di gara non consentiva di capire, cioè, se la stazione appaltante si attendesse (ed in quale misura intendesse premiare) una proposta maggiormente qualificata (quanto, ad es., al criterio “metodologie tecnico operative”) sotto il profilo della dettagliata analisi del piano operativo di lavoro, oppure sotto quello della accuratezza ed efficacia delle metodologie di monitoraggio, ovvero, ancora, sotto quello della latitudine e consistenza delle migliori proposte.

4.2.2 – Gli atti di gara da un lato offrono, qualora occorresse, conferma di quanto sopra, dall'altro rivelano ulteriori violazioni della disciplina recata dal citato art. 83.

Ed infatti, l'apposita Commissione preposta alla valutazione della documentazione tecnica, dopo aver proceduto all'apertura delle buste denominate “Progetto di Gestione” nella seduta del 9

settembre 2010 ed aver ivi accertato per ogni offerta “la presenza di tutti gli elementi di valutazione” (così, testualmente, il relativo verbale), ha, nella successiva seduta segreta del 15 settembre 2010, puntualmente individuato, come ben si ricava sia dal verbale che dal prospetto ad esso allegato, i “vari punti del piano di gestione” (da intendersi presumibilmente come i tre criteri di valutazione sopra enunciati) oggetto di attribuzione di punteggio, facendo altresì oggetto di valutazione le offerte, ai fini della detta attribuzione per ogni distinto criterio, sulla base degli “elementi di valutazione” suddetti, che dunque ha considerato come veri e propri sub-criteri di valutazione, prevedendo altresì per ciascuno di essi un sub-peso o sub-punteggio, tale che la somma dei relativi “massimi” equivale appunto al punteggio massimo previsto dalla legge di gara per il relativo criterio di riferimento (ad es., per il criterio “metodologie tecnico operative”, per il quale la legge di gara prevedeva un massimo di 16 punti ed i sub-criteri del “piano operativo di lavoro”, del “monitoraggio del servizio” e delle “eventuali migliorie”, un punteggio massimo pari a 11 per il primo, a 3 per il secondo ed a 2 per il terzo).

4.2.3 – L’evidenza di questi elementi non può essere scalfita dalle contrarie deduzioni addotte in particolare dalla difesa dell’appellante incidentale, atteso che, se è indubbiamente vero quanto dalla stessa affermato in ordine al fatto che “la tabella allegata al verbale del 15.9.2010 ... conteneva ... la rappresentazione sinottica, a posteriori,

dei punteggi attribuiti a ciascun offerente, con l'indicazione per ciascun sub criterio ... del punteggio massimo attribuito”, non corrisponde invece a verità che la stessa tabella non contenga altresì l'indicazione dei sub-criterii (del resto, come s'è visto, previsti dalla legge di gara) e la determinazione (per di più intervenuta ad offerte tecniche già note sin dalla precedente seduta di gara) del punteggio massimo attribuibile in astratto per ciascuno di essi (v. seconda riga in alto del prospetto integrale), nonché del punteggio poi per ciascuno di essi in concreto assegnato a ciascun offerente (v. ad es. colonne seconda, terza e quarta del prospetto medesimo per i tre sub-criterii del criterio “metodologie tecnico operative”).

Tale determinazione del punteggio massimo attribuibile in astratto per ciascuno dei veduti sub-criterii previsti dalla legge di gara non risulta invero recata dalla legge medesima e, una volta effettuata autonomamente dalla Commissione, in quanto in grado di portare all'attribuzione del punteggio massimo previsto dalla legge di gara per ciascun criterio sulla base di una libera valutazione della Commissione (esplicitasi nella definizione dei sub-punteggi), che esula dai confini della discrezionalità ad essa riconosciuta per assumere i caratteri dell'arbitrarietà, risulta palesemente illegittima.

L'art. 83 cit., invero, laddove prevede che sia il bando ad attribuire ad ogni criterio o sub-criterio di valutazione uno specifico peso o punteggio, è con tutta evidenza rivolto ad eliminare ogni spazio di apprezzamento arbitrario da parte della Commissione, la quale, in

assenza della predeterminazione dei parametri e del loro peso, potrebbe ritenere preponderante un aspetto tecnico rispetto ad un altro (sia con la fissazione ex novo di sub-criterii non previsti dal bando sia con l'attribuzione di un peso piuttosto che un altro ai sub-criterii predeterminati con omissione della relativa ponderazione), sostituendosi all'Amministrazione nella scelta, appunto intervenuta nel caso all'esame, del peso da attribuirsi ai precostituiti parametri di valutazione, con la possibilità, peraltro, ove (come pure accaduto nel caso di specie) tale operazione venga effettuata ad offerte tecniche già aperte, di precisare i sub-punteggi attribuiti ai sub-criterii in palese violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento dei concorrenti, che nelle pubbliche gare sono ineludibili.

La definizione di tali elementi, e dei relativi pesi, non può in realtà rientrare tra le scelte dell'Amministrazione, in ragione della necessità di evitare che la Commissione possa valutare "a posteriori" le determinanti modalità di attribuzione del punteggio, dopo aver esaminato le offerte tecniche.

Invero, ogni previsione della "lex specialis", che renda possibile una qualsiasi patente elusione degli imprescindibili criteri di obiettività della valutazione in danno della anzidetta parità di trattamento dei concorrenti, è censurabile, sotto il profilo dell'eccesso di potere e della violazione del principio della <<par condicio>> (cfr. Cons. Stato, VI, 14.9.2006, n. 5323).

Nella fattispecie all'esame, in definitiva, la stazione appaltante,

predeterminando i sub-criterii di valutazione senza assegnare ad essi un peso ed un punteggio, ha impedito ai concorrenti di presentare offerte consapevoli (precludendo loro la possibilità di modulare il contenuto delle rispettive offerte con la piena consapevolezza delle aspettative e delle specifiche finalità perseguite dall'Amministrazione, che rappresentano i veri, autentici, presupposti della operazione di ponderazione dei criterii e sub-criterii), ha reso la commissione aggiudicatrice arbitra di preferire un'offerta ad un'altra senza una particolare motivazione tecnica ed ha impedito ai concorrenti di valutare fino in fondo le ragioni delle scelte operate dalla commissione.

Tanto si pone in contrasto con gli enunciati principii, oltre che con il preciso disposto del citato art. 83, le cui prescrizioni esprimono l'esigenza che ogni concorrente sia in grado di formulare la propria offerta nella consapevolezza sia degli elementi che saranno valutati sia del peso relativo a ciascuno attribuito, dovendo escludersi - a garanzia della parità di trattamento - che la valutazione dell'offerta possa avvenire in base ad elementi, che, se fossero stati noti al momento della sua predisposizione, avrebbero influito sul suo contenuto; situazione, questa, che si è appunto verificata nel caso all'esame, in ragione delle indebite omissioni che caratterizzano la legge di gara e dell'altrettanto indebita attività di completamento della legge stessa, che la Commissione di gara si è contra legem auto-attribuita.

5. – Gli appelli, in conclusione, devono essere respinti, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Nulla è da statuirsi circa le spese di giudizio, non essendosi costituita la parte appellata.

P.Q.M.

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

Nulla spese.

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

Così deciso in Roma, addì 27 gennaio 2012, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/03/2012

IL SEGRETARIO

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