



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 4029 del 2012, proposto da:

Esperia S.p.a., poi confluita in Kuadra S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Stefano Gattamelata ed Enrico Minnei, con domicilio eletto presso Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore n. 22;

contro

Azienda Ulss n. 6 "Vicenza", in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Mario Calgaro, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;
Azienda - Ulss n. 5 "Ovest Vicentino", in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Mario Testa e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;

nei confronti di

- Manutencoop Facility Management S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale Capogruppo Mandataria di RTI con Coopservice Soc. Coop. P.A., rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Piazza e Franco Mastragostino, con domicilio eletto presso Angelo Piazza in Roma, via Luigi Robecchi Bricchetti n. 10;
- Dussmann Service S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale Capogruppo Mandataria di RTI con Team Service S.c.a.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Maria Cristina Lenoci, Domenico Menorello e Francesco Marascio, con domicilio eletto presso Maria Cristina Lenoci in Roma, via Cola di Rienzo n. 271;
- Consip S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;
- Azienda - Ulss n. 3 Bassano del Grappa, Azienda - Ulss n. 4 Alto Vicentino, Regione Veneto, n.c.
- Copra Ristorazione e Servizi Coop., in proprio e quale Capogruppo Mandataria di RTI con Pulitori e Affini S.p.a., n.c.;
- L'Operosa Soc. Coop. a r.l., in proprio e quale Capogruppo Mandataria con Markas Service S.r.l. e Copma Soc. Coop. a r.l., n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Veneto, Sezione I, n. 572 del 23 aprile 2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di pulizia e servizi integrati per i presidi ospedalieri, extraospedalieri e strutture convenzionate delle Aziende sanitarie n. 3 (Bassano del Grappa), n. 4 (Alto Vicentino), n. 5 (Ovest Vicentino) e n. 6 (Vicenza).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Ulss n. 6 "Vicenza", della Azienda - Ulss n. 5 "Ovest Vicentino", di Consip S.p.a., di Manutencoop Facility Management S.p.a. e di Dussmann Service S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 dicembre 2012 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Piva, su delega di Gattamelata, Minnei, Manzi su delega di Calgaro, Testa, Clarizia, Piazza e Lenoci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con bando pubblicato l'11 febbraio 2010 l'Azienda sanitaria n. 5 Ovest vicentino, quale capofila dell'Area vasta della provincia di Vicenza, aveva indetto una gara d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia e servizi integrati da svolgersi nei presidi ospedalieri, extraospedalieri e strutture convenzionate delle Aziende sanitarie n. 3 (Bassano del Grappa), n. 4 (Alto Vicentino), n. 5 (Ovest Vicentino) e n. 6 (Vicenza).

L'Azienda n. 6, avendo appreso di poter aderire alla convenzione Consip "Facility management 2", ritirava però la delega rilasciata all'Azienda n. 5 per la gara che, il 13 luglio 2010, veniva quindi sospesa.

La Consip tuttavia, con nota del 29 luglio 2010 (poi confermata con nota del 10 dicembre 2010), precisava che per la pulizia delle unità immobiliari con prevalente destinazione ad attività sanitaria (come nella fattispecie) non era ammessa l'adesione alla predetta convenzione.

In conseguenza l'Azienda n. 6 confermava la propria adesione alla gara dell'Area Vasta Vicentina.

L'Azienda n. 5, in data 2 dicembre 2010, riapriva quindi i termini della procedura concorsuale per l'affidamento del servizio di pulizia e servizi integrati delle strutture immobiliari delle Aziende sanitarie numero 3, 4, 5 e 6 della provincia di Vicenza.

2.- Esperia S.p.a., affidataria della convenzione Consip "Facility management 2", in proprio e quale mandante di RTI con capogruppo Marco Polo S.p.a., impugnava con ricorso straordinario al Capo dello Stato le citate note della CONSIP ed il conseguente diniego della Azienda n. 6 di aderire alla predetta convenzione.

La società Esperia impugnava poi davanti al T.A.R. per il Veneto gli atti con i quali l'Azienda n. 5 aveva riavviato la gara precedentemente sospesa e, con tre successivi motivi aggiunti, ricorreva avverso la propria esclusione dalla gara, l'aggiudicazione disposta in favore di Manutencoop Facility Management e tutti gli atti della procedura (incluso la nomina della commissione giudicatrice), chiedendone l'annullamento.

3.- Con decreto in data 9 marzo 2012, il ricorso straordinario al Capo dello Stato, proposto dalla società Esperia in relazione alla mancata adesione della Azienda Ulss n. 6 Vicenza alla convenzione Consip "Facility Management 2". è stato respinto, a seguito del parere n. 2445 espresso dalla Sezione I del Consiglio di Stato nell'adunanza del 27 luglio 2011.

4.- Il T.A.R. per il Veneto, Sezione I, con sentenza n. 572 del 23 aprile 2012, resa in forma semplificata, ha poi ritenuto:

- inammissibile il ricorso principale proposto da Esperia, per la violazione del principio di alternatività tra ricorso giurisdizionale e ricorso straordinario e, comunque, per difetto di interesse;

- infondate le censure, sollevate con i motivi aggiunti, riguardanti la composizione della commissione giudicatrice e altri vizi della procedura;

- infondate le molteplici doglianze sollevate da Esperia avverso la sua esclusione dalla gara, determinata dall'insufficienza del punteggio tecnico assegnatole dalla commissione giudicatrice;

- inammissibili, a causa della esclusione dalla gara, le ulteriori censure sollevate da Esperia avverso gli altri atti della procedura e l'aggiudicazione della gara in favore della Manutencoop Facility Management S.p.a., Capogruppo Mandataria di RTI con Coopservice Soc. Coop. P.A.

5.- Esperia S.p.a., poi confluita in Kuadra S.r.l., ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea per molteplici profili.

All'appello si oppongono l'Azienda Ulss n. 6 "Vicenza", l'Azienda - Ulss n. 5 "Ovest Vicentino", Consip S.p.a., Manutencoop Facility Management S.p.a. e Dussmann Service S.r.l.

6.- Ciò ricordato, passando all'esame dei motivi di appello, ritiene preliminarmente la Sezione che correttamente il T.A.R. ha ritenuto di non poter procedere al riesame delle questioni che erano state oggetto della decisione sul ricorso straordinario proposto dalla società Esperia davanti al Capo dello Stato.

6.1.- Al riguardo, si deve in primo luogo ricordare che, in base al principio di alternatività fra il ricorso giurisdizionale e il ricorso straordinario, non sono proponibili in sede giurisdizionale questioni già definite in sede di ricorso straordinario. Ciò trova giustificazione nella necessità di evitare che l'impugnativa in sede giurisdizionale si risolva in un riesame del giudizio espresso dal Consiglio di Stato in sede consultiva, con conseguente sovrapposizione della decisione giurisdizionale alla decisione del ricorso straordinario (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4324 del 30 luglio 2012).

Per effetto di tale principio non sono (nuovamente) impugnabili in sede giurisdizionale atti che sono stati già oggetto di esame in un ricorso straordinario.

6.2.- Peraltro, qualora l'amministrazione emetta nuovi provvedimenti che trovano il loro presupposto negli atti che sono stati impugnati (e sono stati esaminati) in un ricorso straordinario, non possono essere (ri)proposte avverso tali nuovi atti (certamente impugnabili anche davanti al giudice amministrativo) quelle questioni che sono state definitivamente risolte con la decisione sul ricorso straordinario.

Del resto le modifiche del quadro normativo di riferimento (apportate con la legge n. 69 del 18 giugno 2009 e con l'emanazione del codice del processo amministrativo), hanno indotto la più recente giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria n. 18 del 5 giugno 2012) ad affermare la natura sostanzialmente giurisdizionale del decreto con il quale è deciso il ricorso straordinario, su conforme parere del Consiglio di Stato.

Si è quindi di recente affermato che vi è esercizio della giurisdizione nel contenuto espresso dal parere del Consiglio di Stato che, in posizione di terzietà e di indipendenza e nel rispetto delle regole del contraddittorio, opera una verifica di legittimità dell'atto impugnato con il ricorso (straordinario) proposto da una parte e senza l'opposizione (e quindi con il consenso) di ogni altra parte intimata, le quali tutte così optano per un procedimento più rapido e snello, privo del doppio grado di giurisdizione, per accedere direttamente - e quindi per saltum - al controllo di legittimità del Consiglio di Stato (Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili n. 23464 del 19 dicembre 2012).

6.3.- Applicando tali principi al caso di specie si deve ritenere che la questione riguardante la mancata adesione della Ulss n. 6 Vicenza alla convenzione Consip "Facility management 2" sia stata oramai definita mediante la decisione sul precedente ricorso straordinario, con la conseguenza che, come correttamente rilevato dal T.A.R. per il Veneto, devono ritenersi inammissibili le censure sollevate da Esperia (in relazione a tale questione) nel ricorso giurisdizionale proposto avverso i successivi atti con i quali l'Ulss n. 6 ha confermato la propria adesione alla gara dell'Area Vasta Vicentina e gli atti con i quali l'Ulss n. 5, in data 2 dicembre 2010, ha riaperto i termini della procedura concorsuale per l'affidamento del servizio di pulizia e servizi integrati delle strutture immobiliari delle

Aziende sanitarie numero 3, 4, 5 e 6 della provincia di Vicenza.

6.4.- In particolare risultavano certamente inammissibili, per tale motivo, le censure del ricorso principale di primo grado con le quali era stata lamentata l'illegittimità derivata del provvedimento con il quale era stata riavviata la gara.

6.5.- Alla stessa conclusione deve giungersi anche per il primo dei motivi proposti in via autonoma con il quale la società Esperia aveva ancora insistito nel sostenere la piena applicabilità della convenzione Consip alla Ulss n. 6 e alle altre Aziende dell'Area Vasta.

6.6.- Non può giungersi invece alla stessa conclusione, diversamente da quanto ritenuto dal T.A.R., per i motivi rubricati ai numeri 2 e 3 del ricorso principale in primo grado.

Infatti con tali motivi Esperia ha censurato la riapertura della gara non più (e non solo) per la mancata adesione alla convenzione Consip "Facility management 2" ma per ulteriori autonomi profili riguardanti la variazione dell'importo posto a base di gara (sub A II nell'atto di appello), che sarebbe stato determinato anche da un illegittimo "contatto" pre-gara fra la Direzione della Ulss n. 6 e i rappresentanti della ditta Coopservice (sub A III nell'atto di appello).

Tali censure sono comunque infondate.

6.7.- Non è fondato il motivo riguardante la modifica della base d'asta da € 73.633.000,00 ad € 70.045.000 (a causa di una riduzione del costo dei servizi annui stimati per la Ulss n. 6 da € 6.998.000,00 ad € 6.400.000,00), tenuto conto che, a prescindere da ogni questione relativa ad un possibile interesse della società appellante sulla questione, non si vede quali preclusioni aveva la stazione appaltante, una volta ricevuta l'informazione dalla Ulss n. 6 sui costi aggiornati dei servizi oggetto della gara, nel ridurre l'importo della stessa.

Né si può ritenere illegittima tale modifica solo perché operata a seguito di segnalazione sui costi fatta alla Ulss n. 6 da altra società operante nel settore (la Coopservice) che peraltro aveva gestito il servizio per la Ulss n. 6 (e poi ha partecipato alla gara in Rti con la controinteressata Manutencoop).

Del resto l'appellante non ha fornito alcuna prova della manifesta erroneità o irragionevolezza dell'importo posto a base di gara (così come modificato).

6.8.- Nemmeno si può sostenere che con tale segnalazione vi sia stato un illegittimo "contatto" della stazione appaltante con una delle partecipanti alla gara. Infatti, anche a prescindere dal rilievo che, nella fattispecie, la gara era gestita dalla Ulss n. 5 per conto dell'Area Vasta Vicentina, non si vede quale vantaggio avrebbe potuto ricavare Coopservice da tale segnalazione (fatta prima della gara).

6.9.- Non può avere infine alcun rilievo sulla legittimità della procedura la questione sollevata da Esperia circa la non esatta individuazione della dimensione dei locali tenuto, da un lato, che l'amministrazione aveva provveduto a correggere alcune inesattezze e, dall'altro, che non vi erano comunque incertezze sull'oggetto dell'appalto. Senza contare che la documentazione tecnica precisava che i dati sulla quantità delle superfici avrebbero potuto essere oggetto anche di variazione.

7.- Con i successivi motivi aggiunti Esperia, che comunque aveva partecipato alla gara, ha impugnato davanti al T.A.R. la propria esclusione dalla stessa, l'aggiudicazione disposta in favore di Manutencoop Facility Management e tutti gli atti della procedura (incluso la nomina della commissione giudicatrice).

Esperia ha ora appellato la sentenza del T.A.R. per il Veneto anche nella parte in cui ha ritenuto infondate o inammissibili le relative censure.

7.1.- La Sezione ritiene di dover esaminare preliminarmente i motivi riguardanti l'illegittima composizione della commissione giudicatrice.

Con il primo motivo del primo ricorso per motivi aggiunti la società Esperia aveva lamentato la violazione dell'art.

84 del codice dei contratti perché un componente della commissione giudicatrice (il dr. Enzo Rizzato) doveva ritenersi incompatibile in quanto membro dell'associazione privata HFM che aveva ricevuto sponsorizzazioni da Coopservice. Ciò risultava confermato dal fatto che lo stesso dr. Rizzato aveva ritenuto di doversi dimettere dalla carica di componente della commissione dopo aver partecipato alla prima seduta della gara.

Inoltre, aveva aggiunto l'appellante, il suo sostituto, il dr. Simone Tasso, era stato nominato dal Segretario Regionale per la Sanità in assenza di una circostanziata motivazione in merito alla carenza di adeguate professionalità all'interno della stazione appaltante.

7.2.- La questione riguardante la partecipazione ai lavori della commissione del dr. Rizzato risulta infondata.

Infatti, a prescindere da ogni questione sulla effettiva sussistenza di una possibile causa di incompatibilità (per i rapporti del dr. Rizzato con una associazione che aveva ricevuto sponsorizzazioni da Coopservice), in ogni caso lo stesso dr. Rizzato si era dimesso dopo la prima riunione della commissione e nella prima riunione (l'unica alla quale aveva partecipato) non era stata svolta dalla commissione alcuna attività a carattere valutativo.

Senza contare che il dr. Rizzato poteva anche non conoscere (prima delle operazioni compiute nella prima riunione della commissione) i nominativi delle imprese che avevano presentato la loro offerta.

Correttamente il T.A.R. ha quindi ritenuto sul punto che «la partecipazione del dott. Rizzato alla prima udienza pubblica – ove, peraltro, ogni attività ivi espletata era meramente prodromica ed assolutamente vincolata - non ha comportato alcun pregiudizio alla ricorrente, ammessa alle successive fasi della gara unitamente alle altre concorrenti». Con la conseguente carenza di interesse a coltivare il motivo.

8.- Più complessa è la questione riguardante la procedura di nomina nella commissione del dr. Tasso.

Sul punto il T.A.R. per il Veneto ha ritenuto che la nomina (effettuata a seguito di segnalazione del Segretario Regionale per la Sanità) trovava «giustificazione nella sentenza della Corte Cost. n. 401/2007 (che ha dichiarato la natura “cedevole e suppletiva” della disciplina di cui all’art. 84, II, III, VIII e IX comma del codice relativamente agli appalti inerenti a settori di competenza regionale) e nella DGR n. 2492/2010 con cui è stata fatta espressa riserva di nomina, tramite la segreteria regionale della sanità, di un proprio rappresentante esperto quale componente delle commissioni giudicatrici di cui all’art. 84, nelle gare di rilievo comunitario».

Il T.A.R. ha poi aggiunto che risultava comunque manifestamente inammissibile, per tardività, la censura contenuta nel terzo ricorso per motivi aggiunti «con cui la ricorrente ha denunciato l'illegittimità della DGR n. 2492/2010, atteso che il predetto atto deliberativo risulta espressamente richiamato dalla DGR 6.5.2011 n. 216, oggetto del primo ricorso per motivi aggiunti».

8.1.- Esperia nel suo appello ha sostenuto che erroneamente il TAR ha richiamato la natura cedevole dell'art. 84 del codice dei contratti considerato che la cedevolezza della norma legislativa statale «può essere predicata solo rispetto alla sopravvenienza di una diversa norma legislativa regionale sul tema».

Nella sua memoria conclusionale Esperia ha anche ricordato che lo stesso T.A.R. del Veneto con la più recente sentenza n. 1079 del 31 luglio 2012, modificando il suo precedente orientamento, ha ritenuto illegittima, per violazione dell'art. 84, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006, la nomina (come membro di una commissione incaricata della valutazione delle offerte in una gara d'appalto) di un soggetto estraneo alla stazione appaltante (indicato dal Segretario Regionale per la Sanità) senza aver motivato adeguatamente la mancanza di funzionari interni idonei a comporre la commissione. In particolare, in tale decisione, il T.A.R. ha sostenuto che l'art. 31, comma 1 bis, della legge della Regione Veneto n. 27 del 2003, e la conseguenziale D.G.R. n. 2492 del 2010, disponendo che «i commissari possono essere scelti [anche] fra funzionari pubblici iscritti all'elenco regionale di cui all'articolo 47 in relazione alla specifica professionalità», prevede soltanto un'ulteriore categoria, oltre a quelle individuate dall'articolo 84, comma 8 (e, cioè, la possibilità di inserire nella commissione giudicatrice, oltre ai professionisti

indicati nella richiamata norma statutale, i funzionari pubblici iscritti in un apposito elenco regionale), ferma restando, comunque, la necessaria priorità, chiaramente enunciata dall'art. 84, di formare la commissione con soggetti interni alla stazione appaltante e di poter ricorrere a soggetti esterni solo in caso di accertata carenza di adeguate professionalità, da motivare congruamente.

8.2.- Al riguardo la Sezione rileva che effettivamente la Corte Costituzionale, come rilevato dal giudice di primo grado, ha dichiarato costituzionalmente illegittime le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 8 e 9 dell'art. 84 del codice dei contratti nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevedono che esse abbiano carattere suppletivo e cedevole rispetto ad una divergente normativa regionale che abbia già diversamente disposto o che disponga per l'avvenire.

Infatti la normativa contenuta nei suddetti commi risultava non conforme al sistema di riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni e, secondo la Corte, poteva valere certamente per l'attività contrattuale posta in essere in ambito statale mentre per le Regioni doveva avere carattere recessivo nei confronti di una diversa (ove esistente) disciplina specifica di matrice regionale, secondo quanto disposto dall'art. 117, quinto comma, Cost. e dall'art. 1, comma 6, della legge di delega n. 62 del 2005.

8.3.- Ciò precisato, la Sezione ritiene corretta l'interpretazione data dal T.A.R. alla disposizione di cui all'art. 31, comma 1-bis, della legge della Regione Veneto n. 27 del 7 novembre 2003 che, intervenendo nella materia disciplinata dall'art. 84 del codice dei contratti, si è limitata a prevedere la possibilità di inserire nella commissione giudicatrice, oltre ai professionisti indicati nella richiamata norma statutale, anche i funzionari pubblici iscritti in un apposito elenco regionale.

8.4.- Anche tenuto conto di tale interpretazione, si deve osservare che non si rinviene, invece, una norma di legge regionale che preveda una disciplina diversa e derogatoria da quella dettata (in generale) dall'art. 84, comma 8, del codice dei contratti, secondo cui solo in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, o negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari possono essere non selezionati tra i funzionari della stazione appaltante.

8.5.- La Regione Veneto è peraltro intervenuta sulla questione con deliberazione della Giunta Regionale n. 2492 del 19 ottobre 2010 (pubblicata sul Bur n. 84 del 12 novembre 2010). Con tale deliberazione la Giunta Regionale, ritenuto di dover garantire «la gestione unitaria, omogenea e coordinata delle attività di acquisto delle Aziende Sanitarie» ha stabilito (al punto 11), per le gare di importo pari o superiore alla soglia di rilievo comunitario, la possibile nomina, tramite la Segreteria Regionale per la Sanità, di «un proprio rappresentante, esperto nella materia, tra i componenti delle commissioni giudicatrici di gara di cui all'art.84 del D. Lgs. 163/2006».

Il Segretario Regionale per la Sanità, con atto n. 210747 del 3 maggio 2011, inviato ai Direttori Generali della Aziende Sanitarie, ha quindi disposto che le Aziende Sanitarie richiedano alla Segreteria Regionale l'indicazione del commissario di nomina regionale.

8.6.- La suddetta deliberazione, che consente una deroga alla richiamata disciplina contenuta nell'art. 84, comma 8 del codice dei contratti (prevedendo la nomina di un componente esterno alla stazione appaltante senza la necessità di dover verificare la carenza in organico di adeguate professionalità), è stata applicata nella fattispecie con la designazione (da parte del Segretario Regionale per la Sanità) del dr. Enzo Rizzato fra i componenti della commissione di gara e successivamente con la designazione (e la nomina) del dr. Simone Tasso (in sostituzione del dimissionario dr. Enzo Rizzato).

8.7.- Ciò chiarito, ritiene la Sezione che, pur risultando (quantomeno) dubbia la capacità della citata deliberazione di Giunta di incidere (derogandola) sulla normativa primaria di rango statale, tuttavia l'impugnazione della medesima è risultata tardiva perché proposta da Esperia solo con i terzi motivi aggiunti (il 2 marzo 2012) mentre

l'appellante, come correttamente affermato dal T.A.R., doveva essere a conoscenza dell'esistenza di tale delibera, della quale la nomina del dr. Simone Tasso (e prima del dr. Rizzato) a componente della Commissione giudicatrice della gara è risultata pedissequa applicazione, quando aveva proposto i suoi primi motivi aggiunti.

Infatti con i primi motivi aggiunti la società Esperia aveva impugnato (anche) la deliberazione n. 216 del 6 maggio 2011 con la quale il Direttore Generale della Ulss n. 5 aveva nominato la commissione giudicatrice e fra i suoi componenti il dr. Enzo Rizzato, designato dal Segretario Regionale per la Sanità in espressa applicazione della citata deliberazione della Giunta Regionale n. 2492 del 19 ottobre 2010 (che era stata pubblicata sul Bur), nonché il successivo provvedimento, n. 278 del 6 giugno 2011, con il quale il Direttore Generale dell'Ulss n. 5 aveva deliberato la nuova composizione della commissione con la nomina, in sostituzione del dr. Rizzato (e sempre a seguito di designazione del Segretario Regionale per la Sanità), del dr. Simone Tasso, dirigente medico presso la Ulss n. 8.

8.8.- Né si può sostenere che la deliberazione della Giunta Regionale n. 2492 del 19 ottobre 2010 doveva (o debba) essere disapplicata perché *contra legem*.

8.9.- In conseguenza anche il relativo motivo di appello deve essere respinto e la sentenza del T.A.R. per il Veneto, anche se con motivazione in parte diversa, deve essere confermata anche sul punto.

9.- Va ora esaminato il motivo (in primo grado il secondo motivo del primo ricorso per motivi aggiunti) con il quale l'interessata, aveva lamentato che le modalità di conservazione e custodia delle offerte tecniche ed economiche non erano state tali da garantire l'integrità dei plichi e quindi l'imparzialità delle valutazioni.

Il motivo, come affermato anche dal giudice di primo grado, è infondato.

Dall'esame del verbale della seduta dell'11 maggio 2011 (in atti) si rileva che alla conservazione degli atti di gara e delle offerte (in busta sigillata) doveva provvedere il responsabile del procedimento dr. Rescigno (che ne era quindi responsabile) nei suoi uffici.

Dai successivi verbali redatti dalla commissione (pure in atti) si rileva che i plichi con le offerte sono stati conservati in armadio chiuso a chiave presso la sede dell'Azienda.

Alla luce di tali elementi non si ravvisa le lamenta inidoneità nella conservazione dei plichi con le offerte. Né l'appellante, in relazione al suo interesse al ricorso (che deve ritenersi limitato per effetto della disposta esclusione dalla gara) ha comunque evidenziato possibili manomissioni della sua offerta.

10.- L'appellante Esperia ha poi sostenuto l'erroneità della sentenza del T.A.R. per il Veneto anche nella parte in cui ha ritenuto infondate le numerose doglianze che erano state sollevate avverso i giudizi della commissione giudicatrice che avevano determinato la sua esclusione dalla gara per il mancato raggiungimento della soglia di sbarramento prevista dagli articoli 6 e 10 del Disciplinare di gara.

10.1.- Al riguardo si deve ricordare che l'art. 6 del Disciplinare di gara prevedeva che, per essere ammessi alla fase di valutazione delle offerte economiche, si doveva ottenere nella valutazione complessiva di ciascuno degli elementi di valutazione tecnico/qualitativa (A, B e C) indicati nella tabella contenuta nell'art. 8 «un punteggio almeno pari al 60% del punteggio massimo ottenibile fissato in relazione a ognuno di tali elementi». Lo stesso articolo 8 aveva poi previsto la suddivisione in sub parametri dei suddetti elementi di valutazione tecnico/qualitativa.

Il successivo articolo 10 del Disciplinare, dopo aver determinato in apposita tabella i coefficienti dei punteggi da assegnare sulla base della pure indicata scala di valutazione, aveva ricordato che, per effetto della clausola di sbarramento, si doveva ottenere:

- per l'elemento A – Organizzazione aziendale e aspetti professionali del servizio, un punteggio almeno pari a 10,20 (pari al 60% di 17);

- per l'elemento B - Metodologie tecnico-operative, un punteggio almeno pari a 7,80 (pari al 60% di 13);
- per l'elemento C – Sistema di controllo qualità, un punteggio almeno pari a 4,80 (pari al 60% di 8).

10.2.- Esperia, poi Kuadra, avendo ottenuto nella somma dei relativi sottoparametri :

- per l'elemento A il punteggio complessivo di 5,6;
- per l'elemento B il punteggio complessivo di 5;
- per l'elemento C il punteggio complessivo di 3,2;

ed inoltre punti 0,4 per il criterio D (migliorie).

Con il punteggio complessivo di 14,2 (su 40) Kuadra era stata quindi esclusa dalla gara per il mancato superamento della soglia di sbarramento, mentre erano state ammesse alla successiva fase di valutazione delle offerte economiche cinque delle altre sei partecipanti alla gara.

10.3.- Ciò precisato si deve ricordare che, per principio pacifico, le valutazioni delle commissioni giudicatrici sono espressione di discrezionalità tecnica che sono censurabili davanti al giudice amministrativo solo per manifesta irragionevolezza o per errori di fatto che, nella fattispecie, non si evidenziano.

10.4. Deve ritenersi quindi condivisibile la sentenza del T.A.R. che, esaminando analiticamente le censure sollevate per ogni sottoparametro del giudizio operato dalla commissione giudicatrice, ha indicato le ragioni per le quali non emergevano vizi evidenti dalle valutazioni compiute dalla commissione.

10.5.- In particolare, con riferimento ai sottocriteri A1 (struttura organizzativa dedicata al servizio) e A2 (modalità di pianificazione e programmazione del servizio) non risulta censurabile, come affermato dal T.A.R., l'operato della commissione che ha ritenuto insufficiente l'offerta della ricorrente per non aver inserito nel relativo elaborato gli elementi richiesti.

Non risulta poi manifestamente irragionevole neppure il giudizio di insufficienza formulato relativamente al sottocriterio A5 (sistema di gestione del servizio di reperibilità, gestione dell'emergenza), considerate le diverse criticità rilevate dalla commissione (e sottolineate nella sentenza di primo grado) riguardanti, fra l'altro, le modalità per le sostituzioni per malattie, l'indicazione dei servizi garantiti in caso di sciopero e in caso di forza maggiore.

10.6.- Anche il giudizio di insufficienza riguardante il sottocriterio B4 (riguardante gli strumenti adottati per ridurre al minimo l'impatto aziendale conseguente all'esecuzione del servizio) non risulta manifestamente irragionevole tenuto conto che l'appellante risulta aver evidenziato soltanto le fasce orarie di svolgimento dell'attività senza aggiungere ulteriori elementi di valutazione.

10.7.- Né risultano manifestamente irragionevoli i diversi giudizi (di discreto o sufficiente) riguardanti i criteri A3, A4, A6, B1, B2, B3, C1, C2 e C3, nonché il giudizio di insufficiente per l'ulteriore voce (D) riguardante le migliorie.

11.- Con un ulteriore motivo l'appellante ha sostenuto l'erroneità della sentenza di primo grado anche nella parte in cui ha respinto la censura (quarto motivo del primo ricorso per motivi aggiunti) con la quale aveva lamentato l'illegittima introduzione, da parte della commissione giudicatrice, di nuovi criteri di valutazione.

Anche tale censura deve essere respinta. Dall'esame della documentazione di gara e dei verbali della Commissione di gara non si rileva infatti il vizio denunciato avendo la Commissione valutato le offerte nel sostanziale rispetto dei criteri determinati.

12.- Devono ritenersi poi inammissibili, come affermato dal T.A.R., gli ulteriori motivi proposti dall'appellante avverso le successive fasi della procedura, trattandosi di fasi della gara dalla quale l'appellante risultava oramai esclusa.

Infatti il soggetto legittimamente escluso dalla gara risulta privo di legittimazione e/o carente di interesse con riferimento alla deduzione di ulteriori vizi relativi alle ulteriori fasi della procedura.

In particolare ciò vale per i secondi motivi aggiunti (proposti avverso l'aggiudicazione provvisoria) sia per il motivo sulla mancata verifica di congruità che per il motivo riguardante la mancata verifica della integrità delle buste contenenti l'offerta economica.

12.1.- Per la stessa ragione devono ritenersi inammissibili (come affermato dal T.A.R.) i terzi motivi aggiunti (proposti avverso l'aggiudicazione definitiva) nella parte in cui censurano (ancora) la mancata verifica della anomalia della offerta dell'aggiudicataria.

Mentre si è già prima affrontata la questione (riproposta con i terzi motivi aggiunti) riguardante l'illegittima composizione della commissione giudicatrice.

12.2.- Infine, per gli stessi motivi suindicati, non può essere esaminata l'ulteriore questione, sollevata dalla società Kuadra, riguardante l'affidamento in subappalto da Manutencoop alla società Velox S.r.l., del servizio di pulizia e sanificazione delle diverse strutture ospedaliere, extraospedaliere e convenzionate della Ulss n. 5.

13.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate, come da dispositivo, anche in relazione alle attività difensive delle diverse parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante Esperia S.p.a., poi confluita in Kuadra S.r.l., al pagamento di € 2.500,00 in favore della Azienda Ulss n. 6 "Vicenza"; di € 2.500,00 in favore della Azienda - Ulss n. 5 "Ovest Vicentino"; di € 2.000,00, in favore di Manutencoop Facility Management S.p.a.; di € 1.500,00 in favore di Dussmann Service S.r.l. e di € 1.500,00 in favore di Consip S.p.a., per complessive € 10.000,00 (diecimila), per le spese e competenze di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Hadrian Simonetti, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2013

IL SEGRETARIO

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

