

Individuazione del dies a quo di decorrenza del termine di impugnazione e conoscenza degli atti impugnati e limiti al giudice amministrativo sulla valutazione delle offerte tecniche effettuata dalla Commissione.

Massima: *Il giudizio amministrativo – pena la sua inevitabile esondazione dall'alveo della legittimità e l'indebita invasione della sfera di merito riservata all'amministrazione – non può risolversi in una nuova attribuzione di punteggio e in un nuovo computo analiticamente svolti punto per punto per ciascun prodotto e per ciascun servizio contenuti nelle offerte tecniche delle imprese litiganti, è ciò in specie quando, nel quadro di un appalto caratterizzato da una particolare complessità degli elementi di valutazione, la critica si spinge fino a livelli, per così dire, atomistici nell'analisi dei contenuti delle forniture e dei servizi proposti. Per evitare lo sconfinamento nel campo del merito, il giudizio amministrativo deve invece concentrarsi sull'insieme unitario, sistemico delle offerte tecniche, e considerare esclusivamente in quest'ottica l'assenza di profili evidenti di eccesso di potere che minino la legittimità della valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione, ad esempio quando – ciò che non si riscontra nel caso in esame – non siano state rilevate macroscopiche differenze quali-quantitative dei prodotti offerti e il giudizio appaia nel suo complesso oggettivamente sbilanciato e sviato in favore di uno dei concorrenti a discapito dell'altro (cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 ottobre 2023, n. 8721).*

Consiglio di Stato, Sezione III, n.8621 del 29.10.2024



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 4133 del 2024, proposto dalla società Sincronis S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG 9620945EF6, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

- la società KLS Martin Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Colombo e Giovanni Luca Murru, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
- l'Azienda Unità Sanitaria Locale Umbria 2, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in

persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pier Luigi Boscia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria n. 352/2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società KLS Martin Italia S.r.l. e dell'Azienda Sanitaria Regionale - Unità Sanitaria Locale Umbria 2;

Visto l'appello incidentale adesivo dell'Azienda Sanitaria Regionale - Unità Sanitaria Locale Umbria;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 26 settembre 2024, il Cons. Antonio Massimo Marra e sentiti i difensori delle parti come da verbale.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna società appellata KLS Martin Italia S.r.l. ha partecipato alla gara bandita dall'Azienda Unità Sanitaria Locale - Umbria n. 2 per la fornitura di n. 11 lampade scialitiche ai presidi ospedalieri di Foligno e di Spoleto.

1.1. La gara era stata aggiudicata alla società Sincronics S.r.l., odierna appellante, che ha ottenuto il punteggio tecnico di 65,500 punti su 70; laddove Martin si è classificata al secondo con posto, con punteggio tecnico di 63,750 punti su 70.

1.2. In data 11 dicembre 2023 la Stazione appaltante ha comunicato l'informativa di cui all'art. 76 d.lgs. n. 50/2016 a tutti gli operatori dell'aggiudicazione della fornitura in questione alla società odierna appellante risultata prima nella graduatoria di gara.

2. L'odierna appellata ha impugnato, avanti al Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria, la delibera n. 2074 del 7 dicembre 2023, a mezzo della quale il Direttore Generale dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Perugia ha disposto l'aggiudicazione, in favore di Sincronis S.r.l., della gara per l'affidamento di detta fornitura di lampade scialitiche ai visti presidi ospedalieri.

2.1. Con un primo motivo essa ha fatto valere, avanti al Tribunale, la violazione e omessa applicazione degli articoli artt. 30 e 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 e della *lex specialis*, contestando errori nella valutazione delle offerte, che, ove emendati, avrebbero comportato, a detta della ricorrente, l'avanzamento della sua offerta rispetto a quella della controinteressata.

2.2. Con un secondo motivo KLS ha dedotto, in prime cure, la violazione e omessa applicazione dell'art. 18 del Disciplinare di gara, la violazione dell'art. 77 d.lgs. n. 50 del 2016, oltre al vizio di eccesso di potere per contraddittorietà e carenza di istruttoria, per quanto attiene alla composizione della Commissione giudicatrice, che avrebbe dovuto essere formata da cinque membri in luogo dei soli tre soli membri che risultano aver svolto le operazioni di gara.

2.3. Con un terzo motivo, essa ha denunciato la violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 95 d.lgs. n. 50 del 2016 e della *lex specialis*, con riguardo particolare ai criteri di valutazione dell'offerta tecnica, dei principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa e violazione del principio della *par condicio*, nonché l'eccesso di potere per carenza di istruttoria, disparità di trattamento e sviamento. Ad avviso della ricorrente, poiché la *lex specialis* non avrebbe specificato i criteri di apprezzamento in maniera dettagliata, per i plurimi parametri quantitativi presenti nella griglia di valutazione, la Commissione non avrebbe potuto svolgere il proprio compito di valutazione, limitandosi a valutare discrezionalmente tutti i parametri come indici qualitativi.

2.4. Nel primo grado del giudizio si sono costituite sia l'Azienda Sanitaria Locale dell'Umbria – USL 2, sia la controinteressata Sincronics S.r.l. per chiedere la reiezione del ricorso.

2.5. Il Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria, con la sentenza n. 352 del 7 maggio 2024, ha accolto il ricorso, sull'assorbente presupposto della fondatezza del secondo motivo dedotto relativo alla illegittima composizione della Commissione di gara.

3. Avverso tale sentenza ha proposto appello Sincronics deducendo, anzitutto, l'erroneità della decisione del TAR, là dove ha respinto l'eccezione di tardività della censura – poi accolta e ritenuta assorbente nella sentenza appellata – relativa all'illegittima composizione della Commissione aggiudicatrice. Tale eccezione è stata disattesa facendo, in particolare, richiamo al Tribunale al pacifico indirizzo giurisprudenziale (Ad. Pl. n. 12/2020), secondo cui, il provvedimento di nomina della Commissione non è mai direttamente lesivo, dovendo essere impugnato solo unitamente all'atto conclusivo della procedura.

3.1. Si sono costituite per opporsi all'appello sia la stazione appaltante, che ha a sua volta proposto appello incidentale adesivo, che KLS Martin Italia S.r.l..

3.2. Nella camera di consiglio del 20 giugno 2024, il Collegio ha accolto con ordinanza n. 2327 l'istanza cautelare formulata in una all'appello principale.

3.3. Infine, nell'udienza del 26 settembre 2024, il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello risulta fondato nei sensi appresso specificati.

4.1. Importa premettere, in termini generali, che la questione della esatta individuazione del termine di impugnazione dei provvedimenti in materia di affidamento dei contratti pubblici è stata, nelle sue linee di fondo, affrontata ed esaminata dalla decisione della Adunanza plenaria n. 12/2020 e, quindi, affinata dalla successiva elaborazione giurisprudenziale.

Si tratta di una problematica che origina da un quadro regolatorio non del tutto omogeneo, nell'ambito del quale a disposizioni normative di ordine processuale e di valenza generale (artt. 41, comma 2, e 120 cod. proc. amm.) si sovrappone, con effetto di concorrenza, una disciplina sostanziale e speciale (artt. 53 e 76, d. lgs. n. 50/2016).

4.2. In siffatto contesto normativo, la richiamata decisione dell'Adunanza plenaria, in prospettiva nomofilattica, ha esaminato la questione sotto due concorrenti aspetti:

a) l'idoneità della "*pubblicazione generalizzata*" degli atti di gara sul profilo Internet della stazione appaltante a far senz'altro decorrere il termine di impugnazione, in relazione a quei vizi percepibili direttamente ed immediatamente dai provvedimenti oggetto di pubblicazione;

b) la corretta individuazione del termine per proporre il ricorso introduttivo nelle ipotesi di vizi conoscibili solo in esito all'accesso agli atti di gara.

4.3. Se ne è desunta, nella prospettiva di adeguata e proporzionata conciliazione del diritto di difesa del concorrente pregiudicato e della celerità dell'azione amministrativa, una articolata e cadenzata scansione temporale, puntualmente ancorata ai diversi momenti di possibile conoscenza degli atti di gara, ad ognuno dei quali corrispondono precise condizioni affinché possa aversi decorrenza del termine di impugnazione, in base alla considerazione, di carattere generale, per la quale l'individuazione di quest'ultima dipenda dal rispetto delle disposizioni sulle formalità inerenti alla "informazione" e alla "pubblicizzazione" degli atti.

4.4. In dettaglio, l'individuazione del *dies a quo* risulta così modulata (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2022 n. 10470):

a) in via di principio, dalla pubblicazione generalizzata degli atti di gara, comprensiva anche dei verbali ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016;

b) dall'acquisizione, per richiesta della parte o per invio officioso, delle informazioni di cui all'art. 76 del d. lgs. cit., ma (solo) a condizione che esse consentano di avere ulteriori elementi per apprezzare i vizi già individuati o per accertarne altri, così da consentire la presentazione, non solo dei motivi aggiunti, ma anche del ricorso principale;

c) con "*dilazione temporale*", nel caso di proposizione dell'istanza di accesso agli atti, fino al momento in cui questo è consentito, se i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta (sempreché, in tal caso, l'istanza di accesso sia tempestivamente proposta nei quindici giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione);

d) dalla comunicazione o dalla pubblicità nelle forme individuate negli atti di gara ed accettate dai partecipanti alla gara, purché gli atti siano comunicati o pubblicati unitamente ai relativi allegati (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525; Id., 19 gennaio 2021, n. 575).

4.5. L'ipotesi che, nel caso in esame, occorre considerare è quella di cui *supra, sub a)* – trattandosi di provvedimento di nomina della commissione giudicatrice pubblicato *in illo tempore* nell'albo pretorio della Azienda e sulla sezione "*Amministrazione trasparente*" del sito della USL Umbria 2 e, reso noto, a tutti i concorrenti - in ordine alla quale allora, nei termini chiariti, ed in ossequio ai consolidati indirizzi giurisprudenziali, il *dies a quo* del termine per la sua impugnazione coincideva con la data della comunicazione dell'aggiudicazione e, non già con il momento successivo dell'effettuazione dell'accesso agli atti di gara che, semmai, rileva per le censure relative alle offerte e ai punteggi assegnati alle stesse, e rispetto a tale prima data la doglianza *de qua* era tardiva.

Inconferenti, pertanto, risultano le opposte argomentazioni sulla base delle quali il primo giudice ha disatteso l'eccezione di tardività dell'impugnazione *in parte qua*, la quale andava invece accolta.

4.6. Ciò premesso, a fronte delle suesposte considerazioni, inconsistenti risultano le argomentazioni - in senso contrario - svolte dalla società KLS Martin Italia, odierna appellata, là dove ha, anzitutto, evidenziato di aver proposto la censura relativa alla composizione della Commissione, solo in via subordinata, rispetto alle specifiche doglianze sui punteggi attribuiti alle offerte.

4.6.1. Soggiunge sul punto la controinteressata KLS che, soltanto a seguito della conoscenza di queste ultime, in esito all'accesso agli atti, sarebbe originato il suo interesse "*principale*" all'immediato conseguimento dell'aggiudicazione; di tal che, non era esigibile, a suo dire, un'immediata impugnazione, intesa a ottenere una "*utilità indiretta*", costituita dall'integrale caducazione della gara.

4.6.2. In ogni caso, sempre secondo la prospettazione di KLS, il momento della piena conoscenza della composizione della Commissione di gara avrebbe dovuto individuarsi al momento in cui, la stessa ricorrente in prime cure, aveva preso visione dei verbali di gara, e non alla data del decreto di nomina della Commissione stessa, che nonostante fosse stato pubblicato, non le sarebbe mai stato notificato.

4.7. La Sezione reputa poco persuasive tali argomentazioni, pur pregevolmente sviluppate dalla società appellata, con le quali s'intende rafforzare la ricostruzione condivisa dal primo giudice.

4.8. Ed, invero, con riguardo al primo profilo, è agevole rilevare che la conoscenza degli atti impugnati e, della loro lesività, costituisce un dato oggettivo, ancorato a presupposti verificabili in virtù di prove certe - notifica dell'atto, pubblicazione, piena conoscenza -, e non è condizionata dall'interesse che la società KLS, in base alle proprie valutazioni e strategie processuali, ha inteso azionare, *sub specie* della specifica utilità che si proponeva di ricavare dall'accoglimento del proprio ricorso. Così stando le cose è evidente che, nel momento in cui l'operatore economico, partecipante a una gara, acquisisce conoscenza dell'aggiudicazione disposta in favore di altro concorrente, come affermato dalla Plenaria nella sentenza sopra richiamata, è perfettamente in grado di percepire la portata lesiva di tale esito e di far valere tutti i vizi di cui sia già a conoscenza, ivi compresi quelli endoprocedimentali e relativi alla composizione della Commissione di gara, indipendentemente da ciò che può ripromettersi di ottenere attraverso l'impugnazione.

4.9. Quanto sopra non pregiudica in alcun modo, diversamente da quanto dedotto dalla società appellata, il diritto di difesa, in quanto le valutazioni circa l'interesse a impugnare possono sempre essere modificate in virtù del principio della domanda. Conferma tale conclusione, quanto chiarito dalla giurisprudenza (Ad. Pl. n. 5/2015), là dove ha statuito che la graduazione dei motivi è sempre modificabile da parte del ricorrente, sicché nulla avrebbe potuto impedire all'odierna appellata di impugnare immediatamente l'aggiudicazione per il vizio di composizione della Commissione, nel rispetto del termine di 30 giorni dalla pubblicazione dell'aggiudicazione stessa e, poi - all'esito dell'accesso - con motivi aggiunti formulare le censure relative alle offerte, specificando che quella sulla Commissione avrebbe assunto carattere subordinato.

4.10. Quanto all'ulteriore rilievo dedotto dalla società KLS, come puntualmente rilevato dalla difesa appellante, va evidenziato che l'art. 29 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rappresenta la previsione normativa che stabilisce la pubblicazione degli atti endoprocedimentali sul profilo del committente, con ciò stabilendo una presunzione legale di conoscenza rilevante ai sensi dell'articolo 41, comma 2, c.p.a. (e come confermato dal successivo articolo 120, comma 5, del medesimo c.p.a.), senza che sia necessaria la notificazione individuale: da ciò si trae conferma che, nel caso di specie, la conoscenza del decreto di nomina della Commissione si è inverata con la pubblicazione del relativo decreto, anche se, poi, il termine per impugnare ha iniziato a decorrere dalla data di comunicazione dell'aggiudicazione.

4.11. La fondatezza dell'eccezione riproposta col primo motivo d'appello, comportando l'irricevibilità *in parte qua* del ricorso di primo grado, determina anche l'assorbimento del terzo motivo, col quale gli appellanti censuravano nel merito le statuizioni del T.A.R. in ordine al vizio di composizione della Commissione di gara.

5. Le svolte considerazioni rilevano, ad avviso del Collegio, anche con riguardo all'impugnazione del bando di gara - anch'essa proposta in via subordinata -; di tal che, risulta del pari fondato il secondo motivo d'appello, a mezzo del quale è stata riproposta l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado *in parte qua*, e ne risulta assorbita la censura riproposta *ex* articolo 101, comma 2, c.p.a., con riguardo alla pretesa illegittimità della *lex specialis*.

6. La Sezione deve ora farsi carico di esaminare le ulteriori censure assorbite dal primo giudice, che KLS, originaria ricorrente, ha riproposto ai sensi dell'articolo 101, comma 2, c.p.a. e che gravitano sulle valutazioni della Commissione di gara in ordine alle offerte tecniche della stessa odierna appellante e dell'appellata.

6.1. Un primo problema da porsi è se tali valutazioni siano di fatto insindacabili, perché espressione della discrezionalità tecnica riconosciuta dalla legge all'Amministrazione: e difatti l'appellante eccepisce l'inammissibilità delle censure in esame, in quanto tendenti a censurare valutazioni della Commissione di gara di fatto insindacabili, perché espressione della discrezionalità tecnica.

6.2. Osserva, anzitutto, il Collegio che non è dubbio che, nel caso che occupa, non si versa a ben vedere in ipotesi di vera "insindacabilità", bensì di limitazioni, anche forti, all'estensione del sindacato medesimo: la questione attiene dunque sempre al merito del giudizio – che è la sede in cui verificare se i predetti limiti sono stati travalicati o no – e giammai all'ammissibilità dell'impugnazione.

Pertanto, l'eccezione deve essere sotto tale qualificazione respinta.

6.3. Deve, dunque, essere riaffermato il principio, pacifico nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui la valutazione delle offerte tecniche, effettuata dalla Commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dal bando di gara, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica sì da rendere detta valutazione non sindacabile salvo che sia affetta da manifesta illogicità (Cons. St., sez. V, 18 marzo 2019, n. 1748; id., 14 gennaio 2019, n. 291); vizio questo che – alla luce della documentazione versata in atti e degli scritti difensivi – non appare affatto inficiare la valutazione compiuta dalla Commissione nel caso di specie.

6.4. È infatti immune da evidenti vizi, perché tutt'altro che illogico, l'aver assegnato punteggi all'offerta dell'aggiudicataria sulla scorta delle modalità di valutazione stabilite dalla Commissione e contestate da KLS (perché a suo dire non avrebbero consentito una graduazione atta a valorizzare il dato qualitativo dell'offerta).

6.4.1. Più di recente, la giurisprudenza della Sezione ha avuto modo di precisare l'indirizzo sopra richiamato, osservando che il giudizio amministrativo – pena la sua inevitabile esondazione dall'alveo della legittimità e l'indebita invasione della sfera di merito riservata all'amministrazione - non può risolversi in una nuova attribuzione di punteggio e in un nuovo computo analiticamente svolti punto per punto per ciascun prodotto e per ciascun servizio contenuti nelle offerte tecniche delle imprese

litiganti, è ciò in specie quando, nel quadro di un appalto caratterizzato da una particolare complessità degli elementi di valutazione, la critica si spinge fino a livelli, per così dire, atomistici nell'analisi dei contenuti delle forniture e dei servizi proposti. Per evitare lo sconfinamento nel campo del merito, il giudizio amministrativo deve invece concentrarsi sull'insieme unitario, sistemico delle offerte tecniche, e considerare esclusivamente in quest'ottica l'assenza di profili evidenti di eccesso di potere che minino la legittimità della valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione, ad esempio quando – ciò che non si riscontra nel caso in esame - non siano state rilevate macroscopiche differenze quali-quantitative dei prodotti offerti e il giudizio appaia nel suo complesso oggettivamente sbilanciato e sviato in favore di uno dei concorrenti a discapito dell'altro (cfr. Cons. Stato, sez. III, 6 ottobre 2023, n. 8721).

6.5. Le doglianze assorbite dal primo giudice e riproposte ora in appello sono perciò infondate.

7. Da quanto sopra consegue anche la reiezione della domanda risarcitoria, del pari riproposta dalla ricorrente originaria ai sensi dell'articolo 101, comma 1, c.p.a..

7.1. Tale domanda è peraltro, e prima ancora, inammissibile in quanto su di essa il T.A.R. si è espressamente pronunciato in sentenza, ritenendo pienamente soddisfatta per la ricorrente la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto: se l'originaria ricorrente aveva perciò qualcosa di cui dolersi rispetto a tale statuizione, avrebbe dovuto gravarla con appello incidentale, cosa che non ha fatto.

8. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello deve essere accolto e conseguentemente, in riforma della sentenza impugnata, deve essere dichiarato in parte irricevibile e in parte respinto il ricorso proposto in primo grado da KLS Martin Italia.

9. La complessità delle questioni controverse sin qui esaminate, che ha richiesto un approfondito accertamento di fatti e valutazioni al Collegio, giustifica l'integrale compensazione delle spese inerenti ad entrambi i gradi del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, dalla società Sincronics S.r.l., lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, in parte dichiara irricevibile e in parte respinge il ricorso proposto in primo grado proposto da KLS Martin Italia S.r.l..

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 settembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Ezio Fedullo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

Luca Di Raimondo, Consigliere

L'ESTENSORE

Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO