



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 2181 del 2018, proposto da Air Liquide Sanità Service S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Brunetti, Alfredo Vitale, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Studio Legale Chiomenti in Roma, via Xxiv Maggio n. 43;

contro

Rivoira Pharma S.r.l., Sol S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Andrea Zanetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18; Azienda Ospedaliero Universitaria San Luigi Gonzaga non costituito in giudizio;

nei confronti

Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino, Azienda Sanitaria Locale To 3, Azienda Sanitaria Locale To1, Linde Medicale S.r.l. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) n. 133/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rivoira Pharma S.r.l. e di Sol S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 settembre 2018 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Filippo Brunetti e Andrea Zanetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente gravame, la società AIR LIQUIDE SANITÀ SERVICE S.p.A. chiede:

- la riforma della sentenza del TAR con cui, in accoglimento parziale del ricorso della odierna appellata la RIVOIRA PHARMA S.r.l. (designata mandante del costituendo raggruppamento con SOL S.p.A.), ha annullato il bando e tutti i conseguenti atti della Commissione Giudicatrice – ivi compresa l'aggiudicazione definitiva – relativi alla procedura aperta con l'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti offerta economica - 30 punti offerta tecnica) per la fornitura di Ossigeno, di Gas medicinali e tecnici e dei Servizi connessi per l'A.S.L. TO 1, l'A.S.L. TO 3, l'A.O. ORDINE MAURIZIANO e l'A.O.U. SAN LUIGI GONZAGA (CIG 636335784F), per un importo a base d'asta annuo pari ad € 1.173.000,00 e della durata prevista di 60 mesi (oltre opzione di rinnovo per altri 24 mesi);
- la declaratoria di inefficacia dei contratti che fossero stati eventualmente stipulati dalla controinteressata con le quattro singole intime Amministrazioni;
- la condanna di ciascuna delle predette Amministrazioni a disporre il subentro nei

rispettivi contratti in favore delle ricorrenti.

L'appello è affidato alla denuncia di due rubriche di gravame relativi:

1. alla mancata rilevazione dell'inammissibilità/improcedibilità per tardività del ricorso.
2. all'errata ed omessa motivazione relativamente all'infondatezza del secondo motivo di ricorso proposto in via subordinata dalla ricorrente in primo grado, con cui la Rivoira Pharma aveva censurato sotto cinque rubriche la violazione dell'art. 83, comma 4, D.lgs. 163/2006, degli artt. 39 e 64 c.p.a, dell'art. 100 c.p.c e dell'art. 53, par. 2, Dir. 2004/18, nonché erronea valutazione dell'offerta tecnica di Air Liquide in relazione ai serbatoi criogenici in violazione e falsa applicazione dell'art. 64 c.p.a..

L'appellante chiede, altresì, l'eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'UE ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, al fine di chiedere alla Corte di Giustizia di formulare un parere sull'interpretazione del diritto europeo ed, in particolare, la conformità all'art. 54 della direttiva 17/2004/CE ed all'art. 83 del D.lgs. 163/2006:

- dell'interpretazione per cui la “*discrezionalità amministrativa di disciplina della gara non è vincolata solo all'obbligo di predeterminare criteri di attribuzione e graduazione dei punteggi qualitativi?*” o, in subordine, della sussistenza di un obbligo non solo di predeterminare criteri di attribuzione e graduazione dei punteggi qualitativi trasparenti e non discriminatori, ma anche di fissare sub-criteri; e/o se, nel caso,
- l'eventuale omissione di fissazione dei sub-pesi relativi ai sub-criteri, se in difetto, tale omissione possa essere sopperita, con salvezza dell'operato svolto, da una motivazione analitica, discorsiva e verificabile ex post.

La Rivoira Pharma S.r.l., costituitasi in giudizio in data 21 marzo 2018 con memoria del 18 aprile 2006, ha riproposto ai sensi dell'art. 101 c.p.a. le censure di



primo grado ed altresì ha confutato le argomentazioni di controparte – con i successivi depositi in data 23 e 26 aprile 2018 – e versato in causa gli atti del procedimento a sostegno delle proprie argomentazioni.

Con memoria di replica del 31 agosto 2018, l'appellante ha confutato le tesi dell'appellata, sottolineato le proprie e insistito per l'accoglimento dell'appello.

Uditi all'udienza pubblica di discussione i difensori delle parti, l'appello è stato ritenuto in decisione dal collegio.

Con replica dell'01.09.2018, l'appellata ha contestato l'ammissibilità per tardività della memoria dell'appellante che, non avendo l'appellata prodotto memoria per l'Udienza pubblica, non avrebbe potuto essere qualificata “di replica” ai sensi dell'art. 73 c.p.a. .

Chiamata all'Udienza pubblica di discussione, la causa è stata ritenuta in decisione dal Collegio.

DIRITTO

Nell'ordine logico delle questioni deve essere affrontato *in primis* il ricorso principale.

1.§. Al riguardo si annota che – per ragioni di economia espositiva – il primo, il secondo ed il quinto motivo dell'appello principale devono essere esaminati unitariamente, in quanto attingono ad un nucleo ontologicamente unitario.

1.§.1. Per l'Air Liquide, la sentenza appellata avrebbe erroneamente accolto il secondo motivo di ricorso formulato “in via subordinata”, con cui le ricorrenti avevano fatto valere l'interesse strumentale all'annullamento della gara, sostenendo che in violazione dell'art. 83, comma 4, D.lgs. 163/2006 la Commissione di gara avrebbe illegittimamente specificato i tre sotto-criteri motivazionali nei quali si articolava il parametro di valutazione qualitativa “*Qualità del servizio di site management*” (punteggio massimo 18 punti) senza tuttavia specificare il sub-peso



specifico di ciascuno di questi tre sotto-criteri.

In particolare, la sentenza impugnata:

-- avrebbe erroneamente disatteso l'eccezione della Stazione Appaltante e dall'appellante di tardività della censura che, in quanto suscettibile d'incidere sulla predisposizione dell'offerta, avrebbe dovuto essere proposta avverso il bando nel termine decadenziale dalla pubblicazione;

-- non avrebbe rilevato l'ambiguità di fondo dell'azione avversaria che, da un lato, sarebbe stata diretta ad ottenere la riedizione dell'intera procedura selettiva, ed al contempo – al solo fine di eludere l'onere della prova circa la sussistenza del proprio interesse ad agire e la tardività dell'impugnazione avverso l'omessa fissazione di sub-punteggi relativi ai sub-criteri – avrebbe censurato le valutazioni della Commissione di gara sul sotto-criterio A2, senza tener conto dell'ampia motivazione adottata dalla Commissione e dell'iter logico seguito nell'attribuzione del punteggio.

1.§. 2. Il TAR avrebbe anche omesso di valutare che la problematica dei sub-punteggi (i.e.: della sub-ponderazione dei criteri di valutazione) sarebbe stata espressamente affrontata dalla Stazione Appaltante in sede di risposta al quesito 16, nel quale l'Amministrazione aveva affermato di non avere ritenuto necessario una ulteriore sub-suddivisione in sub-pesi della ponderazione attribuita ai tre criteri di valutazione qualitativi. Ma tale chiarimento non sarebbe stato tempestivamente impugnato dalla ricorrente in primo grado, con conseguente inammissibilità dell'intero ricorso di primo grado.

1.§.3. Con la quinta rubrica, nella medesima logica, si assume che il TAR non si sarebbe accorto che, nel merito, il secondo motivo del ricorso di primo grado sarebbe stato manifestamente strumentale ed anche infondato, in quanto orientato ad un vuoto formalismo e basato su una lettura falsata e parziale della disciplina



degli atti di gara, dell'art. 83, comma 4, D.lgs. 163/2006 e dell'art. 53, par. 2, Dir. 2004/18. Nella specie, la disciplina di gara prevedeva una compiuta graduazione in 11 livelli dei giudizi (da assente ad eccellente) cui era collegato un predeterminato meccanismo di trasformazione dei giudizi in punti, per cui non vi sarebbe stata alcuna violazione e falsa applicazione dell'art. 83 in parola.

In ogni caso, il processo valutativo *ex post* sarebbe stato ampiamente motivato, per cui la mancata previsione di sub-pesi e sub-punteggi per ciascun criterio di valutazione qualitativa dell'offerta non sarebbe stato indice di indeterminatezza dei criteri di valutazione, come sarebbe dimostrato dall'espressione «*ove necessario*» dell'art. 83, comma 4, del Codice dei contratti pubblici.

La giurisprudenza avrebbe affermato che i criteri di valutazione delle offerte, ivi compreso il peso da attribuire a tali singoli elementi specificamente indicati nella *lex specialis*, sarebbero espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge alla Stazione Appaltante (Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 2015, n. 3105; *id.*, sez. III, 2 maggio 2016, n. 1661; *id.*, sez. V, 8 aprile 2014 n. 1668). Nella specie, la mancata indicazione dei sub-pesi dei sub-elementi A1, A2, A3 sarebbe dunque stata una specifica, non irragionevole, scelta discrezionale dell'Amministrazione.

L'art. 53 della Dir. 2004/18 richiederebbe la predeterminazione della ponderazione relativa dei criteri senza imporre sub-criteri. Con un'erronea rappresentazione dei presupposti di fatto, la sentenza avrebbe affermato che: “*Nel caso in esame invece la Commissione ha effettuato una non consentita modificazione/integrazione dei sub-punteggi, introducendo la pesatura dei sub-criteri di valutazione, colmando così una lacuna della lex specialis*”, mentre il seggio di gara, invece, si sarebbe solo limitato ad applicare la disciplina di gara senza modificarla in alcun modo. Il criterio di valutazione qualitativa “A” sarebbe stato dunque unico e i tre relativi sotto-criteri sarebbero meri criteri motivazionali, e non sotto-criteri di valutazione.

Nella specie, la mancata previsione nella disciplina di gara di una griglia di sub-punteggi non potrebbe condurre a ritenere illegittima l'intera gara e/o l'operato della Commissione che avrebbe utilizzato la c.d. "motivazione discorsiva".

La sentenza impugnata è erronea anche laddove annulla gli atti impugnati – *in primis* il bando – ed impone la ripetizione della gara, mentre al riscontro dell'illegittimità della valutazione delle offerte tecniche non necessariamente avrebbe dovuto conseguire l'annullamento dell'intera gara (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1332), in forza del principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici.

1.§.4. Tutti i motivi sono infondati.

Come esattamente ricordato in sede di processo cautelare (cfr. Cons. Stato, sez. III, 15.09.2017, n. 3917): *“il bando di gara non contiene la predeterminazione dei sub-punteggi relativi ai singoli sub-criteri relativi al parametro A) ivi individuati, e tale determinazione - per espressa previsione normativa - compete alla sola stazione appaltante e non può essere rimessa alla valutazione della Commissione giudicatrice garantendo l'imparzialità delle valutazioni nella essenziale tutela della par condicio tra i concorrenti, i quali sono tutti messi in condizione di formulare un'offerta che consenta di concorrere effettivamente alla aggiudicazione del contratto in gara (cfr. tra le tante, Cons. Stato, sez. V, 12.06.2012, n. 3445; Cons. Stato, sez. V, 13.05.2014, n. 2430; Cons. Stato, sez. V, 24.07.2014, n. 3940; Cons. Stato, sez. VI, 04.09.2014, n. 4514)”*.

La procedura seguita dalla Stazione Appaltante appare, dunque, in diretta ed inequivocabile violazione della lettera dell'art. 83 del (pro tempore vigente) D.lgs. n. 163/2006 che:

-- al secondo comma disponeva che: *“Fatte salve le disposizioni del terzo comma, nel caso previsto al paragrafo 1, lettera a), l'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, la ponderazione*

relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa”.

-- al quarto comma, primo periodo, espressamente stabiliva che:” *Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri e i sub-pesi o i sub-punteggi.”*

Sotto il vigore del precedente codice, non era obbligatorio articolare *ex ante* il paradigma di giudizio in sotto-criteri e stabilire i sub-punteggi ma, in tal caso, la scelta di adottare sotto-parametri andava fatta esclusivamente in sede di bando per la fondamentale ragione che la Stazione Appaltante era pur sempre il committente, futuro beneficiario delle prestazioni dell'appalto.

L'ampia discrezionalità attribuita dalla legge alla Stazione Appaltante, ricordata dall'appellante nel quinto motivo, le consentiva in alternativa:

-- o di predeterminare nel bando i criteri, i sub-criteri, sub-pesi dei sub-elementi A1, A2, A3, ecc. ovvero

-- di non far luogo in sede di bando all'indicazione dei criteri, sub-pesi, ecc. ma, una volta adottata tale determinazione, la Commissione avrebbe poi dovuto strettamente attenersi a tale determinazione.

Tale conclusione del resto, a scanso di equivoci, era confermata proprio dal secondo periodo del detto comma (ed oggi analogamente dall'art. 95, comma 9, D.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.) per cui: *“Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara”.*

Pertanto l'art. 83 imponeva di norma la preventiva adozione dei sub-criteri e in via di eccezione, ma solo per il caso dell'impossibilità soggettiva degli stessi, che l'Amministrazione facesse luogo al sub-procedimento di messa a punto degli stessi a mezzo di esperti esterni.



In definitiva, il diritto comunitario – a presidio della *par condicio*, dell'imparzialità e della trasparenza della valutazione delle offerte e del buon andamento dei servizi pubblici ai cittadini – pone il principio per cui tutti i meccanismi con i quali operare in concreto la retribuzione dei punteggi debbano di norma essere individuati nell'atto di indizione della procedura, e comunque in un momento antecedente alla scadenza delle offerte.

Del resto, nel caso in esame appare del tutto contraddittorio il comportamento dell'Azienda Ospedaliera Universitaria che prima aveva affermato nei chiarimenti di non avere ritenuto necessario una ulteriore sub-suddivisione in sub-pesi della ponderazione attribuita ai tre criteri di valutazione qualitativi, ma poi aveva senz'altro approvato gli atti della Commissione.

A tale proposito, del tutto infondatamente con il secondo motivo, l'appellante afferma che la Rivoira Pharma avrebbe dovuto impugnare tempestivamente i chiarimenti in risposta al quesito n. 16, per evitare la tardività del gravame di prime cure.

Al contrario tale chiarimento, in relazione allo stato del procedimento di gara, era di per sé comunque insuscettibile di ledere gli interessi della Rivoira Pharma in quel momento.

Nel caso, infatti, la lamentata lesione in sede di gravame non derivava affatto dal chiarimento ma, al contrario, proprio dall'illegittima successiva addizione – da parte della Commissione giudicatrice – di ulteriori sub-criteri e, in tale senso, era comunque divenuta attuale e diretta solo all'esito della successiva concreta valutazione delle offerte.

Sotto il profilo dell'eccesso di potere per sviamento e violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, non è irrilevante – ai fini della presente decisione – che l'articolazione dei sotto-criteri da parte della Commissione non era avvenute a

buste chiuse, ma “*a conclusione dei lavori di valutazione svoltesi nelle summenzionate sedute e valutata la documentazione tecnica presentata a seguito delle richieste di chiarimenti trasmesse...*” (così il verbale n. 2 della Commissione cit. pag. 2).

In sostanza la Commissione avrebbe prima esaminato le offerte e poi proceduto a fissare i sotto-criteri dopo aver comunque, direttamente o indirettamente, conosciuto i differenti aspetti delle varie proposte, e quindi potuto apprezzare nella sostanza le offerte tecniche (come risulta dal verbale n. 2 riepilogativo del 4.10.2016).

Tale modalità di gestione della gara, in relazione alla natura del tutto ordinaria sotto il profilo tecnico-prestazionale dell'appalto in questione, appare dunque una palese violazione non solo del cit. art. 83 dell'abrogato Codice dei Contratti, ma dei più elementari principi di imparzialità, trasparenza e *par condicio*.

Anche la sopravvenuta Direttiva 2014/25 ed il nuovo codice all'art. 95, comma 8, del cit. D.lgs. n. 50) ha previsto che, nei casi in cui in ragione del peculiare carattere di innovatività del futuro contratto, le Stazioni Appaltanti ritengano “*...la ponderazione di cui al comma 8 non possibile per ragioni oggettive*”, chiaramente di natura tecnica o economica, l'Amministrazione possa prescindere, indicando in sede di bando solo l'ordine decrescente di importanza dei criteri. Al riguardo, la Corte giustizia UE (cfr. sez. IV, 14.07.2016, n. 6) ha ammesso che, in taluni casi, l'organo competente a valutare le offerte possa disporre di una certa libertà nell'esecuzione del suo compito e nella strutturazione del proprio metodo lavoro di esame e di analisi delle offerte presentate, ma tale possibilità concerne esclusivamente i casi nei quali, per la peculiarità del contratto, la determinazione di tali metodi non sia concretamente possibile “*...per ragioni dimostrabili prima dell'apertura delle offerte*”.

Il ricorso della Stazione Appaltante alla facoltà di specificare i sub-criteri in un momento successivo a bando, non solo deve essere dichiarato, giustificato e



motivato nel bando stesso in relazione alla natura del contratto, ma in ogni caso la determinazione dei criteri deve comunque essere effettuata antecedentemente all'apertura delle offerte.

Nel caso in esame, dunque, era comunque preclusa alla Commissione di gara la specificazione dei criteri di assegnazione dei punteggi dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte, poiché tale *modus procedendi* era contrario alle vigenti norme generali poste a tutela della imparzialità delle valutazioni e della *par condicio* dei concorrenti: l'acquisita preliminare conoscenza delle offerte costituisce infatti elemento potenzialmente deviante, in quanto mette in condizione la Commissione di plasmare i criteri o i parametri specificativi, adattandoli ai caratteri specifici delle offerte, conosciute o conoscibili, sì da sortire un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una o più imprese (cfr. Cons. Stato, sez. III, 07 dicembre 2017, n. 5781).

Proprio il fatto che la Commissione abbia proceduto ad inserire i sub-criteri in questione successivamente all'apertura delle offerte tecniche, preclude dunque, in linea di principio, ogni possibile riedizione delle valutazioni.

In relazione a tale profilo si deve annotare che, del tutto contraddittoriamente, il bando riuniva in un'unica categoria, estremamente ampia e generica, quale la "Qualità del servizio", elementi dell'offerta del tutto eterogenei tra loro (profili informatici, modalità di stoccaggio, trasporti, ecc.) rispetto ai quali l'articolazione di sotto-criteri di valutazione non assumeva affatto il rilievo di "criteri motivazionali", ma di veri e propri paradigmi differenziati di giudizio.

Sotto il profilo sostanziale, la Commissione ha infatti ritenuto di far luogo ad un'ulteriore declinazione del criterio di valutazione qualitativa "A" relativa alla "Qualità del servizio di site management" (punteggio massimo 18 punti) attraverso la suddivisione in ulteriori elementi dei tre profili previsti dal bando all'art.11: A1)

informatizzazione etc., A2) Organizzazione logistica etc., A3) Programmazione, etc..

L'obiettivo carenza del bando sul punto e l'inserimento dei sub-criteri successivamente all'apertura delle buste precludono dunque, in linea di principio, ogni possibile riedizione delle valutazioni, come assume – del tutto infondatamente – l'appellante Air Liquide con il quinto motivo.

La mancata previsione nel bando di gara di una griglia di sub-punteggi non poteva non condurre a ritenere illegittima l'intera gara, essendo al riguardo del tutto irrilevante la c.d. “motivazione discorsiva”.

Le modalità temporali e sostanziali con cui la Commissione ha proceduto alla fissazione dei criteri successivamente all'apertura delle buste preclude, dunque, ogni possibile applicazione del principio di conservazione degli atti giuridici.

Tutti i motivi vanno pertanto disattesi e per l'effetto, nei profili considerati, la sentenza di annullamento dell'intero procedimento di gara in questione merita integrale conferma.

2.§. Con la terza rubrica si deducono tre profili, tutti infondati, che tuttavia appare necessario esaminare partitamente.

2.§.1. Erroneamente il TAR avrebbe rigettato l'eccezione d'inammissibilità per omesso superamento della c.d. “prova di resistenza”, affermando che questa sarebbe richiesta soltanto quando l'impugnazione dell'aggiudicazione non afferisca ad aspetti sostanziali o formali mirati alla rinnovazione della gara stessa e richiamando in tal senso anche l'ordinanza cautelare del Consiglio di Stato intervenuta *inter partes*.

Al contrario, per l'appellante il c.d. “interesse strumentale alla rinnovazione della gara”, riguardato nella sua mera oggettività, non sarebbe altro che un generico interesse al rispetto della legalità, paludato con l'utilità di ripetere la procedura che



integrerebbe un interesse ad agire, come del resto ritenuto da un preciso filone giurisprudenziale. Il TAR, in violazione degli artt. 39 c.p.a. e 100 c.p.c. e quindi dei principi in tema d'intesse ad agire, avrebbe erroneamente trasformato l'intesse strumentale in mero interesse al rispetto della legalità.

In conclusione, il ricorso – in relazione al secondo motivo di ricorso ed ai successivi motivi aggiunti relativi all'attribuzione del punteggio per il sub-criterio A2 – non avrebbe superato comunque la prova di resistenza perché sarebbe mancata la prova che la ricorrente in primo grado, al 2° posto nella graduatoria, avrebbe conseguito l'aggiudicazione a fronte di una diversa formulazione degli atti.

L'assunto non ha pregio.

Come è noto, la verifica positiva della sussistenza dell'interesse all'impugnativa comporta che l'effettiva utilità al ricorrente, conseguente all'annullamento degli atti gravati, possa essere identificata non solo nel conseguimento dell'aggiudicazione vera e propria dell'appalto pubblico, ma – in subordine – possa consistere anche solo nella mera rinnovazione della gara.

Ciò posto, non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza quando le censure proposte sono dirette non solo al conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, ma anche ad ottenere, in via subordinata, l'annullamento dell'intera procedura.

Ciò è tanto più vero nell'ipotesi in cui oggetto di censura sono le stesse regole fondamentali poste a fondamento della valutazione delle offerte, sulla cui base si è svolta la selezione, e le dette regole siano state il frutto di procedure errate e scarsamente intelligibili che abbiano minato l'intero esito del confronto competitivo. L'*utilitas* – che in ipotesi siffatte la parte ricorrente in giudizio può ritrarre – è quella della rinnovazione della gara, interesse strumentale che la Corte di Giustizia UE riconosce, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti



pubblici, come meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. Cons. Stato, sez. III, 16 aprile 2018, n. 2258).

2.§.2. Alla luce delle considerazioni che precedono, deve essere respinto il secondo profilo in quanto:

-- è del tutto inesatto che il TAR avrebbe superato i limiti esterni del sindacato giurisdizionale invadendo la sfera di discrezionalità dell'Amministrazione;

-- che, anche ai sensi dell'art. 64 c.p.a., sarebbe stato onere della ricorrente dimostrare che, a fronte di una diversa formulazione degli atti, avrebbe conseguito l'aggiudicazione e, solo nei motivi aggiunti, si sarebbe limitata ad evidenziare la pretesa illegittimità del giudizio della Commissione con riferimento al sottoparametro A2. In altri termini:

-- Il TAR ha correttamente sanzionato l'illegittimità del procedimento valutativo senza entrare nel merito delle valutazioni e in ogni caso a prescindere dal fatto che l'accoglimento era limitato alla domanda subordinata di rinnovazione del procedimento;

-- Inoltre, quanto al secondo profilo, oltre alle risolventi considerazioni di cui al punto che precede, comunque la Rivoira Pharma si era collocata al 2° posto nella graduatoria e quindi non doveva affatto dimostrare il suo interesse concreto che, nel caso, era *in re ipsa*.

2.§.3. Sulla scia delle considerazioni che precedono, è poi evidente che – nel caso di specie – il TAR non ha affatto violato il c.d. “principio di strumentalità delle forme” in quanto, contrariamente a quanto mostra di affermare l'appellante, l'invalidità insanabile degli atti della Commissione precludeva nel caso ogni possibile considerazione del principio di conservazione.

Restando al riguardo del tutto inconferente l'ampia dettagliata motivazione discorsiva dei giudizi complessivamente resi.



3.§. Sotto il profilo dell'eccesso di potere, è rilevante la censura relativa alla violazione dell'articolo 78 del D.lgs. n. 163/2006, contenuta nel ricorso introduttivo, non esaminata dal TAR per assorbimento implicito e riproposta dall'appellata Rivoira Pharma in via incidentale in questa sede ai sensi dell'articolo 101, comma 2, per cui illegittimamente la Commissione non avrebbe redatto alcun verbale delle sedute dei giorni 25 ottobre 2016, 9 novembre 2016, 21 novembre 2016, 1 dicembre 2016, 11 gennaio 2017, 6 febbraio 2017, 15 febbraio 2017 22 febbraio 2017, e solo nel verbale del 14 marzo 2017, si sarebbe limitata ad indicare – con un'espressione di stile meramente tautologica – solo le date delle sedute senza altri dettagli e senza descrivere nemmeno come si sarebbe di volta in volta svolta la valutazione delle offerte tecniche e cosa sarebbe accaduto nelle singole adunanze.

Anche se si volesse ritenere che la Commissione poteva redigere un unico verbale relativo più sedute, ciò non toglie che in tale sede avrebbero dovuto essere descritte – anche sinteticamente – le operazioni svolte durante le singole sedute.

L'assunto merita accoglimento.

In mancanza di specifiche indicazioni della normativa di settore e della disciplina di gara, deve escludersi la strettissima necessità di redigere contestuali e distinti verbali per ciascuna seduta della Commissione di gara a pena dell'illegittimità dell'intera procedura.

Tuttavia, per elementari ragioni di trasparenza, è necessario comunque che la verbalizzazione delle operazioni compiute, ancorché relativa a più giornate, contenga una corretta e documentata rappresentazione delle singole operazioni svolte nelle singole adunanze. La verbalizzazione, poi, può anche essere non contestuale, ma deve seguire un termine ragionevolmente breve e comunque tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli

elementi informativi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2011, n. 3902).

La necessità di un processo verbale delle operazioni della Commissione sta nella duplice esigenza:

- di dare conto sinteticamente, ma compiutamente, di tutte le attività espletate e di tutte le operazioni svolte in ciascuna riunione;
- di indicare specificamente tutti coloro che avevano partecipato alle singole sedute svoltesi.

Ma quando le adunanze della Commissione sono molteplici è necessario che, in conformità con i principi applicabili per gli atti collegiali, le verbalizzazioni di ciascuna seduta, di norma, avvengano partitamente per le varie adunanze, nella successiva seduta per la quale il collegio sia stato riconvocato fatto salvo che, in caso di motivate esigenze connesse con gli impegni dei componenti della Commissione, entro un comunque termine ragionevole.

Ciò a garanzia del fatto che i primi giudizi non siano successivamente artatamente modificati in relazione all'evolversi dell'attività di valutazione delle offerte stesse.

Nel caso in questione la Commissione, nell'ultimo verbale, del tutto illegittimamente si è limitata a dare solo l'indicazione delle date delle precedenti riunioni e null'altro.

Deve dunque escludersi che possa essere legittima un'unica verbalizzazione di ben dieci sedute avvenute in un arco temporale di un semestre, nel corso delle quali si sono evidentemente svolte molteplici, e non meglio precisate, operazioni.

Anche sotto il profilo dell'eccesso di potere per violazione dei principi di imparzialità e trasparenza, tale elemento contribuisce a radicare ulteriormente la convinzione dell'insanabile illegittimità dell'intero procedimento.

4.§. In conseguenza deve essere dichiarato inammissibile per difetto di interesse il quarto motivo dell'appello dell'Air Liquide con cui si assume invece l'infondatezza



dei motivi aggiunti della Rivoira Pharma concernenti alla erronea valutazione dell'offerta tecnica della prima in relazione ai serbatoi criogenici.

È evidente, infatti, che l'annullamento della gara travolge tutti i profili della valutazione annullata.

5.§. In conclusione, l'appello è complessivamente infondato e deve essere respinto. Le spese, secondo le regole generali, seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando:

1. Respinge l'appello della Air Liquide Sanità Service S.p, come in epigrafe proposto.
2. Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente giudizio che vengono liquidati in € 5000, oltre agli accessori come per legge, in favore della Rivoira Pharmasrl. .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

SolveigCogliani, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL PRESIDENTE
Franco Frattini



IL DIRITTO AMMINISTRATIVO
Rivista giuridica

IL SEGRETARIO