



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 6346 del 2010, proposto da:

Centro Assistenza Servizi Sociali Coop. Soc., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Filippo Martinez, Davide Moscuza e Ulisse Corea, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Roma, via dei Monti Parioli, n. 48;

contro

Comune di Sassuolo, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Simone Addario Solieri, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Adriano Giuffrè in Roma, via Gabriele Camozzi, n. 1; -

nei confronti di

Domus Assistenza Cooperativa Sociale, quale mandataria del R.T.I. con Oltre il Blu Cooperativa Sociale e in proprio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Alberto Della Fontana e Giovan Ludovico Della Fontana, con domicilio eletto presso lo studio del dott. A. Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

per la riforma

del T.A.R. Emilia-Romagna – Bologna, Sezione I, n. 05901/2010, resa tra le parti, di reiezione del ricorso proposto per l'annullamento:

- della determinazione del 17 marzo 2010 n. 207, a firma del Dirigente del Settore 1, Servizi alla Persona, del Comune di Sassuolo, di aggiudicazione definitiva, in favore del raggruppamento controinteressato, della procedura aperta per "l'affidamento dell'appalto del servizio di assistenza domiciliare e di prestazioni relative a trasporti sociali" di cui al bando inviato alla GUCE il 15 maggio 2009;
- della relativa lex specialis, nella parte in cui prevede, quali criteri di valutazione tecnica delle offerte, elementi assuntamente attinenti requisiti soggettivi di partecipazione, ed in particolare i paragrafi 1.B.4) - 1 B.5) - 1.B.7) - 1 C.2) - 1.C.3) del capitolo rubricato sub E, denominato "Criteri di valutazione delle offerte" (pag. 14 del disciplinare di gara);
- del verbale di gara del 22 febbraio 2010, relativo alla valutazione delle offerte tecniche da parte della Commissione giudicatrice, nella parte in cui sono stati assegnati i punteggi relativi ai suddetti criteri di valutazione;
- del verbale di gara del 17 febbraio 2010, nella parte in cui la Commissione giudicatrice ha assuntamente proceduto in seduta non pubblica alla verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte e alla relativa apertura e

verifica del contenuto.

Inoltre per la dichiarazione di inefficacia e/o annullamento e/o nullità del contratto eventualmente stipulato nelle more e per il risarcimento dei danni.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sassuolo e di Domus Assistenza Cooperativa Sociale ;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visto il decreto cautelare 15 luglio 2010 n. 3334;

Vista la propria ordinanza 31 agosto 2010 n. 4120;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2012 il Cons. Antonio Amicuzzi e uditi per le parti gli avvocati Corea, Martinez, Addario e Giovan Ludovico Della Fontana;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con il ricorso in appello in esame il Centro Assistenza Servizi Sociali Coop. Soc. ha chiesto l'annullamento o la riforma della sentenza del T.A.R. in epigrafe indicata, con la quale era stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in favore del raggruppamento controinteressato, della procedura aperta per "l'affidamento dell'appalto del servizio di assistenza domiciliare e di prestazioni relative a trasporti sociali" indetta dal Comune di Sassuolo, nonché della lex specialis (nella parte in cui prevede, quali criteri di valutazione tecnica delle offerte, anche elementi assuntamente attinenti a requisiti soggettivi di partecipazione), di verbali di gara (nella parte in cui sono stati assegnati i punteggi relativi ai suddetti criteri di valutazione e nella parte in cui è stata effettuata in seduta non pubblica la verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte e la apertura e verifica del contenuto). Inoltre è stata chiesta la dichiarazione di inefficacia e/o annullamento e/o nullità del contratto eventualmente stipulato nelle more ed il risarcimento dei danni.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

1.- Il T.A.R. ha disatteso la censura della appellante di illegittimità della previsione contenuta nella lex specialis, perché tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica annoverava elementi pregressi ed inattuali (come il fatturato globale dell'impresa, il fatturato specifico relativo a servizi di assistenza domiciliare, l'anzianità di servizio e la formazione del personale, il numero dei dipendenti) non attinenti alla proposta progettuale da valutare. Ciò nell'errato assunto che alcuni profili di organizzazione soggettiva sono idonei, se non preponderanti, a riverberarsi sulla affidabilità e sulla efficienza della offerta, come nel caso dell'esperienza maturata dal concorrente, potendo rappresentare la qualità della prestazione.

2.- Erroneamente il T.A.R. ha ritenuto che il requisito della solidità economica valutato in base al criterio di cui al punto 1.C, non abbia inciso in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo stabilito per gli altri profili dell'offerta, atteso che l'astratto concetto di non rilevanza di un elemento valutativo all'interno di una gara è nel particolare caso di specie insostenibile.

Neppure è condivisibile quanto asserito in sentenza, con riferimento ai sub criteri di valutazione delle offerte di cui al punto 1.B – Qualificazione del personale, che trattasi di elementi di valutazione della qualità delle offerte che attengono al merito tecnico e costituiscono indubbi criteri di riferimento per l'individuazione della offerta economicamente più vantaggiosa, trattandosi di profili soggettivi.

3.- Erroneamente è stato ritenuto infondato il terzo motivo di ricorso, formulato in via subordinata in primo grado,

con il quale era stato censurato l'operato della commissione che aveva proceduto all'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica in seduta non pubblica.

4.- E' stata anche formulata domanda di rimessione in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella ipotesi che sia considerato legittimo il bando di gara che preveda quali requisiti di valutazione della offerta tecnica elementi che attengono a requisiti soggettivi di partecipazione e che non risultano collegati all'oggetto dell'appalto, al fine di verificare la conformità della norma nazionale all'art. 53, comma 1, lettera a), della direttiva 2004/18/CE.

Con atto depositato il 27.8.2010 si è costituita in giudizio la Domus Assistenza Società Cooperativa Sociale, che in primo luogo ha riproposto la eccezione di inammissibilità del primo motivo di ricorso formulata in primo grado (e non esaminata dal T.A.R.), basata sulla osservazione che la appellante non ha contestato la previsione dei due criteri attinenti alla qualificazione del personale ed alla solidità tecnico economica della impresa, contenuta nel disciplinare, ma solo tre sottocriteri; in secondo luogo ha eccepito la inammissibilità del secondo motivo di appello perché le scelte dell'Amministrazione in materia di predeterminazione dei criteri di valutazione della offerta tecnica sono ampiamente discrezionali e sottratti alla valutazione del G.A., salvo che per manifesta irragionevolezza, arbitrarietà e contraddittorietà, nel caso di specie non sussistente. Nel merito ha dedotto la infondatezza del gravame, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 28.8.2010 si è costituito in giudizio il Comune di Sassuolo, che ha dedotto la infondatezza dell'appello, concludendo per la reiezione.

Con ordinanza 31 agosto 2010, n. 4120 la Sezione ha respinto la istanza di sospensione della sentenza impugnata.

Con memoria depositata il 22.12.2011 la società resistente ha ribadito tesi e richieste ed ha dedotto che il contratto nelle more stipulato ha avuto esecuzione dal 16.9.2010, con, tenuto conto dei tempi tecnici per l'eventuale rinnovo della gara, inesistenza delle condizioni cui l'art. 122 del c.p.a. subordina la pronuncia di inefficacia del contratto.

Con memoria depositata il 22.12.2011 la parte appellante, richiamato quanto statuito dal Consiglio di Stato con l'A.P. n. 13/2011 (circa la necessità che le operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche debbano svolgersi in seduta pubblica), ha chiesto il risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara e stipula del contratto o subentro in quello eventualmente in corso; in subordine ha chiesto la ripetizione delle operazioni di gara inficiate da illegittimità e, in ulteriore subordine, il risarcimento per equivalente, sussistendo i presupposti dell'elemento soggettivo e del nesso causale, sia con riferimento al danno emergente (costi e spese vive per complessivi € 25.127,00) sia al lucro cessante per mancato utile (€ 182.387,60), sia alla perdita di "chance" per danno curricolare (€ 54.716,00). Ancora in subordine ha chiesto che il danno venga determinato in via equitativa.

Con memoria depositata il 23.12.2011 la Domus Assistenza Società Cooperativa Sociale ha replicato alle avverse argomentazioni, evidenziando in particolare che non potrebbe comunque dichiararsi l'inefficacia del contratto e l'annullamento dell'aggiudicazione, stante la circostanza che il contratto stipulato dal R.T.I. resistente ha avuto esecuzione da un anno e quattro mesi.

Con memoria depositata il 24.12.2011 il Comune resistente ha ribadito tesi e richieste, in particolare evidenziando che la parte appellante non ha impugnato la clausola del disciplinare che prevedeva solo due sedute pubbliche, la prima per la verifica della ammissibilità delle ditte concorrenti e la seconda per l'apertura delle offerte economiche, demandando a sedute riservate la valutazione delle offerte tecniche.

Con memoria depositata il 29.12.2011 la parte appellante, premesso che la legge di gara non prevedeva l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata, ha ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 29.12.2011 il Comune resistente ha ribadito tesi e richieste ed ha contestato la

sussistenza degli elementi soggettivi ed oggettivi per il risarcimento del danno.

Alla pubblica udienza del 10.1.2012 il ricorso in appello è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dal Centro Assistenza Servizi Sociali Coop. Soc., di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificata, con la quale è stato respinto il ricorso proposto per l'annullamento del provvedimento del Comune di Sassuolo di aggiudicazione definitiva, in favore del raggruppamento Domus Assistenza Cooperativa Sociale e Oltre il Blu Cooperativa Sociale, della procedura aperta per "l'affidamento dell'appalto del servizio di assistenza domiciliare e di prestazioni relative a trasporti sociali" indetta dal Comune di Sassuolo, nonché della legge di gara (per aver previsto tra i criteri di valutazione tecnica delle offerte, anche elementi assuntamente attinenti a requisiti soggettivi di partecipazione), dei verbali di gara (nella parte in cui sono stati assegnati i punteggi relativi ai suddetti criteri e nella parte in cui è stata effettuata in seduta non pubblica la verifica dell'integrità dei plichi contenenti le offerte tecniche). Inoltre è stata chiesta la dichiarazione di inefficacia e/o annullamento e/o nullità del contratto eventualmente stipulato nelle more ed il risarcimento dei danni in forma specifica o per equivalente.

2.- Con il primo motivo di appello è stato sostenuto che il T.A.R. ha disatteso la censura della appellante di illegittimità della previsione, contenuta nella *lex specialis*, che tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica erano annoverati elementi pregressi ed inattuali (come il fatturato globale dell'impresa, il fatturato specifico relativo a servizi di assistenza domiciliare, l'anzianità di servizio e la formazione del personale, il numero dei dipendenti) non attinenti alla proposta progettuale da valutare. Il Giudice di primo grado, pur riconoscendo che è vietata la commistione tra requisiti di prequalificazione ed elementi di valutazione delle offerte, ha ritenuto che alcuni profili di organizzazione soggettiva sono idonei, se non preponderanti, a riverberarsi sulla affidabilità e sulla efficienza della offerta, come nel caso dell'esperienza maturata dal concorrente, potendo rappresentare la qualità della prestazione.

La tesi sarebbe indivisibile perché il fatturato globale ha la funzione di vagliare la capacità del potenziale offerente dal punto di vista dimensionale, al fine di diminuire il numero dei concorrenti all'appalto, mentre la scelta volta alla aggiudicazione deve essere ancorata a criteri di comparazione tra le offerte al fine di selezionare la migliore; quindi i requisiti soggettivi di ammissione devono rimanere distinti dai criteri di valutazione delle offerte. Peraltro il fatturato globale è idoneo a dimostrare il possesso di esperienza nello specifico settore oggetto di gara ed ha consentito al RTI aggiudicatario di ottenere (potendo vantare un ingente fatturato, anche se non attinente allo specifico settore oggetto di gara) un punteggio tale da risultare vincitore.

Il citato criterio è quindi illegittimo e contrario ai principi di buon andamento cui deve uniformarsi l'attività amministrativa.

Anche gli ulteriori criteri in precedenza elencati non sarebbero collegati in modo diretto all'offerta ed al contratto da eseguire e sarebbero volti a premiare il concorrente non per la proposta progettuale ma per la sua posizione nel mercato.

Né varrebbe il richiamo a giurisprudenza secondo la quale nel settore servizi il divieto di commistione è attenuato (atteso che il *facere* può essere valutato anche in considerazione della pregressa esperienza perché nei casi da essa considerati gli elementi relativi alla esperienza pregressa avevano comunque un collegamento con l'oggetto del contratto, mentre nel caso di specie il fatturato globale e non specifico comunque non è rilevante al riguardo).

Il criterio seguito dalla commissione di gara sarebbe in contrasto anche con l'art. 53, comma 1, lettera a), della direttiva n. 2004/18/CE e con la norma di recepimento (l'art. 83, comma 1, del d. lgs. n. 163/2006), secondo i quali,

nell'ipotesi di aggiudicazione a favore della offerta più vantaggiosa, la scelta del migliore offerente è svincolata dalla sua storia imprenditoriale pregressa, che appartiene alla fase di valutazione dei requisiti soggettivi di partecipazione, ed è collegata alla valutazione della sua idoneità ad eseguire l'appalto, pena la violazione dei principi della concorrenza e della par condicio.

Con il secondo motivo di appello è stato sostenuto che erroneamente il T.A.R. ha ritenuto che il requisito della solidità economica, valutato in base al criterio di cui al punto 1.C, non abbia inciso in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo stabilito per gli altri profili dell'offerta, atteso che l'astratto concetto di non rilevanza di un elemento valutativo all'interno di una gara è insostenibile, posto che i margini di distacco, possono essere anche esigui, come nel caso che occupa (in cui la differenza di 1,93 punti in favore della aggiudicataria per il fatturato globale nel triennio precedente è stata determinante, considerato che il punteggio totale da essa ottenuto è risultato superiore di soli punti 1,12 a quello della appellante, tenuto conto anche che per il fatturato per servizi analoghi la aggiudicataria ha ottenuto un punteggio superiore a quello della appellante).

Comunque non potrebbe aversi riguardo alla esiguità dell'incidenza del criterio di valutazione quando, come nel caso che occupa, è del tutto estraneo e disancorato dall'oggetto della gara.

Neppure sarebbe condivisibile quanto asserito in sentenza (con riferimento ai sub criteri di valutazione delle offerte di cui al punto 1.B – Qualificazione del personale), che sono elementi di valutazione della qualità delle offerte che attengono al merito tecnico e costituiscono indubbi criteri di riferimento per l'individuazione della offerta economicamente più vantaggiosa, atteso che trattasi di profili soggettivi, sia perché l'attribuzione di punteggio in relazione al numero di personale in servizio nell'anno 2008 non è indicativo del personale in servizio alla data di esecuzione del contratto, sia perché il numero dei dipendenti non è funzionale alla migliore organizzazione del servizio (che è oggetto di separata valutazione nel paragrafo A del disciplinare con relativa attribuzione di punteggio), sia perché il capitolato speciale, al punto 15, prevede che la ditta subentrante debba impegnarsi ad accogliere prioritariamente il personale della ditta uscente (sicché il personale dedicato al servizio poteva non essere quello stesso indicato in offerta al fine di ottenere il punteggio).

Analoghe considerazioni possono farsi con riferimento al punto 1.B.5) relativo alla formazione, aggiornamento del personale e quantità e durata delle esperienze formative attinenti ai servizi oggetto di gara e al punto 1.B.4) relativo all'anzianità media di servizio dei dipendenti.

3.- Con riguardo a detti motivi innanzi tutto la Sezione deve valutare la fondatezza della eccezione di inammissibilità degli stessi formulata dalla Domus Assistenza Società Cooperativa Sociale, quanto al primo motivo di ricorso perché la appellante non ha contestato la previsione dei due criteri attinenti alla qualificazione del personale ed alla solidità tecnico economica della impresa, contenuta nel disciplinare, ma solo tre sottocriteri, e, quanto al secondo motivo, perché le scelte dell'Amministrazione in materia di predeterminazione dei criteri di valutazione della offerta tecnica sono ampiamente discrezionali e sottratte alla valutazione del G.A., salvo che per manifesta irragionevolezza, arbitrarietà e contraddittorietà, nel caso di specie non sussistente.

3.1.- La prima di dette eccezioni non è, secondo il Collegio, condivisibile perché sono stati impugnati tre dei sette sub criteri attinenti alla qualificazione del personale e due dei tre subcriteri attinenti alla solidità economica delle imprese in quanto solo essi erano lesivi degli interessi della ricorrente in primo grado ed attuale appellante, atteso che al punto "E. Criteri di valutazione della offerta" del disciplinare di gara, ai punti 1.B (titolato "qualificazione del personale") e 1.C (qualificato "solidità tecnico - economica nel triennio" precedente) erano indicati, dopo dette epigrafi, solo i sottocriteri, senza alcuna previsione di carattere generale relativa alla ritenuta necessità del ricorso ad essi che fosse autonomamente impugnabile.

La seconda eccezione è a sua volta non positivamente valutabile, atteso che la scelta tecnico discrezionale di

prevedere tra i criteri di valutazione tecnica delle offerte, anche elementi attinenti a requisiti soggettivi di partecipazione, appare alla Sezione, come in prosieguo sarà evidenziato, manifestamente irragionevole, atteso che non sono consentiti "criteri di aggiudicazione" che non siano diretti a identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa, ma essenzialmente collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire l'appalto di cui trattasi.

4.- Nel merito i motivi in esame sono fondati.

Tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica sono stati inclusi elementi - il fatturato globale dell'impresa, il fatturato specifico relativo a servizi di assistenza domiciliare, l'anzianità di servizio e la formazione del personale, il numero dei dipendenti - che, se pur non attinenti alla proposta progettuale da valutare, sono stati riconosciuti dal T.A.R. (pur essendo vietata la commistione tra requisiti di prequalificazione ed elementi di valutazione delle offerte) se non preponderanti, idonei ad influire sulla affidabilità e validità della offerta, come nel caso dell'esperienza maturata dal concorrente, essendo indici della qualità della prestazione e della affidabilità della impresa al fine di garantire la efficienza del servizio. Secondo detto Giudice, poiché al requisito del fatturato globale dell'impresa sono stati attribuiti due punti (su sessanta attribuiti alla offerta tecnica) e un punteggio direttamente proporzionale agli altri concorrenti sulla base della formula prevista dalla legge di gara, la previsione è stata ritenuta rispettosa del principio di proporzionalità e quindi legittima.

Ma quello del fatturato globale dell'impresa nel pregresso è, ad avviso della Sezione, un elemento che attiene meramente all'affidabilità dell'offerente attinente propriamente alla fase di qualificazione.

Esso dunque, essendo del tutto estraneo alle caratteristiche ed all'oggetto dell'offerta e del contratto concretamente dedotti in gara (servizio di assistenza domiciliare e prestazioni relative a trasporti sociali), non poteva essere assunto quale legittimo criterio di valutazione della offerta tecnica.

Al riguardo anche la Corte di giustizia CE ha in più occasioni affermato che gli artt. 23, n. 1, 32 e 36, n. 1, della direttiva 92/50 (che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi) ostano a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto dell'esperienza degli offerenti e del loro personale come "criteri di aggiudicazione" (cfr. C.G.C.E., VI, 19.6.2003, in causa C-315/01; id., I, 24.1.2008, in causa C-532/06, punti da 25 a 32).

Quindi, nei casi, come quello di specie, di aggiudicazione secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il punteggio relativo all'offerta tecnica deve essere attribuito solo in funzione della valutazione dell'offerta concernente in termini concreti gli elementi messi a disposizione per l'espletamento del servizio nei confronti della stazione appaltante, con esclusione di qualsiasi considerazione estesa alle qualità generali dei partecipanti. Ciò sia per la necessità di adeguare i criteri al mero oggetto di gara e quindi di contratto (come desumibile dall'interpretazione conforme a ragionevolezza dell'art. 83 del d. lgs. n. 163/2006, laddove precisa che i criteri di valutazione dell'offerta debbano essere pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto), sia in quanto, diversamente, si avrebbe una predeterminazione degli esiti di gara in favore delle imprese di più rilevanti dimensioni, in violazione di principi basilari e fondamentali come la tutela della par condicio e la tutela della concorrenza.

La giurisprudenza formatasi in materia ha ritenuto peraltro che è legittimo prevedere l'attribuzione di punteggi alle esperienze pregresse ai fini della valutazione dell'offerta, soltanto se gli aspetti dell'attività dell'impresa possano illuminare la qualità dell'offerta (Consiglio Stato, sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837) ovvero se tale criterio non abbia influenza decisiva sull'affidamento dell'appalto.

Nel caso di specie l'attribuzione di un massimo di due punti al fatturato globale della concorrente nel triennio precedente, considerato che è anche prevista l'attribuzione di un massimo di due punti per servizi identici

all'oggetto prevalente dell'appalto, appare alla Sezione del tutto inadeguato ad evidenziare la migliore qualità della offerta, relativa alla prestazione di servizi di assistenza domiciliare e di trasporti sociali, in quanto l'aver ottenuto maggiori commesse (anche scollegate dal concreto servizio posto a gara) nel periodo pregresso non si vede come possa rendere maggiormente affidabile la impresa stessa con riguardo ai servizi da svolgere, basati più sulla esperienza specifica e professionalità dei singoli operatori che sulla solidità della impresa.

Il criterio "de quo" ha, peraltro, avuto anche concreta influenza decisiva sull'appalto, consentendo di superare la prova di resistenza, atteso che la differenza di 1,93 punti in favore della aggiudicataria per il fatturato globale nel triennio precedente (il Centro Assistenza Servizi Sociali Coop. Soc. ha conseguito il punteggio di 0,07, mentre la Domus Assistenza Cooperativa Sociale il punteggio di 2) è stata determinante, perché il punteggio totale da essa ottenuto (85,26 punti) è risultato superiore di soli punti 1,12 a quello della appellante (84,14 punti).

Né può condividersi la tesi della società resistente che nel caso di specie detta circostanza sia ininfluenza perché la incidenza significativa sulla determinazione del punteggio complessivo deve essere valutata con riferimento a quella astrattamente prevista dal disciplinare e non a quella assunta in seguito all'esito della gara, che non è prevedibile e determinabile da esso disciplinare, atteso che l'assegnazione di due punti su sessanta al massimo previsti da attribuire all'offerta tecnica deve ex se considerarsi decisivo. E' infatti da considerare ammissibile la previsione del fatturato globale pregresso tra i criteri di valutazione di detta offerta solo se ininfluenza ai fini della aggiudicazione, nel senso che ad esso non sia attribuita autonoma valutazione, ma sia utilizzato solo "ad colorandum" al fine di rafforzare la valutazione di altri criteri, pertinenti alla offerta tecnica; ciò comunque in appalti aventi oggetto diverso da quello di specie, rispetto al quale, si ribadisce, la valutazione del fatturato globale in riferimento all'offerta tecnica è da considerare assolutamente ultroneo.

Le censure in esame devono quindi essere positivamente valutate, con conseguente riconoscimento della fondatezza, con riguardo a detti punti dell'appello, e riforma della impugnata sentenza, con, per l'effetto, accoglimento del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado ed annullamento dei provvedimenti impugnati.

5.- La riconosciuta fondatezza di detti motivi rende inutile la disamina e comporta l'assorbimento del terzo motivo di appello, con il quale è stata l'apertura dei plichi al fine di verificare l'integrità, che deve essere effettuata in seduta pubblica, è avvenuta in seduta non pubblica, come da verbale di gara del 17.2.2010.

Aggiungasi che la censura appare, comunque, oltre che tempestiva (nessun interesse aveva la attuale appellante ad impugnare sul punto la procedura di gara prima dell'aggiudicazione definitiva) ed ammissibile (in quanto non doveva essere impugnato il disciplinare di gara, come escepito dalle controparti, perché, allorché esso prevede che in seduta pubblica sia effettuata la verifica dei requisiti e della regolarità della documentazione prodotta e l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche -stabilendo la valutazione in una o più sedute riservate la valutazione degli elementi dell'offerta diversi dal prezzo- non afferma esplicitamente che la apertura delle offerte tecniche avrebbe dovuto essere effettuata in seduta non pubblica e non violava il principio di trasparenza che deve assistere tale fase della procedura di gara), anche condivisibile.

E stato infatti affermato con sentenza della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 2011 il condivisibile principio che la "verifica della integrità dei plichi" non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela, non solo della parità di trattamento dei concorrenti (ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni), ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti

i plichi, in mancanza di un riscontro immediato. Pertanto l'operazione di apertura della busta dell'offerta tecnica, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituiva passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiedeva di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

6.- L'accoglimento dei sopra evidenziati motivi comporta anche l'assorbimento e la non pertinenza (non potendo la questione influire sull'esito della causa) della richiesta dell'appellante di rimessione del giudizio in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella ipotesi che sia considerato legittimo il bando di gara che preveda quali requisiti di valutazione della offerta tecnica elementi che attengono a requisiti soggettivi di partecipazione e che non risultano collegati all'oggetto dell'appalto, al fine di verificare la conformità della norma nazionale all'art. 53, comma 1, lettera a), della direttiva 2004/18/CE.

Alla stregua delle considerazioni che precedono, deve essere accolto il ricorso nella parte impugnatoria e vanno annullati i provvedimenti impugnati per vizi implicanti la rinnovazione della gara.

Quanto al contratto stipulato nelle more del giudizio va rilevato che esso è stato in parte eseguito e che quindi (avuto riguardo al servizio oggetto dell'appalto) ne deve essere dichiarata la inefficacia ex nunc relativamente al residuo periodo d'originaria durata.

In proposito non può concordarsi con la costituita Domus Assistenza Società Cooperativa Sociale, che ha dedotto che non potrebbe comunque dichiararsi l'inefficacia del contratto e l'annullamento dell'aggiudicazione, stante la circostanza che il contratto stipulato dal R.T.I. resistente ha avuto esecuzione da oltre un anno, sicché l'eventuale ripetizione della gara sarebbe da escludere.

7.- Quanto alla richiesta di risarcimento del danno essa deve essere accolta come da motivazione.

Il risarcimento è stato chiesto mediante reintegrazione in forma specifica con aggiudicazione della gara e stipula del contratto, o subentro in quello eventualmente in corso, in subordine mediante la ripetizione delle operazioni di gara inficiate da illegittimità e, in ulteriore subordine mediante risarcimento per equivalente, sussistendone i presupposti dell'elemento soggettivo e del nesso causale, sia con riferimento al danno emergente (costi e spese vive per complessivi € 25.127,00) sia al lucro cessante per mancato utile (€ 182.387,60), sia alla perdita di "chance" per danno curricolare (€ 54.716,00). Ancora in subordine è stato chiesto che il danno venga determinato in via equitativa.

7.1.- Premette la Sezione che, di norma, all'accoglimento dei motivi di ricorso relativi alla illegittimità delle clausole del bando di gara consegue la reiezione della domanda di risarcimento del danno, non comportando detto accoglimento l'aggiudicazione automatica del contratto alla ricorrente, ma, semplicemente, l'esigenza di ripetizione della gara; la ripetizione dell'attività amministrativa e, quindi, il ripristino della "chance" di aggiudicazione, comportano infatti l'inconfigurabilità di un profilo di danno risarcibile, oltre che in forma specifica, anche per equivalente, perché l'interesse sostanziale connesso all'attività conformativa resa necessaria dalla pronuncia ottemperanda non può trovare soddisfacimento ulteriore rispetto a quello ritraibile dall'integrale ripetizione della procedura di gara (Consiglio Stato, sez. VI, 09 giugno 2009, n. 3571).

7.2.- A diverse conclusioni deve addivenirsi quando, a seguito di declaratoria di illegittimità della "lex specialis", vengono annullate la gara e la aggiudicazione, nonché viene pronunciata la inefficacia del contratto nelle more stipulato, ma solo per il residuo lasso temporale di efficacia dello stesso, stante l'avvenuta esecuzione di parte di esso nelle more del giudizio.

Con riguardo al periodo in cui il contratto ha già avuto esecuzione la parte che ha dovuto partecipare alla gara per poter proporre ricorso giurisdizionale al fine ottenere la declaratoria di illegittimità dei criteri di aggiudicazione, non può più ottenere il risarcimento in forma specifica, sicché deve essere risarcita per equivalente.

7.3.- In caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara può invero essere riconosciuto il risarcimento del danno per perdita di "chance" anche quando non è possibile acquisire certezza della vittoria della impresa che ha ottenuto l'annullamento.

Quest'ultima, anche se non è nella possibilità di dimostrare che in assenza delle illegittimità riscontrate si sarebbe aggiudicata la gara, subisce comunque un danno, avendo perso la possibilità, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione (la "chance"), di aggiudicarsi la gara.

7.4.- Detto danno, sulla cui ascrivibilità al negligente comportamento della stazione appaltante nel caso di specie non possono esservi dubbi, come pure con riguardo alla sussistenza del nesso causale, deve intendersi limitato al ristoro della perdita di "chance" (mancato utile), atteso che, per le ragioni che saranno di seguito esposte, non spetta anche il rimborso delle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente).

Quanto alla perdita di "chance", è configurabile nel caso che occupa la sussistenza di danno risarcibile, perché nonostante la statuizione di illegittimità dell'aggiudicazione di cui trattasi, è certa, per il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione, la impossibilità di adozione di atti conformativi idonei a comportare il pieno ripristino della "chance" del concorrente.

La perdita di "chance" va innanzi tutto rapportata in termini percentuali all'utile conseguibile in ipotesi di aggiudicazione della gara ed esecuzione dell'appalto: utile che, può individuarsi in quello dichiarato dalla impresa all'atto della presentazione della offerta o desumibile dal tenore complessivo di essa; in difetto di tali elementi, quanto al caso di specie, appare equa una misura dell'8% rispetto all'importo posto a base d'asta, ribassato in base alla offerta.

Tale quantificazione va poi congruamente ridotta, sia perché non può essere che riferita solo al lasso temporale corrispondente al periodo di servizio già svolto, sia perché si tratta di risarcire una mera chance di aggiudicazione, ed è quindi da dividere per il numero dei partecipanti ammessi alla gara (tre), sia perché la parte appellante non ha dimostrato di essere stata nell'impossibilità di utilizzare, durante il tempo di esecuzione del servizio per cui è giudizio, mezzi e maestranze per l'espletamento di altri e diversi servizi.

A quest'ultimo proposito il mancato utile spetta al ricorrente solo se dimostra di non aver potuto utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della aggiudicazione; in difetto di tale dimostrazione, che compete comunque al concorrente fornire, è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori o servizi e da qui la decurtazione di una misura a titolo di "aliunde perceptum vel percipiendum" (cfr. Consiglio di Stato VI, 21 settembre 2010, n. 7004).

Di conseguenza la somma da corrispondere va ulteriormente ridotta, in misura pari alla metà per la cennata mancata prova.

Spetta infine alla appellante un ulteriore 1 % dell'importo posto a base d'asta, ribassato dall'offerta presentata, ed anche esso rapportato in misura percentuale corrispondente al periodo di efficacia del contratto, a titolo di perdita di chance per danno curriculare, di cui pure l'appellante ha domandato il ristoro.

7.5.- Quanto al danno emergente si osserva che esso, consistente nelle spese sostenute per la partecipazione alla gara di cui trattasi, non è risarcibile in favore dell'impresa che lamenta la mancata aggiudicazione dell'appalto (o anche la sola perdita della relativa chance).

La partecipazione alle gare pubbliche di appalto comporta infatti per le imprese costi che, di norma, restano a carico delle medesime sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione.

Con riguardo a detti costi di partecipazione alla gara, nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del lucro cessante per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti

per il risarcimento, atteso che mediante esso non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Consiglio Stato, sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681).

7.6.- Le considerazioni sopra effettuate escludono infine la possibilità di accoglimento della richiesta di risarcimento in via equitativa, ex art. 1226 c.c., perché tale norma presuppone l'impossibilità di provare l'ammontare preciso del pregiudizio subito.

7.7.- Sulle somme dovute per lucro cessante spettano gli interessi e la rivalutazione, come per legge.

7.8.- Ai fini della relativa concreta quantificazione del riconosciuto risarcimento può applicarsi il disposto di cui all'art. 34, comma 4, c.p.a., in base al quale, in caso di condanna pecuniaria, il Giudice può, in mancanza di opposizione delle parti, stabilire i criteri in base ai quali il debitore deve proporre a favore del creditore il pagamento di una somma entro un congruo termine. Se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, con il ricorso previsto dal Titolo I del Libro IV, possono essere chiesti la determinazione della somma dovuta ovvero l'adempimento degli obblighi ineseguiti.

Il Comune di Sassuolo è quindi tenuto a proporre alla parte appellante il pagamento della somma dovuta a titolo di risarcimento danni, quantificata secondo i criteri sopra indicati, entro il termine di 90 giorni dalla comunicazione in via amministrativa o dalla notificazione, se anteriore, della presente sentenza, decorso inutilmente il quale detta parte potrà proporre ricorso per ottemperanza.

8.- L'appello deve essere conclusivamente accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso introduttivo del giudizio in primo grado nei termini di cui sopra.

9.- Nella complessità e parziale novità delle questioni trattate il Collegio ravvisa eccezionali ragioni per compensare, ai sensi degli artt. 26, co. 1, c.p.a e 92, co. 2, c.p.c., le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie nei termini di cui in motivazione l'appello ed il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il 17/10/2012

IL SEGRETARIO

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