

Consiglio di Stato sez. V 24/5/2017 n. 2445

OEPV con confronto a coppie - Utilizzo tabella triangolare all. g dpr 207/2010 - Diviene essenziale per la verifica ex post dei punteggi assegnati - Non è sufficiente sintesi punteggio complessivo nel verbale - Obbligo di allegazione al verbale o rappresentazione nel verbale stesso - Verbalizzazione

N. 02445/2017REG.PROV.COLL.

N. 10004/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10004 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Consorzio Integra Soc. Coop., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dagli avvocati

contro

ASET s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato

nei confronti di

Impresa Generale di Costruzioni Società Cooperativa Braccianti Riminese, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv....., 13.

Ingallina s.r.l., Consorzio Nazionale Coop. di Produzione e Lavoro Circo Menotti s.c.p.a., in persona dei rispettivi rappresentanti legali in carica, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Marche, n. 00758/2016, resa tra le parti, concernente appalto triennale dei lavori di manutenzione delle reti e degli impianti idrici di fognatura e depurazione, reperibilità e pronto intervento nei comuni di Fano, Mondolfo e Monteporzio;

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di ASET s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati.....;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ASET s.p.a. ha indetto una procedura aperta avente ad oggetto l'appalto triennale dei lavori di manutenzione sugli impianti e sulla rete di distribuzione di acquedotto e fognatura del territorio dei Comuni di Fano, Mondolfo e Monteporzio, da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In base alla lex specialis della gara l'offerta vincitrice avrebbe dovuto essere individuata col metodo aggregativo-compensatore, mentre gli elementi di natura qualitativa dell'offerta tecnica avrebbero dovuto essere valutati col sistema del confronto a coppie, ai sensi delle linee guida di cui all'allegato "G" del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

All'esito delle operazioni valutative il Consorzio Integra soc. coop. si è classificato al secondo posto dietro l'Impresa Generale Costruzioni Società Cooperativa Braccianti Riminese, alla quale è stata aggiudicata la commessa.

Ritenendo il provvedimento di aggiudicazione illegittimo, il Consorzio Integra lo ha impugnato davanti al Tribunale amministrativo regionale per le Marche, il quale, con dispositivo di sentenza 16 dicembre, n. 751 e successiva sentenza 30 dicembre 2016, n. 758, ha respinto il ricorso.

Dispositivo e sentenza sono stati impugnati dal Consorzio Integra con appello seguito da motivi aggiunti.

Per resistere al ricorso si sono costituite in giudizio l'ASET e l'Impresa Generale Costruzioni Società Cooperativa Braccianti Riminese.

Con successive memorie le parti hanno ulteriormente illustrati le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 4 maggio 2017, la causa è passata in decisione.

In via pregiudiziale va esaminata la questione di rito prospettata dalle appellate.

Deducono costoro che l'appello sarebbe improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse in quanto:

a) non sarebbe stata formulata (se non irritualmente in quanto introdotta con memoria non notificata alle controparti) apposita domanda volta a ottenere la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato a seguito della sentenza di primo grado, con la conseguenza che quest'ultimo continuerebbe a produrre i propri effetti anche laddove l'aggiudicazione venisse annullata;

b) in ogni caso, nei casi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione implichi la necessità di rinnovare la gara, l'art. 122 cod. proc. amm. non consentirebbe al giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto.

Le due eccezioni sono infondate.

Dispone il menzionato art. 122: "1. Fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta".

Contrariamente a quanto ritenuto dalle parti appellate, la trascritta disposizione configura la dichiarazione di inefficacia del contratto come conseguenza dell'esercizio di un potere officioso riconosciuto al giudice che pronunci l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

In questo caso, infatti, il giudice è chiamato anche a valutare, sulla base dei parametri specificati nella norma, se privare o meno di effetti il contratto stipulato.

Soltanto ai fini dell'eventuale subentro nel rapporto, è richiesta una specifica domanda di parte, come si ricava, oltre che dall'articolo in parola, anche dal successivo articolo 124 cod. proc. amm.

Ne consegue che, ai fini della procedibilità del ricorso, è del tutto indifferente che l'odierno appellante non abbia formulato la domanda finalizzata a sollecitare la dichiarazione di inefficacia del contratto (ovvero l'abbia formulata solo con memoria non notificata alle controparti).

D'altronde, considerato che nel caso di specie l'eventuale accoglimento dell'impugnazione comporterebbe la necessità di ripetere la gara, correttamente non è stata avanzata domanda di subentro.

La tesi, poi, secondo cui, ai sensi del citato art. 122, la dichiarazione di inefficacia del contratto potrebbe essere pronunciata soltanto nelle ipotesi in cui l'annullamento non comporti il travolgimento di tutta la gara, è stata efficacemente smentita da una recentissima sentenza dal Corte di Cassazione alle cui motivazioni, per ragioni di economia processuale, può farsi rinvio (cfr. Cass. Civ., SS.UU., 22 marzo 2017, n. 7295).

L'appello va, quindi, affrontato nel merito.

Col primo motivo di gravame l'appellante deduce che il giudice di prime cure avrebbe errato:

a) nel ritenere che la mancata allegazione al verbale delle operazioni compiute dalla Commissione aggiudicatrice delle tabelle triangolari del confronto a coppie, non sarebbe idonea ad escludere che il detto confronto sia stato materialmente compiuto;

b) ad attribuire rilevanza alle tabelle triangolari depositate in giudizio dalla stazione appaltante.

Occorre preliminarmente rilevare che, diversamente da quanto eccepito dalla ASET, il mezzo di gravame è ammissibile, in quanto non si sostanzia nella mera riproposizione della corrispondente

censura prospettata in primo grado, ma si rivolge contro la motivazione con cui la sentenza ne ha decretato la reiezione, come si ricava chiaramente dalla lettura dei motivi aggiunti.

Ciò precisato, il motivo può essere esaminato nel merito dove risulta fondato.

Allorquando la valutazione degli elementi qualitativi dell'offerta debba compiersi col metodo del confronto a coppie, l'utilizzo della tabella triangolare di cui all'allegato "G" del d.P.R. n. 207 del 2010 diviene essenziale, in quanto costituisce l'unica modalità per verificare, ex post, che i punteggi assegnati siano stati attribuiti conformemente all'esito dei vari confronti a due a due e che i diversi elementi qualitativi siano stati valutati nel rispetto dei principi della logica comparativa e di quelli di coerenza e non contraddizione (Cons. giust. amm., Sez. giurisd., 5 luglio 2016, n. 193).

Non è, dunque, sufficiente che nel verbale di gara si dia atto che il confronto a coppie è avvenuto, occorrendo, invece, che la detta tabella sia in esso rappresentata, ovvero che sia al medesimo formalmente allegata, atteso che il verbale della Commissione di gara, al pari di quello della Commissione di concorso o della Commissione elettorale, costituisce l'esclusivo strumento di documentazione delle operazioni svolte dall'organo collegiale.

La verbalizzazione rappresenta, infatti, la forma necessaria di tutti gli atti della Commissione, i quali in mancanza, non potrebbero dirsi giuridicamente esistenti (Cons. Stato, V, 16 giugno 2005, n. 3166).

Il che esclude che la mancata allegazione al verbale delle tabelle in parola possa costituire, così come ritenuto dal Tribunale amministrativo "una mera irregolarità, superabile attraverso istanza di accesso".

Nel caso di specie, non è contestato che il verbale delle operazioni dalla Commissione giudicatrice non contenga, neppure in allegato, le tabelle triangolari del confronto a coppie e che lo stesso verbale non dia contezza dell'esito di ciascun confronto a due a due delle singole offerte in relazione ad ognuno dei parametri di valutazione.

L'insufficiente verbalizzazione non consente, quindi, di percepire l'iter logico seguito dalla Commissione nel valutare il merito tecnico delle singole offerte, di talché i punteggi attribuiti ai concorrenti risultano del tutto immotivati.

Alla luce delle considerazioni svolte, è, infine, del tutto irrilevante che la stazione appaltante abbia prodotto le tabelle triangolari non allegate al verbale nel corso del giudizio di primo grado.

Difatti, non vi è alcuna certezza che le stesse (peraltro prive di data) siano quelle utilizzate in sede di gara e da cui sono scaturiti i punteggi assegnati ai concorrenti.

Né era configurabile, a carico dell'odierno appellante, alcun onere di impugnare le tabelle prodotte in giudizio dalla stazione appaltante attesa l'inidoneità delle stesse ad integrare il verbale di gara.

L'appello va, pertanto, accolto, con conseguente annullamento del provvedimento impugnato in primo grado e dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato, atteso che quest'ultimo risulta sottoscritto soltanto da pochi mesi (dicembre 2016).

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza nei confronti della ASET, che ha dato causa alla controversia, mentre possono essere compensati nei riguardi dell'Impresa Generale di Costruzioni Società Cooperativa Braccianti Riminese.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della gravata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado. Per conseguenza annulla l'impugnata aggiudicazione e dichiara l'inefficacia del contratto stipulato.

Condanna l'ASET al pagamento delle spese processuali in favore dell'appellante, liquidandole forfettariamente in complessivi € 5.000/00 (cinquemila), oltre accessori di legge.

Compensa le suddette spese nei confronti dell'Impresa Generale di Costruzioni Società Cooperativa Braccianti Riminese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Alessandro Maggio Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO