

## **Consiglio di Stato, sezione III, sentenza 21 settembre 2012, n. 5050**

1. Con nota n.663 del 22.11.2011 l'Azienda Ospedaliera di Cosenza aveva trasmesso alla impresa Vibo Elevators Ascensori la lettera di invito e il capitolato speciale di appalto relativo alla procedura ristretta indetta per l'affidamento del servizio di manutenzione degli impianti elevatori aziendali per anni tre. Il punto F della lettera di invito prevedeva che la gara sarebbe stata aggiudicata tenendo conto del maggior ribasso percentuale sull'importo a base d'asta, ai sensi dell'art. 82 del d.lgs. 163/06, analoga previsione era ribadita all'art. 12 del capitolato speciale d'appalto.

Una delle ditte destinatarie della lettera di invito, prima della scadenza del termine assegnato per la presentazione dell'offerta, chiedeva formalmente alla stazione appaltante chiarimenti in ordine alla documentazione da inserire nella busta "C" che sembrava dovesse includere anche il progetto tecnico del servizio da sottoporre a valutazione. Con nota del responsabile unico del provvedimento n.1480 del 16.1.2012 la stazione appaltante chiariva che si trattava di un refuso di stampa e che non era richiesto alcun progetto tecnico.

La Vibo Elevators Ascensori si adeguava a tale indicazione ed inseriva nella busta "C" la documentazione indicata dalla lettera di invito nei limiti delle precisazioni riportate dalla Azienda. Successivamente la ditta veniva a conoscere che la sua offerta era considerata non soddisfacente in quanto non rispecchiava il progetto tecnico e non consentiva la valutazione del servizio offerto. La gara veniva quindi aggiudicata alla società Schindler s.p.a. che aveva presentato il maggior ribasso. La società Vibo Elevators presentava allora ricorso al Tar Calabria, sede di Catanzaro e successivi motivi aggiunti avverso la aggiudicazione definitiva.

Si costituiva la stazione appaltante e la società aggiudicataria della gara Schindler s.p.a. sostenendo la inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per carenza di interesse non avendo la società Vibo né dedotto, né dimostrato di avere formulato una offerta economica migliore di quella presentata dalla società Schindler e sostenendo che la Vibo non avrebbe potuto comunque essere riammessa alla procedura di gara in quanto dai verbali di gara non risultava che la commissione avesse adottato misure specifiche a garanzia della corretta conservazione del plico contenente la offerta economica della Vibo.

Nel merito, sia la stazione appaltante che la aggiudicataria insistevano per il rigetto del ricorso.

2. Il Tar con sentenza in forma semplificata respingeva il ricorso ed i motivi aggiunti ritenendo che la scelta di aggiudicare l'appalto con il criterio del prezzo più basso non impediva alla stazione appaltante di escludere dalla gara le imprese che avessero presentato un'offerta tecnicamente inidonea a soddisfare le esigenze per le quali si procedeva all'affidamento del servizio e che proprio al fine di valutare l'idoneità dell'offerta, il bando di gara prevedeva l'obbligo di presentare una busta "C" contenente la documentazione tecnica.

Pertanto l'Azienda appaltante aveva chiarito che l'inserimento nella busta "C" della documentazione tecnica, non era richiesto al fine della valutazione comparativa delle offerte tecniche, incompatibile con il criterio di aggiudicazione prescelto, basato sul prezzo più basso, bensì al più limitato scopo di valutare l'idoneità tecnica dell'offerta presentata in relazione alla qualità del servizio ed ai materiali adoperati.

Pertanto il provvedimento con il quale la ricorrente era stata esclusa dalla gara per aver presentato un'offerta valutata non soddisfacente, in quanto la documentazione tecnica inserita nella busta "C" risultava priva di taluni dati tecnici richiesti dal capitolato di gara, era immune dai vizi dedotti di violazione della disciplina di gara, violazione dell'art. 82 e dell'art. 46 del codice dei contratti pubblici, difetto di istruttoria, difetto dei presupposti, travisamento dei fatti e contraddittorietà.

Rilevava inoltre il Tar che contrariamente all'assunto del ricorso l'apertura dei plichi contenenti la documentazione tecnica non era avvenuta in seduta riservata bensì nella stessa seduta pubblica del 26.2.2012 nel corso della quale si era proceduto all'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e che era stata svolta, legittimamente, da due membri tecnici della commissione una valutazione riservata della conformità tecnica delle offerte presentate, le cui

risultanze erano state poi approvate e fatte proprie dalla commissione in composizione collegiale nel corso della seduta del 28.2.2012.

Nell'atto di appello la società Vibo Elevators ribadisce che il criterio di aggiudicazione al prezzo più basso è incompatibile con la valutazione tecnica dei progetti in quanto nella procedura di cui all'articolo 82 del d.lgs. n.163/2006 l'offerta si riferisce ad una progettazione predisposta in forma esecutiva dalla stazione appaltante e da questa posta a base di gara.

Inoltre la prescrizione del bando di aprire le buste in seduta pubblica comportava anche l'obbligo di effettuare la valutazione della documentazione nella stessa seduta mentre in alcuna parte degli atti di gara veniva prevista alcuna costituzione di una ulteriore commissione composta da componenti tecnici.

Si è costituita l'Azienda Ospedaliera chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza del primo giudice.

Si è costituita la società aggiudicatrice della gara Schindler spa reiterando i motivi dedotti nel ricorso incidentale in primo grado ed insistendo per il rigetto dell'appello.

Con decreto monocratico n.2143/2012 la istanza di misure cautelari provvisorie è stata respinta.

Alla camera di consiglio del 22.6.2012, fissata per l'esame della istanza cautelare, dopo la discussione della causa, le parti sono state informate dal Collegio per una possibile sentenza in forma semplificata.

3. L'appello incidentale presentato dalla società aggiudicataria della gara, diretto a contestare la legittimazione dell'appellante principale, è infondato.

Con il primo motivo, fatto proprio anche dalla Azienda Ospedaliera di Cosenza, la società Schindler sostiene che la società Vibo non avrebbe dimostrato il proprio interesse processuale non avendo quantificato, negli atti di causa, la propria offerta economica non dando la certezza che la sua offerta fosse economicamente più vantaggiosa rispetto a quella della società aggiudicataria, lasciando quindi nel vago il tipo e la finalità della azione giudiziaria intrapresa, ai fini della aggiudicazione della gara ovvero ai fini di una sua riedizione in relazione alle censure di carattere procedimentale avanzate.

4. Il motivo non merita accoglimento.

In generale deve essere ricordato che per la giurisprudenza amministrativa costituisce un principio consolidato che un'impresa esclusa da una gara detiene comunque un interesse processualmente rilevante a conseguire l'annullamento dell'esclusione, posto che da questo "ritrae, quantomeno, il significativo vantaggio, sufficiente a sostenere la procedibilità del ricorso, di poter chiedere, in presenza di tutti gli altri presupposti, il risarcimento del pregiudizio patrimoniale sofferto in conseguenza della determinazione giudicata illegittima" (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 13.6.2005, n. 3089).

Nel caso in esame poi la medesima società si era vista inizialmente escludere dalla gara e quindi, impugnata la esclusione, essendo venuta a conoscenza che la gara era stata aggiudicata alla società Schindler con il ribasso del 47,50%, aveva presentato motivi aggiunti avverso la aggiudicazione definitiva. E' evidente che l'interesse della società, in relazione al tenore delle censure formulate, è diretto in via prioritaria, non alla riedizione della gara, ma alla sua aggiudicazione e risiede appunto nella pretesa di vedersi aggiudicare la gara alla quale aveva partecipato e del cui esito, quanto al prezzo offerto dalla aggiudicataria, era a conoscenza, sul presupposto sottinteso quindi di avere presentato un ribasso maggiore (cfr. al riguardo pag. 16 dell'atto di appello).

5. Infondato è anche l'altro motivo dell'appello incidentale relativo alla corretta conservazione del plico contenente l'offerta economica della Vibo. In presenza del generale obbligo di custodia dei documenti di una gara pubblica da parte della stazione appaltante, è da presumere che lo stesso sia stato assolto con la adozione delle ordinarie garanzie di conservazione degli atti amministrativi tali da assicurare la genuinità ed integrità dei plichi, per cui la generica doglianza secondo la quale le buste contenenti le offerte non sarebbero state adeguatamente custodite è irrilevante allorché non sia stato addotto alcun elemento concreto e specifico atto a far ritenere che possa essersi verificata la

sottrazione o la sostituzione dei plichi, la manomissione delle offerte, o un altro fatto rilevante al fini della regolarità della procedura.

6. Nel merito l'appello della società Vibo deve essere accolto.

Va premesso che il capitolato di gara prevede il criterio per la aggiudicazione al prezzo più basso rispetto all'importo a base d'asta, ex articolo 82 del d.lgs. n.163/2006; si tratta di un appalto di servizi la cui progettazione è stata predisposta in forma esecutiva dalla stazione appaltante, i relativi obblighi sono stati esattamente riportati nel capitolato speciale d'appalto mentre l'esecutore del contratto non ha alcun obbligo di presentare un progetto tecnico o di miglioria tecnica, ma solo di impegnarsi a rispettare le prescrizioni del capitolato. Del resto l'art. 279 del DPR n.2007/2010 (regolamento di attuazione del codice dei contratti) prevede che negli appalti di servizi vige la regola generale che la relativa progettazione deve essere predisposta dalla stazione appaltante prima dell'avvio delle procedure di affidamento.

Si aggiunga poi che, attesa la semplicità del servizio posto in gara (gestione e manutenzione di ascensori), basato su operazioni ripetitive e standardizzate, l'ente appaltante si era limitato ad indicare in modo dettagliato, nel capitolato speciale d'appalto, gli obblighi cui sarebbe stato sottoposto il futuro affidatario.

Come esposto precedentemente, prima della scadenza del termine assegnato per la presentazione dell'offerta, uno dei destinatari della lettera di invito aveva chiesto alla stazione appaltante chiarimenti in ordine alla documentazione da inserire nella busta "C" che secondo detta lettera di invito avrebbe dovuto contenere anche "...il progetto tecnico del servizio offerto disciplinato dal Capitolato Speciale e che sarà valutato dalla Commissione ai sensi dell'art. 12 del citato documento..".

L'Azienda, con la nota del responsabile unico del procedimento n.1480 del 16.1.2012, chiariva che si era trattato di un "refuso" di stampa e che non era richiesta la presentazione di alcun progetto tecnico da valutare. La Azienda Ospedaliera ulteriormente chiariva che: "Nella busta contenente la documentazione tecnica sarebbe stato necessario inserire tutti i dati previsti dal Capitolato Speciale ed in particolare: la presa visione degli impianti, il piano operativo della sicurezza, elencazioni di eventuali lavori straordinari deducibili dal sopralluogo e ogni altro dato tecnico utile, non alla valutazione in quanto è prevista la aggiudicazione al maggior ribasso percentuale, bensì alla qualità del servizio ed ai materiali adoperati".

La commissione di gara, durante la seduta pubblica del 28 febbraio 2012, non prendeva in esame la offerta dell'appellante in quanto riteneva insoddisfacente la documentazione tecnica contenuta nel plico "C" che rispecchiava solo in parte il progetto tecnico non consentendo la valutazione del servizio offerto (note n.6102/2012 e 7228/2012). D'altro canto i dati tecnici mancanti non venivano esattamente indicati.

7. Risulta quindi fondata la censura dell'appellante.

Ed invero la commissione di gara dimostra di avere travisato il tipo di gara secondo il criterio del massimo ribasso. Poiché infatti le modalità tecniche di espletamento del servizio riportate nel capitolato erano state predisposte in maniera esaustiva nel capitolato, e poiché il concorrente che dichiarava di partecipare alla gara si impegnava contestualmente a svolgere il servizio secondo le indicazioni immutabili fornite dall'ente appaltante, non aveva alcun senso la motivazione della esclusione attinente appunto alla non aderenza al progetto tecnico.

La valutazione del progetto tecnico è tipica del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 83 del d.lgs. n.163/2006 che viene utilizzato quando l'ente appaltante ha bisogno di ottenere dal concorrente, non solo un ribasso economico, ma anche soluzioni tecniche ottimali rispetto ad una ipotesi progettuale di espletamento del servizio non sufficientemente dettagliata.

Ma nel caso in esame la commissione ha finito per valutare la offerta tecnica della Vibo senza avvedersi che il progetto tecnico era stato predisposto completamente dalla stessa stazione appaltante e senza illustrare le ragioni della ritenuta insufficienza di tale offerta tecnica, peraltro aggirando anche il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, co.1-bis del

d.lgs. n.163/2006 le quali devono risultare chiaramente dal bando, ad esclusione di ipotesi in cui rispondano ad un particolare interesse dell'amministrazione. .

8. In conclusione, assorbiti gli altri motivi dedotti, respinto l'appello incidentale, l'appello principale merita accoglimento e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata il ricorso in primo grado, diretto all'annullamento della esclusione dalla gara della società Vibo Elevators, deve essere accolto e conseguentemente la amministrazione dovrà procedere alla apertura della busta contenente la offerta della società appellante ed adottare i conseguenti provvedimenti.

9. Spese ed onorari dei due gradi di giudizio seguono la soccombenza come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando respinge l'appello incidentale, accoglie l'appello principale e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado.

Condanna la Azienda Ospedaliera di Cosenza e la società Schindler spa in solido alle spese ed onorari del giudizio nella misura di euro 5.000 (cinquemila) complessive a favore della società appellante.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2012