

Pubblicato il 31/12/2021

N. 08749/2021REG.PROV.COLL.
N. 06798/2021 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 6798 del 2021, proposto dalla Lavanderia Super Moderna Cutrupi Antonino di Cutrupi Paola s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo del raggruppamento con le imprese mandanti Impremed s.p.a. e Saf s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Valerio Zimatore, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;;

contro

la Regione Calabria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angela Marafioti, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

il Grande Ospedale mMetropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli", in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonietta Scaglione, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;

la Stazione unica appaltante della Regione Calabria, non costituita in giudizio,

nei confronti

della Hospital Service s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fausto Troilo, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sede di Catanzaro, sez. II, 15 luglio 2021, n. 1438, concernente l'annullamento delle note prot. n. 9679 del 5 maggio 2021 e prot. n. 200740 del 3 maggio 2021 con le quali la stazione appaltante ha respinto l'istanza presentata dall'appellante volta a stimolare un provvedimento in autotutela al fine di annullare l'aggiudicazione del lotto 7 della gara indetta dalla Regione Calabria con decreto dirigenziale n. 15706 del 29 dicembre 2017, modificato con decreto dirigenziale n. 171 del 23 gennaio 2018, per l'affidamento di servizi di lavanolo alle aziende sanitarie e ospedaliere della Calabria.

Visto il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Hospital Service s.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Regione Calabria;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli";

Viste le memorie depositate dalla Regione Calabria in date 30 luglio 2021; 6 settembre 2021; 8 settembre 2021 e 8 dicembre 2021;

Vista la memoria depositata dall'Hospital Service s.r.l. in data 7 settembre 2021;

Vista la memoria depositata dal Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli" in date 4 settembre 2021 e 7 settembre 2021;

Vista la memoria depositata dalla Lavanderia Super Moderna Cutrupi Antonino di Cutrupi Paola s.n.c. in data 3 dicembre 2021;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 21 dicembre 2021 il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue.

FATTO

1. La Lavanderia Super Moderna Cutrupi Antonino di Cutrupi Paola s.n.c. (d'ora in poi, Lavanderia) è una società che fornisce servizi di pulizia e lavanderia. Nel 2017 ha partecipato, quale capogruppo del raggruppamento con le imprese mandanti Impremed s.p.a. e Saf s.r.l., alla gara bandita dalla Regione Calabria con decreto dirigenziale n. 15706 del 29 dicembre 2017 (modificato con decreto dirigenziale n. 171 del 23 gennaio 2018), per l'affidamento di servizi di lavanolo alle Aziende sanitarie e ospedaliere della Calabria.

La gara era divisa in 9 lotti e la Lavanderia ha partecipato alla gara per l'aggiudicazione dei lotti 3 e 7, graduandosi in terza posizione in entrambe le procedure.

Entrambe le aggiudicazioni sono state impugnate dinanzi al Tar Calabria, sede di Catanzaro, che ha respinto: a) con sentenza n. 1630 del 16 ottobre 2020 il ricorso, proposto da Impremed s.p.a., in proprio e quale capogruppo del R.t.i. con Lavanderia Super Moderna Cutrupi Antonino di Cutrupi Paola s.n.c., America Laundry Ospedaliera s.p.a. e Saf s.r.l. relativamente al lotto n. 3; b) con sentenza n. 1632 del 16 ottobre 2020 il ricorso, proposto da Lavanderia Super Moderna Cutrupi Antonino di Cutrupi Paola s.n.c., in proprio e quale capogruppo del R.t.i. con Impremed s.p.a. e Saf s.r.l., relativamente al lotto 7.

Le sentenze sono state appellate dinanzi al Consiglio di Stato che, con sentenza n. 2509 del 25 marzo 2021 ha accolto il ricorso relativo all'aggiudicazione del lotto 3 mentre con la sentenza n. 2513 del 25 marzo 2021 ha confermato la reiezione del ricorso relativo all'aggiudicazione del lotto 7.

L'appello sul lotto 3 è stato accolto per avere la Sezione riscontrato come la Commissione giudicatrice - nominata relativamente alla procedura di tutti i 9 lotti con decreto n. 7719 del 18 luglio 2018 - non fosse stata correttamente

formata, in quanto il Presidente (ing. Innocenza Ruberto, dirigente della Sezione osservatorio della Sua Regione Calabria) non era stato scelto con sorteggio tra i dirigenti dell'Amministrazione regionale; illegittimamente, inoltre, le funzioni di Segretario sono state attribuite allo stesso Presidente.

A seguito di tale accoglimento, l'odierna appellante ha presentato alla stazione appaltante una istanza volta a stimolare un provvedimento in autotutela da parte della stessa perchè, sulla scorta dell'accertata illegittimità della composizione della Commissione giudicatrice, provvedesse ad annullare le aggiudicazioni di tutti i lotti di gara.

Grande Ospedale Metropolitano "Bianchi-Melacrino-Morelli" e la Stazione unica appaltante della Regione Calabria, con le note, rispettivamente, n. 9679 del 5 maggio 2021 e n. 200740 del 3 maggio 2021, hanno respinto l'istanza, affermando che l'aggiudicazione del lotto 7, in quanto lotto diverso dal n. 3, non era stata travolta dal giudicato riguardante solo quest'ultimo.

2. Tali rigetti sono stati impugnati (ricorso n. 1000 del 2021) innanzi al Tar Calabria, sede di Catanzaro.

Le doglianze si sono incentrate sulla qualificazione della nomina della Commissione giudicatrice come atto inscindibile che, in quanto tale, era il presupposto unico di tutte le aggiudicazioni, con la conseguenza che la rilevata illegittimità di questo avrebbe dovuto comportare la caducazione di tutti gli atti ad esso successivi, comprese le aggiudicazioni relative a tutti i lotti della gara.

3. Con sentenza 15 luglio 2021, n. 1438, la sez. II del Tar Catanzaro ha respinto il ricorso sul rilievo che un bando di gara diviso in lotti è un atto plurimo, con la conseguenza che esso individua tante gare autonome per quanti sono i lotti.

Il giudice di primo grado ha affermato che tale qualificazione non viene inficiata dalla previsione di una commissione di gara unica, così come confermato dalla giurisprudenza amministrativa.

Da ultimo, il primo giudice ha riportato la consolidata giurisprudenza che inquadra la nomina della Commissione giudicatrice come atto endoprocedimentale, che va impugnato con un motivo specifico a valle dell'aggiudicazione.

4. La sentenza del Tar Catanzaro 15 luglio 2021, n. 1438 è stata impugnata con ricorso notificato in data 21 luglio 2021 e depositato il successivo 22 luglio.

Erroneamente il giudice di prime cure ha ritenuto non estendibile il giudicato relativo al lotto 3 anche al lotto 7.

Il Tar avrebbe dovuto considerare l'identità delle parti processuali fra il giudizio sul lotto 3 e l'odierno gravame, che avrebbe dovuto portare all'applicabilità del primo giudicato nei confronti delle parti fra cui è stato reso.

Il giudicato ha, inoltre, valenza ultra partes, in quanto la sentenza n. 2509 del 2021 ha annullato l'atto di nomina della Commissione giudicatrice, che costituisce atto presupposto di tutte le aggiudicazioni.

L'annullamento in questione, pertanto, travolge in automatico tutti gli atti conseguenti e successivi alla nomina.

La gara, a differenza di quanto sostenuto dal Tar, era unitaria, come dimostrato dalla identità dei requisiti di partecipazione per i diversi lotti e dalla unicità della Commissione di valutazione.

La nomina della Commissione, ad ogni modo, in quanto atto inscindibile, rientra fra le categorie di atti il cui giudicato è eccezionalmente estendibile ultra partes sulla scorta del dettato dell'Adunanza Plenaria nn. 4 e 5 del 2019.

Da ultimo, l'amministrazione aveva il dovere di intervenire in autotutela in quanto veniva richiesta l'estensione di un giudicato favorevole.

5. Si è costituita in giudizio la Regione Calabria, che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, dell'appello.

6. Si è costituita in giudizio l'Hospital Service s.r.l., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, dell'appello.

7. Si è costituito in giudizio il Grande Ospedale Metropolitano “Bianchi-Melacrino-Morelli”, che ha sostenuto l’infondatezza, nel merito, dell’appello.
8. Non si è costituita in giudizio la Stazione unica appaltante della Regione Calabria.
9. All’udienza pubblica del 21 dicembre 2021, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, il ricorso proposto, dinanzi al Tar Catanzaro prima e in appello poi, dalla Lavanderia Super Moderna Cutrupi Antonino di Cutrupi Paola s.n.c. (d’ora in poi, Lavanderia), in proprio e quale capogruppo del raggruppamento con le imprese mandanti Impremed s.p.a. e Saf s.r.l., trae spunto dalla sentenza n. 2509 del 25 marzo 2021, con la quale questa Sezione ha accolto l’appello relativo al lotto 3 della gara, bandita dalla Regione Calabria con decreto dirigenziale n. 15706 del 29 dicembre 2017 (modificato con decreto dirigenziale n. 171 del 23 gennaio 2018), per l’affidamento del servizio di lavanolo alle Aziende sanitarie e ospedaliere della Calabria.

A tale procedura la società Lavanderia ha partecipato per l’aggiudicazione sia del lotto 3 (servizio presso l’A.S.P. di Reggio Calabria) che del lotto 7 (servizio presso il Grande Ospedale Metropolitano “Bianchi - Melacrino - Morelli” di Reggio Calabria), sempre come impresa facente parte di un raggruppamento temporaneo ma in diversa composizione, nel caso del lotto 3 come mandante, nel caso del lotto 7 come capogruppo mandataria.

Il giudice di appello, giudicando sulla correttezza della pronuncia del Tar Catanzaro intervenuta sul lotto 3, ha riscontrato l’illegittima composizione della Commissione aggiudicatrice - nominata per tutti i 9 lotti (distinti per aree geografiche) con decreto n. 7719 del 18 luglio 2018 - in quanto il Presidente (ing. Innocenza Ruberto, dirigente della Sezione osservatorio della Sua Regione Calabria) non era stato scelto con sorteggio tra i dirigenti dell’Amministrazione regionale; illegittimamente, inoltre, le funzioni di Segretario erano state attribuite allo stesso Presidente.

Nel giudizio proposto dinanzi al Tar Catanzaro (e poi, in appello, dinanzi alla Sezione terza) avverso l'aggiudicazione del lotto 7 il raggruppamento con capogruppo la società Lavanderia, pur censurando (oltre alla valutazione delle offerte tecniche) nuovamente la composizione della Commissione, non ha tempestivamente dedotto l'illegittima nomina del Presidente e la concentrazione, in capo allo stesso, anche del ruolo di Segretario, quanto, piuttosto, la scelta degli esperti (avv. Giovanna Borromeo e dottoressa Luciana Rocca).

La sentenza della sez. III del Consiglio di Stato n. 2513 del 25 marzo 2021 ha confermato la decisione del giudice di primo grado, giudicando inammissibili i vizi dedotti, dinanzi al Tar Catanzaro, con l'atto di motivi aggiunti avverso la nomina del Presidente della Commissione di gara, perché estranei "al contenuto critico del ricorso introduttivo" e proposti "per la prima volta in sede di impugnazione di un provvedimento (quello, appunto, sopravvenuto) privo di autonoma rilevanza pregiudizievole per la parte appellata". A tale conclusione era già pervenuto il Tar Catanzaro rilevando come l'atto di motivi aggiunti, nella parte volta a censurare "la mancata individuazione tramite sorteggio del suo Presidente" fosse "un indebito tentativo di introdurre doglianze che avrebbero dovuto essere mosse al provvedimento di aggiudicazione e che, per sola dimenticanza, non sono state inserite nel ricorso principale. Non è infatti consentito utilizzare lo strumento dei motivi aggiunti per addurre ulteriori doglianze avverso il provvedimento impugnato in via principale, poiché ciò si traduce in un mezzo di elusione del termine decadenziale per impugnare".

La sentenza della sez. III del Consiglio di Stato n. 2513 del 2021 è passata in giudicato.

Con l'appello in esame Lavanderia (in proprio e quale capogruppo del raggruppamento con le imprese mandanti Impremed s.p.a. e Saf s.r.l.) chiede che la rilevata illegittimità della composizione della Commissione, riscontrata dalla Sezione per il lotto 3, si estenda anche al lotto 7, in considerazione del

fatto che la Commissione è unica per tutti i 9 lotti (come unico è il decreto con il quale è stata nominata). In altri termini, non essendo riuscita ad ottenere, con il giudizio precipuamente proposto avverso l'aggiudicazione del lotto 7, il bene della vita, tenta ora di raggiungere il risultato invocando l'estensione dell'annullamento della nomina della stessa Commissione anche relativamente a detto lotto 7.

2. L'appello non è suscettibile di positiva valutazione.

Lavanderia fonda la propria pretesa sull'estensione del giudicato formatosi relativamente al lotto 3 sulla unicità della Commissione – e dell'unico decreto di nomina (n. 7719 del 18 luglio 2018), adottato dalla Stazione unica appaltante della Regione Calabria, che avrebbe la natura di atto inscindibile – che ha aggiudicato tutti i 9 lotti di gara. In sede di discussione orale all'udienza del 21 dicembre la società Lavanderia ha chiarito di aver sempre fatto riferimento al cd. "giudicato esterno".

Aderendo alle conclusioni alle quali è pervenuto il giudice di primo grado, il Collegio ritiene che non è possibile condividere la tesi di unitarietà della procedura di evidenza pubblica indetta dalla Regione e, conseguentemente, della incidenza, sul lotto 7, del giudicato formatosi sul lotto 3.

Giova principiare dalla natura della gara suddivisa in più lotti, che – ad avviso di una consolidata giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1070; id., sez. III, 18 maggio 2020, n. 3135) dalla quale il giudice amministrativo si è discostato solo con riferimento a casi peculiari – non costituisce una unica procedura ma tante gare autonome e distinte quanti sono i lotti. Laddove, quindi, una gara abbia ad oggetto l'aggiudicazione di più lotti, ciascuno dei quali assume veste autonoma sia per il profilo procedurale che ai fini della partecipazione da parte di concorrenti, ogni lotto costituisce una procedura di gara autonoma e indipendente, che non subisce interferenze per effetto delle vicende che attengono agli altri lotti. Pur essendo, quindi, la procedura disciplinata dalla medesima lex specialis (bando, capitolato e disciplinare), a ciascun lotto corrisponde una distinta gara, potendo i

concorrenti partecipare a tutti, o a uno solo, o ad alcuni dei lotti, con conseguente distinta aggiudicabilità degli stessi previa autonoma procedura valutativa delle offerte presentate per ciascuno di essi.

Corollario obbligato di tale premessa è che il decreto di indizione della gara, che la stazione appaltante adotta con riferimento a tutti i lotti, costituisce atto ad oggetto plurimo disciplinante un numero di gare corrispondente al numero dei lotti da aggiudicare, sia nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare; sia nel senso che gli atti di gara (intesi non in senso cartolare) relativi al contenuto dei contratti da aggiudicare devono essere necessariamente differenziati per ciascun lotto e devono essere tanti quanti sono i contratti da aggiudicare (Cons. St., sez. V, 20 settembre 2021, n. 6402).

Medesimo discorso vale per il decreto con il quale si nomina la Commissione aggiudicatrice che, pur essendo composta dagli stessi soggetti, è una per ogni lotto e, cioè, per ciascuna procedura di gara; la Commissione valuta singolarmente le offerte prodotte dagli operatori economici concorrenti alla singola procedura, senza che possa rilevare, in senso contrario, la circostanza che l'esame è effettuato (come è avvenuto nella vicenda sottoposta al vaglio del Collegio) nella stessa seduta e riportato in un unico verbale.

La riprova che, anche nel caso all'esame del Collegio, si trattava di nove gare diverse, ciascuna riferita al singolo lotto, è data da una serie di circostanze: a) l'attribuzione di un distinto Cig per ogni lotto; b) le concorrenti, che volevano partecipare alla procedura di più di un lotto, dovevano fare depositi telematici separati inserendo la relativa offerta economica e tecnica nella sezione relativa al lotto di riferimento; c) gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, previsti dall'art. 5 del Disciplinare, non sono eguali per tutti i lotti, differendo per quello n. 5 (senza che rilevi la circostanza che solo 1 lotto su 9 abbia

requisiti differenti, essendo sufficiente a dimostrare che la gara non fosse unica).

3. Essendo la gara, suddivisa in lotti, plurima, ne consegue che non trova applicazione la regola dell'estensione del giudicato seppure – come chiarito dalla appellante in sede di discussione orale – “esterno”, ossia maturato non nell'ambito della medesima vicenda processuale ma in altro e distinto e costituente, dunque, un dato esterno al processo.

Il giudicato esterno presuppone una perfetta coincidenza del petitum, della causa petendi e delle parti che dal quel giudicato restano vincolate (Cons. Stato, sez. III, 9 luglio 2021, n. 5238; id., sez. V, 1 ottobre 2018, n. 5605) circostanza che non ricorre nel caso di specie, in quanto si è al cospetto di gare distinte, che hanno visto concorrere operatori economici diversi. Si tratta di rilievo che assume carattere assorbente e che esime il Collegio dal verificare l'incidenza della statuizione, in rito, contenuta nella sentenza di questa Sezione n. 2513 del 25 marzo 2021 che, come ampiamente chiarito sub 1, ha giudicato condivisibile la conclusione del giudice di primo grado in ordine alla tardività del vizio, dedotto solo con l'atto di motivi aggiunti, relativo alla nomina del Presidente dell'organo aggiudicatore.

Né varrebbe invocare l'illogicità della situazione che vede in uno dei due lotti per i quali ha partecipato l'appellante in Rti la persistenza di una aggiudicazione disposta da una Commissione che lo stesso giudice amministrativo di appello ha riconosciuto essere illegittimamente composta, stante, come si è detto, l'autonomia di ognuna delle 9 procedure di gara riferita a ciascun lotto.

4. A supporto del proprio argomentare l'appellante invoca i principi espressi dalla Adunanza Plenaria 27 febbraio 2019, nn. 4 e 5.

Ritiene il Collegio che proprio una attenta lettura della decisione dell'Alto consesso porta alla reiezione dell'assunto difensivo.

Con tale precedente, infatti, si è precisato che il giudicato amministrativo – in assenza di norme ad hoc nel codice del processo amministrativo – è

sottoposto, ai sensi dell'art. 39 c.p.a., alle disposizioni processualcivilistiche, per cui il giudicato opera solo inter partes, secondo quanto prevede per il giudicato civile l'art. 2909 c.c..

I casi di giudicato amministrativo con effetti ultra partes sono, quindi, eccezionali e si giustificano in ragione dell'inscindibilità degli effetti dell'atto o dell'inscindibilità del vizio dedotto: in particolare, l'indivisibilità degli effetti del giudicato presuppone l'esistenza di un legame altrettanto indivisibile fra le posizioni dei destinatari, in modo da rendere inconcepibile – logicamente, ancor prima che giuridicamente – che l'atto annullato possa continuare ad esistere per quei destinatari che non lo hanno impugnato. La configurabilità di gare distinte ed autonome porta ad escludere che, nel caso in esame, sia configurabile un legame tra le vicende relative a ciascuno dei 9 lotti.

5. Le argomentazioni spese per escludere l'estensione del giudicato formatosi sul lotto 3 portano a rendere inconfigurabile un obbligo, in capo all'Amministrazione, di agire in autotutela annullando l'affidamento del servizio relativamente al lotto 7. Nessuno obbligo di annullare in autotutela la gara relativa al lotto 7 aveva la stazione appaltante, tanto più in presenza di una sentenza del Consiglio di Stato che non aveva annullato l'aggiudicazione di detto lotto 7 e che ha consolidato la posizione dell'operatore economico vincitore della gara.

6. Quanto, infine, alla circostanza che uno dei tre componenti della Commissione giudicatrice sarebbe coinvolto in una vicenda penale, si tratta di elemento che, se nuovo rispetto al momento in cui era stata negata l'autotutela, potrà al più costituire oggetto di valutazione della Amministrazione in sede di decisione responsabile sull'agire o meno ad annullare d'ufficio l'esito delle gare.

7. Conclusivamente, per quanto precede, l'appello deve essere respinto.

La particolarità delle questioni sottese all'appello giustifica la compensazione delle spese e degli onorari del giudizio.

P.Q.M.

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

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2021
con l'intervento dei magistrati:

Michele Corradino, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

L'ESTENSORE

Giulia Ferrari

IL PRESIDENTE

Michele Corradino

IL SEGRETARIO