

Possibile attribuire fino 15 punti dell'offerta tecnica ai servizi svolti presso la Stazione appaltante (quindi al gestore uscente)?! Ma allora ditelo che abbiamo scherzato: «Tana! Liberi tutti»; così quando spiegano la concorrenza posso uscire a fumare.

Consiglio di Stato, sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 343



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8172 del 2018, proposto da Ars Educandi Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato ...

contro

Istituto Statale di Istruzione Superiore Luigi Angeloni di Frosinone, Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, Ufficio Scolastico Regionale Lazio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

Edu Fop Coop. Sociale non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione di Latina, n. 339/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati ...

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con ricorso notificato al Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca e all'Istituto Statale di Istruzione Superiore "Luigi Angeloni" di Frosinone, la ARS Educandi Cooperativa

Sociale ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione del servizio di assistenza specialistica a favore degli alunni disabili per l'anno scolastico 2017/2018 da espletarsi presso l'Istituto Angeloni.

2 - Con sentenza n. 339 del 2018, il T.A.R. per il Lazio, Sezione di Latina, ha rigettato il ricorso, ritenendo legittimo l'operato dell'amministrazione.

3 - Con il primo motivo, l'appellante deduce che la sentenza impugnata sarebbe errata con riferimento all'applicazione dei criteri di aggiudicazione numero 2 e numero 5.

A tal fine, rappresenta che il bando di gara prevedeva 5 criteri di aggiudicazione:

1) Progetto tecnico che espliciti le metodologie e le strategie che saranno poste al servizio degli alunni con disabilità;

2) Esperienze lavorative nell'ambito dell'assistenza ad alunni con disabilità prestate in altre scuole pubbliche italiane;

3) Accreditamento presso Distretti Socio sanitari/comuni;

4) Curricula operatori con requisiti professionali di cui all'art. 19 del bando;

5) Esperienza condotta presso l'Istituto Angeloni negli ultimi 5 anni.

3.1 - Più precisamente, il criterio n. 2 - esperienze lavorative nell'ambito dell'assistenza ad alunni con disabilità prestate in altre scuole pubbliche italiane - prevedeva il riconoscimento di 2 punti per ciascun anno, per un massimo di cinque; **il criterio n. 5 - esperienza condotta presso l'Istituto Angeloni negli ultimi cinque anni - prevedeva il riconoscimento di 3 punti per ciascun anno, per un massimo di cinque.**

3.2 - L'appellante sostiene che la stazione appaltante e il T.A.R., nell'attribuire i punteggi in riferimento a tali criteri, non avrebbero tenuto conto dell'ulteriore disposizione in base alla quale, in caso di coincidenza di anni scolastici, i relativi punteggi non sono sommabili, ma verrà attribuito il più vantaggioso per il contraente.

Il T.A.R., a questo riguardo, ha precisato che: *“per entrambe le cooperative concorrenti non vi è stata alcuna coincidenza di anni scolastici, tal che non si è dovuto far ricorso al criterio sussidiario previsto dalla seconda parte del criterio n. 2, che nell'escludere il ricorso alla somma dei punteggi, ha preferito il punteggio più vantaggioso per il contraente. La commissione di gara, dunque, in ossequio al visto criterio 2 ha attribuito 10 punti ad entrambe le cooperative, avendo le stesse maturato il massimo del punteggio attribuibile (max. punti 10), come confermato dalla documentazione versata in atti”.*

3.3 - A fronte di tale chiara motivazione, l'appellante non ha svolto alcuna contestazione.

In altre parole, rispetto al punto della sentenza in cui è stata esclusa l'applicazione del criterio sussidiario, e precisamente la statuizione secondo cui *“per entrambe le cooperative concorrenti non vi è stata alcuna coincidenza di anni scolastici”*, l'appellante non ha svolto alcuna specifica difesa atta a negare tale fatto storico. Ne consegue che la mera riproposizione del motivo già svolto in primo grado non è idoneo a superare le ragioni del rigetto innanzi ricordate e sulle quali, in assenza di una specifica impugnazione, si è formato il giudicato.

3.4 - Da un altro punto di vista, il dedotto errato calcolo dei punteggi in riferimento ai due criteri in esame, secondo la prospettazione dell'appellante, deriverebbe dal fatto che anche il criterio n. 2 (esperienze lavorative nell'ambito dell'assistenza ad alunni con disabilità prestate in altre scuole pubbliche italiane), dovrebbe essere circoscritto agli ultimi cinque anni, in analogia con quanto previsto nel criterio n. 5.

Al riguardo, il T.A.R. ha correttamente evidenziato come tale prospettazione si ponga in contrasto con la chiara disposizione letterale del bando, che a proposito del criterio n.2 non prevede il limite temporale di cui al criterio 5.

Come già argomentato dalla giurisprudenza (*cf.* Cons. Stato, Sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307), la dovuta prevalenza da attribuire alle espressioni letterali, se chiare, contenute nel bando esclude ogni ulteriore procedimento ermeneutico per rintracciare pretesi significati ulteriori e preclude ogni operazione intesa ad evidenziare significati inespressi e impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti e la *par condicio* dei concorrenti.

Ne consegue che, anche sotto tale profilo, non è possibile censurare l'operato della Commissione, che nell'attribuire i punteggi si è attenuta alla legge speciale di gara.

3.5 - Da un altro punto di vista, a scanso di equivoci, deve precisarsi che parte ricorrente non ha dedotto l'illegittimità del criterio n. 2 nella parte in cui non contiene il limite degli ultimi cinque anni in analogia con il criterio n. 5, bensì l'errata applicazione di tale criterio da parte della commissione, il cui operato, però, per le ragioni già esposte, è risultato assolutamente conforme alla lettera del bando di gara.

4 - Con il secondo motivo di appello si ripropone la questione dalla supposta natura discriminatoria del criterio di aggiudicazione n. 5.

Secondo l'appellante, tale criterio favorirebbe illegittimamente unicamente le ditte che hanno già svolto il servizio presso l'istituto Angeloni. Pertanto, violerebbe l'art. 30 del D.Lgs n. 50/2016, secondo cui: *"le Stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici"*.

4.1 - La censura è infondata, essendo pienamente condivisibile la valutazione effettuata dal T.A.R., che ha correttamente rilevato come il detto criterio concorra con altri 4 criteri, che ne attenuano l'incidenza, escludendone una valenza determinante.

Inoltre, deve rilevarsi che l'analogo criterio n. 2, riferito alla pregressa esperienza presso altri istituti, attribuisce un punteggio pari a due punti per anno, sicché l'attribuire 3 punti per ogni anno di servizio svolto presso l'Istituto Angeloni non pare sintomatico di uno sproporzionato favore nei confronti dell'operatore economico precedentemente titolare del servizio.

A questo riguardo, la stessa giurisprudenza citata dall'appellante ha precisato che nelle procedure relative all'affidamento dei servizi la valutazione dell'offerta può tenere in considerazione la pregressa esperienza del lavoratore, come anche la solidità ed estensione della sua organizzazione di impresa: **sotto tale profilo, appare pertanto legittimo che tra gli elementi oggetto di valutazione possa rientrare anche il progresso positivo svolgimento di servizi analoghi a quello oggetto di gara per un importo significativo**, a condizione tuttavia, che il bando di gara non attribuisca all'esperienza un peso ponderale di per sé decisivo ai fini della aggiudicazione della gara (*cf.* Cons. St., Sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808; Sez. V, 16 febbraio 2009, n. 837).

4.2 - Da un differente punto di vista, la peculiarità del servizio in questione, che attiene all'assistenza specialistica a favore degli alunni disabili, giustifica il maggior punteggio attribuito dal criterio n. 5, rispondendo al preminente interesse dei destinatari ultimi del servizio, ovvero gli alunni portatori di disabilità, e favorendo, quindi, la continuità del personale che già in passato aveva avviato un adeguato percorso di sostegno.

Alla luce di tale considerazione, appare pertanto ragionevole anche l'ulteriore disposizione - che pure non è stata applicata nella procedura di gara in esame e rispetto alla quale, pertanto, l'appellante, a rigore, non può vantare alcun interesse all'impugnazione - in base alla quale a

parità di punteggio, verrà data precedenza all'aspirante che avrà riportato il punteggio più alto nel criterio n. 5.

5 – Deve essere rigettata anche la censura avverso la sentenza del T.A.R. nel punto in cui ha ritenuto che la mancata verbalizzazione dell'offerta economica sarebbe stata sanata dalla sottoscrizione della stessa, da parte del legale rappresentante della ARS Educandi.

Al riguardo, l'appellante precisa che i rappresentanti delle ditte partecipanti avrebbero semplicemente siglato i verbali per presa visione, senza in alcun modo volerne accettare il contenuto; ne deriverebbe, secondo la prospettazione dell'appellante, la nullità del verbale di gara per la mancata indicazione del risultato dell'offerta economica.

5.1 – La censura è infondata. Invero, la mancata verbalizzazione dell'offerta economica, di per sé, non vale ad inficiare: né l'attendibilità del verbale, quale atto pubblico; né, in assenza di specifiche censure nei confronti delle offerte economiche, l'ulteriore prosieguo della gara.

5.2 - La verbalizzazione dell'offerta è uno strumento volto a dare pubblicità alle sedute di gara, rispondendo 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 e 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.

Tuttavia, come anticipato, in assenza di una specifica contestazione atta anche solo a mettere in dubbio che le offerte abbiano subito modifiche, la mancata verbalizzazione delle stesse ben può ricondursi ad una mera irregolarità, non idonea ad integrare un vizio di legittimità della procedura.

L'assunto che precede trova del resto conferma nel fatto che i legali rappresentanti delle società concorrenti, presenti durante la seduta di gara, hanno sottoscritto per presa visione il verbale, senza avanzare alcuna contestazione in merito alla regolarità delle offerte, indipendentemente dal fatto che queste non siano state verbalizzate; né alcuna contestazione nei confronti delle offerte economiche, come già sottolineato, è stata svolta nel presente giudizio.

A questo riguardo, la giurisprudenza alla quale si intende aderire ha precisato che non è il dato in sé della mancata verbalizzazione a poter determinare l'annullamento della procedura di gara, quanto – piuttosto – l'eventuale concreta dimostrazione di circostanze effettivamente probanti in ordine alla negligente conservazione della documentazione da cui sia derivato (o potesse derivare) un'alterazione del contenuto (*cfr.* Cons. St., sez. V, 05 maggio 2016, n. 1817).

6 – Infine, non deve trovare accoglimento neppure il motivo con il quale si deduce la violazione del termine minimo di ricezione delle offerte.

Secondo l'appellante, tale termine sarebbe imposto dall'art. 60, comma 1, del d. Lgs 50/2016, in base al quale: *“nelle procedure aperte, il termine minimo per la ricezione delle offerte è di 35 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara”*.

In fatto, l'appellante rileva che nel caso di specie il bando di gara è stato pubblicato in data 12 ottobre 2017, fissando il termine ultimo di ricezione delle offerte per il giorno 24 ottobre 2017.

6.1 – A prescindere dal fatto che l'art. 36, co. 9 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (contratti sotto soglia), prevede che *“in caso di ricorso alle procedure ordinarie, nel rispetto dei principi previsti dall'articolo 79, i termini minimi stabiliti negli articoli 60 e 61 possono essere ridotti fino alla metà”*, appare condivisibile la considerazione del T.A.R., secondo il quale la scelta operata dalla Stazione appaltante di ridurre i termini si giustifica in ragione delle ragioni di urgenza sottese

all'espletamento del servizio di assistenza specialistica nei riguardi di studenti affetti da disabilità, collocandosi la gara nel periodo coincidente con l'inizio dell'anno scolastico.

6.2 – Da un altro punto di vista, non può non evidenziarsi che tale ristretto termine non pare aver comunque condizionato la formulazione dell'offerta da parte dell'appellante, che non specifica quale pregiudizio concreto avrebbe sofferto dalla diminuzione del termine legale per la presentazione dell'offerta. Anche il dedotto iniquo vantaggio a favore del concorrente che già aveva lavorato presso l'istituto Angeloni non risulta corroborato da alcun dato concreto, risolvendosi in una mera ipotesi priva di riscontro.

In altre parole, analogamente alla questione affrontata nel punto 5 della presente sentenza, non è ravvisabile alcun interesse a far valere la violazione denunciata.

Invero, l'interesse individuale che legittima alla proposizione del ricorso, *ex art. 100 Cod. proc. civ.*, non solo non va confuso con un'astratta aspirazione al ripristino della legalità che si assume violata, ma neppure va letto come possibilità, del tutto ipotetica ed astratta, di eventualmente ottenere una qualche utilità dal suo accoglimento, in ipotesi una seconda *chance* – tra l'altro del tutto opinabile – di presentare una nuova offerta, potenzialmente migliore rispetto a quella precedente (*cf. Cons. St., Sez. V, 20 agosto 2018, n. 4959*).

7 – Le considerazioni che precedono valgono a giustificare il rigetto anche della censura sollevata con riferimento alla mancata pubblicità dei provvedimenti di aggiudicazione, secondo quanto imposto dall'art. 76 comma 5, lett. a, d. lgs 50/2016, non essendo ravvisabile alcun interesse, attuale e concreto, dell'appellante a far valere tale violazione, da cui non è derivato alcun pregiudizio alla ricorrente, tale non potendosi considerare la mera possibilità di esporre *“le proprie perplessità alla Stazione appaltante dopo aver letto la graduatoria provvisoria e ancor prima che venisse approvata quella definitiva”*.

8 – In definitiva, l'appello deve essere respinto.

Le spese di lite, in ragione delle evidenziate anomalie della gara, seppur non invalidanti, possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, rigetta l'appello e compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore