

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 16/09/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/30044-i-vizi-denunciati-e-riscontrati-non-consentono-l-aggiudicazione-a-favore-della-parte-ricorrente-ma-solo-la-necessit-di-rinnovare-la-gara>

Autore: Lazzini Sonia

I vizi denunciati e riscontrati non consentono l'aggiudicazione a favore della parte ricorrente, ma solo la necessità di rinnovare la gara

Tar Piemonte, Torino, 16.07.2010 n. 3132_BIS

I vizi denunciati e riscontrati non consentono l'aggiudicazione a favore della parte ricorrente, ma solo la necessità di rinnovare la gara

In difetto di domanda di subentro nel contratto, peraltro, l'eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto resterebbe sostanzialmente fine a se stessa.

A norma delle innovazioni introdotte dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 nel caso di violazioni non gravi, la scelta di caducazione del contratto non costituisce conseguenza automatica e necessitata dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma postula che la parte ricorrente, avendo titolo comprovato all'aggiudicazione, abbia l'effettiva possibilità di subentrare nel contratto.

L'accoglimento delle censure che precedono soddisfa l'interesse strumentale attivato dalle ricorrenti alla rinnovazione dell'intera procedura di gara, rendendo così superfluo il vaglio degli ulteriori motivi di gravame che, se accolti, sarebbero comunque insuscettibili di arrecare ulteriori vantaggi alle ricorrenti medesime.

Non può trovare accoglimento la domanda di risarcimento dei danni, poiché l'interesse azionato dalla parte ricorrente è interamente soddisfatto, come già precisato, attraverso l'obbligo della stazione appaltante di provvedere all'integrale rinnovazione della procedura di gara.

Neppure può trovare accoglimento la domanda, proposta con la memoria conclusionale del 11 giugno 2010, di dichiarazione di inefficacia del contratto.

Si premette, al riguardo, che la disposizione attributiva del relativo potere giurisdizionale - l'art. 245-ter del codice dei contratti, introdotto con il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 - esprime una norma processuale che, in conseguenza, trova applicazione anche nei giudizi in corso (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 16 giugno 2010, n. 18131).

Nel caso di violazioni non gravi, peraltro, la scelta di caducazione del contratto non costituisce conseguenza automatica e necessitata dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma postula che la parte ricorrente, avendo titolo comprovato all'aggiudicazione, abbia l'effettiva possibilità di subentrare nel contratto.

Tale presupposto non si verifica nel caso in esame, ove i vizi denunciati e riscontrati non consentono l'aggiudicazione a favore della parte ricorrente, ma solo la necessità di rinnovare la gara.

In difetto di domanda di subentro nel contratto, peraltro, l'eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto resterebbe sostanzialmente fine a se stessa.

8) In applicazione del principio della soccombenza, le spese di lite vanno poste a carico dell'amministrazione resistente e sono liquidate come da dispositivo; si ravvisano giusti motivi, invece, per compensare dette spese fra la parte ricorrente e la controinteressata.

SI LEGGA ANCHE

sentenza numero 18131 del 16 giugno 2010 pronunciata dal Tar Lazio, Roma

l'art. 245-ter. introdotto dall'art. 10 del d.lgs. n. 53/2010, trova applicazione anche ai giudizi in corso.

Trattasi di norma che, rivolgendosi al giudice e rafforzandone il ruolo decisorio (nell'esercizio di una giurisdizione in materia d'aggiudicazione di appalti pubblici che viene certamente configurata di giurisdizione esclusiva, ma anche di merito in virtù degli incisivi poteri attribuitigli proprio dalla norma *de qua* in ordine alla valutazione, all'opportunità e alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla, eventualmente anche con effetto retroattivo), è certamente – contrariamente a quanto sostenuto dal difesa della contro interessata – da qualificarsi norma processuale con conseguente sua applicazione ai giudizi in corso.

Tanto premesso, la fondatezza del settimo motivo porta all'accoglimento del ricorso e al conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati, tra cui segnatamente il provvedimento definitivo della gara in favore della società controinteressata.

In applicazione diretta della direttiva n. 66 del 2007 – le cui disposizioni “chiare, incondizionate e scadute”, come affermato dalla Cassazione nell'ordinanza n. 2906/2010, esplicano “effetti orizzontali ... nei confronti dei singoli cittadini che ordinariamente sono invece vincolati alla sole norme dei Regolamenti CE”- va disposta la privazione di effetti del contratto stipulato (art. 2, quinquies, comma 1), non potendosi apprezzare – alla stregua delle considerazioni già svolte – la sussistenza di “esigenze imperative connesse ad un interesse generale” che impongano il mantenimento degli effetti del contratto.

Va poi soggiunto – solo per incidens, e con valore di obiter dictum, atteso che la domanda avanzata con il ricorso include la sola “declaratoria di nullità, invalidità e inefficacia del contratto stipulato con CONTROINTERESSATA Internazionale s.r.l.”, nulla rivendicando in ordine alla sorte del contratto – che l'applicazione diretta della direttiva *de qua* non è idonea ad attribuire al giudice amministrativo anche i poteri di merito per decidere le modalità di tale caducazione dell'appalto, “essendo dalla direttiva riservata ai singoli Stati membri, il potere di regolare le modalità di attuazione della normativa comunitaria del 2007 nell'ordinamento interno”.

3.7.- La richiesta di conseguimento dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto di appalto costituisce invece oggetto dei motivi aggiunti, notificati dal raggruppamento ricorrente in data 5 maggio 2010.

3.7.1.- Con detti motivi si premette che, nelle more del giudizio, è entrato in vigore il d.lgs. n. 53 del 20 marzo 2010, che ha recepito nell'ordinamento la direttiva 2007/66/CE .

In particolare, l'art. 10 di detto decreto, introduce nel d.lgs. n. 163/2006 il nuovo art. 245-ter, ai sensi del quale ‘Fuori dei casi indicati dagli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta”.

Tanto premesso, in ragione dei medesimi motivi dedotti con il ricorso introduttivo, la società ricorrente formula ulteriore domanda di conseguimento dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto di appalto, anche ai sensi del precitato art 245-ter, manifestando in tal senso la propria disponibilità.

Afferma la sussistenza dei presupposti per il subentro nel rapporto contrattuale, essendo risultata seconda nella graduatoria di gara, con conseguente diretto affidamento della commessa all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione alla CONTROINTERESSATA.

Soggiunge che il subentro della ricorrente nel contratto di appalto corrisponde anche all'interesse della committente, avendo questa instaurato un rapporto contrattuale con un soggetto che ha del tutto ommesso di attestare e comprovare i requisiti partecipativi e che, quindi, doveva essere escluso dalla gara. Sottolinea poi che il contratto di appalto oggetto della procedura selettiva attiene a prestazioni finalizzate alla partecipazione ad eventi fieristici tra loro del tutto autonomi che avranno luogo nel biennio 2010/2011, allo stato neppure specificamente determinati.

E' pertanto pacifica la possibilità del subentro poiché le prestazioni eventualmente già eseguite dalla CONTROINTERESSATA non rivestirebbero alcuna incidenza sul prosieguo della fase esecutiva.

Da ultimo, evidenzia la particolare gravità della condotta dell'ENIT, che, a fronte del carattere parcellizzato delle attività richieste, non ha esitato, il giorno successivo all'adozione del provvedimento di aggiudicazione, a vincolare l'amministrazione per l'intero biennio di durata dell'affidamento, in totale spregio dei termini dilatori prescritti dalla legge a garanzia della tutela delle posizioni soggettive dei concorrenti.

Pur tuttavia, il risarcimento in forma specifica, attraverso il subentro nel contratto di appalto, cui mira principaliter la proposizione dei motivi aggiunti, non consentirebbe l'integrale reintegro della posizione della ricorrente, considerato che, nelle more del giudizio, la CONTROINTERESSATA ha comunque eseguito una pur limitata porzione della commessa.

In relazione alle prestazioni eseguite nel periodo di vigenza contrattuale, la deducente chiede il risarcimento per equivalente monetario del danno a titolo di lucro cessante da liquidarsi con i criteri affermati dalla giurisprudenza amministrativa, in base ai quali il danno viene fatto coincidere con l'utile che il concorrente illegittimamente pretermesso avrebbe conseguito in caso di affidamento della commessa, quantificato, anche in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c., nella misura del 10% dell'importo dell'appalto lato o nel diverso importo ritenuto di giustizia.

La deducente chiede altresì la rifusione del danno emergente costituito dalle spese sostenute per la partecipazione alla procedura selettiva - relative ai costi di predisposizione del progetto, alle spese per viaggi, agli oneri fideiussori, etc. - pari a euro 50.000,00.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Preliminarmente all'esame di merito dei motivi aggiunti, il Collegio deve darsi carico delle eccezioni pregiudiziali di inammissibilità dei medesimi opposte dalla controinteressata, sintetizzate nel modo che segue:

a.- l'art. 8, comma 1, lettera c, del predetto d.lgs. n. 53/2010, nel sostituire il comma 2 dell'art. 245 del d.lgs. 163/2006, ha introdotto il comma 2- quinquies, del seguente testuale tenore: "I termini processuali sono stabiliti in: (...) d) quindici giorni per la proposizione di motivi aggiunti avverso gli atti già impugnati".

Ancorché trattasi di norma processuale, e quindi astrattamente applicabile, la stessa non potrebbe trovare applicazione nel presente giudizio in quanto inerente una fase processuale allo stato già superata e dunque disciplinata, in maniera non più modificabile, dalla precedente normativa in materia. Comunque, atteso che i motivi aggiunti proposti avverso gli atti già impugnati devono essere proposti nel termine di quindici giorni, non può consentirsi all'interpretazione che tale termine decorra dall'entrata in vigore della legge stessa, perché se così fosse verrebbe di fatto esteso il petitum già cristallizzatosi con la proposizione del ricorso introduttivo, con grave lesione del diritto di difesa della contro interessata;

b.- ove dovesse ritenersi applicabile al presente giudizio la nuova formulazione dell'art. 245 del d.lgs. n. 163/2006, i motivi aggiunti sarebbero infondati (recte: inammissibili) non potendo trovare applicazione alla fattispecie l'art. 10 del d.lgs. n. 53/2010, trattandosi di norma di diritto sostanziale da applicarsi alle nuove procedure di gara e non a quelle che si sono già concluse con l'aggiudicazione definitiva.

3.7.3.- Le eccezioni, siccome formulate, non hanno pregio.

La prima di esse si diparte da un presupposto non rispondente, e cioè che i motivi aggiunti abbiano ad oggetto gli atti già impugnati con il ricorso principale.

Invero, è fuor di dubbio che tali atti (in primis, l'aggiudicazione definitiva in favore di CONTROINTERESSATA) hanno costituito oggetto specifico del ricorso principale, conclusosi con l'accoglimento delle tesi e delle richieste quivi formulate (l'annullamento degli atti impugnati e la declaratoria di "privazione di effetti" del contratto stipulato, secondo la locuzione impiegata dall'art. 2 quinquies della direttiva n. 66/2007). Conseguo che nessuna necessità vi era di impugnare quegli atti, in ragione del fatto che se pure essi figurano nell'intestazione dei motivi aggiunti, in omaggio a una diffusa prassi difensiva, è pur vero che detti atti non costituiscono l'obiettivo dell'azione impugnatoria, che a rigore sarebbe stata in tal senso vanamente proposta.

Quel che diversamente sostanzia e spiega, nel caso all'esame, la proposizione dei motivi aggiunti è la domanda figurante alla fine delle premesse del ricorso, esplicitata con la locuzione "nonché con il presente atto", e orientata al "conseguimento dell'aggiudicazione", al "subentro nel contratto di appalto, e in via subordinata", alla "condanna al risarcimento del danno per equivalente monetario". Trattasi di nuova domanda, strettamente interconnessa con quelle proposte nel ricorso introduttivo; consegue, alla stregua di quanto si dirà oltre, che i motivi aggiunti sono, sotto il rilevato profilo, pienamente ammissibili.

Ad uguale conclusione deve pervenirsi per l'ulteriore eccezione che oppone l'inapplicabilità alla vicenda che ne occupa dell'art. 10 del d.lgs. n. 53/2010 che ha introdotto nel Codice dei contratti l'art. 245-ter.

Anche in un tal caso deve contestarsi che l'applicazione al presente giudizio del nuovo art. 245-ter trovi ostacolo nella natura della norma, individuata quale norma sostanziale non suscettibile di disciplinare procedure di gara già concluse con l'aggiudicazione definitiva.

Giova riportare il testo della nuova norma: "Fuori dei casi indicati dagli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta". Trattasi di norma che, rivolgendosi al giudice e rafforzandone il ruolo decisorio (nell'esercizio di una giurisdizione in materia d'aggiudicazione di appalti pubblici che viene certamente configurata di giurisdizione esclusiva, ma anche di merito in virtù degli incisivi poteri attribuitigli proprio dalla norma de qua in ordine alla valutazione, all'opportunità e alla convenienza di mantenere l'efficacia del contratto stipulato ovvero di porla nel nulla, eventualmente anche con effetto retroattivo), è certamente – contrariamente a quanto sostenuto dal difesa della contro interessata – da qualificarsi norma processuale con conseguente sua applicazione ai giudizi in corso.

il giudice amministrativo, disponendo di giurisdizione esclusiva e quindi di cognizione piena, può annullare gli atti di gara e dichiarare privo di effetti il contratto stipulato.

Non è poi predicabile l'inapplicabilità della direttiva 2007/66 alla fattispecie all'esame, asserita con rilievo al fatto che la decisione dell'amministrazione è intervenuta prima della scadenza del termine per la trasposizione della direttiva, perché – in disparte la considerazione che gli atti impugnati sono stati adottati oltre il termine (20 dicembre 2009) fissato per il suo recepimento negli Stati membri

(l'aggiudicazione della gara è intervenuta il 28 dicembre 2009, la conclusione del contratto il successivo giorno 29) – la Cassazione ha stabilito che la cognizione piena del giudice amministrativo, in relazione alla direttiva 2007/66, inerisce a tutte le procedure concorsuali intervenute dopo l'entrata in vigore della direttiva (dicembre 2007), e quindi anche prima del summenzionato termine di recepimento.

La ricorrente, formula, in diritto, sette motivi di gravame, con l'ultimo dei quali è dedotta la violazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 163/2006 e delle direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE, per avere la stazione appaltante ingiustificatamente disatteso il termine dilatorio per la stipula del contratto di appalto (procedendo alla stipula addirittura il giorno successivo a quello in cui è stata disposta l'aggiudicazione), e privando la società ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima di detta stipulazione.

In forza di tali violazioni, chiede che, previo annullamento dei provvedimenti impugnati, venga dichiarata la nullità, invalidità ed inefficacia del contratto di appalto stipulato con la CONTROINTERESSATA International.

1.3.- Con motivi aggiunti notificati in data 5 maggio 2010, il raggruppamento ricorrente, nella sopravvenienza del d.lgs. n. 53/2010, che ha recepito nell'ordinamento la precettata direttiva 2007/66/CE, avanza domanda di conseguimento dell'aggiudicazione e di subentro nel contratto d'appalto, anche ai sensi dell'art. 245-ter del d.lgs. n. 163/2006 (norma introdotta dall'ora citato d.lgs. n. 53).

La fondatezza del primo, terzo e quarto motivo di ricorso spingono ad assorbire i rimanenti motivi ad eccezione dell'ultimo, e cioè del settimo, con il quale viene dedotta la violazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 163/2006 e delle direttive 2007/66/CE e 89/665/CEE per avere l'ente resistente ingiustificatamente disatteso il termine dilatorio per la stipula del contratto di appalto.

Si riferisce in proposito che l'aggiudicazione definitiva della gara è stata comunicata alla ricorrente in data 28 dicembre 2008, ma che l'ENIT ha proceduto alla stipula del contratto il giorno successivo, così privando la ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima dell'intervenuta stipulazione.

Tale circostanza varrebbe a rendere il contratto di appalto nullo, invalido e comunque inefficace, ai sensi della direttiva 11 dicembre 2007 n. 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio che ha

modificato le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE “per quanto riguarda il miglioramento dell’efficacia delle procedure di ricorso in materia d’aggiudicazione degli appalti pubblici”; tanto alla stregua delle argomentazioni che seguono.

Tra le modifiche apportate al testo della direttiva 89/665/CEE rileverebbero, in particolare, quelle introdotte con gli articoli 2 bis e 2 quinquies.

L’art. 2 bis, comma 2, della direttiva (recante “Termine sospensivo”) dispone che “la conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell’appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione prima dello scadere di un termine di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell’appalto agli offerenti e ai candidati interessati, o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell’appalto”.

Ai sensi dell’articolo 2 quinquies (“Privazione di effetti”) “Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall’amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti: [...]

b) in caso di violazione dell’articolo 1, paragrafo 5, dell’articolo 2, paragrafo 3, o dell’articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva qualora tale violazione abbia privato l’offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/17/CE, se quest’ultima violazione ha influito sulle opportunità dell’offerente che presenta ricorso di ottenere l’appalto”.

Ad avviso della deducibile poiché le riferite disposizioni recano un contenuto dettagliato e particolareggiato, indicando con precisione le norme interne che gli Stati membri sono tenuti ad adottare, esse sono dotate di effetto diretto e sono quindi direttamente applicabili alla fattispecie oggetto della presente impugnativa.

La diretta applicabilità della normativa comunitaria risulterebbe peraltro dal fatto che, ai sensi dell’art. 3, comma 1, della direttiva 2007/66/CE, “Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 20 dicembre 2009” e che il termine di trasposizione è decorso senza che lo Stato Italiano abbia adottato le corrispondenti disposizioni attuative.

Soggiunge poi il raggruppamento ricorrente che, anche a prescindere da quanto dedotto in tema di violazione della precitata direttiva comunitaria, il contratto de quo sarebbe nullo, invalido ed inefficace anche ai sensi dell’art. 11, comma 10, del D.lgs. n. 163/2006, il quale dispone che “il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, ai sensi dell’articolo 79, salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all’amministrazione di attendere il decorso del predetto termine”.

L’effetto caducatorio del contratto non potrebbe del resto essere escluso dalla sussistenza di motivate ragioni di particolare urgenza che avrebbero consentito di disattendere il suddetto termine, non potendosi nella specie dette ragioni configurarsi, in relazione all’oggetto di un appalto consistente in una serie di prestazioni finalizzate alla partecipazione ad una serie di eventi (“principali fiere turistiche”) indeterminati e comunque tra loro del tutto autonomi ed indipendenti, che avranno luogo nel biennio 2010/2011.

La prospettazione difensiva è resistita dalle controparti eccependosi:

a.- da parte della stazione appaltante, l’inammissibilità del motivo per carenza di giurisdizione del giudice adito, nel rilievo, sulla base di quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, che rientra nella cognizione dell’A.G.O. la domanda tesa a conseguire la declaratoria di nullità e/o di inefficacia e/o l’annullamento del contratto di appalto pubblico, risultando la giurisdizione (esclusiva) del G.A. circoscritta agli atti della procedura all’evidenza pubblica, che si conclude con il provvedimento di aggiudicazione definitiva (Cass. S.U. 19805/2008; 27 169/2007; 6068/2009 e 29425/2008; nonché Cons. St., Ad. Plen. n. 9/2008 e Cons. St. Sez. V, n. 3070/2009).

La direttiva 2007/66 ex adverso richiamata non varrebbe a radicare la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto già stipulato, in quanto le disposizioni di tale direttiva hanno acquisito efficacia diretta solo a decorrere dal 20 dicembre 2009 (termine, inutilmente spirato, della trasposizione), sicché esse non possono trovare applicazione nelle gare d'appalto indette (come la presente) prima di tale data (cfr. Corte di Giustizia U.E., sentenza 15 ottobre 2009, causa C- 138/08, secondo la quale le direttive in materia di appalti non sono applicabili nei confronti di una decisione adottata da un'amministrazione aggiudicatrice prima della scadenza del termine per la trasposizione di tali direttive);

b.- da parte della controinteressata, che nessuna violazione alle normative richiamate sarebbe stata effettuata in quanto il contratto è stato stipulato prima del prescritto termine di trenta giorni in quanto il calendario dell'ENIT aveva previsto l'allestimento degli stand fieristici oggetto dell'appalto all'inizio del gennaio 2010, donde l'urgenza di sottoscrivere il contratto affinché la CONTROINTERESSATA potesse sin da subito iniziare a lavorare.

Non vi sarebbe stata peraltro la richiamata violazione della normativa comunitaria. Ciò in ragione del fatto che l'art. 2 bis della direttiva 89/655/CEE, introdotto dalla Direttiva 2007/66/CE, che individua "in dieci giorni civili" lo spazio temporale non disponibile per la conclusione del contratto dall'intervenuta aggiudicazione, non distinguerebbe tra aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva; consegue che, essendo la ricorrente venuta presumibilmente a conoscenza dell'aggiudicazione provvisoria in favore della CONTROINTERESSATA in data 12 dicembre 2009, i dieci giorni terminavano il successivo 22 dicembre 2009. Poiché il contratto è stato stipulato in data 29 dicembre 2009, e quindi dopo il decorso del previsto termine di dieci giorni, non vi è spazio per dedurre l'inosservanza della sopra citata normativa comunitaria.

Qual è il parere dell'adito giudice amministrativo?

Tutte le eccezioni variamente opposte dalle controparti sono da disattendere.

3.5.2.- Ad iniziare da quelle che fanno leva sul difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sulla base dell'elaborazione giurisprudenziale secondo cui sono riservate al giudice ordinario le controversie relative al contratto stipulato all'esito della gara per la scelta dell'impresa aggiudicataria.

Deve invero rammentarsi che erano state le Sezioni Unite della Cassazione, con la sentenza n. 27169 del 28 dicembre 2007 (cui si è adeguato l'orientamento successivo della Corte, cui ha fatto riferimento l'ente resistente), a perimetrare il raggio di cognizione del giudice amministrativo in materia di appalti pubblici e a frenarne la tendenza espansiva includente la sorte del contratto dopo l'aggiudicazione della gara.

E' del resto noto che, con la decisione dell'adunanza plenaria n. 9 del 30 luglio 2008, il Consiglio di Stato, aderendo al menzionato arresto giurisprudenziale, ha preservato – con evidente soluzione di compromesso – la giurisdizione del giudice amministrativo in subjecta materia, ma solo nella sede del giudizio di esecuzione del giudicato.

Va peraltro significativamente soggiunto che proprio di recente il Giudice della giurisdizione, con ordinanza n. 2906 in data 10 febbraio 2010, sottoponendo a rivisitazione il proprio precedente orientamento dicotomico in materia di appalti pubblici fondato sulla distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi (con conseguente necessità della celebrazione di due distinti processi: dinanzi al giudice amministrativo per l'annullamento della gara d'appalto, dinanzi al giudice ordinario per la rimozione del contratto oggetto dell'appalto), ha stabilito che è il giudice amministrativo l'organo giuricontrointeressatazionale deputato a garantire la tutela piena in tema di aggiudicazione illegittima, dovendosi radicare in capo a detto giudice anche i poteri caducatori del contratto concluso sulla base di una aggiudicazione siffatta.

Tale revirement, sostanzialmente anticipatorio della disciplina sugli appalti pubblici posta con il d.lgs. n. 53 del 20 marzo 2010, con cui si darà di lì a breve attuazione alla direttiva 2007/66/CE, si riassume in quel che, nell'ordinanza n. 2906/2010, la Corte individua quali "Effetti orizzontali della Direttiva n. 66 del 2007", e che, per i riflessi sulla vicenda all'esame, si ritiene di dover riportare per estenso:

"La più volte citata Direttiva CE n. 66 del Parlamento europeo e del Consiglio del 2007 sul miglioramento delle procedure di ricorso in caso di aggiudicazione di appalti pubblici, pur se non

autoesecutiva, ha inciso sul sistema di tutela del soggetto danneggiato da procedure violative dei principi della concorrenza, prevedendo che gli Stati membri della CE assicurino a questo di ricorrere a un unico "organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice" (art. 2, quinquies, comma 1); tale organo, "se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente" dall'ente aggiudicante, deve anzitutto annullare tale provvedimento (art. 2, comma 6), potendo poi disporre che il contratto stipulato sia considerato privo di effetti (art. 2, quinquies comma 1), prendendo in considerazione eventuali "esigenze imperative connesse ad un interesse generale", che impongano il mantenimento degli effetti del contratto e riservando ai diritti nazionali la disciplina delle conseguenze di un contratto, di cui sia stata decisa comunque la prevista privazione di effetti.

L'art. 3 della Direttiva citata stabilisce il termine entro il quale gli Stati membri devono "mettere in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi" ad essa "entro il 20 dicembre 2009", ma tali norme attuative non sono state ancora emesse.

La mancata tempestiva trasposizione nel diritto interno di Direttive CE costituisce condotta inadempiente dello Stato che dà diritto ai soggetti lesi da tale omissione o ritardo non solo al risarcimento del danno ((Cass. 22 ottobre 2009 n. 2440, S.U. 17 aprile 2009 n. 9147) ma anche al diritto di chiedere alle autorità dello Stato - amministrative e/o giuricontrointeressatazionali - di conformarsi, nella loro attività, ai principi sanciti dalle stesse direttive CE per le loro disposizioni chiare, incondizionate e scadute, con conseguenti effetti orizzontali di esse nei confronti dei singoli cittadini che ordinariamente sono invece vincolati alla sole norme dei Regolamenti CE. Alla luce delle considerazioni già svolte per le quali vi è giurisdizione del giudice amministrativo anche in ordine alla richiesta di tutela risarcitoria in forma specifica, che si esplica e realizza, con la domanda di caducazione del contratto corrispondente alla "privazione di effetti" di cui alla citata Direttiva n. 66/2007, per l'appalto concluso in attuazione di una gara svoltasi con procedura illegittima, l'applicazione della norma comunitaria oggi incide nel sistema giuricontrointeressatazionale interno non solo in ordine ad una interpretazione comunque ispirata dalle normative comunitarie, ma anche per la concreta disciplina del ricorso che non può che essere quella che si attende sia trasposta nel diritto interno.

Se il giudizio amministrativo viene limitato all'affidamento e alla mera sostituzione dell'aggiudicatario illegittimamente scelto con il ricorrente, impedendosi al giudice di "disporre" la reintegra del bene della vita in concreto protetto dagli interessi legittimi riconosciuti come lesi nella medesima sentenza da esso emessa, cioè quello di eseguire i lavori oggetto del contratto di appalto precluso dal medesimo atto negoziale nelle more del giudizio stipulato dall'aggiudicatario scelto illegittimamente, si perviene ad una conclusione che è difforme dal sistema costituzionale e comunitario oggi vincolante per cui devono riconoscersi i poteri cognitivi del giudice amministrativo nella fattispecie concreta.

Inoltre la trattazione disgiunta delle due domande ritarda, con la esigenza di adire altro giudice con le stesse finalità, la soddisfazione delle posizioni soggettive a tutela delle quali si è agito in giudizio, in contrasto, come già detto, con i principi del giusto processo e della ragionevole durata di esso e con quello di effettività delle azioni esercitate.

In conclusione, può quindi affermarsi che "la esigenza della cognizione dal giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo.

La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della Direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice.

Tale soluzione è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e in relazione agli interessi generali e pubblici oggetto di controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata".

Tutti gli assunti argomentativi della Corte procedono dal dato, evidenziato nell'ordinanza medesima, che la direttiva n. 66/2007 dia rilievo con chiarezza ai principi tutelati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Costituzione, cui essa si ispira, in rapporto alla effettività della tutela del bene della vita a base e oggetto delle posizioni soggettive azionate nel caso concreto e al fine di garantire la ragionevole durata del processo, ciò conducendo all'estensione dei poteri cognitivi dei giudici amministrativi in ordine alla caducazione del contratto concluso per effetto di una procedura illegittima di affidamento dell'appalto.

Ciò consente – riandando all'esame delle argomentazioni svolte dalla stazione appaltante – di rigettarle non potendosi denegare, alla luce delle considerazioni che precedono, che il giudice amministrativo, disponendo di giurisdizione esclusiva e quindi di cognizione piena, può annullare gli atti di gara e dichiarare privo di effetti il contratto stipulato.

A cura di Sonia Lazzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 3132 del 16 luglio 2010 pronunciata dal Tar Piemonte, Torino

N. 03132/2010 REG.SEN.
N. 00204/2010 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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 204 del 2010, proposto da:
Lavanderia Industriale Ricorrente S.r.l. e RICORRENTE DUE Lavanderia

Industriale Ricorrente due S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dagli avv. Antonella Borsero e Carlo Merani, con domicilio eletto presso il loro studio in Torino, via Pietro Micca, 21;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria San Giovanni Battista di Torino, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Silvia Di Palo, presso la quale è elettivamente domiciliata in Torino, corso Bramante, 88;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA S.r.l., in persona del procuratore speciale, rappresentata e difesa dagli avv. Anna Casavecchia e Marco Casavecchia, con domicilio eletto presso il loro studio in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito da Lavanderia Industriale Ricorrente S.r.l. e RICORRENTE DUE Lavanderia Industriale Ricorrente due S.r.l. dalla procedura di affidamento del servizio di lavaggio piana e confezionata comunicato alla seduta pubblica del 16.12.2009 e successivamente con comunicazione a mezzo fax in data 22.12.2009;
- dei verbali di valutazioni dell'offerta tecnica del costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito da Lavanderia Industriale Ricorrente S.r.l. e RICORRENTE DUE Lavanderia Industriale Ricorrente due S.r.l. e, in particolare, del verbale della seduta della Commissione Tecnica dell'1.7.2009 e dei relativi allegati, ivi compreso il prospetto di valutazione riportante i punteggi attribuiti alle proposte progettuali;
- del provvedimento di nomina della Commissione Tecnica in data 15.9.2008;
- di tutti i verbali di riunione della Commissione Tecnica e delle allegate relazioni;

- dei verbali di sopralluogo presso gli stabilimenti delle stesse, rispettivamente in data 20.4.2009 presso lo stabilimento della Lavanderia Industriale Ricorrente S.r.l. e in data 21.4.2009 presso RICORRENTE DUE S.r.l.;
- del provvedimento con cui CONTROINTERESSATA S.r.l. è stata ammessa al prosieguo della procedura di affidamento e del relativo verbale in data 7.5.2008;
- dell'aggiudicazione provvisoria della procedura di affidamento del servizio di lavaggio biancheria piana e confezionata a CONTROINTERESSATA S.r.l. in data 16.12.2009;
- della determinazione n. 86/27576072010 con cui in data 1.2.2010 il Direttore S.C. Provveditorato definitivamente aggiudicava il servizio a CONTROINTERESSATA S.r.l.;
- per quanto possa occorrere del bando di gara, del capitolato generale d'oneri e del capitolato speciale d'appalto e dei relativi allegati;
- di ogni altro atto presupposto, precedente, conseguente e comunque connesso a quelli impugnati,
nonché per il risarcimento dei danni
subiti in conseguenza degli atti impugnati, da riconoscersi in forma specifica e, qualora non sia possibile, per equivalente nella misura da liquidarsi anche in via equitativa.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera San Giovanni Battista di Torino;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CONTROINTERESSATA S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 giugno 2010 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le ricorrenti riferiscono di aver partecipato, sotto forma di costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, alla procedura aperta indetta dall'Azienda Ospedaliero-Universitaria San Giovanni Battista di Torino, con determinazione dirigenziale del 28 febbraio 2008, per l'affidamento biennale dei servizi di lavaggio, pulizia e sanificazione della biancheria piana e confezionata, guanciali e relative fodere.

Il bando di gara prevedeva che l'appalto sarebbe stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Presentavano offerta tre concorrenti.

Nella seduta del 1° luglio 2009, la commissione di gara procedeva alla valutazione delle proposte progettuali ed escludeva l'offerta delle attuali ricorrenti, poiché i 21,5 punti da esse totalizzati non consentivano il superamento della soglia minima di 31 punti fissata dal capitolato speciale.

L'esclusione era comunicata nella seduta pubblica del 16 dicembre 2009, nella quale si procedeva anche alla valutazione delle offerte economiche e all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla CONTROINTERESSATA S.r.l.

L'aggiudicazione definitiva era successivamente disposta con determinazione dirigenziale del 1° febbraio 2010.

Con ricorso giurisdizionale ritualmente notificato all'amministrazione e all'impresa affidataria del servizio, le esponenti deducono i seguenti motivi di gravame:

I) Violazione e falsa applicazione dell'art. 75, comma 7, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; violazione della lex specialis di gara; eccesso di potere, disparità di

trattamento; errore; violazione e falsa applicazione dei principi sulla partecipazione alle gare pubbliche; violazione dell'art. 97 Costituzione.

II) Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; violazione dei principi relativi al funzionamento dei collegi perfetti; violazione dell'art. 97 Costituzione.

III) Violazione e falsa applicazione dei principi di custodia e segretezza delle offerte tecniche. Violazione del principio di buon andamento.

IV) Violazione dell'art. 83, commi 2 e 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163; sviamento, violazione del principio di trasparenza.

V) Violazione dell'art. 83, comma 4, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sotto altro profilo. Mancata individuazione subpesi o sub punteggi. Violazione del principio di trasparenza.

VI) Illegittimità dell'esclusione del RTI Ricorrente-LIM: eccesso di potere per errore e travisamento; difetto di istruttoria; insufficienza, illogicità e incongruenza della motivazione; disparità di trattamento, ingiustizia manifesta. Grave sviamento.

VII) Mancato rilievo di contraddittorietà e incongruenza nell'offerta di CONTROINTERESSATA Difetto di istruttoria, errore, travisamento.

Sulla scorta di questi motivi di ricorso, le esponenti instano conclusivamente per l'annullamento dei provvedimenti di esclusione dalla gara, di aggiudicazione provvisoria e definitiva della stessa nonché, occorrendo, della lex specialis; esse chiedono, altresì, che l'amministrazione sia condannata al risarcimento dei danni in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Si è costituita in giudizio l'intimata amministrazione, eccependo la parziale inammissibilità del ricorso (relativamente ai motivi di gravame sub I, VI e VII) e, comunque, la sua infondatezza nel merito.

Si è costituita anche la controinteressata CONTROINTERESSATA S.r.l., argomentando nel senso dell'infondatezza del gravame e opponendosi al suo accoglimento.

Con memoria depositata in prossimità della pubblica udienza, la parte ricorrente ha introdotto, tra l'altro, domanda di inefficacia del contratto stipulato per mezzo di corrispondenza in data 7 aprile 2010.

Chiamato alla pubblica udienza del 17 giugno 2010, il ricorso è stato ritenuto in decisione; ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza n. 62 del 18 giugno 2010.

DIRITTO

1) E' controversa, nel presente giudizio, la legittimità degli atti con cui l'Azienda Ospedaliero-Universitaria San Giovanni Battista di Torino ha escluso l'offerta delle odierne ricorrenti dalla procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di lavaggio della biancheria e ha successivamente disposto l'aggiudicazione della gara a favore della controinteressata CONTROINTERESSATA S.r.l.

Come anticipato in premessa, l'amministrazione ha applicato nella fattispecie il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e l'offerta delle ricorrenti è stata esclusa a causa del mancato raggiungimento del punteggio minimo previsto dal capitolato per la valutazione dell'offerta tecnica.

2) Ciò premesso, deve rilevarsi, in accordo con l'eccezione proposta dall'amministrazione resistente, la carenza di interesse delle ricorrenti a dedurre il primo motivo di ricorso, con il quale affermano che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto, essendosi avvalsa della facoltà di presentare una garanzia dimezzata, aveva tuttavia allegato una certificazione di qualità non più in corso di validità al momento di presentazione dell'offerta.

L'accoglimento della censura, infatti, non comporterebbe effettivi benefici per le deducenti, non potendo rimetterle in gara né comportare il rifacimento della gara

stessa, bensì l'aggiudicazione in favore della concorrente (Hospital Service S.r.l.) classificatasi al secondo posto della graduatoria finale.

3) Con il secondo motivo di ricorso, le esponenti denunciano l'illegittima composizione della commissione di gara sotto un duplice profilo.

3.1) In primo luogo, rilevano che nella fattispecie avrebbero illegittimamente operato due distinte commissioni giudicatrici: la prima, composta di tre membri e della quale non si conoscono gli estremi del provvedimento di nomina, che ha provveduto alla verifica della documentazione amministrativa delle concorrenti e delle offerte economiche; la seconda, composta di otto membri oltre al segretario, preposta alla valutazione delle offerte tecniche.

L'amministrazione resistente contrasta tale ricostruzione, affermando che l'unica commissione operante nella fattispecie sarebbe stata quella preposta alla valutazione delle offerte tecniche; la verifica della documentazione amministrativa e l'accertamento dei prezzi offerti dalle concorrenti costituirebbero, invece, semplici attività amministrative che, non necessitando di specifiche competenze tecniche relative all'oggetto dell'appalto, non richiedevano l'intervento di alcuna commissione di gara.

Tale prospettazione difensiva non è condivisibile.

L'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006 prevede, infatti, che, nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte è demandata ad una commissione composta da esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto.

Il compito di tale organo collegiale è quello di valutare le offerte per individuare quella che, sulla base dei criteri economici e qualitativi determinati dall'amministrazione aggiudicatrice, presenta il miglior rapporto qualità prezzo (cfr. direttiva 2004/18/CE, 46° considerando).

L'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituisce, perciò, un compito proprio della commissione giudicatrice che si sostanzia nella valutazione delle offerte nella loro integrità, sia sotto il profilo economico che qualitativo.

Per tale ragione, mentre la verifica della documentazione amministrativa e dei requisiti delle concorrenti può essere senz'altro affidata agli ordinari organi della stazione appaltante, l'attività valutativa delle offerte costituisce un compito riservato alla commissione di gara, anche nella parte in cui, concernendo la semplice rilevazione dei prezzi, si traduce nell'esercizio di attività vincolata e tale da non richiedere competenze tecniche relative allo specifico oggetto dell'appalto.

Nel caso in esame, la stazione appaltante ha affidato la valutazione delle offerte tecniche all'apposita commissione di gara (denominata "Commissione Tecnica") costituita con provvedimento dirigenziale del 15 settembre 2008, mentre la valutazione delle offerte economiche è stata effettuata, nella seduta pubblica del 16 dicembre 2009, da un seggio costituito dal direttore del Servizio Provveditorato con due assistenti.

Deve riscontrarsi, pertanto, la violazione del principio di unicità della commissione di gara e non si può accogliere, al riguardo, l'eccezione di inammissibilità proposta dalla controinteressata, atteso che la lex specialis di gara ove erano previste le descritte modalità di valutazione delle offerte è stata regolarmente impugnata dalle ricorrenti.

3.2) Rilevano le deducenti, in secondo luogo, che la composizione della "commissione tecnica" di otto membri era difforme da quanto previsto dall'art. 84, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, che prevede un numero dispari di componenti non superiore a cinque.

L'amministrazione resistente giustifica tale scostamento con la pretesa complessità della gara in questione, tale da richiedere una particolare diversificazione nella

qualificazione tecnica dei membri della commissione e da rendere necessario l'incremento del numero degli stessi.

Inoltre, l'amministrazione afferma che la commissione de qua sarebbe stata composta da sette membri (e non otto), non dovendosi computare il presidente che non appartiene al novero degli esperti e che, nel caso di specie, non ha partecipato alle votazioni né formulato alcuna valutazione tecnica.

La difesa della controinteressata si attesta sulla medesima linea, salvo soggiungere che l'unanimità delle valutazioni rese nella fattispecie renderebbe irrilevante la questione del numero pari o dispari dei membri della commissione.

Ritiene il Collegio che la censura sia fondata e meritevole di accoglimento, con riguardo al profilo inerente il numero pari di membri della commissione.

Per quanto riguarda il numero massimo di cinque componenti della commissione, infatti, la giurisprudenza amministrativa ritiene unanimemente che si tratti di indicazione non vincolante (Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2006, n. 3579; sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188; sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143).

E' necessario, invece, che la commissione di gara sia formata da un numero dispari di componenti, atteso che tale composizione è imprescindibile per garantire la funzionalità del principio maggioritario nell'ambito di un collegio perfetto qual è l'organo in questione (Cons. Stato, n. 2143/2009 cit.).

E' quasi superfluo precisare, inoltre, che nel numero pari o dispari di membri della commissione deve essere computato anche il presidente il quale ne fa parte a pieno titolo e, in disparte i poteri che abbia deciso di esercitare o meno nel caso concreto, ha diritto di voto al pari degli altri componenti (anziché assolvere, come sembrerebbe affermare la difesa dell'amministrazione, mere funzioni di garante della legalità dell'operato dell'organo valutativo).

D'altronde, lo stesso provvedimento di nomina della commissione nella gara de qua contempla la figura del presidente accanto ai sette membri esperti, senza nulla

specificare in ordine ad un'eventuale differenziazione dei compiti e dei poteri all'interno dell'organo collegiale (mentre per la figura del segretario, lo stesso provvedimento di nomina chiarisce che si tratta del soggetto "verbalizzante", cosicché non se ne può tener conto nel novero dei membri della commissione).

L'illegittima composizione della commissione giudicatrice vizia in radice la procedura selettiva e ne comporta l'integrale rinnovazione, non potendosi ovviamente ritenere che la formazione unanime delle decisioni possa dequotare tale vizio genetico alla stregua di mera irregolarità non invalidante.

4) Parimenti fondate e meritevoli di accoglimento sono le censure dedotte nel terzo motivo di ricorso, con riferimento alla violazione dei principi di custodia e segretezza delle offerte tecniche.

Come si evince dalla documentazione in atti, i plichi contenenti dette offerte sono stati aperti dalla commissione nella seduta del 2 ottobre 2008.

Nella stessa seduta, la commissione constatava che uno dei suoi membri era indisponibile a proseguire l'incarico e dava atto della necessità di provvedere alla sua sostituzione, dichiarando chiusa la seduta prima di procedere all'esame della documentazione delle offerte tecniche.

Quanto ai plichi contenenti le offerte, il presidente li affidava al segretario affinché fossero conservati "in luogo chiuso, direttamente non accessibile".

Avvenuta la sostituzione del componente dimissionario, la commissione riprendeva i suoi lavori nella seduta del 18 novembre 2008.

Affermano le deducenti che le descritte modalità non sarebbero state idonee a garantire l'integrità dei plichi contenenti le offerte.

Il rilievo è fondato, poiché non risulta che, nel non trascurabile periodo di sospensione delle operazioni di gara, la commissione o la stazione appaltante abbiano adottato specifiche misure concretamente atte a garantire l'integrità delle

offerte (cfr., in analogia fattispecie, T.A.R. Liguria, sez. II, 22 ottobre 2009, n. 2955).

Le generiche raccomandazioni a tal fine impartite dal presidente della commissione al segretario risultavano, d'altronde, chiaramente inidonee a prevenire il pericolo di manomissione dei plichi contenenti le offerte, non avendone imposto la risigillatura né specificato quali altre modalità avrebbero dovuto adottarsi per garantirne l'integrità.

Neppure è possibile accertare chi nella fattispecie abbia materialmente custodito le offerte e in quale luogo, poiché la commissione ha semplicemente ripreso i lavori nella seduta del 18 novembre 2008 senza soffermarsi su tali circostanze né dare atto dell'effettiva integrità delle offerte (circostanza, quest'ultima, che supera i rilievi delle parti resistenti in ordine alla mancata denuncia di una reale manomissione delle stesse).

Le descritte modalità violano, quindi, lo specifico obbligo di custodia e segretezza delle offerte che, costituendo ineludibile presidio del principio costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, non può che condurre all'annullamento degli atti di gara.

5) L'accoglimento delle censure che precedono soddisfa l'interesse strumentale attivato dalle ricorrenti alla rinnovazione dell'intera procedura di gara, rendendo così superfluo il vaglio degli ulteriori motivi di gravame che, se accolti, sarebbero comunque insuscettibili di arrecare ulteriori vantaggi alle ricorrenti medesime.

6) Non può trovare accoglimento la domanda di risarcimento dei danni, poiché l'interesse azionato dalla parte ricorrente è interamente soddisfatto, come già precisato, attraverso l'obbligo della stazione appaltante di provvedere all'integrale rinnovazione della procedura di gara.

7) Neppure può trovare accoglimento la domanda, proposta con la memoria conclusionale del 11 giugno 2010, di dichiarazione di inefficacia del contratto.

Si premette, al riguardo, che la disposizione attributiva del relativo potere giurisdizionale - l'art. 245-ter del codice dei contratti, introdotto con il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 – esprime una norma processuale che, in conseguenza, trova applicazione anche nei giudizi in corso (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III bis, 16 giugno 2010, n. 18131).

Nel caso di violazioni non gravi, peraltro, la scelta di caducazione del contratto non costituisce conseguenza automatica e necessitata dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma postula che la parte ricorrente, avendo titolo comprovato all'aggiudicazione, abbia l'effettiva possibilità di subentrare nel contratto.

Tale presupposto non si verifica nel caso in esame, ove i vizi denunciati e riscontrati non consentono l'aggiudicazione a favore della parte ricorrente, ma solo la necessità di rinnovare la gara.

In difetto di domanda di subentro nel contratto, peraltro, l'eventuale dichiarazione di inefficacia del contratto resterebbe sostanzialmente fine a se stessa.

8) In applicazione del principio della soccombenza, le spese di lite vanno poste a carico dell'amministrazione resistente e sono liquidate come da dispositivo; si ravvisano giusti motivi, invece, per compensare dette spese fra la parte ricorrente e la controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. I, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Respinge le domande aventi ad oggetto la dichiarazione di inefficacia del contratto e il risarcimento dei danni.

Condanna l'Amministrazione resistente a rifondere alle ricorrenti le spese del grado di giudizio che liquida forfetariamente nell'importo complessivo di euro tremila; compensa le spese fra la ricorrente e la controinteressata.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 17 giugno 2010 con
l'intervento dei magistrati:

Richard Goso, Presidente FF, Estensore

Alfonso Graziano, Referendario

Paola Malanetto, Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/07/2010

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

IL SEGRETARIO