



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 901 del 2011, proposto da:
Art.co. Servizi Soc.Coop., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Paviotti, con domicilio eletto presso Roberto Paviotti in Roma, via Luigi Canina, 6;

contro

Regione Friuli-Venezia Giulia, rappresentata e difesa dall'avv. Ettore Volpe, con domicilio eletto presso Ufficio Rappresentanza Regione Autonoma Friuli in Roma, piazza Colonna 355;

nei confronti di

Real Time Reporting Srl, Pervoice Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA-GIULIA - TRIESTE
n. 00716/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
SERVIZIO DI TRASCRIZIONE DELLE SEDUTE CONSILIARI

- RIS. DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Friuli-Venezia Giulia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 gennaio 2012 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Andrea Panzarola, su delega dell'avv. Roberto Paviotti e Beatrice Croppo, su delega dell'avv. Ettore Volpe;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Art.co. Servizi soc. coop. impugnava davanti al Tar Friuli-Venezia Giulia, con ricorso integrato da motivi aggiunti, gli atti della procedura ad evidenza pubblica indetta dal Consiglio regionale per l'affidamento del servizio di trascrizione delle sedute consiliari per il triennio 2010-2012, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La ricorrente chiedeva l'annullamento della gara, con le conseguenti statuizioni di annullamento o declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata, instando in subordine per la riedizione della gara ed in via ulteriormente gradata per il risarcimento dei danni subiti. Si doleva della propria collocazione finale della graduatoria, malgrado il prezzo più basso

offerto, al terzo posto, dietro la Real Time Reporting s.r.l. e la Pervoice s.p.a, rispettivamente prima e seconda, censurando sotto vari profili di violazione di legge ed eccesso di potere la procedura di affidamento ed in particolare: per la mancata predeterminazione del valore delle prestazioni e dei parametri di riferimento per la successiva valutazione delle offerte; per l'assenza di qualsiasi elemento di valutazione concernente profili qualitativi; per la fissazione a posteriori, dopo l'apertura delle buste, del criterio di attribuzione dei punteggi e per la loro contrarietà al d.p.r. n. 554/99; per la composizione della commissione in numero pari di componenti; per l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica in seduta segreta. Nel contraddittorio con la stazione appaltante e l'aggiudicataria il Tar ha respinto il ricorso.

La Art.co Servizi appella la decisione del primo giudice, riproponendo le censure e le domande svolte in primo grado.

Resiste la sola Regione Friuli-Venezia Giulia chiedendo il rigetto dell'appello.

All'udienza del 31/1/2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Giunge alla decisione di questo Collegio l'impugnativa avverso la procedura ad evidenza pubblica indetta dal Consiglio regionale del Friuli-Venezia Giulia per l'affidamento del servizio di trascrizione delle sedute consiliari per gli anni 2010-2012, aggiudicato a favore dell'odierna intimata Real Time Reporting s.r.l. e nella quale l'odierna appellante si è classificata al terzo posto.

Nel rigettare le doglianze svolte in primo grado dalla ricorrente Art.co., sopra riportate, il Tar ha così motivato:

- gli atti di autorizzazione di spesa a base della procedura di gara contenevano l'indicazione del valore del servizio e comunque la relativa determinazione non è imposta dalla legge in caso di cottimo fiduciario;
- la richiesta di offerta formulata dalla stazione appaltante indicava i criteri di valutazione dell'offerta economica e cioè: 80 punti per il prezzo e 10 punti per ciascuna delle due ipotesi riduzione del termine di consegna (ordinario o urgente) dei verbali previste dalla legge di gara, nonché la relativa ponderazione, per cui non era necessaria alcuna ulteriore specificazione;
- la doglianza concernente la mancata indicazione di elementi qualitativi, a dispetto del criterio selettivo prescelto, si appalesava generica;
- il cottimo fiduciario non impone la pubblicità dell'apertura delle buste contenenti le offerte, attese l'informalità, né tanto meno la precostituzione di una commissione di gara;

Il presente gravame è affidato ai seguenti quattro motivi:

1) erroneità per avere qualificato la procedura concorsuale indetta dal Consiglio regionale come cottimo fiduciario ex art. 125 d.lgs. n. 163/06, anziché come gara informale, la quale avrebbe pertanto dovuto svolgersi secondo i principi del codice dei contratti pubblici, in particolare di trasparenza e *par condicio*, nel caso di specie vulnerati dalla determinazione del criterio di attribuzione dei punteggi, peraltro

in contrasto con quello imposto dalla legge, dopo l'apertura delle buste;

2) erroneità per avere ritenuto generica la censura in primo grado incentrata sull'assenza di elementi dell'offerta afferenti gli aspetti qualitativi del servizio posto a gara;

3) erroneità per non avere accolto la censura indirizzata alla composizione della commissione, sul rilievo che nel caso di specie sarebbe stata fatta applicazione del Regolamento consiliare per l'acquisizione di beni e servizi, il quale, contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice, prefigura un organo di valutazione monocratico di qualifica dirigenziale, mentre nel caso di specie erano intervenuti il vicesegretario generale ed il responsabile della posizione organizzativa "verbalizzazione e resoconti";

4) erroneità per avere il primo giudice ritenuto non operante il principio di pubblicità delle gare in caso di cottimo fiduciario, e dunque non avere ravvisato alcuna violazione di legge nell'essersi tutte le operazioni di scrutinio delle offerte svolte in seduta segreta.

I motivi di appello vanno logicamente esaminati ripercorrendo l'*iter* procedurale in contestazione, per cui va affrontato prima il motivo sub. 2).

Esso è infondato.

Va al riguardo ricordato che in base al menzionato art. 83, comma 1, d.lgs. n. 163/06, il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa impone alla stazione appaltante di determinare nella legge di gara i criteri di valutazione dell'offerta "*pertinenti alla natura, all'oggetto*

e alle caratteristiche del contratto". Ora, è noto che il sindacato giurisdizionale nei confronti di tale scelta, tipica espressione di discrezionalità tecnico-amministrativa, è consentito unicamente in casi di sviamento e manifesta illogicità, i cui sintomi nel caso di specie non paiono sussistere, posto che gli elementi esplicitati dal Consiglio regionale sin dalla richiesta di offerta (in estrema sintesi: costo per pagina e tempi di consegna delle trascrizioni) appaiono appropriati alle intrinseche caratteristiche del servizio posto a gara, non potendosi poi negare che i termini di consegna dei resoconti delle sedute non paiono importare l'esclusione di profili qualitativi del servizio di trascrizione, sia pure non disgiunti da quelli economici, venendo in rilievo le modalità tecniche di produzione del servizio in questione.

Segue l'esame del motivo sub. 3), che deve essere dichiarato inammissibile perché proposto per la prima volta in appello.

In primo grado la Art.co. si era limitata a dedurre la violazione dell'art. 84, comma 2, d.lgs. n. 163/06, sul rilievo che la commissione era risultata formata da due membri: il vice segretario generale ed il responsabile della posizione organizzativa "verbalizzazione e resoconti.

Il Tar ha disatteso la censura ritenendo applicabile l'art. 4, comma 5, del Regolamento consiliare per le spese in economica, che demanda l'esame e la valutazione delle offerte al dirigente o al predetto responsabile.

Nel censurare tale statuizione, l'appellante si duole della violazione della citata previsione regolamentare, rilevando che le operazioni in

questione sono state nel caso di specie condotte congiuntamente da entrambe le figure anziché da una solo dei due.

Come poc'anzi accennato, il parametro normativo costituito dalla ridetta disposizione del Regolamento consiliare sotto questo profilo non risulta evocato in primo grado, cosicché il motivo di gravame che ad esso fa riferimento si pone in contrasto con l'art. 104 cod. proc. amm.

I motivi sub. 1) e 4), che possono essere esaminati congiuntamente in quanto entrambi indirizzati alla fase di apertura delle buste contenenti le offerte, sono invece fondati.

Occorre innanzitutto sottolineare come non sia condivisibile la premessa maggiore del ragionamento che ha condotto il primo giudice a disattendere le doglianze articolate con il ricorso di primo grado (qui riproposte con i motivi in esame) e cioè che, in estrema sintesi, il cottimo fiduciario si sostanzia in una procedura che per i suoi caratteri di semplicità ed informalità si sottrae all'osservanza delle regole generali che presiedono all'affidamento di contratti pubblici.

Come già affermato da questa Sezione (sent. n. 5454/11), l'assunto è smentito, dal punto di vista letterale, dal richiamo ai *"principi in tema di procedure di affidamento"* contenuto in generale nell'ultimo capoverso dell'art. 125 d.lgs. n. 163/06, e da quello operato specificatamente ai principi di trasparenza e parità di trattamento dal comma 11 della menzionata disposizione per il cottimo fiduciario per servizi di importo superiore (in allora) a 20 mila euro, come quello oggetto del presente giudizio.

L'assunto è parimenti smentito, sul piano logico-sistematico, dalla natura intrinseca di gara, predicabile anche per il cottimo fiduciario, ed in particolare in virtù del confronto competitivo tra più operatori economici che con esso si attua, il quale sarebbe svuotato di significato se i suddetti principi non fossero rispettati. E' ancora il caso di aggiungere sul punto che di recente l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (sent. n. 13/11) ha efficacemente chiarito che per assicurare i ridetti principi di *par condicio* e trasparenza è necessario rispettare il canone di pubblicità anche per l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica.

In forza dei rilievi ora svolti non può in effetti convenirsi con il primo giudice laddove ha ritenuto che il principio di pubblicità delle gare non possa ritenersi operante in quella oggetto di giudizio. Ne consegue giocoforza che l'apertura delle buste contenenti le offerte in seduta segreta è quanto di più antitetico rispetto alle richiamate esigenze di ordine imperativo, giacché impedisce irrimediabilmente ai concorrenti un controllo sul corretto operato della commissione aggiudicatrice.

Giova poi ricordare, in secondo luogo, che l'art. 83, d.lgs. n. 163/06, nella formulazione risultante dal c.d. terzo correttivo al Codice dei contratti (d.lgs. n. 152/08), oltre all'obbligo di stabilire i criteri di valutazione dell'offerta impone di indicare nella legge di gara tutti gli elementi di valutazione delle offerte (eventuali sub-criteri) e la loro incidenza ponderale (sub-pesi o sub-punteggi), nonché le relative specificazioni. La norma in esame, che ha adeguato il nostro

ordinamento ai principi comunitari (cfr. sent. Corte di Giustizia Ue. 24/1/2008 in c. 532/06), è evidentemente finalizzata a garantire, da un lato, che l'offerta predisposta rappresenti il migliore equilibrio qualità/prezzo, così da porre effettivamente i partecipanti alla gara in condizioni di stimare la convenienza del contratto e formulare, anche nell'interesse dell'amministrazione aggiudicatrice, un'offerta appropriata, e, dall'altro lato, che l'attività amministrativa di affidamento di contratti si svolga nell'osservanza dei canoni di trasparenza e parità di trattamento dei concorrenti, impedendo "cambiamenti in corsa", inevitabilmente esposti a sospetti di favoritismi o comunque a considerazioni estranee ai principi di buon andamento, efficienza ed economicità vevoli per i contratti pubblici. Non va trascurato, inoltre, che l'impostazione comunitaria ha condotto la giurisprudenza amministrativa interna ad abbandonare le posizioni più aperte che, prima del "correttivo" del 2008, ammettevano la possibilità di integrare i criteri di aggiudicazione stabiliti nella legge di gara in un momento successivo alla presentazione delle offerte, ma comunque prima della loro apertura, e che avevano condotto all'apertura di una procedura di infrazione davanti alla Corte di Giustizia.

Tanto premesso in diritto, si rileva, in fatto, che dal verbale di apertura delle buste e valutazione delle offerte del 12/1/2010 il seggio di gara, dopo avere dato lettura delle offerte, ha quindi proceduto *"al calcolo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo i punteggi previsti dalla citata richiesta d'offerta, con i seguenti criteri: 1) prezzo per facciata: 80*

punti al costo più basso e poi a scalare proporzionalmente; 2) riduzione del termine di consegna di cui al punto c) del capitolato: 10 punti al termine di consegna più breve e poi, a scalare proporzionalmente; 3) riduzione del termine di consegna di cui al punto d) del capitolato: analogamente al precedente”.

Il che costituisce una evidente violazione del citato art. 83 poiché i criteri di attribuzione dei punteggi sono stati formulati dopo l'apertura delle buste.

Nel rigettare il corrispondente motivo formulato con il ricorso di primo grado il Tar pare avere equivocato i suddetti criteri di attribuzione dei punteggi con gli elementi dell'offerta, questi certamente indicati nella richiesta di offerta, ma in relazione ai quali la specificazione di cui al citato verbale ne ha determinato l'incidenza ponderale, con evidenti riflessi sulla concreta individuazione dell'aggiudicataria.

L'accoglimento dei motivi subb. 1) e 4) comporta dunque che, in riforma della sentenza del Tar, il ricorso di primo grado debba essere accolto, con conseguente annullamento degli atti della procedura di gara.

Venendo alle restanti domande, quella diretta a dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato con la controinteressata non può avere invece la stessa sorte, ostandovi le circostanze, previste dall'art. 122 cod. proc. amm., che il contratto risulta allo stato eseguito per la più gran parte (era infatti stato posto a gara il triennio 2010-2012) e che i vizi riscontrati comportano la rinnovazione della gara. Parimenti non può essere accolta la domanda con cui l'appellante ha instato per detta

rinnovazione, da intendersi quale forma di reintegrazione in forma specifica, visto che all'aggiudicazione è seguita la stipulazione del contratto con la controinteressata.

Residua la tutela risarcitoria, che tuttavia la Art.co. ha espressamente riservato a separato giudizio, da esperire all'esito di questo, subordinatamente al rigetto della domanda di reintegrazione in forma specifica di cui si è ora detto (cfr. a pag. 28 del ricorso in appello).

Per quanto concerne le spese, il Collegio ravvisa giusti motivi per derogare al criterio della soccombenza e disporre la compensazione integrale delle spese del doppio grado di giudizio, vista la complessità ed opinabilità delle questioni in esso trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, annullando gli atti della procedura di gara.

Respinge le restanti domande.

Spese del doppio grado di giudizio integralmente compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/03/2012

IL SEGRETARIO

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