

**SENTENZA**

sul ricorso n.6185 del 2011 proposto dalla B. Braun Avitum Italy spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Zoppellari ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Andrea Lazzaretti ( Studio Rinaldi e Associati) in Roma, Largo di Torre Argentina n.11;

***contro***

Consip spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dal prof. avv. Angelo Clarizia presso il cui studio in Roma, Via principessa Clotilde n. , è domiciliataria;

***nei confronti di***

- Bellco srl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;
- Fresenius Medical Care Italia spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avv.ti Fabio Todarello, Giuseppe Fuda, Claudio Sarrocco e dal prof. avv. Diego Vaiano ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Vaiano in Roma, Lungotevere Marzio n.3;
- Gambro spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;
- Spindial spa, in proprio e quale mandataria del RTI costituito con Estor spa e Nefroline spa, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dall'avv. Leopoldo Melli e dal prof. avv. Salvatore Alberto Romano ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma, Via XXI Aprile n.11;

***per ottenere:***

A) l'ANNULLAMENTO:

- 1) del provvedimento adottato in data 1.6.2011 da Consip spa portante l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici sul quale basare l'aggiudicazione di appalti pubblici specifici aventi ad oggetto la stipula di convenzioni ex art.26 della L. n.488/1999 per la fornitura in service di trattamenti di dialisi extracorporea e dei servizi connessi, suddiviso in due lotti, nella parte in cui approvando i verbali della commissione di gara ha ammesso all'accordo quadro per i lotti nn.1 e 2 la spa Gambro, il costituendo RTI tra Spindial spa, Estor spa e Nefroline spa, la Fresenius medicale care Italia spa e Bellco srl;
- 2) di tutti gli atti presupposti, connessi e/o consequenziali ed in particolare del provvedimento del 22 dicembre 2010 con cui la stazione appaltante ha proceduto alla nomina della commissione di gara, nella parte in cui ha indicato quale membri effettivi della commissione soggetti privi della necessaria esperienza professionale riguardo l'oggetto della gara.

B) la CONDANNA della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip, di Soc Fresenius Medical Care Italia Spa e di Soc Spindial Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2011 il dott. Giuseppe Sapone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

La società ricorrente ha partecipato alla procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici sul quale basare l'aggiudicazione di appalti pubblici specifici aventi ad oggetto la stipula di convenzioni ex art.26 della L. n.488/1999 per la fornitura in service di trattamenti di dialisi extracorporea e dei servizi connessi, suddiviso in due lotti, la quale doveva

essere aggiudicata per ciascuno dei due lotti di gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.lgvo n.163/2006.

In esito alle operazioni di gara è stato adottato il contestato provvedimento di aggiudicazione dell'accordo quadro per i lotti di quibus in favore della spa Gambro, del costituendo RTI tra Spindial spa, Estor spa e Nefroline spa, della spa la Fresenius medicale care Italia e della Bellco srl. Con il proposto gravame la società ricorrente ha impugnato il citato provvedimento di aggiudicazione nonché tutti gli atti intervenuti nell'ambito della predetta procedura, deducendo i seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione di legge per violazione dell'art.83 del D.lgvo n.163/2006. Violazione di legge per violazione della lex specialis di gara ed in particolare degli artt.5.3.1 e 5.3.2. del Capitolato di oneri. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art.2 del D.lgvo n.163/2006, ed in particolare di quelli della par condicio dei concorrenti e di trasparenza. Violazione di legge per violazione dell'art.97 della Costituzione e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. falso presupposto di fatto. Disparità di trattamento. Illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta. Omessa motivazione;

2) Violazione di legge per violazione dell'art.83 del D.lgvo n.163/2006. Violazione di legge per violazione della lex specialis di gara ed in particolare dell'art.5.3.1.1. del Capitolato di oneri. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art.2 del D.lgvo n.163/2006, ed in particolare di quelli della par condicio dei concorrenti, di non discriminazione e di proporzionalità. Violazione di legge per violazione dell'art.97 della Costituzione e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per disparità di trattamento. Carezza di motivazione. Irragionevolezza, illogicità ed ingiustizia manifesta. Contraddittorietà. Falso presupposto di fatto;

3) Violazione di legge per violazione dell'art.83 del D.lgvo n.163/2006. Violazione di legge per violazione della lex specialis di gara ed in particolare degli artt.5.3.1.1. e 5.3.2.1 del Capitolato di oneri. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art.2 del D.lgvo n.163/2006 ed in particolare di quelli della par condicio dei concorrenti, di non discriminazione e di proporzionalità. Violazione di legge per violazione dell'art.97 della Costituzione e del principio del giusto procedimento. Eccesso di potere per disparità di trattamento. carezza di motivazione. Irragionevolezza. Illogicità ed ingiustizia manifesta;

4) Violazione di legge per violazione dell'art.84, comma 2, del D.lgvo n.163/2006. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art.2, del d.lgvo n.163/2006 ed in particolare di quelli della par condicio dei concorrenti, di non discriminazione, di trasparenza e di proporzionalità. Violazione di legge per violazione dell'art.97 della Costituzione e del principio del giusto procedimento. Violazione di legge per violazione dell'art.32 della Costituzione e segnatamente del diritto alla salute. carezza ed illogicità della motivazione. Irragionevolezza, illogicità e ingiustizia manifesta.

Successivamente la società ricorrente ha proposto motivi aggiunti di doglianza con cui ha impugnato la determinazione del 12.7.2011 con la quale la Consip, nel riscontrare la nota della B.Braun che aveva manifestato, ai sensi dell'art.243 bis del citato decreto legislativo n.163/2006, la propria volontà di proporre ricorso giurisdizionale, ha ritenuto non fondate le doglianze formulate dalla suddetta società, confermando integralmente l'operato della commissione giudicatrice.

A tal fine sono state dedotte le seguenti censure:

5) Illegittimità derivata;

6) Illegittimità propria ed in via diretta:

Violazione di legge per violazione dell'art.83 del D.lgvo n.163/2006. Violazione di legge per violazione della lex specialis di gara ed in particolare degli artt.5.3.1.1 e 5.3.2.1. del capitolato di oneri. Violazione di legge per violazione dei principi generali in materia concorsuale, come enunciati dall'art.2 del d.lgvo n.163/2006 ed in particolare di quelli della par condicio dei concorrenti e di trasparenza. Violazione di legge per violazione dell'art.3 della L. n.241/1990. Violazione di legge per violazione dell'art.97 Costituzione e del principio del giusto procedimento.

eccesso di potere per difetto di istruttoria. Falso presupposto di fatto. disparità di trattamento. Illogicità, irragionevolezza ed ingiustizia manifesta. Difetto di motivazione.

Si sono costituite sia la Consip spa sia due delle imprese risultate aggiudicatrici (Fresenius Medical Care Italia spa e il costituendo RTI tra Spindial spa, Estor spa e Nefroline spa) contestando diffusamente la fondatezza delle prospettazioni ricorsuali e concludendo per il rigetto delle stesse.

Alla pubblica udienza del 19.10.2011 il ricorso è stato assunto in decisione.

#### DIRITTO

Con il proposto gravame la società ricorrente, la quale aveva partecipato con esito negativo alla procedura aperta indetta dalla Consip per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici sul quale basare l'aggiudicazione di appalti pubblici specifici aventi ad oggetto la stipula di convenzioni ex art.26 della L. n.488/1999 per la fornitura in service di trattamenti di dialisi extracorporea e dei servizi connessi, suddiviso in due lotti, la quale doveva essere aggiudicata per ciascuno dei due lotti di gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del D.lgvo n.163/2006, ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione dell'accordo quadro, in epigrafe indicato, intervenuto a favore delle società odierne controinteressate.

Risulta fondato il quarto motivo di doglianza dedotto in via principale, prospettante la violazione dell'art.84 del d.lgvo n.163/2006 e che deve essere esaminato in via prioritaria stante il carattere assorbente dello stesso, con cui è stata contestata la legittimità della composizione della commissione di gara, atteso che due dei soggetti diversi dal Presidente, con qualifica di membro effettivo, risultavano privi della necessaria esperienza nello specifico settore oggetto dell'accordo quadro.

In punto di fatto è necessario precisare che:

- a) è pacifico che i due componenti effettivi non erano medici esperti nel settore della dialisi;
- b) la commissione era chiamata a verificare la sussistenza delle caratteristiche tecniche migliorative, dettagliatamente individuate dalla lex specialis della gara, ai fini dell'attribuzione del punteggio, pure integralmente determinato ex ante per ciascuna caratteristica migliorativa.

In tale contesto il Collegio intende confermarsi a quanto già affermato nella propria ordinanza n.2958/2011, la quale, nell'accogliere l'istanza cautelare proposta dalla società ricorrente, ha ritenuto fondato il motivo di doglianza in esame, considerato che:

- a) la regola fissata dall'art. 84 del codice dei contratti pubblici, per la quale i componenti della Commissione di gara vanno scelti fra soggetti dotati di competenza tecnica adeguata alle peculiarità dello specifico settore interessato dall'appalto da assegnare, costituisce espressione di principi generali, costituzionali e comunitari, volti ad assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa (Cons. St., sez. V, 4 marzo 2011, n. 1386) e, in quanto tale, non è suscettibile di essere derogata;

- b) la mancanza, all'interno della stazione appaltante, di funzionari competenti in relazione all'appalto oggetto di gara non costituisce ostacolo alla corretta applicazione delle disposizioni codicistiche atteso che, ai sensi del combinato disposto dei commi 2 e 8 dell'art. 84, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in caso di assenza, nell'organico dell'amministrazione che ha bandito la gara, delle specifiche professionalità, i componenti della Commissione di gara, in possesso delle capacità tecniche e professionali adeguate all'importanza dell'appalto, devono essere scelti o tra funzionari di altre amministrazioni ovvero tra professionisti e professori universitari di ruolo (Cons. St., sez. V, 24 novembre 2009 n. 7353; Tar Veneto, sez. I, 8 ottobre 2009, n. 2575);

Nè ad inficiare la fondatezza della doglianza de qua risultano conferenti le argomentazioni delle parti resistenti secondo cui l'attività dei commissari era rigorosamente vincolata dal capitolato di oneri che ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico aveva predeterminato i sotto-punteggi relativi a ciascun elemento migliorativo consentendone l'attribuzione in esito al mero accertamento circa l'avvenuta allegazione dell'elemento medesimo, che costituiva una mera operazione da svolgersi utilizzando elementi di sicura acquisizione e scevra da qualsivoglia valutazione tecnica.

In merito, come ha efficacemente dimostrato la società ricorrente in sede di memoria conclusionale, la Commissione non si è limitata a svolgere un ruolo meramente accertativo in ordine a quanto

dichiarato dalle singole concorrenti in sede di offerta circa la sussistenza dei singoli elementi migliorativi, ma ha valutato anche le caratteristiche tecniche delle apparecchiature offerte al fine di accertare la sussistenza dei singoli elementi migliorativi.

A tal fine è dirimente sia la richiesta di chiarimenti rivolta al RTI odierno controinteressato sia anche l'interpretazione data dall'organo di gara in ordine alla sussistenza e al significato da dare a talune caratteristiche migliorative richieste con riferimento alle apparecchiature offerte dalla ricorrente, che ha comportato una valutazione di specifiche problematiche di ordine squisitamente tecnico.

Da rigettare è la proposta azione risarcitoria avuto presente che:

a) per consolidata giurisprudenza il risarcimento del danno conseguente a lesione di interesse legittimo pretensivo è subordinato, pur in presenza di tutti i requisiti dell'illecito (condotta, colpa, nesso di causalità, evento dannoso) alla dimostrazione, secondo un giudizio di prognosi formulato 'ex ante', che l'aspirazione al provvedimento era destinata nel caso di specie ad esito favorevole, quindi alla dimostrazione, ancorché fondata con il ricorso a presunzioni, della spettanza definitiva del bene collegato a tale interesse;

b) tale giudizio prognostico favorevole non può in alcun modo essere formulato avuto presente che l'annullamento della gravata aggiudicazione è stato disposto solamente sulla base dell'illegittima composizione della commissione di gara.

Ciò premesso, il proposto gravame in parte deve essere accolto, con conseguente assorbimento delle altre censure dedotte ed in parte relativamente all'azione risarcitoria, deve essere rigettato.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sezione III, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 6185 del 2011, come in epigrafe proposto, accoglie la proposta azione impugnatoria, e, per gli effetti, annulla i gravati provvedimenti e rigetta la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

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