

L'effetto dell'annullamento giurisdizionale del segmento procedimentale originato dalla nomina della commissione di gara, determina, nella menzionata terza gara di appalto, una retroazione caducante nei confronti della precedente fase procedimentale di presentazione delle offerte da parte delle ditte concorrenti. Essendo ormai conosciute, le offerte già presentate non possono essere utilizzate in un'eventuale riedizione della gara stessa. Ne consegue che l'Amministrazione potrà – se ritiene – riavviare il procedimento, aprendo i termini per la presentazione di nuove offerte da parte delle ditte concorrenti, ovvero, in alternativa, potrà proporre, in via di autotutela, un nuovo bando di gara

L'Amministrazione resistente ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria della terza gara di appalto, ma non a quella definitiva, né tampoco alla stipula del contratto. La natura di atto endo-procedimentale rende l'aggiudicazione provvisoria inidonea a produrre la definitiva lesione dell'interesse dell'impresa che non è risultata vincitrice, di talché la sua impugnazione costituisce una facoltà, non già un onere.

Nondimeno, deve ritenersi ammissibile il ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria, atteso che tale atto, pur non determinando la conclusione del procedimento di gara, appare – di per sé – lesivo dell'interesse delle parti ricorrenti a vedersi aggiudicata la gara, nonché del loro interesse strumentale a vedere la gara annullata prima e, poi, nuovamente bandita

La violazione del citato art. 84 comma ottavo è rilevabile nel caso di specie, atteso che si tratta di una normativa generale applicabile a tutte le Amministrazioni pubbliche, e dunque anche alle Regioni, agli enti locali e alle Aziende sanitarie locali, sempre che la Regione – nel proprio ordinamento e in quello delle Aziende sanitarie – e gli enti locali – nei propri statuti e regolamenti - non abbiano previsto una regolamentazione diversa. La Regione Molise, invero, non ha previsto – con apposita legge regionale - una diversa disciplina della costituzione delle commissioni di gara negli appalti pubblici regionali e delle Aziende sanitarie.

La nomina della commissione di gara, pertanto, deve essere annullata

La nomina della commissione giudicatrice nella terza gara di appalto è viziata, con la conseguenza di rendere annullabili – oltre alla nomina stessa – tutti gli atti prodotti dalla commissione e l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto.

La nomina della commissione di gara è viziata da errori procedimentali, riconducibili alla violazione dell'art. 84 comma ottavo del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163, recante una speciale disciplina per la formazione delle commissioni di gara negli appalti pubblici: 1)prima di individuare esperti esterni, l'Amministrazione avrebbe dovuto cercare professionalità interne ad essa, anche in ossequio al principio di sussidiarietà, di cui alla legge n. 59 del 1997; 2)nella individuazione degli esperti esterni,

rappresentate e difese dagli Avv.ti Giuliano Di Pardo, Stefano Baccolini e Francesco Rizzo, con elezione di domicilio in Campobasso, via Garibaldi n. 33,

contro

la A.S.Re.M. (Azienda Sanitaria Regionale Molise), in persona del direttore generale p. t., rappresentata e difesa dall'Avv. Giacomo Papa, con domicilio eletto in Campobasso, via Umberto I n. 43, presso lo studio legale Colalillo,

nei confronti di

BETA s.r.l., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Angelo Clarizia, Paola De Virgiliis, Giuliano Milia, Lucio Moscarini e Giuseppe Ruta, con domicilio eletto in Campobasso, corso Vittorio Emanuele I, n. 23,

2) ricorso numero di registro generale 245 del 2008, proposto da ALFA s.p.a. e da GAMMA. soc. coop., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p. t., rappresentate e difese dagli Avv.ti Giuliano Di Pardo, Stefano Baccolini e Francesco Rizzo, con elezione di domicilio in Campobasso, via Garibaldi n. 33,

contro

- la A.S.Re.M. (Azienda Sanitaria Regionale Molise), in persona del direttore generale p. t., rappresentata e difesa dall'Avv. Vincenzo Colalillo, con domicilio eletto in Campobasso, via Umberto I n. 43,

- BETA s.r.l., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Angelo Clarizia, Paola De Virgiliis, Giuliano Milia, Lucio Moscarini e Giuseppe Ruta, con domicilio eletto in Campobasso, corso Vittorio Emanuele II, n. 23,

3) ricorso numero di registro generale 76 del 2009, proposto da ALFA s.p.a, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Giuliano

Di Pardo, Stefano Baccolini e Francesco Rizzo, con elezione di domicilio in Campobasso, via Garibaldi n. 33,

contro

la A.S.Re.M. (Azienda Sanitaria Regionale Molise), in persona del direttore generale p. t., rappresentata e difesa dall'Avv. Vincenzo Colalillo, con domicilio eletto in Campobasso, via Umberto I n. 43,

nei confronti di

- GAMMA., Societa Cooperativa di Produzione e Lavoro, in persona del legale rappresentante p. t., controinteressata, non costituitasi;
- BETA s.r.l., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Angelo Clarizia, Paola De Virgiliis, Giuliano Milia, Lucio Moscarini e Giuseppe Ruta, con domicilio eletto in Campobasso, corso Vittorio Emanuele II, n. 23,

4)ricorso numero di registro generale 129 del 2009, proposto da La.v.i.t. società cooperativa di produzione e lavoro, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dall'Avv. Gennaro Notarnicola, con elezione di domicilio in Campobasso, via Sicilia n. 4, presso lo studio Greco,

contro

la A.S.Re.M. (Azienda Sanitaria Regionale Molise), in persona del direttore generale p. t., rappresentata e difesa dall'Avv. Vincenzo Colalillo, con domicilio eletto in Campobasso, via Umberto I n. 43,

nei confronti di

- ALFA s.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., non costituitasi;
- BETA s.r.l., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli

Avv.ti Angelo Clarizia, Paola De Virgiliis, Lucio Moscarini e Giuseppe Ruta, con domicilio eletto in Campobasso, corso Vittorio Emanuele II, n. 23,

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso n. 23 del 2008:

dei seguenti atti: 1)il provvedimento n. 757 datato 9.11.2007 adottato dal direttore generale della A.S.Re.M., pubblicato nell'albo dell'Amministrazione il 13.11.2007, recante l'indizione del <<pubblico incanto per l'affidamento del servizio di lavanolo dei PP.OO. e delle strutture territoriali della A.S.Re.M.>>; 2)il bando di gara pubblicato nella G.U. del 5.12.2007, il capitolato speciale di appalto e i relativi allegati, l'estratto del bando di gara e del disciplinare di gara; 3)ogni altro atto lesivo, antecedente o successivo, comunque connesso ai provvedimenti impugnati;

quanto al ricorso n. 245 del 2008:

dei seguenti atti: 1)il provvedimento n. 363 datato 17.4.2007 adottato dal direttore generale della A.S.Re.M., pubblicato nell'albo dell'Amministrazione il 13.11.2007, recante l'indizione del <<pubblico incanto per l'affidamento del servizio di lavanolo dei PP.OO. e delle strutture territoriali della A.S.Re.M. Riattivazione nuova procedura di gara>>; 2)il bando di gara pubblicato nella G.U.C.E. del 29.4.2008; 3)il disciplinare di gara, il capitolato speciale di appalto e i relativi allegati; 3)ogni altro atto lesivo, antecedente o successivo, comunque connesso ai provvedimenti impugnati;

quanto al ricorso n. 76 del 2009:

dei seguenti atti: 1)il provvedimento n. 363 datato 17.4.2007 adottato dal direttore generale della A.S.Re.M., pubblicato nell'albo dell'Amministrazione il 13.11.2007, recante l'indizione del <<pubblico incanto per l'affidamento del servizio di

lavanolo dei PP.OO. e delle strutture territoriali della A.S.Re.M. Riattivazione nuova procedura di gara>>; 2)la nota datata 28.4.2008 prot. n. 3258; 3)il bando di gara pubblicato nella G.U.C.E. n. S083 del 29.4.2008; 4)il disciplinare di gara, il capitolato speciale di appalto e i relativi allegati; 5)il provvedimento di nomina della commissione di gara n. 499 del 13.6.2008 e il precedente provvedimento n. 129 dell'11.2.2008; 6)tutti i verbali di gara, nessuno escluso, e in particolare i verbali del 16.6.2008, del 15.7.2008, del 5.8.2008, del 6-25.8.2008, del 26.9.2008, del 19.1.2009; 7)le note prot. n. 471 del 17.6.2008 e 868 del 7.7.2008; 8)il provvedimento di aggiudicazione provvisoria; 9)il contratto di appalto; 10)ogni altro atto lesivo, antecedente o successivo, comunque connesso ai provvedimenti impugnati;

quanto al ricorso n. 129 del 2009:

dei seguenti atti: 1)il provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della impresa BETA s.r.l. dell'appalto per il <<servizio di lavanolo dei PP.OO. e delle strutture territoriali delle zone dell'A.s.re.m.>>; 2)ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, in particolare: tutti i verbali di gara, specialmente i verbali del 16.6.2008, del 15.7.2008, del 5.8.2008, del 6, 19, 20, 21 e 25 agosto 2008, del 26.9.2008, del 19.1.2009; la deliberazione di D.G. n. 363 datata 17.4.2008 dell'A.s.re.m., con cui è stata disposta la riattivazione della nuova procedura di gara per l'affidamento dei servizi in parola, il bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. n. S 083/2008 del 29.4.2008; il disciplinare, il capitolato speciale di appalto e i relativi allegati; il provvedimento di nomina della commissione aggiudicatrice n. 499 del 13.6.2008 e, ove occorra, il precedente provvedimento n. 129 datato 11.2.2008; l'aggiudicazione definitiva, ove intervenuta; il contratto di appalto ove stipulato; 3)ogni altro atto lesivo, antecedente o successivo, comunque connesso ai provvedimenti impugnati;

Visti i riuniti ricorsi, con i relativi allegati, nonché le memorie successive delle società ricorrenti;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e le memorie dell'Amministrazione intimata e delle parti controinteressate;

Visti gli atti tutti della causa;

Udita, alla pubblica udienza dell'8 luglio 2009, la relazione del Consigliere, dott. Orazio Ciliberti;

Udite, altresì, le parti, come da verbale di udienza;

Ritenuto, in fatto e in diritto, quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I – Con la sentenza n. 346/2007, questo T.A.R. accoglieva i due ricorsi nn. 16/07 e 72/07, proposti da ALFA s.p.a. e da Tre ALFA DUE s.p.a., avverso gli atti di una prima gara di appalto, intesa alla esternalizzazione di ALFA e sanitari della A.S.L. di Campobasso. Sennonché, con la detta sentenza, questo T.A.R. annullava l'intera procedura di appalto, in accoglimento di una domanda subordinata, tenendo in non cale la domanda principale delle ricorrenti società di accertamento del loro diritto alla aggiudicazione della gara. Con la ordinanza n. 613/2007, il Consiglio di Stato sospendeva, in via cautelare, la efficacia della sentenza n. 346/07 di questo T.A.R., proprio in considerazione della speciale graduazione delle domande proposte dalle ricorrenti in primo grado. La Azienda Sanitaria Regionale del Molise (A.S.Re.M.), anziché aggiudicare alle ricorrenti, indiceva una seconda gara di appalto, sul presupposto dell'annullamento giurisdizionale della citata sentenza T.A.R. n. 346/2007, ma lo faceva prima che intervenisse la sospensione cautelare di appello, di cui alla ordinanza n. 613/2007 del Consiglio di Stato. Insorgono le ricorrenti, con il ricorso n. 23 del 2008, per impugnare i seguenti atti: 1)il provvedimento n. 757 datato 9.11.2007 adottato dal direttore generale della

A.s.Re.M., pubblicato nell'albo dell'Amministrazione il 13.11.2007, recante l'indizione del <<pubblico incanto per l'affidamento del servizio di lavanolo dei PP.OO. e delle strutture territoriali della A.S.Re.M.>>; 2)il bando di gara pubblicato nella G.U. del 5.12.2007, il capitolato speciale di appalto e i relativi allegati, l'estratto del bando di gara e del disciplinare di gara; 3)ogni altro atto lesivo, antecedente o successivo, comunque connesso ai provvedimenti impugnati. Deducono la illegittimità della procedura attivata a seguito della sentenza T.A.R. n. 346/07, stante la sospensione cautelare degli effetti della sentenza medesima. Con successiva memoria, deduce la improcedibilità.

Si costituisce l'Azienda Sanitaria intimata, deducendo la infondatezza del ricorso. Si costituisce la società controinteressata, per resistere nel giudizio.

Con la ordinanza n. 34 del 2008, questa Sezione respinge la domanda di sospensione degli effetti dei provvedimenti impugnati, ma – valutando la attendibilità dei motivi del ricorso – fissa l'udienza pubblica per la discussione di merito per il giorno 8 ottobre 2008. Con la ordinanza n. 164/2008, viene corretto un errore materiale della precedente ordinanza cautelare.

Senonché la Amministrazione resistente, dopo aver revocato la seconda gara di appalto, bandisce una terza gara per il servizio di lavanolo. Le ricorrenti società insorgono nuovamente, con il ricorso n. 245 del 2008, per impugnare i seguenti atti: 1)il provvedimento n. 363 datato 17.4.2007 adottato dal direttore generale della A.s.Re.M., pubblicato nell'albo dell'Amministrazione il 13.11.2007, recante l'indizione del <<pubblico incanto per l'affidamento del servizio di lavanolo dei PP.OO. e delle strutture territoriali della A.S.Re.M. Riattivazione nuova procedura di gara>>; 2)il bando di gara pubblicato nella G.U. del 29.4.2008; 3)il disciplinare di gara, il capitolato speciale di appalto e i relativi allegati; 3)ogni altro atto lesivo, antecedente o successivo, comunque connesso ai provvedimenti impugnati. Deducono, a motivi, la mancata esecuzione del giudicato formatosi sulla sentenza

del Consiglio di Stato, Sezione V, n. 7827 del 2007, nonché la illegittimità della indizione della terza gara di appalto.

Si costituisce l'Amministrazione intimata, per resistere nel giudizio. Ne chiede la reiezione.

Si costituisce la ditta controinteressata, deducendo la inammissibilità e la infondatezza del ricorso.

Con la ordinanza n. 245 del 2008, questa Sezione accoglie la domanda cautelare delle parti ricorrenti, al limitato scopo di impedire la aggiudicazione definitiva della terza gara.

Con la ordinanza n. 192 del 2008, questa Sezione – chiamata a decidere il merito dei ricorsi nn. 23/2008 e 245/2008 - sospende il processo, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa di conoscere l'esito definitivo del giudizio di appello dinanzi al Consiglio di Stato, stante l'evidente nesso di pregiudizialità.

Il Consiglio di Stato, Sezione V, con la decisione n. 491 del 28.1.2009, dichiara improcedibile uno degli appelli, confermando l'irreversibile annullamento della prima gara di appalto oggetto di impugnativa, e, nel contempo, dichiara il diritto delle appellanti ALFA e Tre ALFA DUE al risarcimento del danno per equivalente.

Il processo di primo grado, pertanto, viene riattivato, con la fissazione di una nuova udienza di merito.

Nel frattempo, con il ricorso n. 76 del 2009, la ALFA s.p.a. insorge nuovamente per impugnare gli atti della terza gara di appalto e, precisamente: 1)il provvedimento n. 363 datato 17.4.2007 adottato dal direttore generale della A.S.Re.M., pubblicato nell'albo dell'Amministrazione il 13.11.2007, recante l'indizione del <<pubblico incanto per l'affidamento del servizio di lavanolo dei PP.OO. e delle strutture territoriali della A.S.Re.M. Riattivazione nuova procedura di gara>>; 2)la nota datata 28.4.2008 prot. n. 3258; 3)il bando di gara pubblicato

nella G.U. n. S083 del 29.4.2008; 4)il disciplinare di gara, il capitolato speciale di appalto e i relativi allegati; 5)il provvedimento di nomina della commissione di gara n. 499 del 13.6.2008 e il precedente provvedimento n. 129 dell'11.2.2008; 6)tutti i verbali di gara, nessuno escluso, e in particolare i verbali del 16.6.2008, del 15.7.2008, del 5.8.2008, del 6-25.8.2008, del 26.9.2008, del 19.1.2009; 7)le note prot. n. 471 del 17.6.2008 e 868 del 7.7.2008; 8)il provvedimento di aggiudicazione provvisoria; 9)il contratto di appalto; 10)ogni altro atto lesivo, antecedente o successivo, comunque connesso ai provvedimenti impugnati. Deduce i seguenti motivi: violazione e falsa applicazione D.Lgs. n. 163/2006, d.P.R. n. 554/1999, R.D. n. 827/1924, artt. 3 e 97 Costituzione, legge n. 241/1990, eccesso di potere sotto diversi profili; 2)mancata scelta dei componenti esterni da rose di candidati forniti da Università o Ordini professionali; 3)difetto di motivazione in ordine alla carenza di personale interno; 4)inidoneità di un membro della commissione; 5)violazione del numero massimo di commissari e del criterio di prevalenza degli esperti; 6)violazione del principio di collegialità e violazione dei principi di trasparenza e imparzialità; 7)violazione del principio di continuità della gara, di corretta verbalizzazione e adozione delle misure idonee a garantire la segretezza; 8)illegittima conferma della commissione nominata in altra gara; 9)mancata predisposizione dei criteri ed erroneità della valutazione dell'offerta della ricorrente.

Si costituisce l'Amministrazione intimata, per resistere nel giudizio. Ne chiede la reiezione.

Si costituisce la ditta controinteressata, deducendo, anche con successiva memoria, la inammissibilità e la infondatezza del ricorso.

Con la ordinanza n. 17 del 2009, questa Sezione dispone incumbenti istruttori, ai quali l'Amministrazione dà esecuzione.

Con il ricorso n. 129 del 2009, insorge anche la cooperativa La.v.i.t., concorrente nella terza gara di appalto, per impugnarne gli atti, vale a dire: 1)il provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della impresa BETA s.r.l. dell'appalto per il <<servizio di lavanolo dei PP.OO. e delle strutture territoriali delle zone dell'A.s.re.m.>>; 2)ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, in particolare: tutti i verbali di gara, specialmente i verbali del 16.6.2008, del 15.7.2008, del 5.8.2008, del 6, 19, 20, 21 e 25 agosto 2008, del 26.9.2008, del 19.1.2009; la deliberazione di D.G. n. 363 datata 17.4.2008 dell'A.s.re.m., con cui è stata disposta la riattivazione della nuova procedura di gara per l'affidamento dei servizi in parola, il bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. n. S 083/2008 del 29.4.2008; il disciplinare, il capitolato speciale di appalto e i relativi allegati; il provvedimento di nomina della commissione aggiudicatrice n. 499 del 13.6.2008 e, ove occorra, il precedente provvedimento n. 129 datato 11.2.2008; l'aggiudicazione definitiva, ove intervenuta; il contratto di appalto ove stipulato; 3)ogni altro atto lesivo, antecedente o successivo, comunque connesso ai provvedimenti impugnati. Deduce i seguenti motivi: 1)illegittimità diretta, violazione art. 97 Costituzione, violazione e falsa applicazione art. 84 D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i., violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A., eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione; 2)violazione dei principi di continuità della gara, di corretta verbalizzazione e di adozione delle misure idonee a garantire la segretezza, eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione; 3)illegittimità derivata; 4)istanza istruttoria.

Si costituisce la A.s.re.m., per resistere nel giudizio. Chiede la reiezione del ricorso.

Si costituisce una ditta controinteressata, deducendo la inammissibilità e la infondatezza del ricorso.

Con la ordinanza n. 29 del 2009, questa Sezione dispone incumbenti istruttori, a cui l'Amministrazione dà esecuzione.

All'udienza dell'8 luglio 2009, la cooperativa ricorrente nel ricorso n. 129/09 chiede termine per la proposizione di motivi aggiunti. Le parti resistenti si oppongono. La causa viene introitata per la decisione.

II – I ricorsi vengono opportunamente riuniti, stante la loro connessione oggettiva e soggettiva.

III – I ricorsi nn. 23/2008 e 245/2008 sono improcedibili, stante la sopravvenuta carenza di interesse.

IV – Con il ricorso n. 23 del 2008, sono impugnati gli atti del pubblico incanto per l'affidamento del servizio di lavanolo dei PP.OO. e delle strutture territoriali della A.S.Re.M. (provvedimento n. 757 datato 9.11.2007 adottato dal direttore generale della A.S.Re.M., bando di gara pubblicato sulla G.U. del 5.12.2007, capitolato speciale di appalto e disciplinare di gara). Con il ricorso n. 245 del 2008, sono impugnati gli atti di riattivazione della gara per pubblico incanto per l'affidamento del servizio di lavanolo dei PP.OO. e delle strutture territoriali della A.S.Re.M. (provvedimento n. 363 datato 17.4.2007 adottato dal direttore generale della A.S.Re.M., bando di gara pubblicato sulla G.U. del 29.4.2008, disciplinare di gara, capitolato speciale di appalto). I due ricorsi si fondano non già su eventuali profili di illegittimità dei provvedimenti impugnati, bensì semplicemente sulla pretesa delle società ricorrenti di vedere annullata la nuova gara, in quanto il servizio in appalto avrebbe dovuto essere affidato ad esse ricorrenti, in virtù della precedente prima gara espletata dalla A.S.L di Campobasso, in esecuzione della delibera n. 775 del 23.12.2005. Ciò, sulla base di un contenzioso deciso in primo grado da questo T.A.R. e poi sottoposto ad appello dinanzi al Consiglio di Stato, il quale alla data di proposizione dei due ricorsi non si era ancora pronunciato sul merito. All'epoca dei ricorsi, invero, pendevano dinanzi al Consiglio di Stato due diversi appelli proposti uno dalle società ALFA e Tre ALFA DUE, l'altro dalla società BETA, avverso la sentenza n. 346 del 24.5.2007, con la quale questo T.A.R. aveva

annullato gli atti della prima gara indetta dalla A.S.L. n. 3 “Centro Molise”, con la delibera n. 775 del 23.12.2005 per l’affidamento del servizio di lavanolo del presidio ospedaliero e delle strutture territoriali della A.S.L., gara che era stata poi aggiudicata alla società BETA dalla A.S.Re.M. – zona di Campobasso, subentrata alla A.S.L. n. 3, per effetto della L.R. 1°4.2005 n. 9. Con la sentenza n. 346 del 2007, questo T.A.R., decidendo il ricorso proposto dalle società ALFA e Tre ALFA DUE avverso gli atti della procedura della prima gara, aveva pronunciato l’annullamento di tutti i detti atti. Contro tale sentenza, l’A.t.i. ALFA – Tre ALFA DUE aveva proposto appello, censurando la decisione di primo grado nella parte in cui aveva annullato per intero la gara e non aveva invece dichiarato l’esclusione dalla gara della società BETA, per i motivi dedotti da essa A.t.i. ricorrente. Contro la medesima sentenza, la società BETA aveva, a sua volta, proposto autonomo appello, difendendo la validità dell’aggiudicazione della prima gara, pronunciata in suo favore e, in via subordinata, chiedendo la conferma della pronuncia di annullamento della stessa gara. Con la ordinanza 23.11.2007 n. 613, il Consiglio di Stato, Sezione V, accogliendo l’istanza inibitoria proposta dall’A.t.i. ALFA – Tre ALFA DUE, sospendeva la esecutività della sentenza di primo grado. Sennonché, nelle more del giudizio di appello, la Azienda Sanitaria Regionale del Molise (A.S.Re.M.), struttura unificata che aveva assorbito la precedente A.S.L. di Campobasso, bandiva una seconda gara, i cui atti sono appunto quelli impugnati dalle società ALFA e Tre ALFA DUE, con il ricorso n. 23 del 2008. Tale seconda gara veniva, tuttavia, revocata dalla stessa A.S.Re.M. con la delibera n. 363 del 17.4.2008, ad offerte già pervenute, per adeguare il bando di gara alla normativa sopravvenuta (Legge 3.8.2007 n. 123), in tema di costi del lavoro e della sicurezza sui luoghi di lavoro. Con la medesima delibera, la A.S.Re.M. indiceva una nuova gara – la terza in ordine di tempo – per l’affidamento del servizio di lavanolo, adeguando le prescrizioni relative ai costi della sicurezza e al costo del lavoro alla

vigente normativa. Avverso i provvedimenti di tale terza gara, le società ALFA e Tre ALFA DUE proponevano il ricorso iscritto al n.r.g. 245 del 2008. Anche tale ricorso, come il primo, si fonda non su profili di illegittimità dei provvedimenti della nuova gara, ma sulla pretesa delle società ricorrenti di impedire l'espletamento della nuova procedura di gara, in quanto – a loro dire – la rinnovazione della procedura di gara sarebbe stata disposta in contrasto con la citata ordinanza del Consiglio di Stato n. 613 del 2007, di sospensione della esecutorietà della sentenza n. 346/2007 di questo T.A.R. Infine, il Consiglio di Stato, Sezione V, con la decisione n. 491 del 28.1.2009, riuniti gli appelli, ha dichiarato improcedibile uno di essi, riconoscendo alle società ALFA e Tre ALFA DUE esclusivamente il diritto al risarcimento del danno per equivalente, ritenendo – pertanto – non più recuperabile la procedura della prima gara di appalto.

Il ricorso n. 23 del 2008 è palesemente improcedibile, stante il sopravvenuto difetto di interesse, a seguito della revoca della seconda gara, disposta con la citata delibera della A.S.Re.M. n. 363 del 17.4.2008.

Anche il ricorso n. 245 del 2008 appare improcedibile, atteso che la menzionata decisione di appello del Consiglio di Stato n. 491 del 2009 ha privato le ricorrenti società ALFA e Tre ALFA DUE dell'interesse a vedersi aggiudicata la prima gara, quella bandita dalla A.S.L. di Campobasso nel 2005. In via definitiva, detta decisione di appello ha compromesso quell'unico interesse delle ricorrenti, a tutela del quale esse hanno gravato gli atti delle nuove procedure di gara. La perdita dell'interesse a ricorrere, per effetto di detta sopravvenienza di fatto, e la conseguente improcedibilità del ricorso si spiegano, dunque, in ragione del collegamento che deve sempre sussistere tra l'interesse del ricorrente e il "petitum" che viene introdotto nel giudizio (cfr.: Cons. Stato IV, 28.8.1997 n. 932; T.A.R. Catania I, 28.8.2009 n. 491).

V- Il ricorso n. 76/2009 è ammissibile e fondato.

VI – L'Amministrazione resistente ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria della terza gara di appalto, ma non a quella definitiva, né tampoco alla stipula del contratto. La natura di atto endo-procedimentale rende l'aggiudicazione provvisoria inidonea a produrre la definitiva lesione dell'interesse dell'impresa che non è risultata vincitrice, di talché la sua impugnazione costituisce una facoltà, non già un onere. Nondimeno, deve ritenersi ammissibile il ricorso avverso l'aggiudicazione provvisoria, atteso che tale atto, pur non determinando la conclusione del procedimento di gara, appare – di per sé – lesivo dell'interesse delle parti ricorrenti a vedersi aggiudicata la gara, nonché del loro interesse strumentale a vedere la gara annullata prima e, poi, nuovamente bandita (Cfr.: Cons. Stato VI, 5.12.2008 n. 6038; T.A.R. Genova II, 3.4.2009 n. 610; idem 9.1.2009 n. 39; “contra”: T.A.R. Salerno I, 12.3.2009 n. 895).

VII – La nomina della commissione giudicatrice nella terza gara di appalto è viziata, con la conseguenza di rendere annullabili – oltre alla nomina stessa – tutti gli atti prodotti dalla commissione e l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto.

La nomina della commissione di gara è viziata da errori procedurali, riconducibili alla violazione dell'art. 84 comma ottavo del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163, recante una speciale disciplina per la formazione delle commissioni di gara negli appalti pubblici: 1) prima di individuare esperti esterni, l'Amministrazione avrebbe dovuto cercare professionalità interne ad essa, anche in ossequio al principio di sussidiarietà, di cui alla legge n. 59 del 1997; 2) nella individuazione degli esperti esterni, l'Amministrazione ha mancato di chiedere agli ordini professionali e alle Università degli studi la indicazione di designazioni multiple (le cosiddette “rose”); 3) uno dei componenti della commissione, indicato come docente universitario, in realtà non è tale, di guisa che la sua partecipazione al collegio è viziata da falso presupposto, né può essere legittimata “ex post” da una riconversione del suo

titolo di partecipazione da docente universitario a professionista; 4) nella composizione della commissione, la componente di esperti non appare prevalente. Inoltre, il numero dei componenti della commissione è pari a sei, cioè superiore al limite massimo di cinque fissato dall'art. 84 comma secondo del citato D.Lgs. n. 163/2006. Tale normativa prevede, peraltro, che il numero dei componenti della commissione debba essere dispari: la parità del numero dei componenti della commissione, infatti, rende ardue e difficoltose le decisioni a maggioranza del collegio.

Infine, la costituzione di una sotto-commissione tecnica, nell'ambito del procedimento di gara, costituisce violazione del principio di collegialità delle decisioni.

La violazione del citato art. 84 comma ottavo è rilevabile nel caso di specie, atteso che si tratta di una normativa generale applicabile a tutte le Amministrazioni pubbliche, e dunque anche alle Regioni, agli enti locali e alle Aziende sanitarie locali, sempre che la Regione – nel proprio ordinamento e in quello delle Aziende sanitarie – e gli enti locali – nei propri statuti e regolamenti - non abbiano previsto una regolamentazione diversa. La Regione Molise, invero, non ha previsto – con apposita legge regionale - una diversa disciplina della costituzione delle commissioni di gara negli appalti pubblici regionali e delle Aziende sanitarie.

La nomina della commissione di gara, pertanto, deve essere annullata. Con l'impugnato provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice n. 499 del 13.6.2008, devono essere annullati tutti gli impugnati verbali di gara e il conseguente provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

VIII – L'istanza, proposta dalla cooperativa GAMMA., di rinvio della decisione del ricorso n. 129/2009 reca motivazioni generiche e inammissibili, di talché non può essere accolta. Quand'anche il termine fosse stato chiesto per consentire la proposizione di motivi aggiunti intesi a impugnare la documentazione istruttoria

versata in atti, in esecuzione della ordinanza di questo T.A.R. n. 29 del 25.2.2009, i motivi aggiunti sarebbero comunque tardivi.

IX – Anche il ricorso n. 129 del 2009 appare fondato, alla stregua del precedente riunito ricorso.

I motivi del ricorso appaiono attendibili, laddove essi censurano i già rilevati vizi di legittimità della costituzione della commissione di gara, nonché – in via derivativa – tutti gli atti della commissione stessa e l'aggiudicazione provvisoria della gara.

X - Nei ricorsi nn. 76/2009 e 129/2009, mancano del tutto censure che colpiscano gli impugnati atti presupposti, vale a dire il bando della terza gara, il capitolato speciale di appalto e il disciplinare, di talché detti gravami sono da ritenersi – per quella parte – inammissibili, per genericità dei motivi.

XI – Anche l'istanza risarcitoria, proposta nel ricorso n. 76 del 2009, è inammissibile, in quanto generica e non sostenuta da una plausibile “causa petendi”.

XII – L'effetto dell'annullamento giurisdizionale del segmento procedimentale originato dalla nomina della commissione di gara, determina, nella menzionata terza gara di appalto, una retroazione caducante nei confronti della precedente fase procedimentale di presentazione delle offerte da parte delle ditte concorrenti. Essendo ormai conosciute, le offerte già presentate non possono essere utilizzate in un'eventuale riedizione della gara stessa. Ne consegue che l'Amministrazione potrà – se ritiene – riavviare il procedimento, aprendo i termini per la presentazione di nuove offerte da parte delle ditte concorrenti, ovvero, in alternativa, potrà proporre, in via di autotutela, un nuovo bando di gara.

XIII – In conclusione, i riuniti ricorsi nn. 23/2008 e 245/2008 sono improcedibili, mentre i riuniti ricorsi n. 76/2009 e 129/2009 devono essere accolti, nei limiti della motivazione. Si ravvisano giustificate ragioni per la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, li riunisce per connessione.

Dichiara improcedibili i ricorsi nn. 23/2008 e 245/2008, stante il sopravvenuto difetto di interesse alla decisione dei medesimi.

Accoglie, nei limiti della motivazione, il ricorso n. 76/2009, per l'effetto annullando l'impugnato provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice n. 499 del 13.6.2008, nonché tutti gli impugnati verbali di gara e il conseguente provvedimento di aggiudicazione provvisoria.

Respinge l'istanza di rinvio della discussione e decisione del ricorso n. 129 del 2009.

Accoglie, nei limiti della motivazione, il ricorso n. 129/2009 e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, nonché tutti i verbali di gara e il provvedimento di nomina della Commissione giudicatrice n. 499 del 13.6.2008.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

Ordina all'Autorità amministrativa di dare esecuzione alla presente sentenza.

Così deciso in Campobasso, presso la sede del T.A.R., nella Camera di Consiglio dell'8 luglio 2009, dal Collegio così composto:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere, Estensore

Luca Monteferrante, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/07/2009

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

IL SEGRETARIO