

Publicato il 26/01/2018

**N. 00569/2018REG.PROV.COLL.
N. 04169/2017 REG.RIC.**



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 4169 del 2017, proposto da:

Servizi Italia S.p.a., in proprio e quale mandataria capogruppo del R.t.i. con Servizi Sanitari Integrali S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ermes Coffrini, Marcello Coffrini e Massimo Colarizi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale Bruno Buozzi 87;

contro

Azienda Sanitaria Locale 1 Avezzano - Sulmona - L'Aquila, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Roberto Colagrande, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Liegi 35/B;

nei confronti di

Europa Multiservice S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Ortenzi, Marcello Pacifico, Giulio Cerceo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Daniele Vagnozzi in Roma, via Giunio Bazzoni N. 3;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per L'ABRUZZO - L'AQUILA - SEZIONE PRIMA, n. 231/2017, resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara per l'aggiudicazione del servizio di lavanolo e sistemi antidecubito, lotto uno.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale 1 Avezzano - Sulmona - L'Aquila e della Europa Multiservice S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Massimo Colarizi, Roberto Colagrande, Giulio Cerceo e Massimo Ortenzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tar Abruzzo avviato alla notifica il 21.10.2016, la Servizi Italia S.p.a., in proprio e quale mandataria del raggruppamento di imprese con la Servizi Sanitari integrati S.r.l. ha impugnato, chiedendone l'annullamento, il

provvedimento del 2.10.2016 con cui era stata esclusa dalla procedura di gara indetta dalla Asl 1 Avezzano – Sulmona - L'Aquila, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di lavanolo e sistemi antidecupito, divisa in due lotti e di durata quadriennale rinnovabile.

L'esclusione era derivata dal conseguimento da parte della ricorrente di un punteggio di 25,91, inferiore alla soglia di sbarramento prevista per il lotto n. 1.

Nell'oggetto del ricorso introduttivo erano indicati, oltre al provvedimento di esclusione, anche il disciplinare di gara, la delibera n. 2190 del 2015 di nomina della commissione giudicatrice e il "provvedimento di aggiudicazione della gara, ove nel frattempo assunto".

I motivi dedotti - riferiti alla violazione dei principi in materia di valutazione delle offerte, contraddittorietà tra la previsione del disciplinare relativa alla soglia di sbarramento e l'allegato L del disciplinare, violazione dei principi in materia di assegnazione dei punteggi, violazione dell'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 - afferivano alle valutazioni espresse dalla Commissione in sede di attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche.

2. E' fin d'ora utile evidenziare che la procedura di gara relativa al lotto 1 si è conclusa con l'aggiudicazione definitiva n. 1868 del 15.11.2016, in favore della controinteressata Europa Multiservice S.r.l.

3. Con un primo ricorso per motivi aggiunti, avviato alla notifica il 5.12.2016, la Servizi Italia S.p.a. ha censurato i medesimi atti impugnati in via principale - per violazione dei

principi in materia di valutazione delle offerte e in materia di assegnazione dei punteggi, travisamento, falso presupposto, illogicità ed erroneità macroscopica - nuovamente contestando il punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice alla propria offerta tecnica. In via subordinata, la ricorrente ha dedotto censure destinate a travolgere l'intera procedura, per violazione dell'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, dei principi in tema di svolgimento delle procedure di gara e dell'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Le censure svolte in via subordinata attenevano, in particolare:

- a) all'asserita carenza di qualificazione professionale dei componenti la Commissione di gara;
- b) alle variazioni di composizione subite dal seggio di gara nelle diverse sedute che lo hanno visto operare;
- c) all'improprio svolgimento da parte del Rup anche delle funzioni di segretario verbalizzante e di componente del seggio di gara;
- d) al ruolo di presidente del seggio di gara assunto da F. Adreassi sia in fase amministrativa, sia in fase di aggiudicazione.

4. Infine, con una seconda serie di motivi aggiunti, portati alla notifica il 20.12.2016, la Servizi Italia S.p.a. ha nuovamente censurato i medesimi atti impugnati con il ricorso introduttivo, contestando ulteriormente il punteggio attribuito dalla commissione giudicatrice alla propria offerta tecnica e deducendo vizi di violazione dei principi in materia di valutazione delle offerte e in materia di assegnazione dei punteggi, travisamento, falso presupposto, illogicità ed erroneità macroscopica.

5. Il Tar Abruzzo, con la sentenza n. 231/2017, ha in parte dichiarato inammissibili il ricorso principale e i motivi aggiunti, per carenza di interesse conseguente alla mancata estensione dell'impugnazione all'atto di aggiudicazione definitiva del 15.11.2016, mai indicato nell'oggetto dei motivi aggiunti e riportato nell'oggetto del ricorso introduttivo con una formula di stile non sufficiente a far ritenere che l'impugnativa fosse stata ad esso estesa.

Le censure volte a provocare la caducazione dell'intera procedura di gara sono state, invece, respinte nel merito.

6. Nella presente sede la Servizi Italia S.p.a. impugna la pronuncia di primo grado, contestando innanzitutto la declaratoria parziale di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti.

In proposito evidenzia che l'intenzione di estendere l'impugnazione originaria sino a ricomprendervi l'atto di aggiudicazione definitiva, sarebbe desumibile sia dalle espressioni testuali e dai riferimenti allo svolgimento della gara - estesi anche alla fase di aggiudicazione - contenuti nel ricorso introduttivo e nei motivi aggiunti; sia dalla gradazione dei motivi dedotti nei motivi aggiunti, chiaramente indicativa della volontà di posporre la caducazione dell'intera procedura all'obiettivo primario del sovvertimento dell'esito finale della gara e, quindi, del subentro della stessa ricorrente nell'aggiudicazione.

Le rimanenti censure svolte nell'atto di appello ricalcano le doglianze dedotte in via subordinata nel giudizio di primo grado e innanzi richiamati sub lettere a), b) e c).

7. Si sono costituite in giudizio la Asl 1 Avezzano-Sulmona-L'Aquila e l'aggiudicataria Europa Multiservice S.r.l., replicando alle deduzioni avversarie, eccependone l'inammissibilità sotto svariati profili e chiedendone la reiezione.

8. Espletato lo scambio di memorie e repliche, la causa è stata assunta in decisione all'esito dell'udienza pubblica di discussione del 18.1.2018.

DIRITTO

1. Il primo motivo di appello non può trovare accoglimento.

La pur doverosa attenzione ad una lettura non formalistica degli atti processuali, legittimamente invocata dalla parte appellante e, in linea di principio, condivisa dal Collegio, non offre validi argomenti a favore della soluzione perorata in ricorso.

1.1. Di tale impostazione è specifica espressione il principio, affermato in diversi arresti giurisprudenziali, secondo cui l'individuazione degli atti impugnati deve essere operata non con riferimento alla sola epigrafe, ma in relazione all'effettiva volontà del ricorrente, desumibile dal tenore complessivo del gravame e dal contenuto delle censure dedotte. Dal che consegue il corollario applicativo secondo cui possono intendersi oggetto d'impugnativa tutti gli atti che, seppure non espressamente indicati tra quelli impugnati ed indipendentemente dalla loro menzione in epigrafe, costituiscono oggetto delle doglianze di parte ricorrente in base ai contenuti dell'atto di ricorso (Cons. Stato, sez. IV, 12/10/2016, n. 4207; Id., sez. V, 22.1.2015, n. 288; 5.12.2014, n. 6012; 8.7.2014, n. 3459).

1.2. Tali considerazioni preliminari vanno tuttavia raccordate con l'ulteriore postulato di principio, rilevante nel caso di specie, secondo il quale qualunque impugnazione non può che riferirsi ad atti esistenti al momento della sua notificazione: tanto si ricava dall'art. 40 c.p.a. nella parte in cui vi si precisa che il ricorso deve contenere distintamente, tra gli altri elementi contenutistici, *“l'indicazione dell'oggetto della domanda, ivi compreso l'atto o il provvedimento eventualmente impugnato, e la data della sua notificazione, comunicazione o comunque della sua conoscenza”*.

1.3. Nel caso di specie, in linea con tali premesse, assume rilievo determinante il fatto che il provvedimento di aggiudicazione non fosse ancora esistente al momento della redazione e della notifica del ricorso introduttivo (21.10.2016), essendo sopravvenuto in epoca successiva (il 15.11.2016). Dunque, non sussistono margini interpretativi di alcun tipo per poter ritenere che il ricorso introduttivo potesse - anche implicitamente o indirettamente - riferirsi all'atto conclusivo della procedura di gara ed includerlo nel proprio oggetto.

1.4. Di fronte a questo dato di chiara evidenza, ha poco senso discorrere sulla valenza delle espressioni contenute nel ricorso del 26.10.2016, sulle domande (anche di tutela in forma specifica) ivi formulate e sulla loro capacità allusiva agli esiti della gara, valendo in senso contrario la granitica preclusione alla possibilità di impugnative ad effetto ultrattivo, la cui portata possa estendersi, cioè, ad atti ad essa non contestuali ma posteriori (in senso conforme si veda Cons., Stato, sez. V, 23.12.2016, n. 5445).

1.5. Tale preclusione non può essere aggirata neppure facendo leva sul carattere “derivato” dei vizi appuntati sul provvedimento di aggiudicazione – per ricavarne che l’aggiudicazione doveva intendersi contestata sulla base delle illegittimità dedotte nei confronti dei pregressi atti della procedura di gara. È noto, infatti, che l’aggiudicazione definitiva non può essere considerata come atto meramente confermativo o esecutivo, non necessitante di specifica impugnazione. Si tratta, al contrario, di provvedimento che, quand’anche recettivo dei risultati dell’aggiudicazione provvisoria, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione degli interessi pubblici sottostanti e, quindi, onera la parte interessata a contestarne gli effetti attraverso una specifica e autonoma impugnazione.

1.6. Dunque, sotto tutti i profili considerati, deve escludersi che l’atto di aggiudicazione sia mai stato validamente impugnato con il ricorso introduttivo del primo grado di giudizio.

1.7. Venendo, poi, ai motivi aggiunti, è parimenti decisivo osservare che gli stessi sono stati articolati come motivi “propri”, ovvero sotto forma di censure e argomentazioni rivolte nei confronti degli atti già impugnati.

1.8. Tanto si evince dalla circostanza che entrambe le serie di motivi aggiunti, da un lato, difettano di una epigrafe riportante gli atti impugnati (che quindi devono intendersi non diversi da quella oggetto del primo ricorso); e, dall’altro, contengono la richiesta conclusiva di conferma delle “*conclusioni e/o richieste già formulate con il ricorso introduttivo*”. Dunque, non vi sono dati formali o testuali che consentano di concludere che con i

motivi aggiunti il gravame sia stato esteso ad atti ulteriori e conseguenti a quelli originariamente impugnati.

1.9. Di più, nel secondo atto di motivi aggiunti viene espressamente specificato che “*..è ora possibile completare le censure sollevabili contro gli atti già impugnati contro il ricorso introduttivo*”.

1.10. Resta confermata, pertanto, l'assenza di margini per poter ritenere, sotto questo primo aspetto, che con i motivi aggiunti l'impugnativa sia stata estesa all'aggiudicazione.

1.11. L'affermazione di parte appellante secondo cui nel corpo dei motivi aggiunti comparirebbero riferimenti testuali all'aggiudicazione, non appare corretta in punto di fatto, in quanto nella narrativa delle due serie di motivi aggiunti non si fa alcun cenno all'intervenuto provvedimento di aggiudicazione, attraverso una sua specifica indicazione che ne menzioni il numero di protocollo, la data di emissione o quella di comunicazione.

1.12. Il solo riferimento all'aggiudicazione contenuto a pag. 2 dell'atto del 20.12.2016 (secondo ricorso per motivi aggiunti) è del tutto generico e, comunque, inidoneo a far chiaramente intendere che il provvedimento di aggiudicazione fosse venuto ad esistenza e che in relazione a tale circostanza la parte ricorrente avesse inteso rimodulare le proprie iniziative processuali.

1.13. Di tanto si trae conferma dal successivo passaggio testuale ove, nel ribadirsi come “*l'obiettivo primario della parte ricorrente sia quello di ottenere il corretto punteggio sulla offerta quantitativa da essa presentata, con conseguente sua riammissione alla gara*”, si omette qualunque accenno ad una richiesta di

annullamento dell'aggiudicazione, nonostante detto annullamento fosse divenuto, a quel punto, un passaggio processuale necessitato ai fini della riammissione in gara della ricorrente.

1.14. D'altra parte, e più in generale, la semplice menzione del provvedimento di aggiudicazione, contenuta negli atti difensivi, non è sufficiente a colmare la lacuna di una sua espressa impugnazione, almeno laddove nessuna doglianza venga riferita in modo specifico nei suoi confronti: in ipotesi siffatta - coincidente con quella qui in esame - mancano comunque elementi interpretativi sufficienti per poter includere il provvedimento di aggiudicazione nel "fuoco" delle censure e, di conseguenza, nell'oggetto dell'impugnativa. Ed invero, proprio alla stregua dell'orientamento interpretativo maggiormente "elastico" innanzi richiamato, in assenza di una chiara individuazione dell'atto impugnato, la sua integrazione nel *thema decidendum* può ricavarsi unicamente da argomenti deduttivi e censori che, facendovi chiaro riferimento, possano lasciare intendere che l'impugnativa sia stata indirizzata anche nei confronti dell'atto censurato.

1.15. Viceversa, la mera citazione di un atto nel corpo del ricorso stesso non è sufficiente a radicarne l'impugnazione (Cons. Stato, sez. V, 25.3.2016, n. 1242 e 5.12.2014 n. 6012).

1.16. Neppure la gradazione dei motivi contenuta nelle difese del primo grado offre spunti utili a sostegno della tesi dell'appellante: ed infatti, nel ricorso di primo grado (e nei successivi motivi aggiunti) le censure caducatorie dell'intera gara sono state subordinate a quelle indirizzate avverso il

provvedimento di esclusione (si veda pag. 11 dei primi motivi aggiunti), ma tale articolazione di domande non implica, dal punto di vista logico, alcuna necessaria estensione dell'impugnazione al provvedimento di aggiudicazione.

1.17. Per concludere, resta da rilevare che l'intuibile aspirazione della parte ricorrente ad un effetto utile dell'impugnazione, realizzabile solo attraverso una sua estensione all'atto conclusivo della procedura, non può fare aggio sulle regole processuali, proprie del giudizio impugnatorio, e sul riflesso che esse determinano nell'interpretazione dell'oggetto della lite. Non pare possibile, in altri termini, fare luogo ad un'integrazione correttiva e sanante del contenuto degli atti processuali sulla base della valorizzazione dell'utilità finale agognata, per concludere che, poiché l'intenzione del ricorrente non poteva che essere quella di conseguire la stipula del contratto, la contestazione della aggiudicazione deve intendersi desumibile ex actis.

1.18. Una tale impostazione di ragionamento va, al contrario, rovesciata, nel senso che solo da un corretto svolgimento dell'azione giudiziale, secondo modalità procedurali appropriate, può desumersi un concreto e attuale interesse ad agire in giudizio in capo alla parte ricorrente.

1.19. L'insieme delle esposte considerazioni induce, in definitiva, a confermare la declaratoria di parziale inammissibilità del ricorso statuita nella sentenza di primo grado.

2. Vengono quindi in considerazione i motivi di appello che reiterano le censure di primo grado, dedotte in via subordinata e respinte nel merito dal Tar.

2.1. Con una prima censura la parte appellante ha lamentato la violazione dell'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, sostenendo che la deliberazione n. 2190 del 2015, con cui era stata nominata la commissione giudicatrice, non motivava in ordine all'esperienza vantata dai membri prescelti nello specifico settore di riferimento, limitandosi a indicarne la qualifica e la funzione svolta.

2.2. Il Tar, dopo aver richiamato i principi interpretativi in materia di qualificazione professionale della Commissione di gara, ha osservato come nel caso specifico i commissari nominati, singolarmente considerati, presentassero competenze tecniche adeguate al ruolo e come, a fronte del provvedimento di nomina, parte ricorrente si fosse limitata a lamentare la mancanza di motivazione in ordine al requisito della sufficiente esperienza, senza dedurre alcun elemento da cui inferire tale carenza.

2.3. In sede di appello, viene ribadita la censura di carenza di motivazione e l'asserzione secondo cui nella delibera di nomina nulla si dice circa la caratura tecnico-professionale dei commissari nominati.

2.4. Sotto questo specifico profilo la doglianza è infondata, in quanto l'art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 non prevede un obbligo, per la stazione appaltante, di supportare la scelta di nominare commissari con adeguata motivazione, ma si

limita piuttosto a prescrivere che gli stessi siano “esperti nello specifico settore cui si riferisce l’oggetto del contratto”.

2.5. Poiché la qualificazione professionale dei commissari, riconosciuta dal Tar, non è oggetto di ulteriore contestazione in questa sede di appello, deve dichiararsi la complessiva infondatezza del motivo in esame.

3. Con una seconda censura, parte ricorrente aveva lamentato in primo grado la violazione dei principi in tema di svolgimento delle procedure di gara e dell’art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto dal verbale n. 1 del 10.12.2015 risultava che il seggio di gara, competente per la fase amministrativa, fosse composto da F. Andreassi, presidente, Massimo Pezzopane, componente, e Alessandro De Feo, componente e segretario. In fase di aggiudicazione, invece, fermo restando il presidente, i componenti erano diventati A.F. Lepore e D. Piccari e il segretario M. Pezzopane. Insomma tra una seduta e l’altra, il seggio di gara, che aveva svolto peraltro anche funzioni decisorie in tema di anomalie delle offerte, aveva mutato composizione.

3.1. Il Tar ha respinto la censura osservando che il seggio di gara aveva modificato la sua composizione solamente con riferimento alla seduta del 10.12.2015, dedicata alla verifica della documentazione amministrativa, mentre in tutte le ulteriori fasi di valutazione delle offerte e di verifica della anomalia aveva mantenuta la stessa e costante composizione. Ha aggiunto il giudice di primo grado che l’attività di verifica della documentazione, in quanto non implicante valutazioni tecnico-discrezionale, ma costituente una sotto-fase della

procedura distinta da quella propriamente destinata alla delibazione delle offerte, può essere svolta anche da un seggio diverso da quello incaricato della delibazione delle offerte, così come da un organo monocratico (il Rup).

3.2. In questa sede, la parte appellante pur manifestando adesione alle considerazioni da ultimo richiamate, osserva che il seggio di gara, come risulta dal verbale n. 3 del 14.10.2016, ha assunto determinazioni in tema di anomalia, e quindi ha espresso - in composizione variata - valutazioni a carattere discrezionale.

3.3. La censura non è idonea, neppure sul piano fattuale, a confutare l'articolata motivazione contenuta sul punto nella sentenza impugnata. Nella stessa si dà atto, infatti, che tutte le attività valutative afferenti alla valutazione delle offerte tecniche e alla verifica di anomalia (di cui ai verbali n. 3 del 14.10.2016; n. 2 del 30.9.2016 e n. 1 del 29.12.2015), sono riconducibili all'operato di una identica commissione giudicatrice, sicché la sola variazione è intervenuta in occasione della seduta del 10.12.2015 (verbale n. 1). Nondimeno, essendo detta seduta dedicata allo svolgimento di attività amministrativa non valutativa, detta variazione non ha intaccato la garanzia di continuità della Commissione giudicatrice nello svolgimento di tutte le attività valutative dalla stessa espletate.

4. Infine, con una terza censura la parte ricorrente aveva dedotto che, illegittimamente, il Rup, M. Pezzopane, avrebbe svolto anche funzioni di segretario verbalizzante e di componente del seggio di gara.

4.1. La censura è stata ritenuta dal Tar priva di rilievo, in quanto il Rup, che ai sensi dell'articolo 10, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, *“svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice...che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti”*, ben può svolgere, nella medesima procedura di gara, anche funzioni di segretario verbalizzante e di componente del seggio di gara che ha svolto meri controlli amministrativi, senza incorrere in alcuna incompatibilità.

4.2. Anche su questo profilo, la parte appellante non ha addotto validi argomenti a confutazione della motivazione contenuta in sentenza, limitandosi a lamentare l'esorbitanza delle funzioni assunte dal Rup rispetto ai compiti previsti dall'articolo 10, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006.

4.3. In queste sede, ad integrazione di quanto esposto nella sentenza appellata occorre aggiungere che, per giurisprudenza costante, anche di questa sezione (Cons. Stato, sez. III, 5.11.2014, n. 5456), nelle procedure di gara per appalti di pubbliche amministrazioni, non ricorre incompatibilità tra le funzioni del responsabile unico del procedimento (R.u.p.) e quella di componente della commissione, tenuto conto che al R.u.p. non spetta alcuna funzione amministrativa connessa all'esecuzione del contratto (Cons. St., sez. V, 23.10.2012, n. 5408).

4.4. Per il resto, il segretario verbalizzante non può essere computato nel novero dei membri della commissione giudicatrice, non avendo egli potere di voto, ma funzioni di mero supporto burocratico ai compiti valutativi e decisionali

appartenenti esclusivamente alla Commissione (Cons. Stato, sez. V, 23.6.2016 n. 2812).

4.5. Dunque, la natura delle funzioni ausiliarie e documentali del segretario non consente di ravvisare alcuna ragione di incompatibilità con il concomitante ruolo di Rup.

6. La ravvisata infondatezza delle censure svolte nell'atto di appello consente di prescindere dalle eccezioni di inammissibilità sollevate dalla parte resistente.

7. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante a rifondere in favore delle parti resistenti le spese di lite che liquida per ciascuna di esse in €. 2.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO