

N. 02159/2015REG.PROV.COLL.
N. 00969/2015 REG.RIC.



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

*sul ricorso numero di registro generale 969 del 2015, proposto da:
ESAOTE s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo
R.T.I. con Telecom Italia s.p.a., ed EBIT s.r.l., rappresentate e difese
dagli avv. Francesco Saverio Marini, Alfonso Celotto e Tommaso
Matteo Ferrario, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Saverio
Marini in Roma, via dei Monti Parioli n. 48;*

contro

*AGFA Finance Italy s.p.a., in proprio e quale mandataria del
costituendo R.T.I. con Agfa Gevaert s.p.a., e AGFA GAEVERT
s.p.a., rappresentate e difese dall'avv. Gianluca Piccinni, con
domicilio eletto presso l'avv. Gianluca Piccinni in Roma, via G.G.
Belli n. 39;*

nei confronti di

*Azienda USL Latina, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo
Valleriani, con domicilio eletto presso l'avv. Guido De Santis in*

Roma, via Livorno n. 6;

Telecom Italia s.p.a., in proprio e quale mandante di R.T.I., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano D'Ercole e Nicola Palombi, con domicilio eletto presso lo studio legale D'Ercole in Roma, piazza di S. Andrea della Valle n. 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - SEZ. STACCATA DI LATINA: SEZIONE I n. 00019/2015, resa tra le parti, concernente affidamento della fornitura quinquennale in service di un sistema ris-pacs per acquisizione archiviazione gestione e distribuzione dei dati

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agfa Finance Italy s.p.a. e Agfa Gevaert s.p.a., di Azienda UUSL Latina e di Telecom Italia s.p.a.;

Visto l'appello incidentale di Agfa Finance Italy s.p.a. e Agfa Gevaert s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2015 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Francesco Saverio Marini, Alfonso Celotto, Gianluca Piccinni, Nicola Palombi e Massimo Valeriani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con deliberazione 5 settembre 2014 n. 374 l'A.USL di Latina ha disposto in favore del costituendo r.t.i. Esaote s.p.a.-Telecom Italia

s.p.a. l'aggiudicazione della gara col criterio dell'offerta più vantaggiosa indetta per la fornitura quinquennale "in service" di un sistema RIS-PACS di produzione, archiviazione e trasmissione in digitale delle immagini diagnostiche delle unità operative di radiodiagnostica dell'intera Azienda, per l'importo complessivo di € 6.500.000,00 (IVA esclusa).

Il costituendo r.t.i. Agfa Finance Italy s.p.a.-Agfa Gevaert s.p.a., secondo classificato, ha impugnato il provvedimento predetto e gli atti sottostanti davanti al TAR per il Lazio, sezione staccata di Latina, che con sentenza 9 gennaio 2015 n. 19 ha accolto il ricorso.

In particolare, il primo giudice ha ritenuto fondata la censura di illogicità e contraddittorietà del giudizio tecnico espresso dalla commissione di gara nella valutazione del criterio n. 2.1, laddove, nell'attribuire il punteggio per ciascuno dei cinque sottocriteri giudicati con tre "ottimo" e due "buono", ha assegnato al r.t.i. Esaote il punteggio massimo di 15, anziché 13,5 risultante dalla somma dei singoli componenti. Ha invece respinto parte delle ulteriori censure e la domanda risarcitoria.

2.- Avverso l'indicata sentenza hanno proposto appello, con atto inoltrato per le notifiche il 28 gennaio 2015 e depositato il 10 febbraio seguente, Esaote s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i., e Ebit s.r.l., cessionaria del ramo d'azienda afferente alla fornitura di cui è causa.

A sostegno dell'appello hanno dedotto:

a.- Illegittimità della sentenza appellata nella parte in cui ha ravvisato l'illogicità e contraddittorietà del giudizio tecnico espresso dalla commissione nella valutazione del criterio n. 2 "caratteristiche

del sistema RIS/PACS e delle work station di refertazione, sistemi di digitalizzazione e sistemi di stampa”.

Erroneamente è stato ritenuto che, nell'allegato 1 del 3 luglio 2014 denominato “Analisi dei criteri di valutazione richiesti nel capitolato della gara”, la commissione abbia scomposto il sub-elemento di valutazione 2.1 in cinque ulteriori “sotto parametri” ed assegnato cinque sub-punteggi, uno per ciascun sotto-parametro, tutti dello stesso “peso”, procedendo alla loro sommatoria. Tale documento ha infatti natura preparatoria ed istruttoria della formulazione del giudizio finale, contenendo semplici annotazioni delle diverse caratteristiche tecniche; per il criterio 2.1 esprime giudizi in termini di ottimo, buono, discreto, sufficiente o insufficiente da valutarsi, tuttavia, in un contesto preliminare a cui è seguita la valutazione finale complessiva. Pertanto, quei giudizi non erano idonei a vincolare numericamente quest'ultima, la quale non poteva che essere formulata sull'intero criterio 2.1 in modo complessivo ed unitario, pena la violazione del disciplinare di gara non prevedente distinti sub-criteri e sub-punteggi, quindi senza che gli offerenti ne potessero tener conto ai fini della composizione delle proprie offerte tecniche, con evidente violazione del principio di trasparenza. L'erroneità di tale metodo si evince anche dalle altre valutazioni.

In realtà, la commissione non ha proceduto ad alcuna sommatoria di inesistenti sub-punteggi, dunque Esaote non ha beneficiato di alcun punteggio ulteriore, atteso che la legge di gara prevede un punteggio unitario.

b.- In via subordinata: sul c.d. “premio di maggioranza”.

Circa la valutazione dell'offerta tecnica il disciplinare di gara ricalca la disciplina di cui all'allegato P del d.P.R. n. 207 del 2010, sicché, quand'anche si ammettesse che la commissione abbia inteso attribuire – e potesse legittimamente farlo – cinque distinti sub-punteggi, l'aggiudicazione in favore di Esaote sarebbe ugualmente legittima per aver conseguito la miglior valutazione relativa, in applicazione della regola del c.d. "premio di maggioranza".

3.- Con atto inoltrato per le notifiche il 12 febbraio 2015 e depositato il 19 seguente Agfa Finance Italy s.p.a e Agfa Gevaert s.p.a. hanno proposto appello incidentale per i seguenti motivi:

a.- Illegittimità ed erroneità della sentenza nella parte in cui (punto 9) ha respinto l'eccezione di illegittimità in via derivata dell'aggiudicazione definitiva per mancata esclusione dell'a.t.i. Esaote Telecom, avendo quest'ultima dichiarato la sussistenza, a proprio carico, della causa di esclusione di cui all'art. 38, lett. m bis, d.lgs. 163/2006. Violazione della par condicio e del principio di auto-responsabilità dei concorrenti. Illegittima applicazione del principio del soccorso istruttorio.

Telecom ha omissso la specifica "non" nella dichiarazione in questione e la commissione le ha consentito di correggere quel che appariva un mero refuso o errore materiale. Il TAR ha ritenuto corretta tale scelta in quanto orientata all'applicazione del principio del c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, senza considerare che in tal modo è stato violato il principio di auto-responsabilità del concorrente che rende la dichiarazione ex art. 38 e la parcondicio. Non si trattava di errore materiale riconoscibile dal testo della dichiarazione resa o dagli altri atti depositati, sicché non era consentita la regolarizzazione e la

commissione non fornito adeguata motivazione circa la mancata applicazione della prescritta sanzione espulsiva.

Peraltro, la commissione ha richiesto "idonea documentazione atta a controvertire quanto dichiarato in sede di gara", ma Telecom non prodotto alcuna "idonea documentazione" bensì, sotto le mentite spoglie di una rettifica, una nuova dichiarazione contenente l'aggiunta della negazione "non", priva del documento d'identità del sottoscrittore (richiesto a pena di esclusione) e, quindi, della certezza dell'imputabilità al sottoscrittore, nonché pervenuta a mezzo P.E.C. e non in originale, unica modalità di presentazione prevista nel disciplinare, oltretutto in palese elusione del termine decadenziale di ricezione delle offerte. A fortiori deve escludersi che si sia trattato di errore materiale, poiché Telecom cinque mesi dopo ha reso analoga dichiarazione in altra gara.

b.- Illegittimità della sentenza (punto 9) nella parte in cui ha illegittimamente respinto la censura di omessa verifica da parte della commissione delle due sentenze definitive di applicazione della pena su richiesta dichiarate da Telecom Italia s.p.a. ai sensi dell'art. 38, lett. m), d.lgs. 163/06. Eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, violazione della par condicio, irragionevolezza, illogicità della motivazione e per sviamento.

A fronte della dichiarazione del procuratore di Telecom di aver subito due condanne ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. 231/01 al solo pagamento di una sanzione amministrativa pecuniaria, senza allegare le sentenze né citarne gli estremi, la commissione avrebbe dovuto acquisire le sentenze stesse e verificare se contenessero la sola applicazione di condanne pecuniarie, stante la riserva in via

esclusiva alla stazione appaltante dell'apprezzamento circa la rilevanza sulla moralità professionale.

Nonostante l'evidenza dei fatti, il TAR ha respinto la censura affermando che l'indicazione dell'esistenza delle due sentenze è stata effettuata per mera completezza, senza che ciò potesse condurre a conseguenze negative poiché nessuna delle due sentenze contiene una sanzione interdittiva o altra sanzione che comporti il divieto di contrarre con la p.a.. Ma le sentenze non sono state prodotte neppure in sede processuale, pertanto non si comprende come il TAR abbia potuto affermare quanto innanzi.

c.- In via subordinata: omessa pronuncia sul vizio caducante di violazione dell'art. 84, comma 1, d.lgs. 163/06. Illegittimità della valutazione dell'offerta tecnica perché effettuata da solo quattro componenti su cinque e, comunque, in violazione del principio della valutazione con il plenum del Collegio e con il numero dispari di componenti. Eccesso di potere per violazione dei principi della trasparenza e imparzialità amministrativa e della disparità di trattamento.

Il TAR ha omesso di pronunciarsi sulla censura in rubrica.

Il disciplinare stabiliva che i punteggi dovessero essere attribuiti dai singoli commissari, ossia dai cinque membri, mentre la valutazione è stata effettuata dai soli quattro esperti, i quali hanno presentato una relazione a solo loro firma contenente la proposta di attribuzione dei punteggi recepita dalla commissione, che ha riportato in verbale i medesimi punteggi. In altri termini, la commissione ha saltato la fase della media dei punteggi (metodo aggregativo compensatore: singoli punteggi dei commissari e poi media finale) per giungere alla conclusione che ciò che conta è il solo

punteggio finale. Il quinto componente non ha partecipato alla valutazione né ha attribuito alcun punteggio, restando così violati la regola della presenza del plenum nelle fasi in cui la commissione è chiamata a scelte discrezionali, qual è quella della valutazione dell'offerta tecnica, ma anche il principio del numero dispari dei commissari.

4.- In data 23 febbraio 2015 si è costituita in giudizio l'A.usl di Latina ed ha svolto argomentazioni a favore dell'appello principale e controdeduzioni all'appello incidentale.

Il giorno seguente Esaote ha prodotto memoria con cui ha anch'essa svolto eccezioni e controdeduzioni all'appello incidentale.

Nella stessa data anche Agfa ha prodotto memoria con cui, replicato a talune affermazioni contenute nell'appello principale, ne ha sostenuto l'improcedibilità per i propri motivi incidentali "escludenti", nonché la sua inammissibilità in relazione a profili di censura non introdotti davanti al TAR con ricorso incidentale e, comunque, la sua infondatezza nel merito.

In via subordinata, ha riproposto i motivi assorbiti dal primo giudice riguardanti ulteriori errori sotto vari profili delle valutazioni degli elementi di cui ai criteri 1, 2.1, 2.2 e 2.3.

Nella stessa data del 24 febbraio 2015 anche Telecom si è costituita in giudizio sostenendo la fondatezza dell'appello principale e l'infondatezza di quello incidentale. Con memoria del 5 marzo seguente ha contestato i riproposti motivi assorbiti di Agfa anche sulla base delle proprie difese in primo grado.

Con memorie del 23 marzo 2015 Agfa ed Esaote hanno ulteriormente illustrato le contrapposte tesi, contestato le deduzioni ed eccezioni avversarie ed insistito nelle rispettive richieste.

Con repliche del 27 marzo 2015 Agfa ha confutato la memoria conclusiva di Esaote.

Anche Telecom ha in pari data svolto repliche relativamente alle eccezioni di inammissibilità e/o improcedibilità dell'appello principale, negando l'applicabilità al giudizio d'appello dei principi relativi all'ordine di esame dei ricorsi elaborati dalla giurisprudenza con riferimento al giudizio di primo grado, nonché ha insistito comunque per l'infondatezza sia dell'appello incidentale che dei motivi riproposti e per la fondatezza di quello principale.

5.- All'udienza pubblica del 9 aprile 2015 la causa è stata trattata oralmente ed introitata in decisione.

Il dispositivo della presente sentenza, chiesto da parte appellante principale, è stato pubblicato nei termini di legge il 13 aprile 2015.

6.- Ciò posto, la Sezione rileva preliminarmente che non vi sono ragioni per ritenere non applicabile al caso in trattazione il consolidato orientamento espresso dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (cfr. 25 febbraio 2014 n. 9, 30 gennaio 2014 n. 7 e 7 aprile 2011 n. 4), in base al quale nella specie deve essere esaminato con priorità l'appello incidentale, nella parte in cui Agfa contesta la reiezione dei propri motivi di primo grado riguardanti la fase procedimentale di ammissione alla gara del r.t.i. Esaote, quindi la stessa legittimazione di Esaote all'appello principale, a sua volta riguardante la successiva fase di valutazione delle offerte tecniche.

7.- Tuttavia le accennate contestazioni sono infondate.

7.1.- Quanto alla prima, si sostiene che erroneamente il primo giudice ha ritenuto legittimo l'operato della commissione di gara, la quale, anziché disporre l'immediata e doverosa esclusione del raggruppamento, ha esercitato il c.d. soccorso istruttorio inteso a

consentire, mediante correzione di errore materiale, l'ammissione del concorrente nonostante la mandante Telecom avesse dichiarato la sussistenza della causa di esclusione prevista dall'art. 38, lett. m-bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 e, più precisamente, che nei confronti dell'impresa "risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'art. 7, comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA".

In primo luogo, la natura di refuso o errore materiale dell'omissione del termine "non" all'inizio della proposizione emerge evidente dalla stessa "dichiarazione sostitutiva di certificazioni e dell'atto di notorietà" redatta da Telecom, laddove l'enumerazione delle singole situazioni di legge ostative alla partecipazione a gare pubbliche è preceduta dal riferimento alla "insussistenza delle cause di esclusione elencate nell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici", di seguito al quale sono "in particolare" indicate le dette cause (dalla lett. a alla lett. m-ter). Invero, in presenza di tale riferimento è chiaro che la contrastante dichiarazione di cui al punto m-bis si mostra come mera svista o refuso od errore materiale agevolmente riconoscibile, in quanto tale suscettibile di essere emendato ai sensi dell'art. 46, co. 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, senza che con ciò risulti lesa la parcondicio tra i concorrenti né violato del principio dell'autoresponsabilità.

Peraltro, il precedente richiamato da Agfa a quest'ultimo proposito non si attaglia al caso in esame, poiché riguarda la fattispecie del tutto diversa dell'erronea indicazione del direttore tecnico nella persona di un semplice dipendente, non configurabile come errore materiale riconoscibile stante la chiarezza ed univocità della rituale dichiarazione e tenuto conto che la visura camerale da cui desumere

l'errore non era stata, in realtà, sottoposta alla stazione appaltante in sede di offerta, sicché è stato escluso che ricorressero i presupposti perché insorgesse l'onere dell'amministrazione di chiedere chiarimenti (cfr. Cons. St., sez. V, 1° dicembre 2014 n. 5928).

Presupposti che invece, nella specie, erano ravvisabili proprio in ragione della riconoscibilità dell'errore, in presenza della quale era in facoltà, anzi era doveroso per la commissione giudicatrice consentirne la rettifica, poiché, come già affermato anche dalla Sezione, il c.d. soccorso istruttorio "sovviene quando la P.A. ha la disponibilità di intervenire su elementi e dati comunque forniti anche parzialmente", essendo "volto a chiarire e completare dichiarazioni, certificati o documenti comunque già esistenti, a rettificare errori materiali o refusi" (cfr. Cons. St., sez. III, 8 settembre 2014 n. 4543, nonché Ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9, ivi cit., a sua volta richiamata da Ad. plen., 30 luglio 2014 n. 16, con la quale è stato ribadito che la rettifica di errori materiali e refusi "è sempre consentita").

In secondo luogo, le modalità di rettifica utilizzate da Telecom devono ritenersi corrette: la mandante ha infatti emendato la dichiarazione integrandola con la negazione "non" mediante dichiarazione firmata dallo stesso procuratore sottoscrittore della dichiarazione così rettificata, inoltrata a mezzo posta elettronica certificata.

La sottoscrizione della rettifica è idonea e sufficiente ad assicurarne l'imputabilità al detto procuratore anche senza che sia stata nuovamente allegata la fotocopia del documento d'identità, essendo incontestato che quest'ultima, da cui riscontrare appunto

l'autenticità della firma e, quindi, l'effettiva assunzione di responsabilità, era già stata allegata in precedenza.

Né può parlarsi di tardività di presentazione, trattandosi di riscontro ai chiesti chiarimenti, quindi in momento necessariamente successivo alla scadenza del termine per la presentazione delle domande di partecipazione alla gara, soggetto ovviamente non al termine originario bensì al nuovo termine assegnato all'uopo dalla stazione appaltante.

Per la stessa ragione, nonché in assenza di prescrizioni di forma nella richiesta di chiarimenti, è valido l'inoltro non in originale ma con il mezzo della P.E.C., il quale fornisce di per sé certezza della provenienza (mentre le modalità di consegna a mano o mediante corrieri privati o agenzie di recapito debitamente autorizzate erano richieste dal disciplinare di gara per la presentazione del plico di partecipazione contenente le prescritte tre buste) e, nel contempo, ha consentito di corrispondere con la dovuta celerità alla medesima richiesta di chiarimenti, tenuto conto che la commissione di gara ha ammesso Telecom a produrre "nell'immediatezza ogni documentazione atta a superare la criticità".

Irrilevante è, poi, che identica dichiarazione carente del "non" sia stata resa da Telecom cinque mesi dopo in altra gara, ben potendo anche in quel caso essersi trattato di mero rifiuto e, d'altra parte, Agfa non prova il contrario ancorché la presenza di iscrizioni nel casellario informatico sia circostanza agevolmente riscontrabile, specie dagli operatori del settore, mediante la consultazione appunto del medesimo casellario informatico.

7.2.- La seconda contestazione, concernente ancora la dichiarazione sostitutiva di Telecom, questa volta in ordine al requisito di cui alla

lett. m), è certamente ammissibile poiché, diversamente da quanto opposto da Esaote, Agfa non si è limitata a riportare la corrispondente censura di difetto di istruttoria avanzata in primo grado, avendo anche svolto precise critiche (il non aver considerato l'evidenza dei fatti, esponendo un'affermazione non corroborata dagli atti) alla sentenza appellata incidentalmente, che peraltro merita sostanziale conferma sul punto.

Il requisito ora in parola consiste nel dato che “nei confronti dell'impresa non è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lettera c), del D.Lgs. 08.06.2001 n. 231 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36-bis, comma 1 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006 n. 248” (art. 38, co. 1, lett. m, d.lgs. n. 163 del 2006).

Al riguardo, Telecom ha reso puntualmente tale dichiarazione, ma “per mera completezza” ha precisato che nei suoi confronti sono intervenute due sentenze “di applicazione della sanzione su richiesta” ai sensi dell'art. 63 del d.lgs. n. 231 del 2001, con le quali in entrambi i casi è stata condannata al solo pagamento di sanzione amministrativa pecuniaria, con applicazione di attenuante, e non anche alla sanzione interdittiva o comportante comunque il divieto di stipulare contratti con la pubblica amministrazione.

Non è dubbio che con la medesima dichiarazione Telecom ha assolto l'onere impostole e che ben avrebbe potuto soprassedere dalle ricordate precisazioni, giacché non è configurabile in proposito altra causa ostativa che l'esistenza di sanzioni (amministrative) interdittive, nella specie già escluse espressamente.

Nessuna indagine, dunque, la commissione di gara avrebbe potuto e dovuto condurre sulla gravità delle condanne e sulla loro incidenza sulla moralità professionale dell'impresa e, specularmente, nessun ulteriore onere sussisteva in capo a Telecom di allegare le sentenze (peraltro qui in atti) o di precisarne gli estremi, l'oggetto dei giudizi ed i capi di imputazione.

Non si trattava, infatti, di sentenze penali di condanna a carico degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e direttori tecnici della società, in ordine alle quali la gravità dei reati e la loro incidenza sulla moralità professionale del concorrente è valutazione rimessa in via esclusiva all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett c), bensì di sentenze di condanna a sanzione pecuniaria amministrativa dell'impresa per illeciti amministrativi in relazione a reati contestati a persone fisiche in rapporto di immedesimazione organica con la persona giuridica imputata.

In quest'ottica l'affermazione del primo giudice, secondo cui "nessuna delle due sentenze citate prevede una sanzione interdittiva o altra sanzione che comporti il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione" va letta nel senso l'irrilevanza delle stesse precisazioni, posta la superiore dichiarazione in ordine all'insussistenza della causa ostativa.

8.- Così assodata in capo ad Esaote la permanenza della situazione legittimante costituita dalla legittima ammissione alla procedura selettiva, a questo punto della trattazione della causa verrebbe in rilievo l'appello principale, il quale attiene, come detto, al momento procedimentale di valutazione delle offerte tecniche e, precisamente, alla valutazione delle medesime in base al parametro 2.1, ossia uno

dei quattro parametri in cui si articola il secondo dei tre criteri di valutazione.

In realtà, l'esame del detto appello principale non può che essere recessivo a fronte del terzo motivo dell'appello incidentale, formulato in subordine ai motivi escludenti di cui innanzi, ma ugualmente "paralizzante" poiché investe più ampiamente ed in radice il medesimo momento procedimentale.

Anche in relazione alla domanda (peraltro introdotta in memoria e non nell'appello incidentale, né formulata in primo grado) di esame prioritario delle censure intese a contestare i punteggi attribuiti dalla commissione, assorbite dal TAR e riproposte, la Sezione ritiene di dover aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo cui, stante il particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica, rientra nel potere del giudice amministrativo decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto fra le stesse esistente sul piano logico-giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato. In base a tale orientamento deve, infatti, ritenersi legittima la tecnica dell'assorbimento dei motivi ogni qualvolta non sia frutto di arbitrio o casualità giudiziaria ma espressione consapevole del potere di controllo esercitato dal giudice amministrativo sull'esercizio della funzione pubblica, mentre non è condivisibile la contraria tesi secondo la quale il ricorrente possa condizionare l'esame da parte del giudice dei motivi di ricorso, giacché non è ipotizzabile (e tale da ricevere tutela dall'ordinamento) che il soggetto privato possa ritrarre dall'accoglimento della domanda (per il tramite di un uso sapiente e "graduato" dei motivi di ricorso) utilità che non avrebbe potuto

conseguire da un esercizio legittimo del potere amministrativo (cfr. Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2015 n. 552).

Il riferito orientamento in tema di assorbimento di motivi si rende a maggior ragione applicabile, anche per evidenti ragioni di economia processuale, quando, come nella specie, dall'eventuale accoglimento dell'appello incidentale discenda il venir meno dell'interesse alla decisione dell'appello principale.

9.- *In sintesi, col detto terzo motivo dell'appello incidentale si lamenta, da un lato, la mancata esplicitazione in verbale delle valutazioni individuali dei singoli commissari con riferimento a ciascun concorrente (prima parte del secondo motivo del ricorso di primo grado) e, dall'altro lato,*

l'avvenuta valutazione delle offerte tecniche da parte di quattro commissari e non del plenum del collegio (terzo motivo del ricorso originario).

9.1.- *Preliminarmente va respinta l'eccezione di inammissibilità del motivo, sollevata da Esaote nella considerazione che la domanda di demolizione dell'intera gara sarebbe stata avanzata solo in questo grado poiché il petitum azionato da Agfa davanti al TAR consisterebbe unicamente nel richiesto conseguimento dell'aggiudicazione.*

Ad una lettura complessiva dell'atto introduttivo del giudizio quanto così sostenuto si rivela inesatto, atteso che era chiesto l'annullamento anche dei verbali di gara, tra cui il n. 7 che interessa ai fini qui in esame, laddove è evidente l'annullamento per i vizi predetti altro non potesse condurre che alla caducazione della valutazione delle offerte tecniche, come del resto era espressamente

evidenziato in ricorso (cfr. pag. 28: “Ne deriva la nullità del giudizio tecnico espresso”).

9.2.- Quanto al primo profilo, occorre premettere che l'art. 11 del disciplinare di gara, punto A) relativo alla valutazione della “qualità dei servizi offerti” (pagg. 15 e 16), stabilisce che la commissione attribuisca i punteggi secondo la formula $C(a) = \Sigma [W_i * V(a)_i]$, dove “C(a)” rappresenta l'indice di valutazione dell'offerta (a), “ Σ ” la sommatoria, “W_i” il peso o punteggio attribuito al requisito (i) secondo la tabella 1, nonché “V(a)_i” il coefficiente dell'offerta (a) rispetto al requisito (i) “Valore variabile tra 0 e 1 sulla base del giudizio” secondo la tabella 2.

La tabella 1 elenca i tre macroelementi di valutazione e, nell'ambito del secondo, i quattro sub-elementi, con i rispettivi punteggi massimi. La tabella 2 concerne la conversione dei giudizi di ottimo, buono, discreto, sufficiente ed insufficiente rispettivamente nei coefficienti 1,00, 0,75, 0,50, 0,25 e 0,00.

Il disciplinare precisa che “I coefficienti V(a)_i sono determinati attraverso la media dei coefficienti, variabili da 0 a 1, attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari secondo i criteri riportati”.

Non è dubbio, dunque, come il disciplinare richieda l'attribuzione di un giudizio, da tradurre nel rispettivo coefficiente individuale, da parte di ciascun commissario ad ogni elemento (macro-elemento o sub-elemento) dell'offerta tecnica di ciascun concorrente, poi la formulazione per ogni elemento di ciascuna offerta della media dei coefficienti da esso conseguiti al fine di pervenire all'individuazione del valore V(a)_i, da moltiplicare per il punteggio massimo previsto per quell'elemento (W_i), onde il risultato della valutazione di

quell'offerta è dato dalla sommatoria dei prodotti relativi a ciascun suo elemento.

Siffatto percorso non si evince dal già citato verbale n. 7 del 3 luglio 2014, nel quale è indicato solo il punteggio qualitativo finale. Né è desumibile dall'allegata relazione dei commissari esperti comprensiva degli allegati 1 e 2.

Non risulta, invero, che l'attribuzione dei punteggi sia avvenuta seguendo le regole dettate dal disciplinare di gara e, in particolare, che ciascun commissario abbia formulato un proprio giudizio su ciascun elemento di ciascuna offerta e sia stata calcolata la media. Anzi, proprio i cennati allegati comprovano come ciò non sia affatto accaduto, laddove i giudizi ivi riportati sono cumulativi e non individuali (ancorché, giova precisare, non si pretenda l'indicazione del nominativo del commissario per ciascun giudizio). Né, in presenza della prescrizione del disciplinare secondo cui il coefficiente dell'elemento di valutazione deriva dalla media dei "coefficienti" che devono essere "attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari", nessuno escluso, può valere il principio in base al quale gli apprezzamenti dei questi ultimi sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali.

9.3.- Peraltro, in fatto vi è assoluta certezza dell'inosservanza delle regole di calcolo del valore corrispondente alla valutazione di ogni offerta, dal momento che è del tutto mancato l'apporto valutativo del commissario "amministrativo". La commissione ha infatti attribuito i punteggi limitandosi "all'unanimità dei suoi componenti" a recepire e far propria la proposta formulata nella relazione, cioè senza che pure il predetto commissario

“amministrativo” abbia esaminato le offerte tecniche e si sia espresso al riguardo, tanto meno che i suoi coefficienti siano confluiti mediante la media nei coefficienti delle offerte.

Inoltre, a ben vedere nessuna verifica la commissione ha realmente compiuto sulle offerte tecniche, esaminate soltanto dai quattro membri esperti, il cui operato si è pertanto tradotto nell'attività propriamente valutativa e non certo in quella istruttoria e preparatoria dell'attività collegiale, demandabile a parte del consesso.

Ne deriva la fondatezza anche del secondo profilo, dovendosi concludere nel senso che vi è stata violazione non solo della suesposta regola speciale posta dal disciplinare, bensì anche della regola generalissima che impone alla commissione di operare nel suo plenum nelle fasi in cui è chiamata a scelte discrezionali, qual è quella di cui si è discusso.

10.- Per le considerazioni sin qui svolte, assorbite – come già detto – le censure riproposte da Agfa, in accoglimento dell'appello incidentale l'annullamento degli atti impugnati pronunciato dal primo giudice va confermato, ma risalendo al momento, anteriore e più vasto rispetto a quello oggetto della pronuncia, della stessa fase di valutazione delle offerte tecniche. Conseguentemente l'appello principale, che riguarda il detto minor oggetto, diviene improcedibile per difetto di interesse.

Siffatto annullamento comporta che la rinnovazione del procedimento dovrà muovere appunto dalla fase annullata, emendata dai vizi ritenuti sussistenti.

Difatti, in forza del principio di conservazione dell'effetto utile degli atti giuridici (espressione dei principi di economicità e di buon

andamento dell'azione amministrativa), sulla base del disposto dell'art. 84, co. 12, del codice dei contratti pubblici ed alla stregua di quanto affermato anche dall'Adunanza plenaria con la sentenza 26 luglio 2012 n. 30, al riscontro dell'illegittimità di tale fase non necessariamente deve conseguire l'annullamento dell'intera gara, anche quando siano state già conosciute le offerte economiche dei concorrenti; ciò dal momento che i progetti tecnici, pur non potendo mutare, possono però essere apprezzati nuovamente senza violare la par condicio (che è il valore protetto della segretezza delle offerte), mentre il rischio di condizionamenti del giudizio della commissione è evitabile mediante l'analiticità della motivazione e la completezza della verbalizzazione, alle quali la commissione stessa è chiamata nel rinnovare il giudizio (cfr. Cons. St., Sez. VI, 4 settembre 2014 n. 4514)

Resta fermo, peraltro, il motivato esercizio in tutto o in parte dei poteri di autotutela dell'Amministrazione procedente, nel ricorso dei presupposti di legge.

11.- La complessità della controversia consiglia l'integrale compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello incidentale, dichiara improcedibile l'appello principale e, per l'effetto, conferma la sentenza appellata nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

*Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 aprile
2015 con l'intervento dei magistrati:*

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/04/2015

IL SEGRETARIO

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