

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 08/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29264-se-la-propria-esclusione-diventa-legittima-avvenuta-per-mancanza-dei-requisiti-minimi-di-contenuto-dell-offerta-tecnica-l-impresa-che-denuncia-un-vizio-di-presentazione-della-cauzione-provvisoria>

Autore: Lazzini Sonia

Se la propria esclusione diventa legittima (avvenuta per mancanza dei requisiti minimi di contenuto dell'offerta tecnica) , l'impresa che denuncia un vizio di presentazione della cauzione provvisoria dell'aggiudicataria (mancata indicazione di tutte le pa

Tar Basilicata, Potenza, 05.03.2010 n. 100

Se la propria esclusione diventa legittima (avvenuta per mancanza dei requisiti minimi di contenuto dell'offerta tecnica) , l'impresa che denuncia un vizio di presentazione della cauzione provvisoria dell'aggiudicataria (mancata indicazione di tutte le partecipanti all'Ati), non ha titolo per proporre ricorso

la parte ricorrente, in quanto legittimamente esclusa dalla procedura concorsuale non abbia alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di un altro concorrente o ad impugnare l'aggiudicazione ad altri

Ne consegue che l'atto di esclusione, legittimamente disposto, determina un arresto del procedimento di gara per il concorrente, il quale, radica il suo interesse ad agire con riferimento alla impugnazione dei successivi atti di gara, quali la mancata esclusione dell'altro concorrente o l'aggiudicazione ad esso conferita, soltanto qualora riesca ad ottenere la demolizione del provvedimento che ha disposto la sua esclusione.

Viceversa, una volta acclarata la legittimità dell'atto di esclusione, la parte ricorrente non ha alcun interesse ad agire e quindi ad ottenere la demolizione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, proprio perché l'amministrazione ha già stabilito l'inidoneità del ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sicché la sua posizione a fronte dei successivi atti della procedura concorsuale assume la configurazione di un interesse di mero fatto, del tutto privo di rilevanza e tutela giuridica, paragonabile a quello di qualsiasi altro soggetto che non abbia partecipato alla gara

Ricorso per violazione dell'art. 75 del d.lgs n. 163 del 2006 e dell'art. 100 del d.p.r. n. 554 del 1999, in quanto la cauzione provvisoria fornita dalla controinteressata risulterebbe essere stata sottoscritta dal direttore generale, privo dei poteri di legge, nonché emessa in solo favore della Controinteressata s.p.a. e, solo successivamente estesa alla Controinteressata due. soc. coop., con indicazione dell'A.T.I

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Limitatamente ai sopra indicati motivi di ricorso (terzo, quarto, quinto, sesto e settimo) va accolta l'eccezione formulata sia dalla controinteressata sia dall'amministrazione resistente in ordine all'inammissibilità di tali doglianze, per difetto di interesse, stante la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti della ricorrente.

2.2.- Il Collegio ritiene che la parte ricorrente, in quanto legittimamente esclusa dalla procedura concorsuale non abbia alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di un altro concorrente o ad impugnare l'aggiudicazione ad altri. Il provvedimento di esclusione dalla gara, in virtù dell'autoritarietà del provvedimento amministrativo, una volta accertata la sua legittimità dal giudice amministrativo, incide negativamente nella sfera giuridica del destinatario, senza che il soggetto inciso possa continuare a pretendere dall'amministrazione il bene della vita cui aspira e che l'amministrazione abbia già ritenuto di rifiutare con una decisione imperativa in ordine alla non spettanza del bene della vita stesso. E' questa una conseguenza, giova ribadirlo, che deriva dalla autoritarietà dell'atto amministrativo, che è in grado di incidere unilateralmente nella sfera giuridica di altri. Ne consegue che l'atto di esclusione, legittimamente disposto, determina un arresto del procedimento di gara per il concorrente, il quale, radica il suo interesse ad agire con riferimento alla impugnazione dei successivi atti di gara, quali la mancata esclusione dell'altro concorrente o l'aggiudicazione ad esso conferita, soltanto qualora riesca ad ottenere la demolizione del provvedimento che ha disposto la sua esclusione. Viceversa, una volta acclarata la legittimità dell'atto di esclusione, la parte ricorrente non ha alcun interesse ad agire e quindi ad ottenere la demolizione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, proprio perché l'amministrazione ha già stabilito l'inidoneità del ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sicché la sua posizione a fronte dei successivi atti della procedura concorsuale assume la configurazione di un interesse di mero fatto, del tutto privo di rilevanza e tutela giuridica, paragonabile a quello di

qualsiasi altro soggetto che non abbia partecipato alla gara (In tal senso cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI n. 5442 del 10.10.2002, Sez. V n. 5558 del 12.8.2004).

Il Collegio non ignora l'orientamento della V sezione del Consiglio di Stato (espresso nella sentenza richiamata dalla ricorrente 4 giugno 2008, n. 2629, ma anche nelle sentenze Sez. V, 25 luglio 2006 n. 4657, 29 marzo 2006 n. 1589 e 10 novembre 2005 n. 6285, nonché Sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 952), che, pur riaffermando, in generale, la carenza di interesse da parte del concorrente legittimamente escluso ad impugnare i successivi atti di gara, afferma che tale principio non ha un valore assoluto, in quanto l'interesse va valutato in concreto, in relazione alla configurabilità di un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, "qualora il concorrente escluso contesti l'ammissione di altri concorrenti ovvero deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura, sull'assunto che tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero l'onere dell'amministrazione di indire una nuova gara alla quale il concorrente precedentemente escluso sia in grado di partecipare, con conseguente chance di divenirne aggiudicatario".

Tuttavia, nella fattispecie in esame, non ricorre quest'ultima circostanza ovvero la chance da parte della società ricorrente di divenire aggiudicataria, qualora fosse annullata l'aggiudicazione in favore della controinteressata, ancorché non vi fossero altre ditte rimaste in gara, atteso che la pretesa della ricorrente ad ottenere il bene della vita è stata definitivamente conculcata dall'amministrazione con il provvedimento di esclusione. Ritiene, infatti, il Collegio che l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara non è sempre spendibile ai fini del radicarsi dell'interesse ad agire, ma è invocabile quando alla nuova procedura il ricorrente abbia concreta possibilità di partecipare vittoriosamente. Tuttavia, ciò non è dato ravvisare in capo alla attuale ricorrente, considerate le ragioni della sua esclusione, avvenuta per mancanza dei requisiti minimi di contenuto dell'offerta tecnica, previsti dal punto 3 della parte prima del disciplinare di gara. Ne consegue che la società ricorrente, la cui offerta tecnica non possiede i requisiti minimi di partecipazione alla procedura di gara e perciò esclusa con un provvedimento amministrativo legittimo, non ha alcun interesse strumentale alla rinnovazione della procedura concorsuale (in tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, sez. IV, 12 giugno 2003, n. 3310, che esclude l'esistenza di interesse da parte di impresa che aveva ammesso di non avere i requisiti di partecipazione alla gara).

Le considerazioni di cui innanzi portano quindi a concludere per la inammissibilità parziale del ricorso per carenza di interesse in capo alla interessata Ricorrente Impianti Sud S.p.A., il che preclude l'esame del merito del terzo, quarto, quinto, sesto e settimo motivo di ricorso.

Il Collegio, per le ragioni sopra esposte al punto 2.2. alle quali si rinvia integralmente, ritiene che la parte ricorrente, in quanto legittimamente esclusa dalla procedura concorsuale non abbia alcun interesse a dolersi della mancata esclusione dell'aggiudicataria, impugnandone l'aggiudicazione.

Dalla carenza di interesse consegue che la domanda di annullamento dell'aggiudicazione, proposta con motivi aggiunti, non è ulteriormente procedibile e il giudizio, in questa parte, deve chiudersi con una pronuncia in rito.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 100 del 5 marzo 2010 emessa dal Tar Basilicata, Potenza

N. 00100/2010 REG.SEN.

N. 00339/2008 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 339 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Societa' Ricorrente Impianti Sud Spa, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Fernando Russo, con domicilio eletto presso il suo studio in Potenza, alla via E.Toti, 7;

contro

Azienda Ospedaliera Regionale S. Carlo - Potenza, in Persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Vito Iorio, con domicilio eletto in Potenza, presso l'Azienda Ospedaliera "San Carlo";

nei confronti di

A.T.I. Controinteressata Spa, in persona del suo legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria dell' A.t.i. costituita con il Consorzio controinteressata due (CONTROINTERESSATA DUE. Soc. coop.), rappresentata e difesa dall'avv. Michele Somma, con domicilio eletto presso il suo studio in Potenza, alla via N. Sauro, 102;

per l'annullamento:

a) della deliberazione 1059 del 25.7.2008 di aggiudicazione definitiva del servizio di esercizio e manutenzione degli impianti elettrici speciali a servizio delle sedi ospedaliere S. Carlo di Potenza e S. Francesco di Paola di Pescopagano (PZ) alla A.T.I. CONTROINTERESSATA S.p.A.- CONTROINTERESSATA DUE. Soc.

Coop. di Bernalda Scalo (MT), con un punteggio di 90,40/100 ed un canone triennale di Euro 2.777.948,00 oltre I.V.A.;

b) della comunicazione 31.7.2008 prot. 20080026691 con la quale è stata resa nota l'esclusione della Ricorrente Impianti Sud S.p.A.;

c) della comunicazione 5.8.2008 prot. 20080027453 con la quale l'Azienda Ospedaliera ha comunicato alla Ricorrente Impianti Sud S.p.A. di voler ottenere la risoluzione dei contratti n. 809/2003 e n. 1156/2007 e la riconsegna degli impianti per la data del 19.8.2008;

d) della intera procedura di gara in quanto affetta da vizi insanabili;

e) di ogni altro e qualunque provvedimento preordinato, connesso o conseguente a quelli impugnati, comunque lesivi delle posizioni giuridiche della ricorrente; per il risarcimento del danno;

nonché con ricorso per motivi aggiunti, per l'annullamento:

a) nota 12 settembre 2008, n. 20080032331, avente ad oggetto la riconsegna e consegna degli impianti;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Regionale S. Carlo - Potenza, in persona del legale rappresentante p.t.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.T.I. Controinteressata Spa - CONTROINTERESSATA DUE. Soc. Coop -;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2009 la dott.ssa Paola Anna Gemma Di Cesare e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1.- La Gerardi Impianti Sud S.p.A partecipava alla procedura di gara per l'affidamento del servizio di manutenzione degli impianti elettrici e speciali a servizio delle sedi ospedaliere "San Carlo" di Potenza e "San Francesco di Paola" di Pescopagano.

Con comunicazione 31.7.2008 prot. 20080026691 l'azienda ospedaliera "San Carlo" comunicava alla Ricorrente Impianti Sud S.p.A.: a) la esclusione dalla procedura di gara per violazione dell'art. 6, lett. c1 della parte prima del disciplinare di gara, per mancanza dei requisiti minimi previsti dal punto 3 della parte prima del disciplinare di gara; b) l'aggiudicazione definitiva del servizio in favore della Ati Controinteressata s.p.a.- Controinteressata due. soc. coop.

Con ricorso notificato in data 14 agosto 2008 e depositato in data 16 agosto 2008 la Gerardi Impianti Sud S.p.A chiede l'annullamento della sua esclusione dalla procedura di gara, nonché dell'aggiudicazione in favore della ditta odierna controinteressata, di tutti gli atti della procedura di gara, nonché di tutti gli atti connessi, preordinati e conseguenti, compresa la nota 5.8.2008 prot. 20080027453, con la quale l'Azienda Ospedaliera comunicava alla Ricorrente Impianti Sud S.p.A. di voler provvedere alla riconsegna degli impianti, della cui manutenzione la ditta ricorrente era stata già affidataria. Oltre alla tutela demolitoria, la ricorrente chiede di ottenere l'aggiudicazione del contratto in suo favore, previa caducazione del contratto medio tempore stipulato, nonché in via subordinata il risarcimento del danno nella misura pari al 10% dell'importo a base d'asta.

1.1.- La ricorrente deduce i seguenti motivi di ricorso:

1) violazione della lex specialis di gara, punto 3, lett. a), b), c) e difetto di motivazione, in quanto le ragioni a supporto dell'esclusione sarebbero generiche ed insussistenti, in quanto la relazione tecnica prodotta soddisferebbe pienamente le condizioni del bando, non ispirate a criteri di logicità e non coerenti con la finalità della procedura concorsuale;

- 2) violazione dell'art. 83 del d. lgs n. 163 del 2006, nonché violazione del criterio dell'aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della lex specialis, del principio di buon andamento ed imparzialità ed eccesso di potere sotto vari profili, in quanto l'esclusione dalla gara di due delle tre aziende partecipanti alla procedura avrebbe favorito l'impresa controinteressata, con un'offerta economicamente meno vantaggiosa rispetto a quella presentata dalla ricorrente;
- 3) nullità della domanda di partecipazione alla gara della Ati Controinteressata s.p.a.- Controinteressata due. soc. coop., in quanto sottoscritta dal direttore generale, in assenza di un mandato specifico da parte della società;
- 4) violazione dell'art. 75 del d.lgs n. 163 del 2006 e dell'art. 100 del d.p.r. n. 554 del 1999, in quanto la cauzione provvisoria fornita dalla controinteressata risulterebbe essere stata sottoscritta dal direttore generale, privo dei poteri di legge, nonché emessa in solo favore della Controinteressata s.p.a. e, solo successivamente estesa alla Controinteressata due. soc. coop., con indicazione dell'A.T.I.;
- 5) violazione del disciplinare di gara, al n.6, lett. b), n. 14 e n. 5 lett. c) e condizione c.1-c.2-c.3 e c.4, in quanto il sopralluogo assistito risulterebbe essere stato richiesto da soggetto delegato dalla impresa mandante e non dalla mandataria, come previsto dal n. 5 lett. c4 del disciplinare di gara; inoltre, il sopralluogo non risulterebbe essere stato effettuato con l'assistenza degli uffici della stazione appaltante;
- 6) violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché nell'offerta della controinteressata non sarebbero state dichiarate specificatamente le parti del servizio da eseguirsi a cura dei singoli operatori economici riuniti;
- 7) violazione del punto n. 2.3 del disciplinare di gara, in quanto l'A.t.i. aggiudicataria non avrebbe documentato l'effettuazione di servizi analoghi a quelli oggetto di gara;

8) violazione dell'art. 84 del d. lgs n. 163 del 2006, in quanto la Commissione avrebbe dovuto essere presieduta da un dirigente della stazione appaltante;

9) violazione dell'art. 10, comma 5, del d.lgs n. 163 del 2006, poiché il responsabile del procedimento nominato dalla stazione appaltante non essendo dipendente di ruolo, non avrebbe potuto rivestire la funzione di presidente della commissione di gara.

2.- Con memoria depositata in data 8 settembre 2008 si è costituita l'Azienda ospedaliera "San Carlo" di Potenza, eccependo l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso.

3.- Con memoria depositata in data 9 settembre 2009 si è costituita la società Controinteressata s.p.a. , la quale eccepisce l'infondatezza del primo motivo di ricorso e l'inammissibilità degli ulteriori motivi di ricorso, oltre che, in subordine, la loro infondatezza.

4.- Con ordinanza Tar Basilicata 2 settembre 2008, n. 280, confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 5322/08, la domanda incidentale di sospensione è stata respinta.

5.- Con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 7 ottobre 2008 e successivamente depositato in data 10 ottobre 2008, la società Ricorrente Impianti Sud S.p.A., propone nuovi motivi di ricorso contro l'aggiudicazione in favore della controinteressata ed inoltre impugna la nota 12 settembre 2006, n. 20080032331, con la quale l'azienda ospedaliera invita l'odierna ricorrente alla riconsegna degli impianti. Avverso l'aggiudicazione deduce i seguenti nuovi motivi di ricorso:

a) illegittimità dell'ammissione alla procedura di gara della controinteressata per violazione del bando di gara, sez. III, n. 1.1 (pag. 6/16) e violazione dell'art. 75 del d.lgs n. 163 del 2006, in quanto avrebbe prestato una polizza fideiussoria irregolare, atteso che le imprese costituendo l'A.t.i. non avrebbero documentato il diritto a presentare una garanzia con importo dimezzato;

b) illegittimità dell'ammissione alla procedura di gara della controinteressata per violazione del disciplinare di gara, art. 2, lett. m); contraddittorietà e falso presupposto; sviamento; violazione artt. 35, 36, 37 del d.lgs n. 163 del 2006; secondo il ricorrente non sarebbe chiara la posizione della ditta Gievve Impianti s.n.c., dapprima indicata quale ditta subappaltatrice e successivamente nella delibera n. 1059/2008 quale consorziata.

5.1.- Avverso la nota 12 settembre 2006, n. 20080032331, la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 138 e 139 del d. lgs n. 163 del 2006, per difetto dei presupposti (art. 129 e 132 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554).

6. - All'udienza pubblica del 17 dicembre 2009 la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.- Il ricorso introduttivo, così come prospettato, è in parte inammissibile e in parte infondato per le ragioni di seguito esposte.

1.1- Il primo e il secondo motivo di ricorso vanno esaminati congiuntamente in quanto logicamente connessi.

La Ricorrente Impianti Sud S.p.a. lamenta l'illegittimità della sua esclusione, disposta sul rilievo della carenza, nella relazione tecnica da essa presentata, degli elementi minimali richiesti dal disciplinare di gara al punto 3, lett. a), b), c), ritenendo al contrario, che la relazione tecnica prodotta soddisferebbe pienamente le condizioni prescritte nel bando di gara. Da qui la ricorrente lamenta, con il secondo motivo di ricorso, la violazione del principio di concorsualità, quale effetto della sua esclusione dalla gara.

1.2.- Le censure sono infondate.

In ordine ai requisiti e alle modalità di partecipazione alla gara, il disciplinare al punto 3, prevede i contenuti dell'offerta tecnica, indicando, espressamente a pena di esclusione, i suoi contenuti minimali, tra i quali: a) la programmazione del

servizio; b) la gestione del servizio, con indicazione, tra l'altro, del numero totale dell'organico impiegato e delle relative qualifiche e del monte ore complessivo annuo dei lavoratori e suddivisione per ciascun tipo di attività; c) controllo del servizio.

La Società Ricorrente Impianti Sud Spa nel ricorso si limita ad affermare genericamente il possesso dei requisiti minimi richiesti dalla lex specialis di gara, senza però contestare specificamente in quali punti della relazione tecnica detti requisiti siano stati soddisfatti e senza fornire alcun argomento utile a dimostrare l'idoneità e la completezza della relazione tecnica presentata in gara, alla luce di quanto richiesto dal disciplinare di gara. In altre parole, il ricorrente non nega che la relazione tecnica presentava le lacune rilevate dalla stazione appaltante. La carenza dei requisiti minimi dell'offerta tecnica è stata ben evidenziata dalla commissione di gara nel verbale del 16 giugno 2008, e su tale presupposto ha correttamente provveduto a disporre l'esclusione in conformità a quanto previsto dall'art. 6, lett. c1, del disciplinare. Rilevata la legittimità dell'esclusione della ricorrente dalla gara, in quanto operata in conformità al punto 3 e all'art. 6, lett. c1 del disciplinare di gara, non può che ritenersi infondato pure il secondo motivo di ricorso, con il quale si lamenta la violazione del principio di concorsualità, atteso che l'esclusione legittima di un'impresa preclude poi alla stazione appaltante di procedere alla valutazione comparativa della sua offerta.

1.3- Con riferimento alle disposizioni del disciplinare di gara poste alla base dell'esclusione della Ricorrente Impianti Sud S.p.a., la parte ricorrente si limita ad affermare la loro illogicità e incoerenza. Invero, tale censura è prospettata in termini talmente vaghi e generici, tali da non consentire al Collegio di scrutinarne la legittimità, atteso che non si affermano le ragioni e i motivi specifici per i quali dette clausole sarebbero illogiche e incoerenti, non essendo sufficiente al riguardo il mero richiamo, operato dalla parte ricorrente, alla illogicità e incoerenza rispetto

alle finalità della procedura concorsuale. Con riguardo alla formulazione dei motivi di ricorso, la giurisprudenza amministrativa si è più volte pronunciata sulla necessità di una puntuale specificazione delle censure dedotte, sostenendo che "i motivi di ricorso risultano muniti di adeguata consistenza e specificazione (possono, quindi, essere esaminati dal giudice) non già allorché si limitano a descrivere le conclusioni cui essi sono indirizzati, ma se e quando indicano pure le ragioni che vengono poste a base di siffatte conclusioni e danno dimostrazione, secondo l'intendimento del ricorrente, del titolo e della causa delle richieste e delle norme che le giustificano, fermo restando che, in presenza di motivi generici, non può essere invocato il principio *iura novit curia*, perché la conoscenza che il giudice ha e deve avere delle norme dell'ordinamento (il che esclude che di esse debba fornirsi prova a cura delle parti) non esonera il ricorrente dallo specificare adeguatamente le sue richieste, né il principio può essere interpretato nel senso che il giudice debba prestare la sua opera ovviando con la sua attività all'incapacità delle parti di reperire un qualunque fondamento per le loro pretese" (Cons. Stato, Sez. IV, 22 novembre 2004, n. 7621; conforme Cons. Stato, Sez. IV, 31 marzo 2009, n. 2006 e Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 2006, n. 4419).

2.- Con il terzo, quarto, quinto, sesto e settimo motivo di ricorso la ricorrente lamenta l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata, la quale avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara, deducendo:

- nullità della domanda di partecipazione alla gara della Ati Controinteressata s.p.a.- Controinteressata due. soc. coop., in quanto sottoscritta dal direttore generale, in assenza di un mandato specifico da parte della società;
- violazione dell'art. 75 del d.lgs n. 163 del 2006 e dell'art. 100 del d.p.r. n. 554 del 1999, in quanto la cauzione provvisoria fornita dalla controinteressata risulta essere stata sottoscritta dal direttore generale, privo dei poteri di legge, nonché emessa in

solo favore della Controinteressata s.p.a. e, solo successivamente estesa alla Controinteressata due. soc. coop., con indicazione dell'A.T.I.;

-violazione del disciplinare di gara, al n.6, lett. b), n. 14 e n. 5 lett. c) e condizione c.1-c.2-c.3 e c.4, in quanto il sopralluogo assistito risulterebbe essere stato richiesto da soggetto delegato dalla impresa mandante e non dalla mandataria, come previsto dal n. 5 lett. c4 del disciplinare di gara; inoltre, il sopralluogo non risulterebbe essere stato effettuato con l'assistenza degli uffici della stazione appaltante;

- violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, poiché nell'offerta della controinteressata non sarebbero state dichiarate specificatamente le parti del servizio da eseguirsi a cura dei singoli operatori economici riuniti;

-violazione del punto n. 2.3 del disciplinare di gara, in quanto l'A.t.i. aggiudicataria non avrebbe documentato l'effettuazione di servizi analoghi a quelli oggetto di gara.

2.1.- Limitatamente ai sopra indicati motivi di ricorso (terzo, quarto, quinto, sesto e settimo) va accolta l'eccezione formulata sia dalla controinteressata sia dall'amministrazione resistente in ordine all'inammissibilità di tali doglianze, per difetto di interesse, stante la legittimità dell'esclusione disposta nei confronti della ricorrente.

2.2.- Il Collegio ritiene che la parte ricorrente, in quanto legittimamente esclusa dalla procedura concorsuale non abbia alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di un altro concorrente o ad impugnare l'aggiudicazione ad altri. Il provvedimento di esclusione dalla gara, in virtù dell'autorità del provvedimento amministrativo, una volta accertata la sua legittimità dal giudice amministrativo, incide negativamente nella sfera giuridica del destinatario, senza che il soggetto inciso possa continuare a pretendere dall'amministrazione il bene della vita cui aspira e che l'amministrazione abbia già ritenuto di rifiutare con una

decisione imperativa in ordine alla non spettanza del bene della vita stesso. E' questa una conseguenza, giova ribadirlo, che deriva dalla autoritarietà dell'atto amministrativo, che è in grado di incidere unilateralmente nella sfera giuridica di altri. Ne consegue che l'atto di esclusione, legittimamente disposto, determina un arresto del procedimento di gara per il concorrente, il quale, radica il suo interesse ad agire con riferimento alla impugnazione dei successivi atti di gara, quali la mancata esclusione dell'altro concorrente o l'aggiudicazione ad esso conferita, soltanto qualora riesca ad ottenere la demolizione del provvedimento che ha disposto la sua esclusione. Viceversa, una volta acclarata la legittimità dell'atto di esclusione, la parte ricorrente non ha alcun interesse ad agire e quindi ad ottenere la demolizione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, proprio perché l'amministrazione ha già stabilito l'ineidoneità del ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sicché la sua posizione a fronte dei successivi atti della procedura concorsuale assume la configurazione di un interesse di mero fatto, del tutto privo di rilevanza e tutela giuridica, paragonabile a quello di qualsiasi altro soggetto che non abbia partecipato alla gara (In tal senso cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI n. 5442 del 10.10.2002, Sez. V n. 5558 del 12.8.2004).

Il Collegio non ignora l'orientamento della V sezione del Consiglio di Stato (espresso nella sentenza richiamata dalla ricorrente 4 giugno 2008, n. 2629, ma anche nelle sentenze Sez. V, 25 luglio 2006 n. 4657, 29 marzo 2006 n. 1589 e 10 novembre 2005 n. 6285, nonché Sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 952), che, pur riaffermando, in generale, la carenza di interesse da parte del concorrente legittimamente escluso ad impugnare i successivi atti di gara, afferma che tale principio non ha un valore assoluto, in quanto l'interesse va valutato in concreto, in relazione alla configurabilità di un interesse strumentale alla rinnovazione della gara, "qualora il concorrente escluso contesti l'ammissione di altri concorrenti ovvero deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura, sull'assunto che

tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero l'onere dell'amministrazione di indire una nuova gara alla quale il concorrente precedentemente escluso sia in grado di partecipare, con conseguente chance di divenirne aggiudicatario”.

Tuttavia, nella fattispecie in esame, non ricorre quest'ultima circostanza ovvero la chance da parte della società ricorrente di divenire aggiudicataria, qualora fosse annullata l'aggiudicazione in favore della controinteressata, ancorché non vi fossero altre ditte rimaste in gara, atteso che la pretesa della ricorrente ad ottenere il bene della vita è stata definitivamente conculcata dall'amministrazione con il provvedimento di esclusione. Ritiene, infatti, il Collegio che l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara non è sempre spendibile ai fini del radicarsi dell'interesse ad agire, ma è invocabile quando alla nuova procedura il ricorrente abbia concreta possibilità di partecipare vittoriosamente. Tuttavia, ciò non è dato ravvisare in capo alla attuale ricorrente, considerate le ragioni della sua esclusione, avvenuta per mancanza dei requisiti minimi di contenuto dell'offerta tecnica, previsti dal punto 3 della parte prima del disciplinare di gara. Ne consegue che la società ricorrente, la cui offerta tecnica non possiede i requisiti minimi di partecipazione alla procedura di gara e perciò esclusa con un provvedimento amministrativo legittimo, non ha alcun interesse strumentale alla rinnovazione della procedura concorsuale (in tal senso si è espresso il Consiglio di stato, sez. IV, 12 giugno 2003 , n. 3310, che esclude l'esistenza di interesse da parte di impresa che aveva ammesso di non avere i requisiti di partecipazione alla gara).

Le considerazioni di cui innanzi portano quindi a concludere per la inammissibilità parziale del ricorso per carenza di interesse in capo alla interessata Ricorrente Impianti Sud S.p.A., il che preclude l'esame del merito del terzo, quarto, quinto, sesto e settimo motivo di ricorso.

3.- Nondimeno, il Collegio, ritiene di dover disattendere l'eccezione di inammissibilità con riferimento ai motivi di ricorso ottavo e nono, con i quali si

deduce la violazione degli art. art. 84 e 10, comma 5, del d. lgs n. 163 del 2006, affermando che la Commissione avrebbe dovuto essere presieduta da un dirigente di ruolo della stazione appaltante e che il responsabile del procedimento non rivestirebbe la qualifica di dipendente di ruolo dell'azienda ospedaliera ed inoltre in funzione di tale nomina non avrebbe potuto ricoprire la funzione di presidente della commissione di gara.

In questo caso, la parte ricorrente deduce vizi che, ove fondati, sarebbero idonei a caducare il provvedimento di esclusione impugnato. Di qui l'interesse del ricorrente al loro esame.

3.1.- Nel merito, tuttavia, i motivi sono infondati.

3.2- L'art. 84, comma 3, del d. lgs n. 163 del 2006, prevede che "La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente". Come documentato agli atti di causa l'ing. Giuseppe Spera, nominato presidente della Commissione di gara, rivestiva effettivamente l'incarico di dirigente dell'ufficio gestione tecnico patrimoniale dell'azienda ospedaliera, conferito con contratto a tempo determinato ai sensi dell'art. 15 septies del d. lgs 30 dicembre 1992, n. 502, norma che consente alle aziende ospedaliere di attribuire incarichi di natura dirigenziale, in misura non superiore al cinque per cento della dotazione organica della dirigenza professionale, tecnica e amministrativa ad esperti di provata competenza che non godano del trattamento di quiescenza e che siano in possesso del diploma di laurea e di specifici requisiti coerenti con le esigenze che determinano il conferimento dell'incarico. La nomina del presidente della Commissione di gara è quindi perfettamente compatibile con la dizione di cui all'art. 84, comma 3, del d.lgs n. 163 del 2006, che, riferendosi genericamente ai dirigenti, non preclude ai dirigenti non di ruolo di essere nominati quali presidenti delle commissioni di gara. Inoltre,

la nomina dell'ing. Spera quale responsabile del procedimento, pur non essendo dipendente di ruolo dell'azienda ospedaliera, non contrasta con l'art. 10, comma 5, del d.lgs n. 163 del 2006, che consente alle amministrazioni aggiudicatrici, in caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, di nominare il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio, anche non di ruolo.

3.2.1- Infine, con riferimento alla prospettata incompatibilità delle funzioni di presidente della commissione di gara e di responsabile del procedimento in capo allo stesso soggetto, occorre evidenziare che per espressa previsione dell'art. 84, comma 4, del d. lgs n. 163 del 2006 la preclusione a far parte della commissione di gara per coloro che hanno svolto o svolgono funzioni tecniche o amministrative relativamente al contratto del cui affidamento si tratta, opera esclusivamente per i commissari diversi dal presidente. Ciò all'evidente fine di evitare le difficoltà pratiche che si incontrerebbero per l'individuazione del dirigente cui affidare le funzioni di presidente. Non sussiste quindi incompatibilità tra le funzioni di presidente della Commissione di gara e quella di responsabile del procedimento (in tal senso cfr. anche T.A.R. Toscana Firenze, sez. II, 13 luglio 2007 , n. 1273; ma la legittimità della nomina a presidente della commissione giudicatrice del medesimo dirigente già nominato responsabile del procedimento di gara era riconosciuta dalla giurisprudenza amministrativa ancor prima dell'entrata in vigore del d.lgs n. 163 del 2006, cfr. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 23 giugno 2005 , n. 940).

4.- Dall' infondatezza delle doglianze dirette a caducare il provvedimento di esclusione della ricorrente dalla procedura di gara e quindi dalla legittimità del provvedimento di esclusione, consegue l'assenza del necessario requisito dell'ingiustizia del danno, quale elemento costitutivo dell'illecito civile, non

essendosi realizzata alcuna lesione dell'interesse legittimo, sicché la domanda risarcitoria, prima ancora che infondata nel merito, deve dichiararsi inammissibile.

5.- Con il ricorso per motivi aggiunti la Ricorrente Impianti Sud S.p.A con due nuovi motivi di ricorso deduce l'illegittima ammissione alla procedura di gara dell'aggiudicataria:

- per violazione del bando di gara, sez. III, n. 1.1 (pag. 6/16), nonché violazione dell'art. 75 del d.lgs n. 163 del 2006, in quanto l'A.T.I. CONTROINTERESSATA S.p.A., avrebbe prestato una polizza fideiussoria irregolare, atteso che le imprese costituendo l'A.t.i. non avrebbero documentato il diritto a presentare una garanzia con importo dimezzato;

- per violazione del disciplinare di gara, art. 2, lett. m); contraddittorietà e falso presupposto; sviamento; violazione artt. 35, 36, 37 e 118 del d.lgs n. 163 del 2006, in quanto la commissione di gara non avrebbe verificato la posizione della ditta Gievve Impianti s.n.c., dapprima indicata dalle imprese costituendo l'A.t.i. controinteressata quale ditta subappaltatrice e successivamente indicata nella delibera 1059/2008 quale consorziata.

5.1.- Il Collegio, per le ragioni sopra esposte al punto 2.2. alle quali si rinvia integralmente, ritiene che la parte ricorrente, in quanto legittimamente esclusa dalla procedura concorsuale non abbia alcun interesse a dolersi della mancata esclusione dell'aggiudicataria, impugnandone l'aggiudicazione.

Dalla carenza di interesse consegue che la domanda di annullamento dell'aggiudicazione, proposta con motivi aggiunti, non è ulteriormente procedibile e il giudizio, in questa parte, deve chiudersi con una pronuncia in rito.

6.- Con riferimento all'impugnativa della nota 12 settembre 2006, n. 20080032331 la società ricorrente rileva l'illegittimità della procedura di riconsegna degli impianti. In particolare, lamenta che il responsabile del procedimento non le avrebbe comunicato il preavviso di risoluzione del contratto di servizio di esercizio

e manutenzione degli impianti elettrici e speciali a servizio delle sedi ospedaliere e avrebbe violato gli artt. 138 e 139 del d. lgs n. 163 del 2006, nonché gli artt. 129 e 132 del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554). Invero, le censure attengono alla risoluzione del contratto di appalto a suo tempo stipulato con la società ricorrente, la cui cognizione esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo. Nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come fissata dall'articolo 244 del d.lgs. n. 163 del 2006, rientrano le sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che concerna la fase dell'esecuzione dei relativi contratti, giacché detta fase è segnata dall'operare della P.A., non quale autorità che esercita pubblici poteri, ma nell'ambito di un rapporto privatistico, tenuto conto che i provvedimenti adottati, variamente definiti di revoca, decadenza, risoluzione, non costituiscono espressione di una ponderazione tra l'interesse pubblico e quello privato, ma si configurano come atti che hanno ad oggetto il rapporto privatistico discendente dal negozio. Da tale premessa discende che spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la cognizione della controversia in ordine al rispetto della procedura di riconsegna degli impianti e di risoluzione del contratto di manutenzione a suo tempo stipulato dalla società ricorrente con l'azienda ospedaliera, in quanto afferisce ad una fase successiva alla stipula di un contratto di appalto, investe diritti soggettivi e comunque vicende nelle quali non assumono alcuna incidenza i poteri discrezionali ed autoritativi della p.a.

6.1.- Ne consegue l'inammissibilità della domanda, proposta con ricorso per motivi aggiunti, diretta a contestare la procedura per la risoluzione del contratto e per la riconsegna degli impianti, trattandosi di controversia per la quale difetta la giurisdizione del giudice amministrativo, con conseguente "translatio" del giudizio (Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77) davanti all'Autorità giurisdizionale ordinaria, che ai sensi dell'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69, si indica quale giudice munito

di giurisdizione, fermo restando che sono fatti salvi gli effetti della domanda originaria.

7.- Le spese, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in complessivi Euro 2500,00, di cui Euro 1250,00 in favore dell'amministrazione resistente e Euro 1250, 00 in favore della controinteressata, oltre accessori di legge.

Le spese del contributo unificato, a norma dell'art. 13, comma 6-bis, del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, restano a carico del ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Basilicata, pronunciando sui ricorsi in epigrafe, così statuisce:

- in parte respinge e in parte dichiara inammissibile il ricorso principale;
- dichiara in parte improcedibile e in parte inammissibile il ricorso per motivi aggiunti;

Condanna la ricorrente al pagamento di Euro 2500,00, oltre IVA, CPA, spese generali e spese per contributo unificato.

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

Così deciso in Potenza nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

Antonio Camozzi, Presidente

Giancarlo Pennetti, Consigliere

Paola Anna Gemma Di Cesare, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/03/2010

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

IL SEGRETARIO