

Consiglio di Stato, Sez. V, 25/2/2009 n. 1134

Sull'illegittimità dell'operato di una commissione di gara che prima dichiara di volere specificare e precisare i criteri di valutazione delle offerte e che poi, invece, ometta tale adempimento.

Sull'esclusione di un concorrente da una gara qualora la busta contenente l'offerta sia stata aperta, sia pure per errore, dall'ufficio protocollo, prima di essere consegnata alla commissione di gara.

A prescindere dalle soggettive valutazioni circa la necessità, o meno, di un intervento integrativo di una commissione di gara per predeterminare o specificare i criteri da seguire in sede di valutazione delle offerte, è illegittima la condotta di una commissione che prima dichiara di volere specificare e precisare i criteri di valutazione delle offerte e che poi, invece, ometta tale adempimento.

Deve essere esclusa da una procedura di gara la concorrente la cui domanda di partecipazione contenente l'offerta sia stata aperta, sia pure per errore, dall'ufficio protocollo, prima di essere consegnata alla commissione di gara. È sufficiente, infatti, il mero fatto oggettivo dell'apertura di una domanda di partecipazione prima del momento in cui la commissione debba avere cognizione dei relativi contenuti, perché tale offerta vada definitivamente esclusa dal seguito della gara; essendo invece del tutto irrilevante, quand'anche pienamente comprovata e verbalizzata, la circostanza che la commissione non abbia mai preso cognizione del relativo contenuto.

Materia: appalti / disciplina

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sui ricorsi in appello proposti:

1) il n. 374/08 dal Comune di Roma, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Carlo Sportelli ed elettivamente domiciliato negli uffici dell'Avvocatura comunale di Roma, Via del Tempio di Giove n. 21;

contro

la Real Fettuccina F.C. - Associazione Sportiva Dilettantistica, in persona del l.r. p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Simone Ciccotti ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Via Lucrezio Caro n. 62;

e nei confronti

della "Due Ponti" Società Sportiva Dilettantistica a r.l., in persona del l.r. p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giuseppe Lavitola e Maria Enrica Cavalli ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Via Costabella n. 23;

2) il n. 428/08 dalla "Due Ponti" Società Sportiva Dilettantistica a r.l., in persona del l.r. p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giuseppe Lavitola e Maria Enrica Cavalli ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Via Costabella n. 23;

contro

la Real Fettuccina F.C. - Associazione Sportiva Dilettantistica, in persona del l.r. p.t., rappresentata e difesa dall' Avv. Simone Ciccotti ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Via Lucrezio Caro n. 62;

e nei confronti

del Comune di Roma, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Carlo Sportelli ed elettivamente domiciliato negli uffici dell'Avvocatura comunale di Roma, Via del Tempio di Giove n. 21;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, Sezione II, 30 ottobre 2007, n. 10656;

Visti i ricorsi in appello, con i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale proposto dalla Real Fettuccina F.C., come sopra rappresentata, difesa e domiciliata;

Viste le memorie prodotte da tutte le parti;

Visti gli atti tutti delle cause;

Relatore, alla pubblica udienza del 2 dicembre 2008, il Consigliere Nicola RUSSO;

Sentiti gli avv.ti Graziosi per delega di Sportelli, Ciccotti, Bellavia per delega di Lavitola, come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

L'appellata sentenza del T.A.R. Lazio, Sezione II, 30 ottobre 2007, n. 10656, ha accolto il primo motivo, assorbiti gli altri, del ricorso dell'Associazione Sportiva Dilettantistica "Real Fettuccina F.C." per l'annullamento della determinazione dirigenziale 27 settembre 2006, n. 25239, con cui il Comune di Roma ha approvato, in favore della associazione intimata "Due Ponti", la graduatoria di merito di cui all'avviso pubblico del 21 settembre 2005, n. 812, per l'individuazione del soggetto concessionario dell'impianto sportivo sito nel parco di Tor di Quinto, settore A.

La sentenza è stata distintamente appellata dal Comune di Roma e dalla "Due Ponti" Società Sportiva Dilettantistica a r.l..

A propria volta, l'Associazione Sportiva Dilettantistica "Real Fettuccina F.C." ha interposto appello incidentale avverso la stessa sentenza, deducendo l'erroneità del giudizio di assorbimento dei due ulteriori motivi del ricorso originario, nonché del capo di sentenza che ha compensato le spese del giudizio di primo grado.

Con ordinanze n. 1315/08 e n. 1316/08, alla c.c. del 11 marzo 2008 la Sezione ha respinto l'inibitoria della sentenza, "considerato che ad un primo esame si ritiene di condividere le motivazioni della sentenza impugnata".

DIRITTO

1. I due appelli in epigrafe, proposti in forma principale, devono essere obbligatoriamente riuniti, ai sensi dell'art. 335 del codice di procedura civile, perché interposti avverso la medesima sentenza.

2. L'appello del Comune di Roma è affidato a un unico motivo, che deduce l'erroneità della sentenza gravata per aver ritenuto insufficiente la predeterminazione dei criteri di valutazione da parte della commissione esaminatrice, e avere perciò accolto il primo motivo del ricorso originario.

L'appello della "Due Ponti" deduce invece tre motivi.

Con il primo, censura la "violazione e falsa applicazione dell'art. 26 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034; error in iudicando e/o in procedendo sull'eccezione per inammissibilità del ricorso per carenza di interesse. Illogicità della motivazione".

Con il secondo, "sotto altro profilo; violazione e falsa applicazione dell'art. 26 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034; error in iudicando e/o in procedendo sulla questione della mancata predeterminazione dei criteri di valutazione anteriormente alla cognizione delle offerte di gara. Mancata valutazione dei contenuti propri della disciplina di gara e della natura dell'appalto-concorso. Illogicità della motivazione".

Con il terzo, "sotto altro profilo; violazione e falsa applicazione dell'art. 26 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034; error in iudicando e/o in procedendo sulla questione della mancata predeterminazione dei criteri di valutazione anteriormente alla cognizione delle offerte di gara. Illogicità della motivazione".

3. In ordine logico, va prioritariamente trattato il primo motivo del secondo appello, ripropositivo di questione preliminare sull'ammissibilità del ricorso di primo grado.

Secondo l'appellante, l'originaria ricorrente non aveva interesse al gravame perché, essendosi classificata terza, non potrebbe comunque conseguire alcun vantaggio dall'accoglimento del ricorso, proposto solo nei confronti dell'aggiudicatario, ma non della seconda classificata.

Siffatta eccezione preliminare, qui riproposta, sarebbe stata invero meritevole di positiva considerazione ove il ricorrente in prime cure avesse dedotto, quale unica censura, quella (in concreto svolta nel motivo non esaminato dal T.A.R., e qui riproposta in via incidentale) concernente l'ammissione in gara del concorrente poi risultato aggiudicatario; in tal caso, infatti, nessuna personale utilità avrebbe potuto trarre il ricorrente dal proprio ricorso, perché, pur con l'esclusione del primo classificato, l'aggiudicazione sarebbe automaticamente spettata al secondo classificato, senza alcuna possibilità di realizzazione dell'interesse del ricorrente, giunto terzo.

Dato invece che nel primo motivo, accolto dal T.A.R., sono dedotte censure atte a inficiare in radice l'operato della commissione giudicatrice e implicanti ripetizione delle relative scelte (peraltro secondo criteri allo stato ancora da predeterminare o specificare), è evidente che sussista l'interesse (c.d. strumentale) della ricorrente in prime cure all'integrale esame del proprio ricorso: sia per ottenere una nuova valutazione di tutte le offerte alla stregua di nuovi o più precisi criteri, e dunque con esiti allo stato imprevedibili e perciò potenzialmente a sé favorevoli; sia per chiedere (con l'appello incidentale) che da detta rinnovazione venga escluso il concorrente di cui assume l'illegittima ammissione in gara, cui ha interesse per la maggior probabilità di vittoria che ne seguirebbe.

In questi sensi va intesa la motivazione resa, sul punto, dalla sentenza appellata, che ha voluto "richiamare la condivisibile giurisprudenza che, ai fini dell'accertamento dell'inutilità della sentenza, esige una rigorosa indagine volta ad escludere la possibilità che, in caso di sopravvenuta soddisfazione dell'interesse pretensivo, residui in capo al ricorrente un interesse anche meramente strumentale ... alla decisione nel merito".

4. Dei tre ulteriori motivi dei due appelli principali è invece opportuno l'esame congiunto, concernendo tutti tali motivi i profili di merito dell'accoglimento, in prime cure, del primo motivo dell'originario ricorso.

Secondo il Comune di Roma, erroneamente la sentenza appellata ha ritenuto che "la necessità di predeterminare i criteri di valutazione dei progetti" sia "consueta nelle procedure concorsuali, indipendentemente dalla specifica configurazione, nelle quali alle regole predeterminate dal bando in maniera più o meno dettagliata, e rivolte sostanzialmente all'esterno, per consentire agli interessati di percepire il contesto generale di riferimento della gara, anche al fine della individuazione della documentazione da produrre e degli elementi cui conferire particolare rilievo nelle domande di partecipazione, si accompagna sempre la successiva delineazione di un altro contesto, che opera sul diverso piano interno, e che attiene alla delimitazione della discrezionalità tecnica di cui è esclusivo attributario l'organo giudicante".

Per detto appellante, i criteri di valutazione delle offerte, nel caso di specie, risultavano tracciati, con sufficiente specificità, nello stesso avviso di gara, di talché non era affatto necessaria una loro previa determinazione, né specificazione, da parte della commissione; la quale perciò legittimamente poteva procedere direttamente alla valutazione delle singole offerte, esaurendone la relativa motivazione con l'attribuzione del punteggio numerico.

Analogamente, in sostanza, anche la "Due Ponti" deduce che - contrariamente a quanto affermato dalla sentenza appellata - il "contenuto dell'avviso pubblico relativo alla gara in questione ... conteneva, invece, tutti gli elementi necessari ai fini della valutazione delle offerte e cioè i criteri generali da tenere in considerazione per valutare le proposte progettuali, il punteggio massimo assegnabile, ed il loro ordine di importanza. Tutti detti criteri, esattamente indicati in numero di cinque ..., risultavano altresì connotati da ulteriori e numerosi sottocriteri e/o specificazioni".

In tesi di detta parte, "appare evidente che i parametri di massima, unitamente ai sottocriteri, all'indicazione del punteggio assegnato, erano da ritenersi sufficienti a connotare l'attività valutativa di tipo discrezionale tecnico della commissione in detto tipo di gara".

Ulteriormente, in particolare con il terzo motivo, l'appello in esame mira ad evidenziare la sufficienza e congruenza della scelta operata dalla commissione ed espressa con l'attribuzione dei differenziati punteggi da cui è scaturito l'esito concorsuale in questa sede impugnato.

5. I motivi in trattazione sono infondati e vanno respinti.

La sentenza di primo grado - anche a voler prescindere dagli ulteriori profili motivazionali, che sono comunque atti a resistere alle censure svolte negli appelli in esame - è ineccepibilmente motivata, in fatto, sul rilievo che "la commissione esaminatrice, nella seduta del 16 maggio 2006, ha evidenziato la necessità di predeterminare i criteri di valutazione dei progetti"; all'evidenza, risultano infatti del tutto vani gli sforzi ermeneutici dell'appellante privato tesi a negare siffatto contenuto ai verbali di gara.

A prescindere, dunque, dalle soggettive valutazioni circa la necessità, o meno, di un intervento integrativo della commissione per predeterminare o specificare i criteri da seguire in sede di valutazione delle offerte, è certo - dato che questo Collegio condivide l'avviso del primo giudice sul punto - che dai verbali risulta che la commissione di gara ritenne, e peraltro in modo del tutto ragionevole, di operare siffatta specificazione dei più generali criteri indicati nell'avviso di gara. Nondimeno, è inconfutabile che tali sottocriteri non furono esplicitati nei verbali, nell'ambito delle operazioni che avrebbero dovuto essere svolte prima dell'apertura delle buste pervenute; il che è come dire, in diritto, che detti sottocriteri non siano mai stati deliberati, nonostante la loro ritenuta opportunità.

L'illegittimità di tale condotta della commissione di gara, del resto, è costantemente affermata in giurisprudenza (cfr. C.d.S., VI, 22 marzo 2007, n. 1369; C.d.S., V, 29 marzo 2006, n. 1590; C.d.S., V, 08 marzo 2005, n. 937; C.d.S., V, 15 marzo 2004, n. 1105; C.d.S., V, 19 febbraio 2003, n. 908; C.d.S., V, 23 luglio 2002, n. 4022).

Ciò basta all'integrale conferma della sentenza appellata.

6. Va infine esaminato l'appello incidentale della "Real Fettuccina F.C.", con cui viene reiterato il secondo motivo di gravame, deducendo che il suo assorbimento in prime cure fu erroneo, per far escludere dalla gara - in vista della sua ripetizione dopo l'annullamento pronunciato dal primo giudice - il soggetto risultato aggiudicatario.

In effetti, l'assorbimento è stato impropriamente operato, giacché - secondo quanto si è già detto in sede di esame dell'eccezione riproposta con il primo motivo dell'appello della "Due Ponti" - l'accoglimento del secondo motivo del ricorso originario dà alla ricorrente maggiori chances di aggiudicazione della gara, in esito alla sua ripetizione; da ciò il persistente interesse al gravame incidentale, pur dopo che sono stati testé disattesi quelli principali.

7. Nel merito, il riproposto motivo di ricorso è fondato.

È incontrovertibile tra le parti in causa che la busta contenente l'offerta della "Due Ponti" - poi risultata aggiudicataria della gara - sia stata aperta, sia pure per errore, dall'ufficio protocollo, prima di essere consegnata alla commissione; deduce l'appellante incidentale che, per ciò solo, il predetto concorrente andava escluso dall'ulteriore corso della selezione, a prescindere dal fatto che la busta contenente la sua domanda e i relativi allegati anche progettuali sia stata poi richiusa, e quand'anche ciò sia avvenuto immediatamente.

In tale situazione, per consolidata giurisprudenza, il concorrente avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

Né rileva, in contrario, la circostanza, del tutto pacifica, che l'apertura della busta non sia soggettivamente imputabile né al concorrente, né alla commissione, ma solo a un errore dell'ufficio del protocollo.

È infatti sufficiente il mero fatto oggettivo dell'apertura di una domanda di partecipazione prima del momento in cui la commissione debba avere cognizione dei relativi contenuti, perché tale offerta vada definitivamente esclusa dal seguito della gara; essendo invece del tutto irrilevante, quand'anche pienamente comprovata e verbalizzata, la circostanza che la commissione non abbia mai preso cognizione del relativo contenuto.

La giurisprudenza, sul punto, è del tutto pacifica (cfr.: C.d.S., V, 23 gennaio 2007 , n. 196; C.d.S., V, 29 agosto 2005 , n. 4407; C.d.S., V, 08 giugno 2000 , n. 3241).

Essendosi accolto, in questa sede, anche il motivo testé esaminato, le operazioni di valutazione andranno ripetute, restandone esclusa la "Due Ponti", da una commissione diversamente composta che, oltre alle modalità operative atte ad assicurare la propria imparzialità, predeterminerà altresì i sottocriteri da applicare nella nuova valutazione delle residue offerte.

8. Si rinvergono, tuttavia, validi motivi per disporre la compensazione integrale delle spese del doppio grado di giudizio fra tutte le parti; sicché deve trovare conferma, in punto di spese di lite, la conforme statuizione resa dalla sentenza appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando, riunisce gli appelli in epigrafe e li respinge.

Accoglie, nei sensi e limiti di cui in motivazione, l'appello incidentale e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza gravata, annulla gli atti impugnati in primo grado, secondo quanto indicato in parte motiva.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma, il 2 dicembre 2008, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in Camera di Consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Cesare Lamberti Presidente f.f.

Filoreto D'Agostino Consigliere

Claudio Marchitello Consigliere

Marzio Branca Consigliere

Nicola Russo Consigliere estensore

L'ESTENSORE

f.to Nicola Russo

IL PRESIDENTE

f.to Cesare Lamberti

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il.....25/02/09.....

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)