

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/05/2010

All'indirizzo <http://censura.diritto.it/docs/29408-e-infondato-il-primo-motivo-di-gravame-con-il-quale-stata-sostenuta-l-inammissibilit-dei-ricorsi-di-primo-grado-per-il-fatto-che-n-la-societ-alfa-investimenti-s-r-l-n-la-societ-alfa-immobiliare-s>

Autore: Lazzini Sonia

**E' infondato il primo motivo di gravame con il quale è stata sostenuta l'inammissibilità dei ricorsi di primo grado per il fatto che né la società alfa Investimenti s.r.l., né la società alfa Immobiliare s.r.l. avevano presentato domanda di partecipazione**

**C.St. 09.04.2010 n. 1999**

E' infondato il primo motivo di gravame con il quale è stata sostenuta l'inammissibilità dei ricorsi di primo grado per il fatto che né la società alfa Investimenti s.r.l., né la società alfa Immobiliare s.r.l. avevano presentato domanda di partecipazione alla gara.

Al riguardo la Sezione osserva che, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, quando la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, come nel caso di specie, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda, posto che la presentazione della stessa si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica ( Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2005 n. 4207 e 4208; V, n. 7341, 11 novembre 2004; V, 11 febbraio 2005 n. 389; IV, 30 maggio 2005 n. 2804).

In tal senso deve ricordarsi anche la decisione 12 febbraio 2004 - C 230/02 della Corte di Giustizia C.E., ad avviso della quale, nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa può presentare ricorso direttamente avverso tali specifiche e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato: ciò in quanto è eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, debba presentare un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche (in tal senso da ultimo, anche C.d.S., sez. V, 19 marzo 2009, n. 1624).

## Si legga anche

Sulla possibilità di un ricorso avverso un bando di gara anche senza dover partecipare non è più sostenibile l'esigenza della presentazione della domanda di partecipazione nell'ipotesi in cui le prescrizioni di un bando di gara comunitaria siano in modo assoluto preclusive della partecipazione a determinati soggetti, aventi in astratto titolo a parteciparvi non è legittima la previsione di un bando che preveda , quanto ai requisiti di capacità tecnica lettera o) e lettera v) l'avvalimento ai sensi dell'articolo 49 del d.l.gvo 163/2006, però circoscrivendolo in ambiti assai ristretti in quanto i requisiti di capacità dovevano essere posseduti dall'impresa che partecipava alla gara in percentuale non inferiore al 75%.

nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa avrebbe tuttavia il diritto di presentare un ricorso direttamente avverso tali specifiche e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato.e' corretto affermare che un bando che < nella misura in cui limita eccessivamente l'istituto dell'avvalimento, consentendolo solo per due requisiti di ordine tecnico (che devono essere posseduti al 75% in capo all'impresa che partecipa alla gara) ed escludendolo totalmente per i restanti sei requisiti tecnici richiesti nonché per tutti i requisiti di carattere economico-finanziario>, si pone in violazione della normativa comunitaria di massima partecipazione alle gare pubbliche creando una disparità di trattamento tra gli operatori economici del settore circoscrivendo eccessivamente il ventaglio delle imprese partecipanti.?

Quanto alla mancata presentazione della offerta di gara da parte della impresa ricorrente in primo grado, sulla quale la Regione formula una eccezione di inammissibilità del gravame, la Sezione ritiene di aderire all'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, **quando la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, sussiste l'interesse a gravare la relativa de-terminazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda**, posto che la presentazione della stessa si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, con un risultato analogo a quello di un'originaria pre-clusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica\_ sarebbe eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, presenti un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche.\_ avendo l'istituto dell'avvalimento portata generale nel diritto comunitario, al fine di garantire il principio di libertà di concorrenza e di rimuovere ogni ostacolo alla libera prestazione dei servizi, una lettura restrittiva del codice dei contratti ed in specie dell'art.49, settimo comma (nella formulazione vigente al momento del bando), tale da snaturare l'istituto, comporta una evidente contrarietà alla normativa comunitaria finendo per limitare il principio della massima partecipazione alle procedure di gara e di par condicio dei concorrenti.

La decisione numero 1624 del 19 marzo 2009, emessa dal Consiglio di stato merita di essere segnalata anche per alcuni importanti principi in tema di avvalimento in essa presenti:

< In punto di fatto deve rilevarsi che il bando di gara prevede, quanto ai requisiti di capacità tecnica lettera o) e lettera v) l'avvalimento ai sensi dell'articolo 49 del d.l.gvo 163/2006, però circoscrivendolo in ambiti assai ristretti in quanto i requisiti di capacità dovevano essere posseduti dall'impresa che partecipava alla gara in percentuale non inferiore al 75%.

Inoltre il bando limitava la partecipazione alla procedura concor-suale ai soli operatori in possesso del certificato di approvazione per la manutenzione di linea degli elicotteri rilasciata dall'autorità aeronautica competente in conformità del regola-mento CE 2042/2003 allegato 2, parte 145.

Di fatto è stato precluso ad alcuni operatori, tra cui la ricorrente in primo grado, di partecipare alla gara avvalendosi di un certifi-cato posseduto da un soggetto terzo.

6.3. Secondo la Regione la qualificazione del servizio, quale si evince dalla lettura del capitolato speciale allegato al bando di gara, alla stregua di un intervento di emergenza e di protezione civile, con elevato rischio 365 giorni all'anno, fa rientrare l'appalto tra quelli la cui natura giustifica la scelta dell'Amministrazione di restringere il ricorso all'istituto dell'avvalimento tanto più che, non solo la normativa nazionale, ma anche quella comunitaria non ne richiedono l'applicazione automatica e senza limiti tanto che gli articoli che vengono in ri-lievo si esprimono in termini di possibilità.

7. Tali argomentazioni della Regione Liguria non vengono con-divise.

Il bando infatti nella misura in cui limita eccessivamente l'istituto dell'avvalimento, consentendolo solo per due requisiti di ordine tecnico (che devono essere posseduti al 75% in capo all'impresa che partecipa alla gara) ed escludendolo totalmente per i restanti sei requisiti tecnici richiesti nonché per tutti i requisiti di caratte-re economico-finanziario, si pone in violazione della normativa comunitaria di massima partecipazione alle gare pubbliche cre-ando una disparità di trattamento tra gli operatori economici del settore circoscrivendo eccessivamente il ventaglio delle imprese partecipanti.

E' pur vero che l'articolo 49 settimo comma del codice degli ap-palti, (ora soppresso interamente dal d.lgs. 152/2008 con il c.d. terzo decreto correttivo) ammette che il bando di gara possa pre-vedere, con riguardo ad appalti di particolare natura o importo, che il ricorso all'avvalimento sia limitato solo ai requisiti econo-mici o a quelli tecnici, oppure all'integrazione di un preesistente requisito tecnico o economico già in possesso dell'impresa avva-lente in misura o percentuale indicata dal bando.

La previsione tuttavia deve essere messa in relazione con la normativa comunitaria di riferimento posta dagli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché dall'art. 54, par. 5 e 6 della

direttiva 2004/17/CE che 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 interpretazione fornita in sede comunitaria infatti è nel senso che poichè "la sola condizione è quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offrente disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto", 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" (cfr. 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, richiamata in Cons. Stato, VI, 11.7.2008 n.3499).>

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 1999 del 9 aprile 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 01999/2010 REG.DEC.**  
**N. 06634/2009 REG.RIC.**  
**N. 06636/2009 REG.RIC.**



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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

### **DECISIONE**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6634 del 2009,  
proposto da:

SUZZARA SERVIZI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica,  
rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Colombo e Raffaele Sperati, con domicilio  
eletto presso il secondo in Roma, piazza Mazzini, n. 27;

***contro***

controinteressata INVESTIMENTI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Guido Francesco Romanelli, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Cosseria, n. 5;

ALFA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

COMUNE DI SUZZARA, in persona del sindaco in carica, non costituito in giudizio;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6636 del 2009, proposto da:

SUZZARA SERVIZI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Paolo Colombo e Raffaele Sperati, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, piazza Mazzini, n. 27;

***contro***

controinteressata IMMOBILIARE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Guido Francesco Romanelli, con il quale è elettivamente domiciliata in Roma, via Cosseria, n. 5;

ALFA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

COMUNE DI SUZZARA, in persona del sindaco in carica, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

quanto al ricorso n. 6634 del 2009:

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA, sez. II, n. 1350 del 29 giugno 2009, resa tra le parti, concernente ASSEGNAZIONE IN LOCAZIONE DI IMMOBILI AD USO AMBULATORI MEDICI;

quanto al ricorso n. 6636 del 2009:

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA, sez. II n. 1502 del 16 luglio 2009, resa tra le parti, concernente ASSEGNAZIONE IN LOCAZIONE DI IMMOBILI AD USO AMBULATORI MEDICI..

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di controinteressata Investimenti S.r.l. e di controinteressata Immobiliare Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 gennaio 2010 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati gli avv.ti Sperati e Romanelli;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

1. La società Suzzara Servizi s.r.l., che aveva la disponibilità di alcuni locali facenti parte del complesso commerciale sito in Suzzara (Mn), via Europa n. 4 e n. 6/A (in N.C.E.U., fg. 42, parte Mapp. 979, sub. 309 e sub. 352 Cat. F3), con avviso in data 28 aprile 2009 ha indetto una gara ad evidenza pubblica per la concessione in locazione dei predetti locali al fine “di facilitare l’accesso alle cure e di migliorare il servizio di assistenza medica a favore della collettività”.

Secondo le previsioni della lex specialis potevano partecipare alla gara i medici di medicina generale convenzionati con il S.S.N. che svolgessero la propria attività all'interno del Comune di Suzzara, in forma singola, associata o societaria, a condizione che: fossero cittadini italiani o di altro stato membro dell’U.E., in possesso dei diritti politici e civili; non avessero condanne penali e carichi pendenti incidenti gravemente sulla moralità professionale del soggetto interessato; non

fossero interdetti, inabilitati, falliti e non avessero in corso procedure per la dichiarazione di tale stato.

Era altresì previsto che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche in presenza di una sola offerta valida.

All'esito della procedura di gara, giusta verbale in data 13 maggio 2009, è risultata aggiudicataria ALFA Servizi s.r.l., unica concorrente in gara.

2. La società controinteressata Investimenti s.r.l., pur non avendo partecipato alla gara, con rituale ricorso giurisdizionale ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, l'annullamento del predetto avviso di gara del 28 aprile 2009, in uno con ogni atto presupposto, successivo e conseguente, deducendo con un unico articolato motivo di gravame "Eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, ingiustizia manifesta, irragionevolezza, buon andamento dell'azione amministrativa – Violazione dell'art. 97 della Costituzione – Violazione della L. 241/90, difetto di motivazione, eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento".

A suo avviso era infatti illegittima la limitazione dell'ammissione alla gara ai soli medici di medicina generale, peraltro del tutto immotivata, giacché il rispetto dei principi generali in tema di gare pubbliche imponeva la più ampia partecipazione dei soggetti interessati alla possibile locazione degli immobili.

Col predetto ricorso è stata anche formulata domanda di risarcimento dei danni.

3. Con motivi aggiunti notificati il 12 giugno 2009 la società controinteressata Investimenti s.r.l. ha impugnato anche il provvedimento di aggiudicazione della gara in favore della ALFA Servizi s.r.l., articolando tre motivi di censura.

Con il primo ha sostanzialmente reiterato il motivo di censura già formulato col ricorso introduttivo del giudizio, denunciando l'illegittimità derivata del provvedimento di aggiudicazione; con il secondo ha dedotto "eccesso di potere

sotto il profilo dello sviamento, ingiustizia manifesta, irragionevolezza, buon andamento dell'azione amministrativa – Violazione della lex specialis (avviso di gara) – violazione della L. 241/90 – difetto di motivazione, eccesso di potere sotto il profilo della disparità di trattamento”, sostenendo che la società aggiudicataria non possedeva neppure i requisiti previsti dal bando di gara, in quanto ne potevano far parte anche soggetti non esercenti la professione medica; con il terzo ha lamentato “violazione di legge 241/90, difetto di motivazione, eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento, ingiustizia manifesta, irragionevolezza e disparità di trattamento”, evidenziando che la commissione di gara non aveva fornito alcuna motivazione della valutazione dell'offerta dell'aggiudicataria, non essendo sufficiente a tal fine la sola indicazione del voto numerico o l'equivalente giudizio (sufficiente, buono o ottimo).

Con i predetti motivi aggiunti è stata altresì reiterata la domanda risarcitoria.

4. L'adito tribunale, sez. II, con la sentenza n. 1350 del 29 giugno 2009, adottata in forma semplificata nell'udienza in camera di consiglio fissata per l'esame della richiesta cautelare di sospensione degli effetti degli atti impugnati, nella resistenza della Suzzara Servizi s.r.l., del Comune di Suzzara e della ALFA Servizi s.r.l., ritenuta la sussistenza dell'interesse a ricorrere della società controinteressata Investimenti s.r.l. nella qualità di imprenditore del settore immobiliare e quindi interessato ad ottenere in locazione gli immobili oggetto della gara, ha accolto il ricorso alla stregua del primo motivo di censura ed ha annullato il bando di gara ed il successivo provvedimento di aggiudicazione, respingendo tuttavia la domanda risarcitoria per carenza di prova.

In particolare, secondo il predetto tribunale, era illegittima, in quanto contraria al principio di massima partecipazione alle gare pubblica e comunque incongrua rispetto alle dichiarate finalità perseguite, la clausola del bando che limitava la partecipazione alla gara ai soli medici di medicina generale convenzionati con il



S.S.N., tanto più che la gara in questione riguardava soltanto la locazione di immobili e che nel bando mancava qualsiasi indicazione sulla tipologia e sull'eventuale specializzazione degli ambulatori da dislocare nell'immobile e sulle garanzie di una loro costante e minima apertura al pubblico.

5. La società Suzzara Servizi s.r.l. con atto di appello notificato il 29 luglio 2009 ha chiesto la riforma della predetta sentenza deducendo innanzitutto l'inammissibilità del ricorso introduttivo del giudizio per carenza di interesse, non avendo la ricorrente neppure presentato la domanda di partecipazione alla gara, e comunque l'infondatezza del merito dei motivi di censura, del tutto erroneamente accolti con motivazione insufficiente e del tutto inconferente rispetto al caso di specie.

Il ricorso è stato iscritto al NRG. 6634 dell'anno 2009.

6. Si è costituita in giudizio la società controinteressata Investimenti s.r.l. che ha chiesto il rigetto dell'avverso gravame, riproponendo peraltro espressamente i motivi assorbiti.

7. Con ordinanza 4476 dell'11 settembre 2009 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare ed ha sospeso gli effetti della sentenza impugnata.

8. Il bando di gara del 28 aprile 2009 ed il provvedimento di aggiudicazione di cui al verbale del 13 maggio 2009 sono stati impugnati con ricorso giurisdizionale notificato il 12 giugno 2009 anche dalla controinteressata Immobiliare s.r.l., società costituitasi a seguito di scissione parziale e cessione di ramo di azienda della società controinteressata Investimenti s.r.l..

Detta ricorrente ha formulato sostanzialmente le stesse censure sollevate dalla società controinteressata Investimenti s.r.l., avanzando anche domanda risarcitoria.

9. L'adito Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sez. II, con la sentenza n. 1502 del 16 luglio 2009, adottata in forma semplificata nell'udienza in camera di consiglio fissata per l'esame della richiesta

cautelare di sospensione degli effetti degli atti impugnati, ha annullato gli atti impugnati con le stesse motivazioni di cui alla precedente decisione n. 1350 del 29 giugno 2009.

10. La società Suzzara Servizi s.r.l. con atto di appello notificato il 29 luglio 2009 ha chiesto la riforma anche della predetta sentenza alla stregua degli stessi motivi di gravame svolti avverso l'altra sentenza n. 1350 del 29 giugno 2009.

Il ricorso è stato iscritto al NRG. 6636 dell'anno 2009.

11. La società controinteressata Immobiliare s.r.l. ha resistito all'appello, deducendone l'inammissibilità e l'infondatezza e riproponendo i motivi assorbiti; in particolare essa ha evidenziato che l'appello non sarebbe stato notificato alla società controinteressata Investimenti s.r.l. ed ha pertanto chiesto che venga disposta l'integrazione del contraddittorio.

12. Con ordinanza 4477 dell'11 settembre 2009 è stata accolta la domanda cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

13. All'udienza del 22 gennaio 2009 le cause sono state trattate in decisione.

## DIRITTO

14. Deve preliminarmente disporsi la riunione delle cause per evidenti ragioni di connessione obiettiva.

Infatti le due sentenze impugnate hanno esaminato gli stessi atti provenienti dalla società Suzzara Servizi s.r.l., contestati una volta dalla società controinteressata Investimenti s.r.l. e un'altra volta dalla società controinteressata Immobiliare s.r.l., quest'ultima costituitasi a seguito della parziale scissione e cessione di ramo d'azienda dalla prima, a mezzo degli stessi motivi di censure.

Tali peculiari circostanze, peraltro, ad avviso della Sezione escludono in radice la necessità, quanto all'appello iscritto al NRG. 6636 dell'anno 2009, di disporre l'integrazione del contraddittorio a carico della società appellante nei confronti

della società controinteressata Investimenti s.r.l., regolarmente costituita in giudizio nel ricorso NRG. 6634 dell'anno 2009.

15. Passando all'esame degli appelli principali, i cui motivi, essendo del tutto identici, possono essere esaminati congiuntamente, la Sezione osserva quanto segue.

15.1. E' infondato il primo motivo di gravame con il quale è stata sostenuta l'inammissibilità dei ricorsi di primo grado per il fatto che né la società controinteressata Investimenti s.r.l., né la società 2 B Immobiliare s.r.l. avevano presentato domanda di partecipazione alla gara.

Al riguardo la Sezione osserva che, secondo un condivisibile indirizzo giurisprudenziale, quando la partecipazione alla procedura è preclusa dallo stesso bando, come nel caso di specie, sussiste l'interesse a gravare la relativa determinazione a prescindere dalla mancata presentazione della domanda, posto che la presentazione della stessa si risolve in un adempimento formale inevitabilmente seguito da un atto di esclusione, con un risultato analogo a quello di un'originaria preclusione e perciò privo di una effettiva utilità pratica ( Cons. Stato, Sez. V, 8 agosto 2005 n. 4207 e 4208; V, n. 7341, 11 novembre 2004; V, 11 febbraio 2005 n. 389; IV, 30 maggio 2005 n. 2804).

In tal senso deve ricordarsi anche la decisione 12 febbraio 2004 - C 230/02 della Corte di Giustizia C.E., ad avviso della quale, nell'ipotesi in cui un'impresa non abbia presentato un'offerta a causa della presenza di specifiche che asserisce discriminatorie nei documenti relativi al bando di gara o nel disciplinare, le quali le avrebbero impedito di essere in grado di fornire l'insieme delle prestazioni richieste, essa può presentare ricorso direttamente avverso tali specifiche e ciò prima ancora che si concluda il procedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico interessato: ciò in quanto è eccessivo esigere che un'impresa che asserisca di essere lesa da clausole discriminatorie contenute nei documenti relativi al bando

di gara, prima di poter utilizzare le procedure di ricorso previste dalla direttiva 89/665 contro tali specifiche, debba presentare un'offerta nell'ambito del procedimento di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi, quando le probabilità che le venga aggiudicato tale appalto sarebbero nulle a causa dell'esistenza delle dette specifiche (in tal senso da ultimo, anche C.d.S., sez. V, 19 marzo 2009, n. 1624).

15.2. E' invece fondato il secondo motivo di gravame, con cui la società appellante ha lamentato l'erroneo accoglimento dei ricorsi di primo grado per l'asserita illegittima ed immotivata limitazione della partecipazione alla gara ai soli medici di medicina generale convenzionati col S.S.N.

15.2.1. Giova preliminarmente osservare che non è contestato che la società appellante, Suzzara Servizi s.r.l., sia una società a totale o prevalente capitale pubblico, avente per oggetto sociale la gestione delle farmacie delle quali è titolare il Comune di Suzzara (come si ricava dalla lettura dell'articolo 3 del suo statuto), nonché, tra l'altro, la possibilità di "...esercitare l'attività di assistenza domiciliare, gestire servizi a favore di anziani e dei portatori di handicap, nonché a favore della persona in generale in materia di tutela della salute e prevenzione degli stati patologici, in strutture socio – sanitarie, alloggi protetti e centri di sollievo, centri diurni, strutture sanitarie, assistenziali, specialistiche, polispecialistiche e comunque necessarie allo svolgimento di attività di carattere sanitario, socio assistenziale e sociale...".

D'altra parte, come si ricava dalla lettura dell'impugnato avviso di gara, la scelta della società appellante di concedere in locazioni i locali facenti parte del complesso commerciale sito in Suzzara (Mn), via Europa n. 4 e n. 6/A (in N.C.E.U., fg. 42, parte Mapp. 979, sub. 309 e sub. 352 Cat. F3) è stata determinata dall'intento di "...facilitare l'accesso alle cure e di migliorare il servizio di assistenza

medica a favore della collettività, in base a quanto previsto dal proprio statuto e dalle direttive regionali...”.

15.2.2. Ciò posto la Sezione è dell'avviso che, proprio in ragione del ricordato oggetto sociale della società appellante e del fine concretamente perseguito, espressamente dichiarato e coerente con l'oggetto sociale, la limitazione della partecipazione alla gara ai soli medici di medicina generale convenzionati col S.S.N. non sia illegittima.

Invero rientra nel potere della pubblica amministrazione la determinazione dell'esatto contenuto di un bando di gara e delle relative clausole in modo da conseguire l'interesse pubblico affidato alle sue cure: l'esercizio di tale potere costituisce manifestazione tipica della discrezionalità amministrativa che, com'è noto, non è sindacabile in sede di legittimità, salvo che essa non sia macroscopicamente viziata da illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza o irrazionalità che, tuttavia, non si riscontrano nel caso di specie, del tutto coerente e plausibile essendo il fine dichiaratamente perseguito con l'oggetto sociale della società.

Pertanto impropriamente i primi giudici hanno ritenuto che la limitazione della partecipazione alla gara ai soli medici di medicina generale convenzionati col S.S.N. costituisca una ingiustificata ed illegittima restrizione del campo dei partecipanti, con violazione del principio che impone la massima partecipazione possibile alle gare pubbliche anche a tutela dell'interesse pubblico: è sufficiente osservare al riguardo che la gara in questione non ha per oggetto la mera concessione in locazione di locali commerciali, bensì la concessione di locali per l'esercizio di attività di studi medici ed è pertanto del tutto ragionevole che a tale gara possano partecipare solo quei soggetti che possano esercitare la professione medica.

Del resto, secondo la stessa prospettazione difensiva delle società appellate, esse avrebbero realizzato in realtà una sorta di attività di intermediazione, acquisendo in locazione gli immobili al fine di sub – locarli ai medici, garantendo alla società

appellante introiti finanziari (canoni di locazione) ampiamente superiori a quelli corrisposti dai medici partecipanti alla gara: senonché questa finalità è del tutto estranea e comunque recessiva rispetto alla prioritaria finalità pubblica del bando di “...facilitare l’accesso alle cure e di migliorare il servizio di assistenza medica a favore della collettività...”; né può sostenersi l’illegittimità di una procedura di gara pubblica per il solo fatto che l’amministrazione non abbia inteso privilegiare esclusivamente o in modo preponderante l’aspetto economico – finanziario rispetto ad altri interessi pubblici, pur assolutamente rilevanti, quali l’assistenza e la tutela della salute pubblica.

15.2.3. Occorre ancora rilevare che il bando di gara, nella sezione relativa alla valutazione delle offerte, considerava quali elementi di valutazione: a) il progetto operativo gestionale (per il quale era prevista l’attribuzione fino ad un massimo di 70 punti); il canone (max 30 punti).

In particolare costituivano criteri di valutazione del progetto operativo gestionale: 1) l’organizzazione del servizio offerto e dei locali – Numero dei medici partecipanti alla gestione (max 25 punti); 2) caratteristiche e numero delle specializzazioni previste nel progetto di gestione (max 20 punti); 3) organizzazione e caratteristiche del servizio offerto (orario di apertura – tempi previsti per l’ottimizzazione dei servizi – continuità del servizio, etc., max 25 punti).

Non sussisteva pertanto la asserita carenza di qualsiasi previsione in ordine alla tipologia ed eventuale specializzazione dei laboratori da dislocare nell’immobile ed alla garanzia di una loro costante e minima apertura al pubblico, posta dai primi giudici a fondamento della declaratoria di illegittimità del bando, essendo coerente e ragionevole che tali elementi costituissero criteri di valutazione dell’offerte da presentare onde permettere alla commissione di gara di individuare in concreta l’offerta economicamente più conveniente in ragione del fine perseguito.

16. All'accoglimento del secondo motivo d'appello consegue l'accoglimento dei gravami per l'infondatezza del primo motivo dei ricorsi introduttivi del giudizio di primo grado: ciò impone alla Sezione di esaminare gli altri motivi di censura sollevati in primo grado, assorbiti dalle sentenze impugnate, espressamente richiamate dalle società appellate.

Essi sono tuttavia infondati.

Quanto al motivo con il quale è stata dedotta l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione per illegittimità derivata dall'avviso di gara è palese la sua infondatezza una volta ritenuto legittimo quest'ultimo, tanto più che esso, come pure evidenziato, non è neppure viziato da difetto di motivazione, essendo state espressamente manifestate le ragioni che avevano indotto la società appellante a limitare la partecipazione ai soli medici di medicina generale convenzionati col S.S.N.

Infondata è la censura con la quale è stato dedotto che la società aggiudicataria non avrebbe i requisiti di partecipazione previsti dal bando, risultando, invero dagli atti di causa, che i soggetti facenti parte attualmente della società aggiudicataria sono effettivamente medici di base, convenzionati col S.S.N. ed esercenti la professione medica del Comune di Suzzara, del tutto ininfluyente essendo il rilievo che eventualmente potrebbero far parte della società aggiudicataria anche soggetti non esercenti la professione sanitaria o non convenzionati: ciò senza contare che rispetto a tale censura le società appellate che non hanno partecipato alla gara non hanno neppure interesse.

Ugualmente è a dirsi per la censura con la quale è stato dedotto il difetto circa il punteggio, meramente numerico, assegnato all'offerta della società aggiudicataria: in ogni caso essa è infondata, in quanto, essendo stato indicati puntualmente i singoli criteri di valutazione delle offerte, individuando il punteggio massimo ad

ognuno di essi attribuibile, l'espressione numerica costituisce adeguato strumento per comprendere le determinazioni della commissione di gara.

17. In conclusione gli appelli, previa riunione, devono essere accolti e, per l'effetto, in riforma delle impugnate sentenza, devono essere respinti i ricorsi proposti in primo grado dalle società controinteressata Investimenti s.r.l. e controinteressata Immobiliare s.r.l.

La peculiarità delle questioni trattate giustifica la compensazione tra le parti costituite delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sugli appelli proposti dalla Suzzara Servizi S.r.l. avverso le sentenze n. 1350 de 29 giugno 2009 (NRG. 6634/2009) e n. 1502 del 16 luglio 2009 del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. II, sede di Brescia (NRG. 6636/2009), così provvede:

- riunisce gli appelli e li accoglie e, per l'effetto, in riforma delle impugnate sentenze, respinge i ricorsi proposti in primo grado dalle società controinteressata Investimenti s.r.l. e controinteressata Immobiliare s.r.l.;
- dichiara interamente compensate tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 gennaio 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Aniello Cerreto, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Nicola Russo, Consigliere



**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

Il 09/04/2010

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

Il Dirigente della Sezione