

L'impresa preselezionata singolarmente può aggregare in ATI costituenda anche altre imprese già prequalificate_ l' espressione categorica adoperata dall'offerente, ovverosia che "la Ditta partecipante sarà individuata come capofila" costituisca esemplificazione di quanto vuole l'art. 37, comma 8 del Codice, ossia la manifestazione dell'impegno a conferire mandato con rappresentanza ad un'impresa da qualificare come capogruppo

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo avverso la circostanza che < la Commissione e la S.A. abbiano consentito alle due società componenti una costituenda ATI, di presentare offerta congiunta in qualità di futuro raggruppamento temporaneo, dopo che ciascuna di esse aveva partecipato alla fase di prequalificazione singolarmente.>? è corretta l' interpretazione dell'art. 37, comma 12 del Codice dei Contratti, a mente del quale "l'operatore economico invitato individualmente (...) ha facoltà di presentare offerta e di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti", che legittimerebbe la presentazione di offerta congiunta esclusivamente tra un'impresa che abbia partecipato alla prequalificazione singolarmente ed operatori che non abbiano già preso parte alla predetta fase di preselezione.? Constatato dunque che la commissione ha aperto tutti i plichi, contenenti sia la documentazione amministrativa che l'offerta tecnica ed economica in seduta riservata, senza la presenza del pubblico, risulta all'evidenza infranto il canone della pubblicità delle operazioni di gara, che assurge a principio generale nella materia dei contratti pubblici, applicabile anche laddove non sia imposta da specifiche norme di diritto positivo.?

Non è dato al Collegio rinvenire nel testo della norma indizi atti a supportarne una lettura restrittiva, limitando la possibilità, per l'offerente prequalificato uti singulus, di associarsi in ATI costituenda solo con imprese che non abbiano già partecipato alla prequalificazione._Invero l'art. 37, comma 12 del Codice dispone che l'impresa prequalificatasi e perciò invitata individualmente, "ha facoltà di presentare offerta e di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti". Null'altro aggiunge la norma, non autorizzando il silenzio del Legislatore delegato, un'interpretazione restrittiva, tale da poter sostenere che nel genus di "operatori riuniti" rientrino solo "operatori non già prequalificati singolarmente". Una ermeneusi di questo tipo, chiaramente discriminatoria e limitativa, infrange sia il principio del favor participationis, sia quello comunitario della libera concorrenza, nonché, specularmente, l'art. 41 della Costituzione sulla libertà di iniziativa economica privata._ Ritiene la Sezione che nei settori sensibili della libertà di iniziativa economica, della partecipazione alle gare d'appalto, che il Legislatore comunitario vuole espanso al massimo grado sia nell'interesse degli operatori privati che nell'interesse della P.A. all'effettuazione del più ampio confronto concorrenziale, foriero della individuazione della migliore e più conveniente offerta, ogni restrizione alla facoltà di partecipare a gare pubbliche e di presentare le relative offerte debba essere stabilita in forza di una disposizione di legge primaria improntata a canoni di tassatività e di divieto di interpretazione estensiva o di analogia. **Ciò che fa difetto nella norma in analisi, la quale nessuna specificazione limitativa aggiunge alla locuzione "operatori riuniti", di talché non è consentito all'interprete opinare che tra costoro, con i quali l'offerente prequalificato singolarmente può manifestare l'intento di associarsi in ATI costituenda, possano essere annoverati solo quelli che non siano stati già preselezionati dall'amministrazione uti singuli.**_ Rammenta la Sezione che la giurisprudenza ha attinto in misura pressoché costante il principio per il quale solo la valutazione del merito tecnico dell'offerta può avvenire in seduta segreta , ciò che, anzi, a parere della Sezione costituisce non una facoltà ma un obbligo, posto che la libertà di determinazione dei commissari deve essere garantita al massimo grado, dovendosi scongiurare anche solo il pericolo che possa essere in qualche misura condizionata dalla presenza del pubblico._Viceversa, **il controllo dell'integrità dei plichi, la loro apertura e l'esame della documentazione amministrativa come la stessa presa visione dell'offerta economica sono attività che vanno effettuate in seduta pubblica, onde perseguire l'interesse alla trasparenza e consentire anche agli eventuali rappresentanti delle imprese intervenute, di conferire il loro apporto collaborativo alla Commissione, apporto che**

può talora risultare utile a far rilevare eventuali carenze documentali o a chiarire eventuali dubbi in ordine alla posizione dell'impresa di che trattasi.

Merita di essere segnalata la sentenza numero 82 del 14 gennaio 2009, emessa dal Tar Piemonte, Torino ed in particolar modo il seguente passaggio:

< Senza dire, poi, che la diversa interpretazione sottende anche una ratio difficilmente sostenibile sul piano logico: non si intende, invero, per quale ragione debba consentirsi all'impresa prequalificata singolarmente la costituzione di un raggruppamento temporaneo solo insieme ad imprese sconosciute alla s.a. per non aver preso parte alla fase di preselezione. Ché, anzi, l'interesse pubblico è maggiormente tutelato se alla costituenda ATI con l'impresa invitata individualmente, prendano parte anche imprese già sottoposte al vaglio della prequalificazione dall'amministrazione appaltante, poiché queste, proprio in quanto già scandagliate nei requisiti generali e speciali - sia pure nella forma dell'autocertificazione - appaiono offrire, di sicuro, garanzie maggiori rispetto ad un operatore sconosciuto alla s.a e cooptato successivamente dall'impresa prequalificata singolarmente.

Ritiene pertanto il Collegio di seguire l'indirizzo interpretativo espresso di recente dal Consiglio di Stato, che, come del resto correttamente rilevato dalla stessa BETA in ricorso incidentale, ha ribaltato la posizione su cui si era attestato con la decisione n. 1267/2006, chiarendo che "è ammissibile la riunione in ATI di imprese prequalificatesi separatamente, non vigendo alcun espresso divieto in tal senso" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.2.2008, n. 588).>

Ma non solo

<Per concludere l'esegesi sul punto, la Sezione valorizza, tra gli argomenti portati da quest'ultima sentenza a sostegno della tesi appena enunciata, quello che fa leva sul tenore letterale dell'art. 37, comma 9, del Codice che reca il principio di immodificabilità soggettiva dell'associazione temporanea, individuandolo nell'atto di presentazione dell'offerta

E' per il Collegio al riguardo indiscutibile che solo a partire da tale successivo momento, e non, come vuole la ricorrente incidentale, a partire da quello antecedente di partecipazione alla prequalificazione, scatta il divieto di modificazione della composizione dell'associazione di imprese. La norma recita, infatti, "è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta". E' la composizione dell'ATI come risultante dall'impegno assunto all'atto dell'offerta a cristallizzarne l'immodificabile formazione.

E, nell'ipotesi di ATI costituenda - ai sensi dell'art. 37, comma 12 in esame - tra l'offerente prequalificato singolarmente ed altri "operatori economici riuniti", la forma e la composizione dell'ATI prendono corpo, per una libera scelta dell'impresa invitata singolarmente, solo nel e a partire dal momento in cui questa ne dichiara e manifesta la futura composizione, avvalendosi della facoltà, offerta dal comma 12, di presentare offerta e di trattare per sé e quale capogruppo di altri operatori riuniti. E rispetto a tale ATI costituenda per insindacabile scelta dell'impresa singolarmente prequalificata, se la relativa composizione rimane immutata fino al momento di presentazione dell'offerta, manca il tertium comparationis e non può dedursi violazione alcuna dell'art. 37, comma 9 del Codice e del relativo divieto di modificazione della composizione dell'ATI..>

Ed inoltre

<3.3. Al secondo motivo è affidata la denuncia di violazione dell'art. 37, comma 8 del d.lgs. n. 163/2006 che impone alle imprese che presentano offerta congiunta di corredarla dell'impegno a conferire, in caso di aggiudicazione, mandato collettivo speciale con rappresentanza a una di esse da indicare e qualificare come capogruppo. A dire della BETA, invece, l'offerta delle ricorrenti principali, espressa in particolare con la nota del 15.4.2008 ad essa allegata e recante – peraltro – chiaramente indicazione che “la ditta Metrocar sarà individuata come capofila”, difetterebbe del cennato impegno a conferire il mandato ad un'impresa qualificata come capogruppo.

Il motivo, come già evidenziato nella sede cautelare, è all'evidenza infondato, siccome smentito in fatto proprio dalla formulazione letterale della citata nota allegata all'offerta delle ricorrenti principali, la quale reca manifesto “l'impegno a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario”(art. 37, comma 8, d.lgs. cit.) avendo adoperato locuzione verbale categorica: “la Ditta Metrocar sarà individuata come capofila”. Invero, la predetta nota annessa all'offerta (Doc. 15 produzione ASL TO 1) lascia emergere con chiarezza l'intento delle concorrenti di presentare offerta sotto forma di costituendo raggruppamento. Il disposto della norma citata è stato poi adeguatamente osservato, ove si consideri che l'offerente ha indicato la “Metrocar di ALFA Cataldo” con relativa sede e posizione IVA, di seguito qualificata come “capofila”, ossia equivalente, in gergo a capogruppo o mandatario. Ritiene il Collegio che la riportata espressione categorica adoperata dall'offerente, ovverosia che “la Ditta Metrocar sarà individuata come capofila” costituisca esemplificazione di quanto vuole l'art. 37, comma 8 del Codice, ossia la manifestazione dell'impegno a conferire mandato con rappresentanza ad un'impresa da qualificare come capogruppo.

Anzi, a ben guardare, la concorrente è andata anche oltre quanto impone la norma, avendo anche indicato le quote di partecipazione alla costituenda associazione, dichiarando che “le quote di partecipazione all'ATI saranno 50% alla Metrocar e 50% all'Autoservizi ALFA2”.>

Ma vi è di più

< Segnala la Sezione che la giurisprudenza è complessivamente orientata nel senso delineato, avendo di recente precisato che “il principio di pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è inderogabile per ogni tipo di gara, almeno per quanto riguarda la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e di apertura dei plichi stessi” (T.A.R. Lazio, Sez. III - ter, 25.7.2008, n. 7421), ulteriormente puntualizzandosi che del principio de quo va predicata l'applicazione “in mancanza di una deroga espressa, in ogni tipo di gara; pertanto, in caso di procedura semplificata le regole dell'evidenza pubblica possono ritenersi attenuate, ma non pure messe da parte”, vigendo quindi anche nelle procedure negoziate precedute da gara informale (T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 28.7.2008, n. 3046).

La predetta giurisprudenza, condivisa dalla Sezione, ha pure precisato che l'omissione dell'adempimento della pubblica seduta comporta eo ipso l'invalidità e il conseguente annullamento dell'intera procedura selettiva, compreso il provvedimento terminale di aggiudicazione, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, poiché il ridetto adempimento è predisposto a tutela non solo della par condicio ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa (T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 28.7.2008, n. 3046; T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 25.7.2008, n. 7421)>

Ed infine

< Il Collegio non può che concordare con le suggerite coordinate esegetiche, opportunamente evidenziando solo che oggi il canone della pubblicità, coniato in via pretoria dal Giudice amministrativo, è stato tradotto in norma di diritto positivo dall'art. 2, comma 1 del d.lgs. 16.4.2006, n.

163, a mente del quale l'affidamento e l'esecuzione di opere, forniture e servizi pubblici deve avvenire nel rispetto dei principi, tra gli altri, di trasparenza nonché in quello di pubblicità, con le modalità indicate dal Codice.

Afferendo del resto la pubblicità al principio di trasparenza, ne va predicata l'applicazione in ogni procedura di gara, anche se negoziata preceduta dalla preliminare pubblicazione di un bando ed anche per l'affidamento dei servizi in parte esclusi dal campo di applicazione del Codice perché inseriti nell'Allegato II B, quale potrebbe essere il trasporto di pazienti dializzati, che potrebbe sussumersi nel punto 25 del predetto allegato. A tali servizi esclusi si applicano infatti, in forza dell'art. 27 del Codice, oltre che le norme puntualmente richiamate nell'art. 20, anche i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Ne consegue l'esattezza della posizione enunciata dal Consiglio di Stato nella recente decisione, opportunamente segnalata da parte ricorrente, secondo la quale "la circostanza per cui, nei settori speciali, l'art. 226, d.lgs. n. 163 del 2006, il quale stabilisce il contenuto dell'invito a presentare offerte o a negoziare, non prevede alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità, atteso che la ratio ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune in ogni procedura concorsuale di scelta del contraente relativa a qualsiasi contratto pubblico di lavori, servizi e forniture" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).>

Giurisprudenza correlata e segnalata

l'invocato orientamento seguito da questa Sezione con riferimento all'inammissibilità della riunione in a.t.i. di imprese prequalificatesi separatamente (Cons. Stato, VI, n. 1267/06) è stato successivamente riesaminato e superato (Cons. Stato, VI, n. 588/08).

Va esclusa un'Ati perché illegittimamente costituita in violazione del principio di concorrenza, trattandosi di un "cartello di imprese", costituito appositamente al fine di impedire la concorrenza nel settore del mercato dei servizi energetici, attraverso l'illegittimo raggruppamento di imprese che individualmente possedevano tutti i requisiti finanziari e tecnici per partecipare singolarmente alla gara.?

Tale tesi sulla legittimità dell'esclusione non trova fondamento in alcun dato normativo e la *lex specialis* della gara, non contestata sul punto (con il ricorso incidentale è stata contestata l'ammissione dell'Ati, e non la disciplina di gara), non prevedeva alcun divieto di associarsi posto a carico di imprese di consistente fatturato. E', quindi, non pertinente il richiamo al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7 febbraio 2003, n. AS251(***), ove si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, in quanto detto parere è finalizzato a suggerire alle stazioni appaltanti, "pur nel silenzio della legge", di "limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese, che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara"._ Con riguardo ai profili antitrust, segnalati dall'appellante, va rilevato che lo strumento del raggruppamento temporaneo di imprese, in astratto del tutto lecito, può in concreto essere utilizzato nell'ambito di accordi diretti a limitare la concorrenza; si tratta, tuttavia, di una indagine che esula completamente dall'oggetto del giudizio e rispetto alla quale l'appellante non ha fornito neanche un principio di prova. Va, infine, respinta la richiesta, peraltro generica, di rimessione della questione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato, tenuto conto che nel diritto comunitario il raggruppamento temporaneo di imprese è considerato uno strumento pro-competitivo, il cui utilizzo non è limitato alle imprese prive dei requisiti individuali di qualificazione.

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla decisione numero 6032 del 5 dicembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 10 dicembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

< Deve anche essere respinto il motivo, con cui la Mugnai s.p.a. ripropone la censura introdotta con il ricorso incidentale, respinto dal Tar.

L'appellante sostiene che l'Ati Confathec andava esclusa perché illegittimamente costituita in violazione del principio di concorrenza, trattandosi di un "cartello di imprese", costituito appositamente al fine di impedire la concorrenza nel settore del mercato dei servizi energetici, attraverso l'illegittimo raggruppamento di imprese che individualmente possedevano tutti i requisiti finanziari e tecnici per partecipare singolarmente alla gara.

Tale tesi non trova fondamento in alcun dato normativo e la *lex specialis* della gara, non contestata sul punto (con il ricorso incidentale è stata contestata l'ammissione dell'Ati Confathec, e non la disciplina di gara), non prevedeva alcun divieto di associarsi posto a carico di imprese di consistente fatturato.

E', quindi, non pertinente il richiamo al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7 febbraio 2003, n. AS251, ove si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, in quanto detto parere è finalizzato a suggerire alle stazioni appaltanti, "pur nel silenzio della legge", di "limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese, che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara".

Pur non rilevando con riferimento al caso di specie, si segnala che l'invocato orientamento seguito da questa Sezione con riferimento all'inammissibilità della riunione in a.t.i. di imprese prequalificatesi separatamente (Cons. Stato, VI, n. 1267/06) è stato successivamente riesaminato e superato (Cons. Stato, VI, n. 588/08).

Con riguardo ai profili antitrust, segnalati dall'appellante, va rilevato che lo strumento del raggruppamento temporaneo di imprese, in astratto del tutto lecito, può in concreto essere utilizzato nell'ambito di accordi diretti a limitare la concorrenza; si tratta, tuttavia, di una indagine che esula completamente dall'oggetto del giudizio e rispetto alla quale l'appellante Mugnai non ha fornito neanche un principio di prova.

Va, infine, respinta la richiesta, peraltro generica, di rimessione della questione alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato, tenuto conto che nel diritto comunitario il raggruppamento temporaneo di imprese è considerato uno strumento pro-competitivo, il cui utilizzo non è limitato alle imprese prive dei requisiti individuali di qualificazione.

La questione è, quindi, in parte non pertinente e, sotto altro profilo, la corretta applicazione del diritto comunitario al caso di specie si impone con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata (cfr, Corte Giust, CE, 6-10-82, C 283/81, Cilfit).>

Ed inoltre:

< La censura è priva di fondamento, non essendovi ragione di discostarsi dalla consolidata giurisprudenza, secondo cui il bando di gara o di concorso, o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, devono essere considerati

immediatamente impugnabili solo quando contengano clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione (Cons. Stato, Ad. plen., n. 1/2003).

In tutti gli altri casi, tra cui rientra quello di specie, i bandi di gara, di concorso e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato.

Di conseguenza, a fronte del denunciato vizio logico della procedura di gara, l'Ati Confathec fino al momento dell'aggiudicazione alla controinteressata non era ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, dal momento che non sapeva se l'astratta e potenziale illegittimità degli atti di gara si sarebbe risolta in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito poteva derivare.

Né si può sostenere – come invece fatto all'appellante Mugnai – che il vizio era tale da impedire la formulazione dell'offerta, considerato che la richiamata pronuncia dell'Adunanza Plenaria non ha escluso la necessità di immediata ed autonoma impugnazione del bando o della lettera d'invito solo con riferimento a clausole che impongano, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara e che comportino l'impossibilità, per l'interessato, di accedere alla procedura; non è questo il caso di specie, in cui la disciplina di gara non ha certo impedito la partecipazione alla gara, in concreto avvenuta.>

Si legga anche

(***)

Antitrust - segnalazione AS521 del 30/01/03

Segnalazione/Parere

BANDI PREDISPOSTI DALLA CONCESSIONARIA SERVIZI INFORMATICI PUBBLICI - CONSIP S.P.A.

DATI GENERALI articolo (L.287/90) 22-Attività consultiva

rif AS251

decisione 30/01/2003

invio 07/02/2003

PUBBLICAZIONE bollettino n. 5/2003

serie attività di
segnalazione n. 19

SEGNALAZIONE/PARERE mercato (varia) varia
(V) VARIA

oggetto Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - CONSIP Spa, Bandi di gara per l'approvvigionamento di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche

destinatari Ministro dell'Economia e delle Finanze
Consip Spa

Testo Segnalazione/Parere

Testo Segnalazione/Parere

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nell'ambito dei compiti ad essa espressamente assegnati dall'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, ha formulato dei pareri in merito ad alcuni bandi di gara per l'approvvigionamento di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche sottoposti alla sua attenzione dalla Concessionaria Servizi Informatici Pubblici - CONSIP Spa.

Alla luce dell'esperienza maturata dall'analisi dei suddetti bandi, l'Autorità reputa ora opportuno, ai sensi della citata disposizione, provvedere all'individuazione e al suggerimento di criteri generali per la predisposizione di bandi di gara che, nel rispetto della vigente normativa di settore nazionale e comunitaria, siano rispettosi dei principi della concorrenza.

L'Autorità ritiene che una corretta procedura di gara debba garantire la più ampia partecipazione di soggetti interessati al processo di selezione. Il raggiungimento di tale obiettivo richiede, da un lato, la definizione di requisiti di accesso alla gara che siano tali da delineare nuove e maggiori opportunità di partecipazione alle imprese presenti nel settore, dall'altro, un utilizzo corretto, sotto il profilo concorrenziale, di istituti quali il raggruppamento temporaneo d'impresa.

Con specifico riguardo ai requisiti di accesso, deve evidenziarsi che l'Autorità ha già avuto modo di segnalare gli effetti negativi per la concorrenza di disposizioni e prescrizioni contenute nei bandi di gara che non siano redatte in funzione delle caratteristiche economiche e tecniche del bene o del servizio richiesto, ovvero che limitino ingiustificatamente la partecipazione delle imprese mediante fissazione di criteri di preselezione eccessivamente rigidi.

In particolare, relativamente ai requisiti economico-finanziari, l'Autorità ha espressamente chiarito che "i requisiti di idoneità e di solidità economica e finanziaria richiesti alle imprese ai fini della partecipazione alle gare d'appalto devono rispondere a esigenze oggettive dell'amministrazione e, più in generale, ai principi di ragionevolezza e di imparzialità che regolano il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa"¹¹ [Segnalazione AS187 del 28 settembre 1999, Bandi di gara in materia di appalti pubblici, in Bollettino n. 48/1999].

D'altra parte, la definizione dei requisiti economico-finanziari deve valutarsi alla luce delle disposizioni contenute nell'art. 13 del Decreto Legislativo 24 luglio 1992, n. 358 (come modificato dal Decreto Legislativo 20 ottobre 1998, n. 402), costituenti la normativa di riferimento per gli appalti pubblici di forniture di beni e, per gli appalti di pubblici servizi, nell'art. 13 del Decreto Legislativo 17 marzo 1995, n. 157 (come modificato dalla Legge 1° marzo 2002, n. 39), che al primo rinvia. In particolare, il comma 1 dell'articolo 13 del D.Lgs. 358/92 prevede espressamente che la capacità economico-finanziaria possa essere dimostrata mediante una dichiarazione attestante il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo a forniture identiche a quella oggetto della gara realizzate negli ultimi tre esercizi (dichiarazione da presentarsi in via alternativa o cumulativa a idonee dichiarazioni bancarie e bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa); il comma 3 opportunamente specifica che, "se il fornitore non è in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dall'amministrazione".

Alla luce delle precedenti considerazioni, l'Autorità auspica l'inserimento nei bandi di gara dei seguenti requisiti:

- i) l'attestazione di un livello di fatturato specifico conseguito cumulativamente nel biennio precedente all'espletamento della gara di ammontare non superiore al valore massimo della fornitura indicato nel bando, da computarsi con riferimento al medesimo arco temporale preso a base per il calcolo del fatturato specifico;
- ii) in alternativa al requisito di un determinato livello del fatturato globale, l'attestazione del possesso di requisiti in grado di fornire un'adeguata garanzia all'ente appaltante senza tuttavia costituire un ostacolo eccessivo alla partecipazione, quali, ad esempio, il possesso di una referenza bancaria rilasciata da un primario istituto di credito;
- iii) il rinvio esplicito al contenuto dell'art. 13, comma 3, D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (o dell'omologa disposizione di cui all'art. 13, comma 3, D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157), che consente alle imprese di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante il deposito di documentazione alternativa al bilancio, anche al fine di evitare la preclusione alla gara per le imprese la cui costituzione è avvenuta in tempi immediatamente precedenti alla pubblicazione del bando;
- iv) il deposito di una cauzione provvisoria il cui importo sia calcolato sulla base del valore annuale della fornitura, atteso che la funzione di tale garanzia risiede soltanto nell'assicurare la partecipazione alla gara da parte delle imprese e non l'esecuzione delle forniture.

Le sopra richiamate previsioni appaiono coniugare l'esigenza avvertita da CONSIP di garantire la continuità e affidabilità delle forniture con l'obiettivo di ampliare il numero dei partecipanti alla gara, rendendo più agevole la partecipazione anche ad imprese con disponibilità economico-finanziarie minori.

In relazione alle caratteristiche tecniche richieste per i prodotti oggetto di fornitura, l'Autorità, nella citata segnalazione AS187, ha già avuto modo di evidenziare come "le amministrazioni aggiudicatrici debbano porre grande cura nel bandire le gare in maniera che il loro oggetto sia compiutamente identificato da un punto di vista economico e tecnico e che i prodotti siano identificati con riferimento alle caratteristiche tecniche o economiche desiderate, senza per questo limitarlo a una marca o a un brevetto specifico".

L'Autorità confida che i requisiti tecnici richiesti non siano tali da escludere, esplicitamente o implicitamente, la possibilità per determinate imprese di partecipare alla gara. Nel caso di prodotti che per le loro specificità tecniche sono caratterizzati da elevati switching costs dal lato del consumo, l'Autorità ha già sottolineato che deve essere posta particolare attenzione alle modalità atte a garantire adeguate dinamiche concorrenziali nella fornitura tramite gara alle pubbliche amministrazioni²². Nei pareri resi sui bandi di gara predisposti da CONSIP per la fornitura di personal computer, portatili e desktop, l'Autorità ha evidenziato che la previsione di particolari specifiche hardware e software consentiva la partecipazione alla gara ai soli produttori e/o fornitori di computer appartenenti alla piattaforma PC-Windows. Cfr. pareri S509, "Fornitura di personal computer portatili e dei servizi connessi", e S520, "Fornitura di personal computer desktop e dei servizi connessi". Infatti, la previsione, nei capitoli tecnici, di specifiche caratteristiche, da un lato, può vanificare la gara predeterminandone l'esito, dall'altro, può lasciare insoddisfatta quella porzione di domanda che manifesti esigenze di beni con caratteristiche diverse da quelle previste dal bando. Né a tale ultima difficoltà potrebbe farsi fronte mediante la predisposizione di un bando che, non introducendo restrizioni nelle caratteristiche tecniche dei prodotti oggetto di fornitura, non precluda la partecipazione di fornitori di prodotti differenti, ciascuno caratterizzato da elevati switching costs per gli utilizzatori; giacché, inevitabilmente, un solo fornitore risulterebbe aggiudicatario dell'intera fornitura.

Per tali ragioni, l'Autorità, al fine di evitare sia ingiustificate restrizioni della concorrenza, sia un arbitrario condizionamento degli utenti finali, suggerisce a CONSIP l'adozione di ogni necessaria misura per il soddisfacimento dell'utenza che manifestasse esigenze di prodotti con specifiche tecniche differenti, non escludendo, per le relative commesse, la predisposizione di altre procedure di evidenza pubblica.

Allo scopo di garantire la partecipazione alla gara del più ampio numero di imprese possibile, l'Autorità auspica, inoltre, un corretto utilizzo di strumenti associativi quali il raggruppamento temporaneo d'impresе (RTI).

In proposito, l'Autorità intende ribadire che il RTI, proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse, esito certamente non desiderato dall'amministrazione appaltante, né tanto meno voluto dal legislatore comunitario e nazionale, stante la valenza di principio fondamentale che la tutela della concorrenza ha sia nel Trattato CE, sia nella nostra Costituzione³³ [Cfr. artt. 3 e 4, Trattato CE, artt. 41 e 117, Costituzione e art.1, comma 1, legge n. 287/90, nonché, da ultimo, Consiglio di Stato: VI, 1 ottobre 2002, n. 5156; VI, 16 ottobre 2002, n. 5640.].

Si osserva al riguardo che, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa e civile relativa al RTI⁴⁴ [Cfr.: Consiglio di Stato, VI, 22 marzo 2001 n.1682; Consiglio di Stato, V, 15 giugno 2001, n.3188; Consiglio di Stato, V, 18 ottobre 2001, n. 5517; Consiglio di Stato, V, 30 aprile 2002 n. 2294; Consiglio di Stato, 30 gennaio 2001, n. 2641; Corte di Cassazione, I, 2 marzo 1996, n. 1650.], la ratio fondamentale dell'istituto è da individuarsi nella sua capacità di ampliare il novero dei partecipanti, abbattendo le barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico-finanziari di volta in volta fissati dalle stazioni appaltanti. Questa ratio esalta le potenzialità del RTI quale strumento idoneo ad accentuare il confronto concorrenziale in gara, consentendo alla Pubblica Amministrazione di selezionare l'offerta migliore, in termini economici e tecnici, tra quelle presentate da una platea più ampia di imprese.

Tenuto conto, pertanto, della ratio anti-monopolistica e pro-concorrenziale del RTI, volta ad ampliare il novero degli offerenti ed accentuare, per tale via, il confronto concorrenziale in sede di gara, appare legittimo che le stazioni appaltanti, e nella fattispecie CONSIP, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. D'altra parte, l'imposizione di limiti al ricorso all'istituto del RTI è conforme alla stessa ragion d'essere della gara, che è quella di garantire che la fornitura pubblica abbia luogo alle condizioni che emergono come risultato di un confronto concorrenziale tra una pluralità di fornitori alternativi.

Solo in presenza di esigenze eccezionali dell'amministrazione - che andrebbero debitamente motivate nel bando, in modo da esplicitare le ragioni per cui, nella specie, il raggruppamento delle imprese singolarmente idonee a prendere parte alla gara può avere di per sé una valenza per così dire "virtuosa" - potrebbe ammettersi, in via del tutto straordinaria, il raggruppamento anche tra imprese che singolarmente possiedono i requisiti richiesti dal bando⁵⁵ [Cfr. Consiglio di Stato, VI, 8 aprile 2000, n. 2056, e TAR del Veneto 16 marzo 2002, n. 1097. In entrambe le pronunce, l'utilizzo dell'istituto da parte di imprese singolarmente idonee a partecipare alla gara è ammesso con riferimento ad ipotesi particolari: si tratta di forniture consistenti in servizi di tesoreria di pertinenza di enti pubblici locali, in cui l'aggregazione delle imprese è strettamente funzionale al soddisfacimento dell'interesse specifico della Pubblica Amministrazione alla capillarità del servizio di tesoreria. Nella sentenza del Consiglio di Stato, VI, 8 aprile 2000, n. 2056, in particolare, si legge: "... l'Amministrazione ha consentito e favorito la costituzione di raggruppamenti proprio allo scopo di ottenere offerte meglio rispondenti all'interesse pubblico alla capillarità del servizio".]. Al di fuori di queste ipotesi, tale previsione del RTI sarebbe contraria alla ratio dell'istituto.

L'Autorità intende, inoltre, esprimere alcune considerazioni in relazione alla scelta dell'amministrazione appaltante di articolare la fornitura di un determinato bene o servizio in una pluralità di lotti.

Al riguardo, l'Autorità reputa che la suddivisione della fornitura in più lotti sia coerente con l'obiettivo di garantire la partecipazione alla gara del maggior numero possibile di concorrenti; tuttavia, affinché si realizzi un effettivo confronto competitivo tra le imprese, appare indispensabile che il numero dei lotti

sia determinato in modo tale da risultare sempre inferiore al numero dei partecipanti alla gara. Ciò implica, a sua volta, un'attenta considerazione da parte di CONSIP delle caratteristiche e della struttura dei mercati di riferimento, volta ad una determinazione del numero dei lotti che tenga conto, caso per caso e nei limiti delle informazioni disponibili, del numero e delle dimensioni degli operatori che prenderanno parte alle gare.

Nell'ottica di evitare possibili situazioni di scarsa concorrenza tra le imprese in gara, l'Autorità è favorevole all'inserimento nei bandi di gara di previsioni concernenti il divieto di partecipazione per le imprese - singole ovvero riunite in raggruppamenti temporanei di impresa o consorzi - che abbiano rapporti di controllo o di collegamento ai sensi dell'art. 2359, commi 1, 2 e 3 del Codice Civile con altre imprese partecipanti, a loro volta singolarmente o in quanto componenti di RTI o consorzi, e all'esclusione dalla gara per "i concorrenti coinvolti in situazioni oggettive lesive della par condicio tra i concorrenti e/o lesive della segretezza delle offerte".

Tali clausole, conformi alle più recenti e autorevoli affermazioni giurisprudenziali, appaiono utilmente volte a tutelare il corretto e trasparente svolgimento della gara ed a evitare che il libero gioco della concorrenza e la conseguente scelta del miglior contraente risultino (o anche solo possano risultare) alterate dalla presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi.

In merito, infine, alla scelta del criterio per l'identificazione del soggetto aggiudicatario, l'Autorità intende svolgere le seguenti considerazioni.

La normativa in tema di appalti pubblici di forniture e di servizi individua due criteri di aggiudicazione, senza prestabilire un ordine di preferenza tra i medesimi: il prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il quale al prezzo si aggiungono altri parametri che possono avere un'importanza anche maggiore. La scelta tra l'uno e l'altro risulta quindi attribuita alla discrezionalità dell'amministrazione, orientata alla cura dello specifico interesse pubblico da soddisfare con la commessa. Ciò comporta che la scelta tra un criterio che si esaurisca nel prezzo ed uno che dia rilievo anche ad altri fattori, potendo questi ultimi essere ritenuti addirittura prevalenti, risulta essenzialmente condizionata dall'interesse dell'amministrazione all'acquisizione della specifica commessa.

Tenendo conto di tale quadro normativo, l'Autorità rileva che un criterio di aggiudicazione basato sul prezzo - che, in quanto parametro oggettivo e trasparente, favorisce un più pieno e corretto svolgimento del processo competitivo - appare tendenzialmente più adeguato, in una prospettiva di promozione della concorrenza, quando le caratteristiche qualitative del bene o del servizio posto a gara, più appropriate alla cura dell'interesse pubblico da soddisfare con la commessa, possono essere agevolmente individuate e definite, nella fissazione delle specifiche tecniche, senza che ciò induca, implicitamente o esplicitamente, una discriminazione tra i fornitori concorrenti.

Il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che associa al prezzo altri parametri di aggiudicazione, potrebbe, al contrario, rivelarsi preferibile, nella prospettiva concorrenziale, quando più caratteristiche qualitative del prodotto o del servizio possono concorrere, anche in forme alternative, al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Si tratta, in altri termini, di assicurare un equilibrato bilanciamento tra l'interesse pubblico ad un confronto competitivo, che sia semplice, oggettivo e trasparente, e l'interesse pubblico specifico dell'amministrazione di acquisire beni e servizi le cui caratteristiche complessive siano le più conformi alle proprie esigenze.

In questo quadro, l'Autorità auspica comunque che l'amministrazione committente dia qualificata motivazione nei bandi di gara del criterio di aggiudicazione prescelto in funzione della natura e delle caratteristiche qualitative del bene o servizio oggetto della fornitura.

Inoltre, con particolare riguardo alla variabile del prezzo, l'Autorità evidenzia che, allo scopo di rimuovere condizioni che possano favorire un eventuale coordinamento dei comportamenti dei partecipanti alla gara, CONSIP potrebbe valutare l'opportunità di fissare il prezzo di riserva (prezzo massimo che la stazione appaltante è disposta a pagare per un determinato bene o servizio) in modo da

Il quesito sottoposto al Supremo Giudice amministrativo è il seguente:

Ciò comporta che la Sezione sia ora chiamata ad esaminare in modo specifico la disciplina degli appalti pubblici di lavori per risolvere la questione della possibilità, per due o più concorrenti individualmente prequalificatisi, di concorrere in ATI alla successiva gara mediante la presentazione di un'offerta congiunta

Leggiamo il seguente passaggio:

< L'art. 13 della legge n. 109/94, vigente al momento dello svolgimento della procedura, consente la presentazione di offerte da parte di associazioni temporanee di concorrenti, i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato capogruppo, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti (comma 5) e vieta qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta (comma 5-bis, oggi riprodotto nell'art. 37, comma 9, del D. Lgs. n. 163/2006).

L'art. 93, comma 2, del d.P.R. n. 554/99 stabilisce che in caso di licitazione privata, di appalto concorso o di trattativa privata, l'impresa invitata individualmente ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale capogruppo di imprese riunite.

Da tali disposizioni emerge come il legislatore abbia inteso favorire il fenomeno del raggruppamento di imprese e individuare la presentazione dell'offerta come momento della procedura, da cui scatta il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti.>

Ma ancor più importante è sapere che:

< Tutte le citate disposizioni fanno riferimento all'offerta, che è cosa diversa dalla richiesta di invito, senza ricollegare in alcun modo il principio di immodificabilità soggettiva alla fase della prequalificazione in caso di procedura ristretta.

In presenza di disposizioni espresse che non consentono la modifica della composizione dei partecipanti dopo l'offerta e in assenza di analogo divieto per la fase della prequalificazione, deve escludersi che si possa pervenire in via pretoria ad un divieto, non sancito dal legislatore.>

Ma non solo

< E', quindi, irrilevante il richiamo al parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7 febbraio 2003, n. AS251, ove si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, in quanto detto parere è finalizzato a suggerire alle stazioni appaltanti, "pur nel silenzio della legge", di "limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese, che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara".>

Inoltre in tema di obbligo di ricorrere all'aggiudicazione provvisoria, merita segnalare il seguente pensiero espresso dai giudici di Palazzo Spada:

<il concorrente non aggiudicatario ha la facoltà, ma non l'onere, di impugnare l'aggiudicazione provvisoria, ben potendo optare per la diversa soluzione di impugnare la successiva aggiudicazione definitiva; l'aggiudicazione provvisoria non è, infatti, l'atto conclusivo del procedimento, bensì atto

< gli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché l'art. 54, par. 5 e 6, della direttiva 2004/17/CE riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione, "la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offertore disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto" [nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C(2208)0108 in data 30 gennaio 2008, inviata al ministro degli affari esteri, con cui si è iniziata la procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, nella quale si rileva, tra l'altro, che le limitazioni al diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, previste dall'art. 49, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 163/2006, "sono in contrasto con le citate disposizioni delle direttive appalti pubblici"]>

Ma la suddetta decisione ci è utile anche per alcuni altri importanti insegnamenti:

- < è principio inderogabile in qualunque tipo di gara quello secondo cui devono svolgersi in seduta pubblica gli adempimenti concernenti la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta, sia che si tratti di documentazione amministrativa che di documentazione riguardante l'offerta tecnica ovvero l'offerta economica, e conseguentemente è illegittima l'apertura in segreto dei plichi
- il detto principio di pubblicità delle gare pubbliche impone che il materiale documentario trovi correttamente ingresso con le garanzie della seduta pubblica ; ciò anche in applicazione del più generale principio di imparzialità dell'azione amministrativa, che ha ricevuto esplicito riconoscimento sin dall'art. 89 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, rappresentando uno strumento di garanzia a tutela dei singoli partecipanti, affinché sia assicurato a tutti i concorrenti di assistere direttamente alla verifica dell'integrità dei documenti e all'identificazione del loro contenuto
- la "ratio" ispiratrice del principio di pubblicità delle sedute di gara è comune ai vari metodi di aggiudicazione ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa in tale materia
- i principi di pubblicità e di trasparenza dell'azione amministrativa costituiscono principi cardine del diritto comunitario degli appalti e il principio della pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è conforme alla normativa comunitaria in materia, la quale è orientata a privilegiare i principi di concorrenza, pubblicità e trasparenza nella scelta del contraente delle pubbliche amministrazioni come anche dei soggetti alla stessa equiparati (si veda pure l'art. 2, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 163/2006, il quale, ai sensi del successivo art. 206, comma 1, si applica ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria)
- la circostanza per cui, nei settori speciali, l'art. 226 del d.lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce i contenuti dell'invito a presentare offerte o a negoziare, non prevede alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità, atteso che la ratio ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune in ogni procedura concorsuale di scelta del contraente relativa a qualsiasi contratto pubblico di lavori, servizi e forniture, ed è rivolta a tutelare le esigenze di trasparenza e imparzialità che devono guidare l'attività amministrativa e che caratterizzano tutta la disciplina dell'evidenza pubblica (art. 97, comma 1, della cost. e art. 1, commi 1 e 1-ter, della l. 7 agosto 1990, n. 241);
- non può sostenersi che la mancata pubblicità delle sedute di gara non rilevarebbe di per sé come vizio della procedura occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della par condicio tra

i concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela, non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, 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 e aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato

■ non è necessaria la prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta, poiché si risolverebbe in una manifesta petizione di principio accollare, al soggetto deducente la violazione in questione, l'onere dell'impossibile dimostrazione di un fatto (ossia l'alterazione dei plichi) unicamente verificabile attraverso il rispetto della formalità sostanziale (ossia, l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa>

Questa la norma a cui si riferisce la fattispecie oggetto dell'emarginata sentenza

**Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163
Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione
delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE**

Art. 37. Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti

(art. 13, legge n. 109/1994; art. 11 d.lgs. n. 157/1995; art. 10, d.lgs. n. 358/1995; art. 23, d.lgs. n. 158/1995; art. 19, commi 3 e 4, legge n. 55/1990)

(...)

12. In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.

(comma così sostituito dall'art. 2, comma 1, lettera i), d.lgs. n. 113 del 2007)

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito il testo della sentenza numero 82 del 14 gennaio 2009, emessa dal Tar Piemonte, Torino

N. 00082/2009 REG.SEN.

N. 00978/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 978 del 2008, proposto da:

Metrocar Autonoleggi di ALFA C., Autoservizi ALFA2 S. & C. S.n.c., rappresentate e difese dagli avv. Teodosio Pafundi, Bruno Sarzotti, con domicilio eletto presso l'avv. Teodosio Pafundi in Torino, corso Re Umberto, 27;

contro

Azienda Sanitaria Locale Torino 1, rappresentata e difesa dagli avv. Mario E. Comba, Matteo Chiosso, con domicilio eletto presso il primo in Torino, via Mercantini, 6;

nei confronti di

BETA One Srl, Ditta BETADUE Mario di BETADUE Mario, Mario BETADUE rappresentate e difese dagli avv. Anna Casavecchia, Marco Casavecchia, Patrizia Stallone, con domicilio eletto presso l'avv. Anna Casavecchia in Torino, via Paolo Sacchi, 44;;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

Deliberazione del Direttore Generale dell'A.S.L. Torino 1, n. 475/B.04/08 del 16.5.2008 con la quale l'ASL stessa ha aggiudicato, a seguito di procedura negoziata, al RTI tra la BETA One s.r.l. e la ditta BETADUE Mario di BETADUE Mario il servizio di trasporto con pulmino e con auto – taxi di pazienti dializzati residenti nel territorio dell'ASL Torino 1 per il periodo di 23 mesi dal 1.6.2008 e per un importo complessivo presunto di € 1.382.202,25;

Deliberazione 20.3.2008 n. 258/B.04.08 del Direttore Generale, avente ad oggetto l'ammissione alla gara, tra l'altro, del R.T.I. BETA One s.r.l./Mazzareli Mario;

di ogni ulteriore atto presupposto, preparatorio, connesso o consequenziale, ivi compreso – per quanto possa occorrere – il verbale 29.4.2008 della Commissione giudicatrice;

Deliberazione del Direttore Generale dell'A.S.L. Torino 1, n. 475/B.04/08 del 16.5.2008 nella parte in cui conferma l'ammissione del raggruppamento costituendo tra le società Metrocar Autonoleggi di ALFA C. e Autoservizi S. ALFA2 S.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Torino 1 e relativa memoria depositata il 22.7.2008;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di BETA One Srl e, da ultimo, la memoria per l'Udienza pubblica depositata il 4.10.2008;

Esaminate tutte le memorie difensive ad oggi prodotte;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 20/11/2008 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. L'ASL TO1, dopo aver indetto con bando spedito il 3.9.07 all'Ufficio Pubblicazioni Ufficiali dell'Unione Europea una procedura ristretta d'appalto per l'affidamento, per ventitré mesi, del servizio di trasporto di pazienti dializzati con pulmino, autoambulanza ed auto taxi, con Deliberazione n. 258/B04 del 20.3.08 ammetteva alla gara le quattro imprese istanti, che, invitate con lettera del 26.3.2008, entro la fissata data del 215.4.2008 presentavano la loro offerta solo in numero di tre, tra le quali la Metrocar Autoneloeggi di ALFA C. mandataria in ATI (in seguito, passim, Metrocar) con la Autoservizi di ALFA2 S. & C. s.n.c. e la P'ATI tra la BETA One s.r.l. e la ditta individuale BETADUE Mario (in seguito, passim, BETA). La gara è stata effettuata con procedura negoziata pubblicizzata e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ripartendosi i 100 punti attribuibili, in 60 per la componente prezzo e 40 per quella afferente alla qualità dell'offerta.

In base al Capitolato e allo stesso Bando il servizio era suddiviso in tre lotti autonomi e l'Impresa con capogruppo la Metrocar ha concorso solo per il lotto 2 (trasporto con pulmino) e per il lotto 3 (trasporto con auto- taxi).

La Commissione di gara ha svolto il lavoro di selezione delle offerte e di attribuzione dei relativi punteggi in data 9.4.2008, redigendo apposito processo verbale (doc. 7 – bis produzione ricorrente) e proponendo conseguentemente all'Amministrazione l'aggiudicazione dell'intero servizio, compreso anche il lotto 1 (trasporto con ambulanza) al raggruppamento temporaneo di imprese BETA One s.r.l./ ditta individuale Mario BETADUE, per un periodo di 23 mesi ed un importo di € 1.332.613,10, oneri fiscali esclusi.

L'ASL TO1, con Deliberazione n. 475/B.04/08 del 16.5.2008 ha approvato il predetto verbale ed aggiudicato la gara come da proposta dell'organo tecnico alla predetta ATI.

2.1. Incombe contro la predetta deliberazione di aggiudicazione nonché contro il presupposto verbale di gara e la stessa deliberazione più sopra indicata di ammissione dell'aggiudicataria, la Metrocar deducendo quattro motivi di ricorso, che saranno in appresso illustrati in uno con il loro scrutinio. La domanda della ricorrente ha ad oggetto, per evidenti ragioni di legittimazione processuale, oltre che la deliberazione del 20.3.2008 con cui la BETA è stata ammessa alla procedura, il provvedimento di aggiudicazione e il presupposto verbale di gara con il quale l'ASL TO 1 ha aggiudicato a quest'ultima concorrente il solo servizio di trasporto con pulmino ed auto – taxi.

Va da sé, peraltro, che la decisione che il Tribunale assume sul ricorso, investendo fasi ed attività della procedura che hanno involto e accomunato anche l'affidamento del lotto 1, relativo al servizio con ambulanza, va estesa anche a tale segmento procedurale e determinativo, in forza di un intrinseco ed evidente nesso di presupposizione e della teorica elaborata da dottrina e antica giurisprudenza del

Consiglio di Stato e tramandata come fenomeno dell'invalidità ad effetto caducante, giustapposto a quello detto dell'invalidità ad effetto viziante.

2.2. Con Ordinanza n. 652 del 25.7.2008 la Sezione, delibando la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora di cui all'art. 23 – bis della Legge T.A.R. accoglieva l'incidente cautelare, fissando altresì la pubblica Udienza di trattazione del merito al 20.11.2008.

Nelle more la BETA interponeva gravame incidentale e contestuale istanza di sospensione cautelare, notificato in proprio a mezzo posta dal procuratore delle ricorrenti ex L. n. 53/1994 in data 5.8.2008 e in pari data depositato, con successiva produzione degli avvisi di ricevimento. Con il mezzo incidentale la controinteressata impugna, mediante tre motivi che appresso formeranno oggetto di illustrazione unitamente alla loro disamina, i medesimi provvedimenti colpiti dal ricorso principale, ma nella parte in cui ha ammesso a presentare offerta il raggruppamento ricorrente e successivamente ne hanno ammesso l'offerta, di poi confermandone detta ammissione.

2.3. La Sezione, alla Camera di Consiglio del 4.9.2008, con motivata Ordinanza cautelare n. 704 dell'8.9.2008 respingeva la domanda di sospensione lasciando immutata la data dell'Udienza pubblica già fissata per la trattazione del merito del ricorso.

Cosicché il 20.11.2008, sulle conclusioni delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano il gravame principale e quello incidentale sono stati introitati per la definitiva congiunta loro decisione.

3.1. Si impone al Collegio la previa disamina del ricorso incidentale, che, in quanto volto a contestare l'ammissione alla gara dell'ATI ricorrente principale, si configura come il classico ricorso c.d. paralizzante, il cui eventuale accoglimento importerebbe la declaratoria di inammissibilità di quello incidentale, per difetto di interesse – secondo alcune trattazioni – ovvero, più correttamente, per difetto di legittimazione al ricorso, per via della pronuncia di illegittimità, con effetto ex tunc, dell'ammissione alla gara del ricorrente principale, con la sua conseguenziale privazione di quella posizione di interesse legittimo differenziato e qualificato che ne radica la sua legittimazione a agire.

La domanda annullatoria incidentale è affidata a tre motivi, i quali, hanno già formato oggetto di distinta delibazione in sede cautelare, con enunciazione sia pur sommaria dei profili di diritto dalla Sezione con l'Ordinanza n. 704/2008.

3.2. Con il primo mezzo si duole, dunque, la BETA che la Commissione e la S.A. abbiano consentito alle due società componenti la costituenda ATI ricorrente, di presentare offerta congiunta in qualità di futuro raggruppamento temporaneo, dopo che ciascuna di esse aveva partecipato alla fase di prequalificazione singolarmente.

Sostiene la ricorrente incidentale che una corretta interpretazione dell'art. 37, comma 12 del Codice dei Contratti, a mente del quale "l'operatore economico invitato individualmente (...) ha facoltà di presentare offerta e di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti", legittimerebbe la presentazione di offerta congiunta esclusivamente tra un'impresa che abbia partecipato alla prequalificazione singolarmente ed operatori che non abbiano già preso parte alla predetta fase di preselezione. La diversa interpretazione, in base alla quale l'impresa preselezionata singolarmente può aggregare in ATI costituenda anche altre imprese già prequalificate, ad avviso della BETA pregiudica l'interesse della Stazione appaltante ad affidare il servizio in ossequio al principio di libera concorrenza e viola quelli dell'immodificabilità dei concorrenti e della par condicio. Invoca a suffragio di tale opzione la nota decisione del Consiglio di Stato n. 1267/2006, che ha espresso la posizione sostenuta dalla ricorrente incidentale, argomentandola, tra l'altro, sul rilievo che l'assunzione della qualità di

concorrente ed offerente, immodificabile in fase successiva, è segnata dal momento in cui l'impresa partecipa alla preselezione in risposta al bando.

3.3. Sul punto la Sezione non può che ribadire la valutazione di sostanziale inesattezza di tale esegesi, già sufficientemente enunciata con l'Ordinanza cautelare. Supporta il convincimento allora tratteggiato, sia la lettera dell'invocato art. 37, comma 12 del Codice, sia la sua ratio, nonché la piana lettura dell'art. 37, comma 9, stesso decreto, che scolpisce il principio di immodificabilità della composizione soggettiva del contraente in ATI rispetto a quella risultante in sede di offerta.

Non è dato al Collegio rinvenire nel testo della norma indizi atti a supportarne una lettura restrittiva, limitando la possibilità, per l'offerente prequalificato *uti singulus*, di associarsi in ATI costituenda solo con imprese che non abbiano già partecipato alla prequalificazione.

Invero l'art. 37, comma 12 del Codice dispone che l'impresa prequalificatasi e perciò invitata individualmente, "ha facoltà di presentare offerta e di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti". Null'altro aggiunge la norma, non autorizzando il silenzio del Legislatore delegato, un'interpretazione restrittiva, tale da poter sostenere che nel genus di "operatori riuniti" rientrano solo "operatori non già prequalificati singolarmente". Una ermeneusi di questo tipo, chiaramente discriminatoria e limitativa, infrange sia il principio del *favor participationis*, sia quello comunitario della libera concorrenza, nonché, specularmente, l'art. 41 della Costituzione sulla libertà di iniziativa economica privata.

Ritiene la Sezione che nei settori sensibili della libertà di iniziativa economica, della partecipazione alle gare d'appalto, che il Legislatore comunitario vuole espanso al massimo grado sia nell'interesse degli operatori privati che nell'interesse della P.A. all'effettuazione del più ampio confronto concorrenziale, foriero della individuazione della migliore e più conveniente offerta, ogni restrizione alla facoltà di partecipare a gare pubbliche e di presentare le relative offerte debba essere stabilita in forza di una disposizione di legge primaria improntata a canoni di tassatività e di divieto di interpretazione estensiva o di analogia. Ciò che fa difetto nella norma in analisi, la quale nessuna specificazione limitativa aggiunge alla locuzione "operatori riuniti", di talché non è consentito all'interprete opinare che tra costoro, con i quali l'offerente prequalificato singolarmente può manifestare l'intento di associarsi in ATI costituenda, possano essere annoverati solo quelli che non siano stati già preselezionati dall'amministrazione *uti singuli*.

Senza dire, poi, che la diversa interpretazione sottende anche una ratio difficilmente sostenibile sul piano logico: non si intende, invero, per quale ragione debba consentirsi all'impresa prequalificata singolarmente la costituzione di un raggruppamento temporaneo solo insieme ad imprese sconosciute alla s.a. per non aver preso parte alla fase di preselezione. Ché, anzi, l'interesse pubblico è maggiormente tutelato se alla costituenda ATI con l'impresa invitata individualmente, prendano parte anche imprese già sottoposte al vaglio della prequalificazione dall'amministrazione appaltante, poiché queste, proprio in quanto già scandagliate nei requisiti generali e speciali - sia pure nella forma dell'autocertificazione - appaiono offrire, di sicuro, garanzie maggiori rispetto ad un operatore sconosciuto alla s.a. e cooptato successivamente dall'impresa prequalificata singolarmente.

Ritiene pertanto il Collegio di seguire l'indirizzo interpretativo espresso di recente dal Consiglio di Stato, che, come del resto correttamente rilevato dalla stessa BETA in ricorso incidentale, ha ribaltato la posizione su cui si era attestato con la decisione n. 1267/2006, chiarendo che "è ammissibile la riunione in ATI di imprese prequalificatesi separatamente, non vigendo alcun espresso divieto in tal senso" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.2.2008, n. 588).

Per concludere l'esegesi sul punto, la Sezione valorizza, tra gli argomenti portati da quest'ultima sentenza a sostegno della tesi appena enunciata, quello che fa leva sul tenore letterale dell'art. 37,

comma 9, del Codice che reca il principio di immodificabilità soggettiva dell'associazione temporanea, individuandolo nell'atto di presentazione dell'offerta.

E' per il Collegio al riguardo indiscutibile che solo a partire da tale successivo momento, e non, come vuole la ricorrente incidentale, a partire da quello antecedente di partecipazione alla prequalificazione, scatta il divieto di modificazione della composizione dell'associazione di imprese. La norma recita, infatti, "è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta". E' la composizione dell'ATI come risultante dall'impegno assunto all'atto dell'offerta a cristallizzarne l'immodificabile formazione.

E, nell'ipotesi di ATI costituenda - ai sensi dell'art. 37, comma 12 in esame - tra l'offerente prequalificato singolarmente ed altri "operatori economici riuniti", la forma e la composizione dell'ATI prendono corpo, per una libera scelta dell'impresa invitata singolarmente, solo nel e a partire dal momento in cui questa ne dichiara e manifesta la futura composizione, avvalendosi della facoltà, offerta dal comma 12, di presentare offerta e di trattare per sé e quale capogruppo di altri operatori riuniti. E rispetto a tale ATI costituenda per insindacabile scelta dell'impresa singolarmente prequalificata, se la relativa composizione rimane immutata fino al momento di presentazione dell'offerta, manca il tertium comparationis e non può dedursi violazione alcuna dell'art. 37, comma 9 del Codice e del relativo divieto di modificazione della composizione dell'ATI.

Pertanto, anche alla luce della lettera del predetto comma 9 dell'art. 37 del Codice, il primo motivo di ricorso risulta infondato.

3.3. Al secondo motivo è affidata la denuncia di violazione dell'art. 37, comma 8 del d.lgs. n. 163/2006 che impone alle imprese che presentano offerta congiunta di corredarla dell'impegno a conferire, in caso di aggiudicazione, mandato collettivo speciale con rappresentanza a una di esse da indicare e qualificare come capogruppo. A dire della BETA, invece, l'offerta delle ricorrenti principali, espressa in particolare con la nota del 15.4.2008 ad essa allegata e recante – peraltro – chiaramente indicazione che "la ditta Metrocar sarà individuata come capofila", difetterebbe del cennato impegno a conferire il mandato ad un'impresa qualificata come capogruppo.

Il motivo, come già evidenziato nella sede cautelare, è all'evidenza infondato, siccome smentito in fatto proprio dalla formulazione letterale della citata nota allegata all'offerta delle ricorrenti principali, la quale reca manifesto "l'impegno a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario"(art. 37, comma 8, d.lgs. cit.) avendo adoperato locuzione verbale categorica: "la Ditta Metrocar sarà individuata come capofila". Invero, la predetta nota annessa all'offerta (Doc. 15 produzione ASL TO 1) lascia emergere con chiarezza l'intento delle concorrenti di presentare offerta sotto forma di costituendo raggruppamento. Il disposto della norma citata è stato poi adeguatamente osservato, ove si consideri che l'offerente ha indicato la "Metrocar di ALFA Cataldo" con relativa sede e posizione IVA, di seguito qualificata come "capofila", ossia equivalente, in gergo a capogruppo o mandatario. Ritiene il Collegio che la riportata espressione categorica adoperata dall'offerente, ovverosia che "la Ditta Metrocar sarà individuata come capofila" costituisca esemplificazione di quanto vuole l'art. 37, comma 8 del Codice, ossia la manifestazione dell'impegno a conferire mandato con rappresentanza ad un'impresa da qualificare come capogruppo.

Anzi, a ben guardare, la concorrente è andata anche oltre quanto impone la norma, avendo anche indicato le quote di partecipazione alla costituenda associazione, dichiarando che "le quote di partecipazione all'ATI saranno 50% alla Metrocar e 50% all'Autoservizi ALFA2".

La censura incidentale all'esame va pertanto disattesa.

3. 4. Con il terzo motivo la controinteressata lamenta l'infrazione dell'art. 11 del Capitolato speciale d'appalto, a mente del quale erano bandite le offerte condizionate o espresse in modo indeterminato. Nel ragionamento della ricorrente incidentale, invece, la Metrocar, aggiungendo, nello schema di offerta utilizzato, l'annotazione "tutti i trasporti" in ogni colonna riportante le quantità dei trasporti che l'ASL richiedeva di effettuare, avrebbe offerto un prezzo unitario a trasporto subordinato alla circostanza che venisse effettuato il numero esatto di trasporti indicato nel modulo prestampato dalla s.a. Ma poiché i trasporti da effettuare sono stati quantificati all'evidenza in via "indicativa", l'offerta delle ricorrenti assumerebbe il carattere di offerta condizionata, dovendo conseguentemente essere esclusa in forza della riportata norma di capitolato.

La disamina dello schema di offerta compilato e prodotto dalla Metrocar (Doc. 11 produzione ASL TO1) evidenzia che detto documento reca a stampa l'indicazione delle diverse decine e centinaia di trasporti richiesti dall'amministrazione ripartiti per varie tipologia di servizio (trasporto con ambulanza, pulmino, auto – taxi) e tragitto. Secondo la BETA, dunque, il prezzo unitario per trasporto non sarebbe stato espresso incondizionatamente, bensì subordinatamente all'effettuazione di quel preciso numero di trasporti figurante nel modulo prestampato predisposto dalla s.a., numero che peraltro sarebbe stato quantificato solo in via indicativa.

L'argomento non si presta a positiva considerazione. Invero, anche a voler concedere alla tesi secondo cui il numero di trasporti figurante nel modulo de quo sarebbe solo "indicativo", pare tuttavia dirimente il rilievo che l'offerta prodotta dalla ricorrente espone chiaramente il prezzo per singolo viaggio o trasporto (Doc. 15 ASL TO1), precisando solo che è riferito a tutti i trasporti; dove per "tutti i trasporti" è evidentemente da intendersi come tutti i trasporti che l'Amministrazione richiederà di effettuare. Quel che al Collegio pare decisivo e rilevante ai fini dell'osservanza della disposizione di gara, è che la concorrente abbia chiaramente espresso il prezzo unitario a trasporto, prezzo (offerto in ogni caso in € 13,00) applicato a tutti i trasporti afferenti alla tipologia e al tragitto per i quali tale prezzo viene volta a volta indicato.

Non ravvisa pertanto il Collegio elementi di fatto o di forma atti a consentire di interpretare l'offerta del prezzo unitario di € 13,00, indicato dalla ricorrente per ogni trasporto considerato, come condizionata all'effettuazione del numero preciso di trasporti esposto nel modulo prestampato predisposto dall'ASL. Né, per le stesse ragioni può dirsi che l'offerta sia indeterminata.

Anche il motivo in analisi va pertanto disatteso, conseguendone il rigetto del gravame incidentale.

4.1. Può ora approdarsi allo scrutinio del ricorso principale.

Con il primo motivo la ricorrente censura l'ammissione alla gara dell'ATI controinteressata, deducendo violazione dell'art. 2 del Capitolato speciale d'appalto e dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa, di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria. Assume che l'ASL ha aggiudicato alla BETA i due lotti del servizio di trasporto, con pulmino ed auto-taxi, mentre il trasporto con tali mezzi sarebbe interdetto alla ditta Mazzareli, componente la costituenda ATI con la BETA, poiché dal certificato della CCIA della predetta impresa individuale risulterebbe che il suo oggetto sociale consiste unicamente nel "servizio di noleggio da rimessa con autobus". Più precisamente, lo statuto della predetta impresa non contemplerebbe il servizio di trasporto di persone con conducente in autovettura. Dal che discenderebbe l'illegittimità dell'ammissione stessa alla gara dell'ATI controinteressata, che sarebbe di tipo orizzontale, con possibilità che entrambi i soggetti componenti svolgano indifferentemente il servizio in questione.

La censura non coglie nel segno e va disattesa, siccome smentita per tabulas dalla documentazione ufficiale prodotta dalla difesa della controinteressata, la quale differisce nettamente dai documenti allegati dalla ricorrente a sostegno della sua doglianza.

Invero, in disparte il rilievo dell'efficacia del certificato della CCIAA a fini di prova del requisito di capacità tecnica, rispetto, invece alle più probanti autorizzazioni amministrative prodotte, argomenti sui quali pure la difesa della controinteressata ha svolto interessanti considerazioni, dirimente appare al Collegio la circostanza che la ricorrente ha supportato la sua censura unicamente con un estratto del certificato della Camera di commercio tratto da Internet, il quale sul punto risulta contraddetto dal certificato ufficiale rilasciato alla controinteressata dalla CCIAA di Benevento, con pagamento anche dell'imposta di bollo ed avente quindi valore di certificazione.

Ebbene, nel primo "documento" (doc. 9 produzione ricorrente) risulta che la ditta BETADUE sarebbe iscritta solo per l'attività di "noleggio da rimessa con autobus" nella sua sede secondaria di via S. Pellico a Benevento, e per l'attività di "servizio da rimessa con autobus" nella sede legale di Vitulano (BN).

Viceversa, dal certificato ufficiale della CCIAA rilasciato il 21.7.2008 e versato in atti dalla controinteressata (Doc. 17) emerge che la ditta de qua ha registrato una variazione di attività in data 12.12.2005, antecedente all'ammissione alla procedura di gara all'esame della Sezione, essendo stata a quella data "iniziata l'attività di noleggio con conducente con autovettura". Per effetto, nello stesso documento, l'attività cui è integralmente abilitata la BETA, risulta essere quella di "servizio da rimessa con autobus. Noleggio autobus. Noleggio con conducente con autovettura" giusta la ricordata variazione di oggetto sociale.

Del pari ininfluyente appare al Collegio anche l'ultimo profilo di cui si compone la censura in scrutinio, con cui la ricorrente adduce anche che il 7.12.2007 la ditta BETADUE Mario, avendo ceduto alla Autonoleggi BETADUE s.a.s di BETADUE Mario il ramo d'azienda "noleggio da rimessa con autobus" non avrebbe più la capacità operativa per concorrere all'appalto in causa.

In primo luogo va opposto che la invocata cessione è fenomeno negoziale in tutto indifferente, in quanto il noleggio da rimessa con autobus è attività estranea all'oggetto dell'appalto. La ditta in questione ha inoltre tuttora l'attività di scuolabus, che ben può essere convertita a servizio di trasporto di pazienti. In secondo luogo non va trascurato anche il fatto che la ricordata cessione di ramo d'azienda non ha comportato una traslazione effettiva della capacità tecnica disponibile per l'esecuzione dell'appalto in esame, posto che il trasferimento si appalesa meramente formale, stante il fatto che è sempre lo stesso BETADUE Mario cedente a coincidere con il cessionario, che risulta la Autonoleggi BETADUE s.a.s di BETADUE Mario, società della quale questi è il titolare.

In definitiva, la censura spiegata con il primo motivo di ricorso è infondata e va respinta.

4.2. Al secondo importante motivo di gravame è invece affidata la censura di violazione dei principi di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa nonché del principio di pubblicità delle pubbliche gare e di parità di trattamento tra gli offerenti. La ricorrente sostiene il carattere assorbente della spiegata doglianza, assumendo che la commissione di gara avrebbe proceduto a tutte le operazioni di scrutinio delle offerte in seduta riservata, senza la presenza del pubblico, sia relativamente all'apertura delle buste dedicate alla documentazione amministrativa, che di quelle in cui era contenuta la documentazione tecnica e che la mancata effettuazione dei lavori in seduta pubblica sarebbe confermata da una nota di risposta a quesito, manoscritta sulla relativa lettera di richiesta della Metrocar in data 28.4.2008.

Anzitutto il Collegio rileva la rispondenza al vero delle predette allegazioni di parte ricorrente. Analizzando infatti il testo dell'impugnato verbale in data 29.4.2008 della Commissione incaricata dall'ASL delle incombenze di gara (doc. 7-bis di parte ricorrente) si verifica che in quell'occasione si sono riuniti solo quattro dipendenti dell'Azienda sanitaria, tali definiti nell'atto, "che hanno dato corso alle operazioni di apertura delle buste". Non è menzione nell'atto della presenza di soggetti estranei

all'Amministrazione. Ora, dopo l'indicazione dei documenti che dovevano essere contenuti nelle buste prodotte dai partecipanti, si legge nell'atto che "si è provveduto all'apertura delle buste affrancate e sigillate pervenute nei termini e contenenti le offerte in busta sigillata e i seguenti documenti", indicati in una tabella riportante "documentazione amministrativa", "Progetto tecnico", "Offerta economica". Il verbale dà poi conto che successivamente all'apertura dei suddetti plichi la commissione ha proceduto alla valutazione della documentazione tecnico – qualitativa presentata dalla imprese concorrenti.

Parimenti veritiera è l'asserzione della ricorrente secondo cui la mancata osservanza della regola della pubblicità sarebbe attestata dall'ASL nella nota di risposta manoscritta ad un quesito rivolto sul punto dalla Metrocar.

E' agli atti di causa la predetta nota, recante la risposta manoscritta dell'amministrazione, a tenore della quale "la procedura negoziata non prevede alcuna fase intermedia all'istruzione di gara mediante seduta pubblica", 28.4.2008. (Doc. 6 ricorrente).

Constatato dunque che la commissione ha aperto tutti i plichi, contenenti sia la documentazione amministrativa che l'offerta tecnica ed economica in seduta riservata, senza la presenza del pubblico, risulta all'evidenza infranto il canone della pubblicità delle operazioni di gara, che assurge a principio generale nella materia dei contratti pubblici, applicabile anche laddove non sia imposta da specifiche norme di diritto positivo.

Rammenta la Sezione che la giurisprudenza ha attinto in misura pressoché costante il principio, espresso anche da questo Tribunale, per il quale solo la valutazione del merito tecnico dell'offerta può avvenire in seduta segreta (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 13.12.2006, n. 4627), ciò che, anzi, a parere della Sezione costituisce non una facoltà ma un obbligo, posto che la libertà di determinazione dei commissari deve essere garantita al massimo grado, dovendosi scongiurare anche solo il pericolo che possa essere in qualche misura condizionata dalla presenza del pubblico.

Viceversa, il controllo dell'integrità dei plichi, la loro apertura e l'esame della documentazione amministrativa (T.A.R. Puglia – Bari, Sez. I, 17.7.2008, n. 1806) come la stessa presa visione dell'offerta economica sono attività che vanno effettuate in seduta pubblica, onde perseguire l'interesse alla trasparenza e consentire anche agli eventuali rappresentanti delle imprese intervenute, di conferire il loro apporto collaborativo alla Commissione, apporto che può talora risultare utile a far rilevare eventuali carenze documentali o a chiarire eventuali dubbi in ordine alla posizione dell'impresa di che trattasi.

Segnala la Sezione che la giurisprudenza è complessivamente orientata nel senso delineato, avendo di recente precisato che "il principio di pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è inderogabile per ogni tipo di gara, almeno per quanto riguarda la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e di apertura dei plichi stessi" (T.A.R. Lazio, Sez. III - ter, 25.7.2008, n. 7421), ulteriormente puntualizzandosi che del principio de quo va predicata l'applicazione "in mancanza di una deroga espressa, in ogni tipo di gara; pertanto, in caso di procedura semplificata le regole dell'evidenza pubblica possono ritenersi attenuate, ma non pure messe da parte", vigendo quindi anche nelle procedure negoziate precedute da gara informale (T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 28.7.2008, n. 3046).

La predetta giurisprudenza, condivisa dalla Sezione, ha pure precisato che l'omissione dell'adempimento della pubblica seduta comporta eo ipso l'invalidità e il conseguente annullamento dell'intera procedura selettiva, compreso il provvedimento terminale di aggiudicazione, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, poiché il ridetto adempimento è predisposto

a tutela non solo della par condicio ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa (T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 28.7.2008, n. 3046; T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 25.7.2008, n. 7421)

4.3. Il Collegio non può che concordare con le suggerite coordinate esegetiche, opportunamente evidenziando solo che oggi il canone della pubblicità, coniato in via pretoria dal Giudice amministrativo, è stato tradotto in norma di diritto positivo dall'art. 2, comma 1 del d.lgs. 16.4.2006, n. 163, a mente del quale l'affidamento e l'esecuzione di opere, forniture e servizi pubblici deve avvenire nel rispetto dei principi, tra gli altri, di trasparenza nonché in quello di pubblicità, con le modalità indicate dal Codice.

Afferendo del resto la pubblicità al principio di trasparenza, ne va predicata l'applicazione in ogni procedura di gara, anche se negoziata preceduta dalla preliminare pubblicazione di un bando ed anche per l'affidamento dei servizi in parte esclusi dal campo di applicazione del Codice perché inseriti nell'Allegato II B, quale potrebbe essere il trasporto di pazienti dializzati, che potrebbe sussumersi nel punto 25 del predetto allegato. A tali servizi esclusi si applicano infatti, in forza dell'art. 27 del Codice, oltre che le norme puntualmente richiamate nell'art. 20, anche i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

Ne consegue l'esattezza della posizione enunciata dal Consiglio di Stato nella recente decisione, opportunamente segnalata da parte ricorrente, secondo la quale "la circostanza per cui, nei settori speciali, l'art. 226, d.lgs. n. 163 del 2006, il quale stabilisce il contenuto dell'invito a presentare offerte o a negoziare, non prevede alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità, atteso che la ratio ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune in ogni procedura concorsuale di scelta del contraente relativa a qualsiasi contratto pubblico di lavori, servizi e forniture" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Il motivo in esame evidenzia pertanto profili di sicura fondatezza e merita quindi di essere accolto.

5. La censura è sicuramente assorbente ogni altro dedotto profilo di illegittimità, come riconosce lo stesso ricorrente, comportando l'obbligo per la stazione appaltante di rinnovare ab imis l'intera gara. Tuttavia, la rapida definizione del IV motivo – potendo quindi assorbirsi il III – suggerisce al Collegio il suo rapido scrutinio.

Con il mezzo in analisi si censura l'operato della Commissione per avere proceduto alla valutazione dell'offerta tecnica dei concorrenti e al conseguente riparto dei punteggi, senza la previa definizione dei criteri motivazionali, lamentandosi quindi la violazione dell'art. 83, comma 4 ultima parte del Codice, il quale, nel testo previgente il c.d. Terzo correttivo, stabiliva che "la commissione giudicatrice prima dell'apertura della buste contenenti le offerte, fissa in generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub - criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando". Facendo difetto nel verbale del 29 aprile 2008 dianzi citato, la predeterminazione di siffatti criteri, ne discenderebbe l'illegittimità dell'operato del seggio di gara.

La censura coglie nel segno e va accolta.

Rammenta la Sezione che il d.lgs. N. 152/2008, recante il testo del c.d. terzo correttivo al Codice dei Contratti, in adesione al parere espresso dall'Adunanza consultiva del Consiglio di Stato del 14.7. 2008, ha espunto dall'art. 83, comma 4 del Codice l'inciso riportato, nell'intento di arginare la discrezionalità attribuita alla commissione, o meglio la possibilità che mercé la predefinitone dei criteri motivazionali l'organo tecnico potesse surrettiziamente anche introdurre nuovi sub criteri in aggiunta a quelli recati dal bando, in violazione del divieto in tal senso posto dall'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006 – introdotto a seguito della nota sentenza della Corte di Giustizia, Sez. VI, 24.11.2005 - a che la Commissione

allestisca sub criteri e su punteggi, questione sulla quale la giurisprudenza della Sezione si è già espressa con una diagnosi di illegittimità di simile attività (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9.9.2008, n. 1887).

Purtuttavia, ratione temporis la norma invocata da parte ricorrente era di sicura applicazione all'appalto all'esame del Collegio, essendosi la gara svolta il 29.4.2008 e il relativo bando pubblicato antecedentemente all'entrata in vigore della novella.

Ne consegue la cogenza dell'obbligo in capo alla Commissione di predisporre i divisati criteri motivazionali, la cui omissione vizia il giudizio finale. Pertinente è il richiamo della ricorrente al precedente del T.A.R. centrale, secondo il quale è obbligatorio per la commissione predeterminare i criteri motivazionali di attribuzione dei punteggi, prima dell'apertura delle buste, onde assegnare a ciascun criterio di valutazione fissato nel bando, il punteggio tra il minimo e il massimo" (T.A.R. Lazio, Sez. II – quater, 19.12.2007, n. 13774).

Non ravvisa il Collegio ragioni per discostarsi dalla citata linea interpretativa, che del resto si impone con caratteri di obiettiva evidenza, stante la chiarezza del disposto normativo di riferimento.

In definitiva, sulla scorta delle considerazioni sopra tutte esposte il ricorso principale si profila fondato e va accolto, respingendosi invece il gravame incidentale.

L'accoglimento del gravame per il delineato rilevato difetto di pubblicità delle operazioni di gara nonché per la mancata prefissione in via generale, di criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione, comporta l'annullamento dell'intera gara, che deve essere rinnovata, ivi compresa l'aggiudicazione del servizio di trasporto con ambulanza, discendendo tale conseguenza dal nesso di presupposizione e dal noto effetto del fenomeno dell'invalidità ad effetto caducante, illustrato in apertura della trattazione..

Le spese di causa possono essere integralmente compensate, stante la novità e la delicatezza delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe così d:

Accoglie il ricorso principale.

Respinge il ricorso incidentale.

Compensa integralmente le spese di lite tra le parti costituite.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del giorno 20/11/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Ivo Correale, Primo Referendario

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO