



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 178 del 2011, proposto da: Plurima Spa, Consorzio CSA e Coopservice S. Coop p.a., in proprio e nella qualità di mandanti e capogruppo mandataria dell'Ati Plurima - Consorzio CSA - Coopservice S. Coop p.a, in persona dei rispettivi rappresentanti legali p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Vincenzo Cerulli Irelli ed Ermes Coffrini, con domicilio eletto presso Vincenzo Cerulli Irelli in Roma, via Dora n. 1;

***contro***

l'Ente per i Servizi Tecnico -Amministrativi di Area Vasta Centro (ESTAV Centro), in persona del rappresentante legale p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Lorian Maccari, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

***nei confronti di***

Italarchivi S.r.l., in persona del rappresentante legale p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Massimo Restano e Sebastiano Guerzoni, con domicilio eletto presso Laura Terracciano in Roma, via Taranto n. 21;

### *per la riforma*

della sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sezione I, n. 6713 del 2 dicembre 2010, resa tra le parti, concernente l'affidamento, in favore della società Italarchivi, del servizio di archiviazione delle cartelle cliniche per le aziende sanitarie USL 3 di Pistoia, USL 4 di Prato e USL 10 di Firenze (lotto 1) e per le Aziende Ospedaliero-Universitarie Careggi e Meyer di Firenze (lotto 2).

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta Centro e di Italarchivi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2011 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Cerulli Irelli, Maccari e Guerzoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.- L'Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta Centro (ESTAV Centro), con provvedimento del Direttore del Dipartimento Acquisizione Beni e Servizi n. 211 del 12 aprile 2010, aveva aggiudicato all'appellata Italarchivi, il servizio quinquennale di archiviazione delle cartelle cliniche per le aziende sanitarie USL 3 di Pistoia, USL 4 di Prato e USL 10 di Firenze (lotto 1) e per le Aziende Ospedaliero-Universitarie Careggi e Meyer di Firenze (lotto 2), per un importo complessivo euro 5.132.484,00, Iva inclusa.

L'Italarchivi si era infatti classificata al primo posto della graduatoria di merito della gara sia per il lotto 1 che per il lotto 2, con il punteggio complessivo, per il lotto 1, di punti 82 (punti 42 per l'offerta tecnica e punti 40 per l'offerta economica), davanti al raggruppamento temporaneo di imprese formato dalla

società Plurima, dal Consorzio CSA e dalla Coopservice che aveva ottenuto il punteggio complessivo di punti 65,62 (punti 47 per l'offerta tecnica e punti 18,62 per l'offerta economica) e, per il secondo lotto, con il punteggio complessivo di punti 83 (punti 43 per l'offerta tecnica e punti 40 per l'offerta economica), davanti al raggruppamento temporaneo di imprese formato dalla società Plurima, dal Consorzio CSA e dalla Coopservice che aveva ottenuto punti 77,22 (punti 50 per l'offerta tecnica e punti 26,72 per l'offerta economica).

2.- Avverso l'aggiudicazione e gli atti della procedura di gara hanno proposto ricorso davanti al TAR per la Toscana la società Plurima, il Consorzio CSA e la Coopservice chiedendone l'annullamento per diversi motivi.

Il TAR per la Toscana, Sezione I, con la sentenza n. 6713 del 2 dicembre 2010 ha respinto il ricorso.

La società Plurima, il Consorzio CSA e la società Coopservice (di seguito Ati Plurima), in proprio e nella qualità di mandanti e capogruppo mandataria dell'Ati Plurima - Consorzio CSA - Coopservice S. Coop p.a, hanno appellato l'indicata sentenza chiedendone l'annullamento perché erronea sotto diversi profili.

All'appello si sono opposte, proponendo anche appello incidentale, l'Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta Centro (di seguito Estav) e la società Italarchivi.

3.- Questo Collegio ritiene di dover preliminarmente esaminare gli appelli incidentali proposti dalla Estav e dalla società Italarchivi.

Al riguardo si deve ricordare che, per principio consolidato, il giudice, nel caso in cui siano stati proposti un ricorso principale ed uno incidentale, può esaminare con priorità, a seconda dei casi, il ricorso che risulta decisivo per dirimere la lite, tenendo conto dei principi di economia processuale e di logicità (Consiglio Stato, sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696).

Normalmente il ricorso incidentale, per la sua funzione difensiva, va esaminato dopo quello principale. Ma il ricorso incidentale va esaminato prima se con esso si propone una questione di carattere pregiudiziale, rispetto al merito della domanda (oggetto del ricorso principale), ed idonea a determinare la declaratoria d'inammissibilità del gravame principale per difetto di interesse (Consiglio Stato, sez. V, 21 febbraio 2011, n. 1072), come accade quando viene sollevata una questione riguardante l'ammissione alla gara del ricorrente principale (Consiglio Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577). In proposito l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la recente sentenza n. 4 del 7 aprile 2011, ha ribadito il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere esaminato prioritariamente.

Più in generale, ove dalla definizione delle questioni dedotte con il ricorso incidentale discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte col ricorso principale, l'esame delle questioni dedotte con il ricorso incidentale deve avere priorità logica nell'ordine di trattazione delle questioni.

4.- Ciò premesso, sostiene con il suo appello incidentale l'Estav che il ricorso della Ati Plurima doveva essere dichiarato inammissibile per la mancata tempestiva impugnazione del verbale di gara dal quale si evinceva l'ammissione alla gara della appellata Italarchivi.

La censura è chiaramente infondata.

Per principio pacifico infatti, ai fini dell'ammissibilità di un ricorso proposto avverso l'aggiudicazione di un appalto, è sufficiente che sia stato impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, non costituendo causa di inammissibilità del ricorso la mancata impugnazione del verbale di gara con il quale la controinteressata (risultata aggiudicataria) è stata ammessa alla procedura che costituisce un atto endoprocedimentale.

Si è precisato che anche l'aggiudicazione provvisoria costituisce un atto endoprocedimentale la cui impugnazione è una facoltà ma non un onere, essendo l'atto effettivamente lesivo (da impugnare) quello conclusivo del procedimento dell'aggiudicazione definitiva (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3671 del 20 giugno 2011).

5.- L'Estav nel suo appello incidentale ha anche censurato la parte della sentenza del TAR di Firenze con la quale è stata disposta la compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

Ma la censura è manifestamente infondata.

Per principio costante la decisione in materia di spese processuali è infatti censurabile soltanto quando le spese siano state poste, totalmente o parzialmente, a carico della parte totalmente vittoriosa. Non è invece sindacabile, neppure per difetto di motivazione, la valutazione di merito operata dal giudice sulla loro compensazione (fra le più recenti: Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4052 del 7 luglio 2011, Sez. VI n. 8224 del 24 novembre 2010).

6.- Anche la Italarchivi ha proposto appello incidentale sostenendo che l'Ati Plurima doveva essere esclusa dalla gara per aver indicato, nell'offerta economica, i costi per le interferenze che non dovevano essere invece indicati perché il modulo allegato al disciplinare prevedeva un costo "0" per le interferenze.

Anche tale censura non è fondata. Sebbene, nella fattispecie, non risulta che la stazione appaltante avesse predeterminato l'importo (non soggetto a ribasso) degli oneri di sicurezza per le interferenze, tuttavia non si può ritenere l'offerta della Ati Plurima erronea (e quindi illegittima) per aver la stessa specificamente indicato, nell'offerta economica, anche l'ammontare di tali oneri.

L'Ati Plurima non poteva quindi per tale motivo essere esclusa dalla gara in questione.

7.- Respinti gli appelli incidentali, si può quindi ora passare all'esame dell'appello principale proposto dalla Ati Plurima avverso la sentenza del T.A.R. per la Toscana, n. 6713 del 2 dicembre 2010, che aveva respinto il ricorso dalla stessa proposto avverso l'aggiudicazione in favore della Italachivi dell'appalto in questione.

Con il primo motivo l'appellante ha sostanzialmente riproposto le tre censure che erano state sollevate con il primo motivo del ricorso di primo grado.

Ha lamentato quindi:

la violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. f) del d. lgs. n. 163 del 2006 per essere la Italachivi incorsa in un grave errore professionale nella gestione delle cartelle cliniche dell'Ospedale Meyer di Firenze;

la violazione, in ogni caso, del principio di leale collaborazione per non aver dichiarato chiaramente l'appellata Italachivi tale circostanza;

la violazione del principio di pubblicità delle gare per non essersi svolti in seduta pubblica gli adempimenti di verifica del contenuto delle offerte.

8.- Il Collegio ritiene di dover esaminare per prima tale ultima censura poiché la soluzione della questione sollevata incide sulla legittimità della intera procedura di gara.

Si deve preliminarmente precisare che, come emerge dagli atti, in seduta pubblica sono state aperte e risulta esaminato il contenuto delle buste contenenti la documentazione amministrativa (verbale del 12 febbraio 2009) e successivamente il contenuto delle buste contenenti l'offerta economica (verbale del 30 dicembre 2009).

Non risultano invece aperte in seduta pubblica le buste contenenti le offerte tecniche che sono state dalla stazione appaltante affidate alla Commissione giudicatrice che le ha poi aperte e ne ha esaminato i contenuti in seduta riservata.

L'appellante Ati Plurima sostiene che proprio tale procedura deve ritenersi illegittima e che del tutto erronea ed insufficiente è stata sul punto la valutazione compiuta dal TAR per la Toscana che si è limitato ad affermare, nella appellata sentenza, che “la prima riunione della Commissione di gara si è svolta pubblicamente e vi ha partecipato un rappresentante della ditta Plurima munito di delega, come da verbale del 12 febbraio 2009”.

Sia la Estav che la Italarchivi sostengono invece la correttezza della procedura seguita, peraltro nel rispetto del Disciplinare di gara che nel capitolo dedicato allo svolgimento della gara prevedeva che il giorno 12.02.2009 il Presidente di gara (o altro dirigente delegato) avrebbe dovuto procedere all'apertura dei plichi pervenuti e procedere alla apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa (e alla sua verifica), mantenendo “chiuse le buste contenenti le offerte tecniche ed economiche”. Il Disciplinare precisava inoltre che la documentazione tecnica sarebbe stata trasmessa all'apposita Commissione giudicatrice per la valutazione, in successive sedute non pubbliche, degli aspetti qualitativi e per l'assegnazione dei relativi punteggi.

9.- Ciò chiarito si deve rilevare che sulla questione di diritto proposta, che era stata oggetto di diverse valutazioni in giurisprudenza, si è espressa con una recentissima sentenza l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 13 del 28 luglio 2011, ha affermato che, negli appalti pubblici da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il principio della pubblicità delle operazioni da svolgere in seduta pubblica trova applicazione con specifico riferimento anche all'apertura della busta dell'offerta tecnica. Infatti, la pubblicità delle sedute di gara risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche

dell'interesse pubblico alla trasparenza 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.

L'Adunanza Plenaria ha quindi affermato che è illegittima la clausola del bando che prevede, per la fase di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, una seduta riservata, atteso che all'apertura delle buste delle offerte tecniche, come per quelle contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, deve procedersi in seduta pubblica, trattandosi di un passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale che deve essere presidiata dalle medesime garanzie previste per l'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

10.- Applicando tali principi al caso di specie la censura sollevata dall'Ati Plurima si rileva fondata e l'appello deve essere conseguentemente accolto con l'annullamento della procedura di gara in questione che dovrà essere rinnovata dalla Estav facendo applicazione del principio di diritto affermato.

11.- Questo Collegio, potendo avere la questione rilievo anche in sede di rinnovazione della gara, ritiene di dover peraltro esaminare anche la censura (sollevata con il primo profilo del primo motivo) riguardante l'errore professionale commesso dalla Italarchivi.

Al riguardo si deve ricordare che, ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera f), del d. lgs. n. 163 del 2006 "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore

grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

Tale disposizione prevede quindi la possibile esclusione dalla partecipazione alle gare di appalto delle imprese che si sono rese responsabili di gravi inadempienze nell'esecuzione di precedenti rapporti contrattuali e che per questo non sono considerate affidabili dalla stazione appaltante.

La giurisprudenza ha peraltro chiarito che l'esclusione dalla gara non ha carattere sanzionatorio e che per procedere alla esclusione è necessario che l'amministrazione, con atto motivato, dia conto della gravità della negligenza o dell'errore professionale commesso e del rilievo che tali elementi hanno sull'affidabilità dell'impresa e sull'interesse pubblico a stipulare un nuovo contratto con la stessa (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 296 del 27 gennaio 2010).

La gravità della negligenza o dell'errore professionale deve essere pertanto commisurata al pregiudizio arrecato alla fiducia che la stazione appaltante deve poter riporre nell'impresa affidataria dell'esecuzione di un nuovo rapporto contrattuale.

La valutazione sulla rilevanza, ai fini dell'affidamento di un nuovo appalto, della negligenza o dell'errore professionale e quindi sulla sussistenza o meno del requisito di affidabilità, ha quindi carattere discrezionale e, per questo, occorre, come si è già detto, che il provvedimento di esclusione sia adeguatamente motivato con l'indicazione delle ragioni del convincimento circa la mancanza del requisito di affidabilità dell'impresa partecipante alla gara (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 409 del 21 gennaio 2011).

12.- Nel caso di specie la mancata esclusione dalla gara della Italarchivi è stata determinata da una valutazione discrezionale dell'Estav che ha ritenuto che l'errore professionale commesso presso l'Ospedale Meyer di Firenze non potesse ritenersi

tanto grave da far venir meno il requisito di affidabilità della stessa impresa nella partecipazione ad una nuova gara.

E tale valutazione non appare manifestamente irragionevole tenuto conto che risulta pacificamente dagli atti che tale errore era stato l'unico commesso dalla detta società nel precedente rapporto e che l'Italarchivi ha svolto e svolge numerosi rapporti contrattuali con altre pubbliche amministrazioni.

13.- Né tale scelta, come sostenuto dalla Ati Plurima, può ritenersi contraddittoria in relazione alla circostanza che quando era stato commesso l'errore era stato ritenuto grave.

Il giudizio (sulla gravità) dell'errore pronunciato dopo il suo immediato verificarsi e finalizzato a mettere in mora l'impresa per le conseguenze ad esso connesse non può essere infatti commisurato al diverso giudizio emesso successivamente in sede di ammissione ad una nuova gara tenuto conto che tale ultimo giudizio si fonda su molteplici ulteriori elementi, fra i quali la qualità complessiva delle prestazioni fornite in favore della stessa stazione appaltante e di altre pubbliche amministrazioni.

La censura, come ritenuto anche dal TAR per la Toscana, deve essere quindi respinta.

14.- In conclusione, assorbiti gli altri motivi, l'appello deve essere accolto e deve essere disposto l'annullamento della sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sezione I, n. 6713 del 2 dicembre 2010 e il conseguente annullamento della procedura di gara oggetto di impugnazione.

Le spese del doppio grado di giudizio, considerata anche la novità delle questioni trattate, possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

accoglie l'appello e, per l'effetto, dispone l'annullamento della sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sezione I, n. 6713 del 2 dicembre 2010 e l'annullamento della procedura di gara oggetto di impugnazione.

Dispone l'integrale compensazione fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del 27 maggio e del 28 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/11/2011

IL SEGRETARIO

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