



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 7314 del 2012, proposto da MANITALIDEA S.p.s., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso lo stesso in Roma, corso del Rinascimento, 11,

contro

MIORELLI SERVICE S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Alberto Maria Bruni e Orsola Cortesini, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via G. Carducci, 4,

nei confronti di

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, in persona del Presidente *pro tempore*, e DIGITPA (ENTE NAZIONALE PER LA DIGITALIZZAZIONE PUBBLICA AMMINISTRAZIONE), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliati per legge presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12,

per la riforma,

previa sospensione dell'esecutività,

della sentenza nr. 5/2012, depositata il 1 giugno 2012, non notificata, con cui il T.A.R. del Lazio, Sezione Prima, ha annullato la lettera d'invito – e tutti i conseguenti atti ivi compresa l'aggiudicazione in favore dell'appellante – della procedura ristretta indetta da DigitPA per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione dei locali dello stabile di via C. Marx, 31/49, sede della medesima DigitPA.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Amministrazioni appellate e di Miorelli Service S.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalla appellante (in date 2 e 22 novembre 2012) e dall'appellata Miorelli Service S.p.a. (in date 2 e 16 novembre 2012) a sostegno delle rispettive difese;

Vista l'ordinanza di questa Sezione nr. 4371 del 6 novembre 2011, con la quale è stata accolta la domanda incidentale di sospensiva;

Visto il dispositivo di sentenza nr. 6218 del 4 dicembre 2012;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2012, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi l'avv. Pellegrino per l'appellante, l'avv. Emanuela Paoletti, su delega dell'avv. Bruni, per l'appellata Miorelli Service S.p.a. e l'avv. dello Stato Luca Ventrella per l'Amministrazione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Manitalidea S.p.a. ha impugnato, chiedendone la riforma previa sospensione dell'esecuzione, la sentenza con la quale il T.A.R. del Lazio, in accoglimento del ricorso proposto da Miorelli Service S.p.a., ha annullato gli atti della procedura selettiva indetta da DigitPA (Ente Nazionale per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione) per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione di locali in proprietà del predetto Ente, procedura conclusasi con l'aggiudicazione in favore della stessa odierna appellante.

A sostegno dell'appello, parte istante ha dedotto l'erroneità della sentenza in epigrafe:

- con riguardo alla ritenuta applicabilità al caso di specie del principio di pubblicità delle sedute nelle quali, nelle gare da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si procede all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche;

- in via subordinata, con riguardo all'avere il T.A.R. modulato la propria pronuncia in senso annullatorio, anziché limitarsi a statuizioni risarcitorie.

Inoltre, parte appellante ha replicato a titolo cautelativo alle censure rimaste assorbite nella decisione impugnata, per l'ipotesi di una loro riproposizione.

DigitPA si è costituita, unitamente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, con atto formale, senza svolgere alcuna deduzione.

Si è altresì costituita la ricorrente in primo grado, Miorelli Service S.p.a., la quale, oltre a opporsi all'accoglimento del gravame insistendo per la conferma della sentenza di primo grado, ha riprodotto come segue i motivi di ricorso rimasti assorbiti:

1) violazione e falsa applicazione della lettera d'invito; violazione dell'art. 11, commi 4 e 6, del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163; violazione dei principi di unicità, certezza, determinatezza ed attendibilità dell'offerta, del divieto di offerta alternativa e/o plurima, della *par condicio* e della imparzialità dell'azione amministrativa; violazione del principio di unicità dell'offerta tecnica ed economica; violazione e falsa applicazione dell'art. 87 del d.lgs. nr. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione del decreto del Ministro del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali del 25 febbraio 2009; violazione e falsa applicazione del decreto legislativo 9 aprile 2008, nr. 81; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste (con riferimento alle valutazioni compiute dalla Commissione di gara sull'offerta risultata aggiudicataria);

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 97 Cost.; violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del d.lgs. nr. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 2 della direttiva 2004/18/CE; violazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza, di pubblicità, di parità di trattamento nelle pubbliche gare di appalto nonché di imparzialità dell'azione amministrativa (con riguardo all'omessa verbalizzazione delle modalità di custodia e conservazione dei plichi fra una seduta e l'altra);

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. nr. 163 del 2006; violazione e falsa applicazione della lettera di invito (in particolare artt. 5 e 6.2), del bando di gara pubblicato in data 6 ottobre 2010 e delle "*modalità di presentazione domanda di partecipazione*" (punto 5); violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 3 della legge 7 agosto 1990, nr. 241, e s.m.i.; violazione dei principi del giusto procedimento, trasparenza, parità di trattamento; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste

(con riguardo all'avere la Commissione di gara illegittimamente integrato i criteri e i punteggi previsti dalla *lex specialis*, così rendendo incomprensibili le valutazioni retrostanti all'assegnazione dei punteggi alle offerte tecniche).

All'esito della camera di consiglio del 6 novembre 2012, è stata accolta la domanda incidentale di sospensiva con fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'art. 119, comma 3, cod. proc. amm.

Le parti private hanno affidato a memorie l'ulteriore svolgimento delle rispettive tesi.

All'udienza del 4 dicembre 2012, la causa è stata introitata per la decisione; di seguito, su richiesta dell'Amministrazione, è stato depositato il dispositivo di sentenza ai sensi dell'art. 119, comma 5, cod. proc. amm.

DIRITTO

1. È controversa la legittimità della gara indetta da DigitPA (Ente Nazionale per la Digitalizzazione della Pubblica Amministrazione) per l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dei servizi di pulizia e sanificazione di locali siti in Roma di proprietà dell'Ente appaltante.

Con la sentenza oggetto dell'odierna impugnazione da parte dell'originaria aggiudicataria, Manitalidea S.p.a., il T.A.R. del Lazio ha accolto il ricorso proposto da Mioresi Service S.p.a. (classificatasi settima in graduatoria), reputando fondata e assorbente la doglianza con la quale si era dedotta la violazione del principio di pubblicità delle gare, essendosi svolta in seduta riservata l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

2. Ciò premesso, l'appello è fondato.

3. Ed invero, il dato fattuale da cui muovere è quello per cui, nella fattispecie, l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche è avvenuta in epoca storicamente antecedente la sentenza dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato nr. 13 del 28 luglio 2011, con la quale è stata affermata l'illegittimità dell'apertura dei predetti plichi ove compiuta in seduta riservata.

Il dato storico suindicato disvela, *a fortiori*, l'inapplicabilità al caso che occupa dell'art. 12 del d.l. 7 maggio 2012, nr. 52, convertito con modificazioni dalla legge 6 luglio 2012, nr. 94, che ha innovato l'art. 120 del d.P.R. 5 ottobre 2010, nr. 207, "positivizzando" il principio affermato dalla Plenaria.

3.1. In effetti, il giudice di prime cure si è posto esplicitamente il problema della possibile applicazione del principio *de quo* anche alle procedure anteriori al deposito della richiamata decisione dell'Adunanza Plenaria, e lo ha risolto in senso affermativo, ritenendo che con essa decisione si fosse soltanto data esplicitazione a un principio già immanente al sistema, e quindi in tutto cogente.

3.2. La Sezione non condivide le conclusioni del primo giudice.

3.3. Al riguardo, non è fuori luogo rilevare che la stessa necessità di investire della questione l'Adunanza Plenaria discendeva da una situazione di oggettiva incertezza normativa, non esistendo nel sistema una disposizione espressa che, per le operazioni di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche e di verifica del loro contenuto, imponesse l'obbligo della seduta pubblica.

Una tale disposizione, dalla cui violazione in ipotesi far discendere l'illegittimità delle operazioni di gara, non può trarsi – contrariamente a quanto sembra ritenere il primo giudice – dal principio di pubblicità delle gare enunciato dall'art. 2 del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163.

Infatti, come rilevato in tempi più recenti dalla stessa Adunanza Plenaria, detto principio – alla stessa stregua dei principi comunitari di pubblicità e trasparenza di cui è trasposizione – non è suscettibile di applicazione incondizionata a ogni fase delle procedure selettive, potendo essere declinato in vario modo in ragione del concorrente venire in rilievo di altri principi di pari o superiore dignità e rilevanza (cfr. Cons. Stato, Ad. Pl., 31 luglio 2012, nr. 163).

Pertanto, anche in ragione di elementari principi di conservazione degli atti e di economicità dell'azione

amministrativa, non può farsi derivare *sic et simpliciter* l'illegittimità delle operazioni di gara per violazione del suindicato principio generale, in assenza di una disposizione che prevedesse specificamente l'obbligo di pubblicità per la fase procedurale nella quale si sarebbe verificato l'ipotizzato vizio.

3.4. La conferma di ciò si trae, *ex post*, proprio dalla sopra richiamata "novella" del 2010, atteso che il legislatore, nel momento in cui ha ritenuto di introdurre a livello di disciplina positiva l'obbligo di seduta pubblica per la fase di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche, si è preoccupato di precisare che detto obbligo vale solo per le gare future: ciò che conferma, *e contrario*, l'inesistenza per il passato di una disposizione cogente in tal senso.

4. L'infondatezza della doglianza che ha indotto il T.A.R. ad accogliere il ricorso di Mioresi Service S.p.a. impone l'esame dei motivi di primo grado assorbiti, che parte appellata ha ritualmente riproposto nel presente grado.

Ad avviso della Sezione, tali motivi sono tutti meritevoli di reiezione.

5. Innanzi tutto, è inammissibile la prima doglianza, con la quale l'originaria ricorrente stigmatizza l'operato della Commissione aggiudicatrice nell'attribuzione dei punteggi all'offerta di Manitalidea S.p.a., evidenziando plurime asserite carenze e anomalie dell'offerta di quest'ultima.

La carenza d'interesse a denunciare tali vizi risulta evidente, sol che si consideri la posizione in graduatoria riportata dall'odierna appellata, tale per cui, quand'anche si addivenisse alla conclusione estrema dell'esclusione dalla procedura dell'offerta risultata aggiudicataria, alcuna concreta utilità da ciò ritrarrebbe l'istante.

Né questa può invocare, in questo caso, un ipotetico interesse strumentale alla rinnovazione della gara, in quanto un siffatto interesse potrebbe venire in rilievo soltanto ove si predicasse un'esclusione dalla gara non solo dell'aggiudicataria, ma anche degli altri cinque concorrenti che si sono classificati in posizione peggiore in graduatoria (ciò che la ricorrente in primo grado non ha fatto).

6. Infondata è, poi, la subcensura con cui – nell'ambito del secondo motivo d'impugnazione – la ricorrente aveva denunciato la violazione dell'art. 78 del d.lgs. nr. 163 del 2006, stante la mancata indicazione a verbale delle modalità di custodia e conservazione dei plichi fra una seduta e l'altra della Commissione aggiudicatrice.

Sul punto, la Sezione non ravvisa ragioni per discostarsi dall'indirizzo secondo cui la mancata dettagliata indicazione, nel verbale di gara, delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità dell'attività posta in essere dalla Commissione per garantire siffatta custodia, in assenza di ulteriori elementi realmente idonei a far ritenere verificate in concreto manomissioni o alterazione dei documenti (cfr. Cons. Stato, sez. III, 2 agosto 2012, nr. 4422; Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2010, nr. 8224).

7. Con ulteriore censura, si lamenta l'illegittimità dell'operato della Commissione di gara, per avere la stessa indebitamente integrato la *lex specialis* di gara, laddove ha preliminarmente elaborato delle schede con le quali ciascuno dei commissari avrebbe dovuto esprimere il proprio giudizio per gli elementi di valutazione dell'offerta previsti dal bando, individuando per ciascuno di essi una scala di punteggi in relazione al maggiore o minor favore dell'esito della valutazione ("*sufficiente*", "*buono*", "*distinto*" e "*ottimo*").

Anche tale censura appare alla Sezione priva di pregio.

7.1. Ed invero, non è qui in discussione l'innovazione apportata dall'art. 83 del d.lgs. nr. 163 del 2006, laddove ha riservato alla *lex specialis* di gara la fissazione di subcriteri e subpesi, così escludendo che a tale operazione potesse procedere la Commissione di gara; come già più volte rilevato dalla giurisprudenza, la *ratio* della previsione è quella di ridurre la discrezionalità della Commissione, a tutto vantaggio della trasparenza della procedura e della *par condicio* dei concorrenti.

Tuttavia, nel caso che occupa la Commissione non ha proceduto affatto a un'integrazione (tanto meno ad una alterazione) della disciplina di gara sul punto, non avendo introdotto nuovi parametri e criteri, ma essendosi

limitata – fermi restando gli elementi e i punteggi previsti dalla *lex specialis*– a predeterminare il percorso valutativo secondo cui ciascun commissario avrebbe proceduto alla assegnazione dei punteggi: ciò al dichiarato fine di rendere più omogenei, e in definitiva più intelligibili, i giudizi espressi da ciascun membro della Commissione stessa.

Tale essendo la reale portata dell'operazione nella specie compiuta, questa non poteva dirsi preclusa dal richiamato art. 83.

7.2. Anche al di là di quanto evidenziato al punto che precede, non può peraltro omettersi di rilevare:

- che l'originaria ricorrente non ha in alcun modo chiarito come e perché il predetto *modus procedendi* abbia stravolto, o anche solo alterato, le previsioni del bando in ordine ai punteggi da assegnare alle offerte tecniche (e, in ultima istanza, come e perché ciò la abbia in qualsiasi modo pregiudicata);
- che nemmeno risulta dimostrato l'assunto per cui l'operazione in questione avrebbe reso incomprensibili i giudizi della Commissione, potendo – al contrario – verificarsi *prima facie* un incremento di trasparenza e intelligibilità degli stessi.

8. In conclusione, per le ragioni fin qui esposte, s'impone la riforma della sentenza impugnata, con l'integrale reiezione del ricorso di primo grado.

9. In considerazione della varietà e della novità delle questioni di diritto esaminate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/01/2013

IL SEGRETARIO

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