

N. 00069/2012 REG.PROV.COLL.
N. 02464/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2464 del 2011, proposto da:

Consorzio Del Bo s.c.ar.l., in persona del presidente del consiglio di amministrazione pro tempore, ing. Giovanni Del Bo, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Filosa, domiciliata per legge presso la Segreteria del TAR della Campania in Napoli, piazza Municipio n.64;

contro

A.S.L. Caserta in persona del Commissario Straordinario quale legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Lidia Buondonno, con la quale elettivamente domicilia in Napoli, via Santa Lucia n. 81;

nei confronti di

Komè s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., ing. Giuseppe Porpora, rappresentata e difesa dal prof. avv. Andrea Di Lieto, col quale elettivamente domicilia presso il prof. avv. Antonio Palma in Napoli, via G.G. Orsini, n. 30;

Foman S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

«1) dell'avviso di aggiudicazione definitiva prot. n. 641/TM del 1/4/2011, pubblicato sul sito internet dell'A.S.L. di Caserta, con il quale veniva data comunicazione che con deliberazione Commissariale n. 564 del 30/03/2011 era stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di manutenzione totale degli impianti elevatori dell'A.S.L. di Caserta, IG 052237557B, in favore della società Komè Srl; 2) della nota prot. n. 638/TM del 01/04/2011, pervenuta al ricorrente Consorzio Del Bo a mezzo telefax in pari data, con la quale l'A.S.L. di Caserta comunicava che con deliberazione Commissariale n. 564 del 30/03/2011 era stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di manutenzione totale degli impianti elevatori dell'A.S.L. di Caserta, CIG 052237557B, in favore della società Komè Srl; 3) della delibera n. 564 del 30/03/2011 con la quale l'A.S.L. di Caserta aggiudicava definitivamente alla società Komè Srl l'appalto per il servizio di manutenzione totale degli impianti elevatori, CIG 052237557B; 4) di tutti i verbali delle sedute di gara; 5) della Delibera n. 1404 del 19/01/2010 recante la nomina della Commissione di gara e delle Delibere n. 33 del 13/01/2011 e n. 67 del 19/01/2011 recanti la sostituzione di alcuni componenti della Commissione di gara; 6) del disciplinare di gara, nella parte relativa alle modalità di svolgimento delle operazioni di gara, ove interpretata, come illegittimamente ritenuto dalla ommissione di gara, nel senso che l'apertura delle buste "B1", "B2", "B3" (offerta tecnica) dovesse essere effettuata in seduta riservata; 7) di ogni atto ad essi presupposto, connesso o consequenziale, ancorché non conosciuto, ivi compresi, ove occorra e per quanto di ragione, il Bando di gara, l'Avviso di rettifica, il Disciplinare di gara, il Capitolato tecnico, la Delibera di approvazione degli atti di gara ed indizione della gara, nella parte in cui sono lesivi delle posizioni soggettive della ricorrente;

nonché

a) per la declaratoria di nullità o inefficacia del contratto tra l'Amministrazione intimata e la controinteressata aggiudicataria per l'affidamento del servizio, ove stipulato; b) per l'accertamento e il riconoscimento del diritto della società ricorrente al risarcimento di tutti i danni patiti e patienti in conseguenza degli atti impugnati e per la condanna dell'Amministrazione intimata al pagamento delle relative somme, da quantificarsi in corso di giudizio».

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della A.S.L. Caserta e della Komè S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2011 la relazione del dott. Francesco Guarracino e uditi i difensori delle parti presenti come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Col ricorso in esame il Consorzio Del Bo s.c.ar.l. ha impugnato, unitamente agli atti presupposti indicati in epigrafe, il provvedimento di aggiudicazione definitiva alla impresa Komé s.r.l. di una procedura aperta di gara indetta dalla A.S.L. Caserta per l'affidamento, col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di manutenzione totale, di durata biennale, degli impianti elevatori ubicati nelle strutture ospedaliere e sanitarie della stessa A.S.L., per un importo a base d'asta di € 364.000,00 (CIG 052237557B).

La ricorrente, che si è classificata al terzo posto della graduatoria finale ed agisce per ottenere la caducazione dell'intera procedura selettiva, siccome viziata ab imis, con quattro motivi di gravame lamenta, quali motivi di

illegittimità della gara e del provvedimento finale:

- l'illegittima composizione della commissione giudicatrice per violazione dell'art. 84, co. 2, del d.lgs. 163/06, poiché, nonostante gli elaborati progettuali da valutare riguardassero aspetti propriamente tecnici, la commissione era composta da due architetti e da un medico chirurgo;
- l'omessa menzione nei verbali di gara delle cautele adottate per assicurare la custodia e la segretezza delle offerte, invocando il più rigoroso orientamento giurisprudenziale secondo cui ad invalidare la gara è sufficiente la prova che la documentazione sia rimasta esposta al mero rischio di manomissione, e, di fatto, l'inosservanza di tali cautele in relazione alle buste B1 dei concorrenti Ciam Servizi s.p.a., Foman s.r.l. e Komé s.r.l.;
- la violazione del principio di pubblicità delle gare, in relazione al fatto che l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche è avvenuta in seduta riservata anziché in seduta pubblica;
- la violazione delle modalità di attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche, ai sensi dell'art. 9 del disciplinare di gara e dell'allegato B del dpr 554/99, poiché nei verbali di gara non vi è evidenza dei giudizi espressi singolarmente dai commissari e delle successive operazioni di media per il calcolo dei coefficienti, nonché vizi di carenza di istruttoria e di motivazione in relazione alla verifica di congruità dell'offerta della ditta aggiudicataria.

L'aggiudicataria Komé s.r.l. e l'A.S.L. Caserta si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso con rispettive memorie difensive depositate il 3 e il 4 giugno 2011, alle quali il Consorzio ricorrente ha replicato con memoria prodotta il 1° luglio 2011.

La domanda cautelare è stata respinta con ordinanza n. 144 del 6 luglio 2011, confermata in appello (C.d.S., sez. III, ord. n. 3063 del 15 luglio 2011).

In vista dell'udienza di trattazione le parti private hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive ragioni.

Alla pubblica udienza del 21 dicembre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

Occorre innanzitutto esaminare la questione della legittimità della composizione della commissione di gara, oggetto del primo motivo di ricorso, della quale, diversamente da quanto sostenuto da parte resistente, non può predicarsi la tardività, poiché una lesione diretta ed attuale dell'interesse della società ricorrente può dirsi prodotta soltanto all'esito delle operazioni di valutazione delle offerte (anch'esso contestato, come detto, con riferimento all'operato della stessa commissione giudicatrice in ordine alle modalità di attribuzione dei punteggi) che ha visto vincitrice la controinteressata, con definitivo pregiudizio dell'interesse del Consorzio all'aggiudicazione della gara.

La censura, nell'ordinanza cautelare ritenuta meritevole di approfondimento nella sede propria del merito, è fondata.

In base all'art. 84, comma 2, del d.lgs. 163/06, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione giudicatrice deve essere composta da un numero dispari di componenti «esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto».

La disposizione, che intende assicurare la presenza, in seno alla commissione giudicatrice, delle specifiche professionalità necessarie ad effettuare le valutazioni delle offerte tecniche, viene interpretata in giurisprudenza nel senso che i commissari debbano essere esperti nell'area di attività in cui ricade l'oggetto del contratto, non già in tutte e ciascuna delle materie tecniche o scientifiche o addirittura alle tematiche alle quali attengono i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla *lex specialis* di gara ai fini valutativi (C.d.S., sez. III, 12 aprile 2011, n. 2265).

Resta, però, indefettibile la necessità che i commissari nominati dalla

stazione appaltante possano ragionevolmente ritenersi muniti di competenza tecnica nel settore specifico oggetto dell'appalto.

Nel caso in esame, oggetto dell'appalto è il servizio di manutenzione totale degli impianti elevatori ubicati nelle strutture ospedaliere e sanitarie della A.S.L. Caserta.

Quanto ai criteri di valutazione delle offerte tecniche, essi, a mente dell'art. 9 del disciplinare di gara, concernevano, da un lato, la «tipologia degli interventi strategici da eseguire all'atto della presa in consegna degli impianti» (per un massimo di 30 punti) e, dall'altro, il «modello organizzativo» - precisamente la «descrizione dell'organizzazione tecnica, piano di manutenzione, unità lavorative /anno dedicate al servizio, organizzazione del servizio, formazione del personale e dotazione di attrezzature e strumentazione» - (per un totale di 5 punti), nonché gli adempimenti per la sicurezza (per un massimo di altri 5 punti).

La descrizione dettagliata del servizio è contenuta nel capitolato tecnico speciale di appalto e copre l'esecuzione delle attività di verifica periodica e manutenzione ex DPR 162/99, di verifica semestrale e, più in generale, di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti, in conformità ai DD.P.R. nn. 1497/63, 621/99 e 162/99, con esclusione (ex art. 2.3) dei soli interventi di adeguamento a norme di legge emanate dopo l'aggiudicazione dell'appalto.

Ciò detto, della commissione giudicatrice della gara ha fatto parte un medico chirurgo, della cui qualità di esperto nello specifico settore oggetto dell'appalto la società ricorrente giustamente dubita.

Infatti, escluso che la necessaria competenza tecnica potesse derivargli dai titoli di studio posseduti (laurea in Medicina e chirurgia; diploma di specializzazione in Igiene e medicina preventiva), chiaramente estranei al settore della manutenzione di impianti elevatori, o da esperienze professionali acquisite nello svolgimento della sua attività lavorativa,

esplicitasi in campo medico e dirigenziale, del pari estranea al settore specifico oggetto dell'appalto, neppure possono essere decisamente valorizzate, a ben vedere, le competenze acquisite dallo stesso nel campo della valutazione di qualità, che ad un più attento esame del suo *curriculum* risultano afferenti il settore sanitario ed aziendale (ancorché di valutazione di processi aziendali) e, dunque, del tutto eterogenee rispetto a quelle richieste dal secondo comma dell'art. 84 cit.

Parimenti, per nessuno degli altri due membri della commissione giudicatrice, entrambi architetti, è provato allo stato degli atti che fossero muniti di competenza ed esperienza tali da coprire, quanto meno per intero, lo specifico settore oggetto dell'appalto.

Come poc'anzi detto, infatti, l'appalto riguarda anche il compimento di attività di verifica periodica e manutenzione degli impianti ai sensi del D.P.R. 30 aprile 1999, n. 162, il quale, come peraltro non manca di notare lo stesso presidente della commissione giudicatrice nella nota prodotta in giudizio il 4 giugno 2011, prevede che alle verifiche periodiche (art.13) e straordinarie (art.14) degli ascensori, dei montacarichi e degli apparecchi di sollevamento rispondenti alla definizione di ascensore la cui velocità di spostamento non supera 0,15 m/s si provveda a mezzo di tecnici forniti di laurea in ingegneria.

La disposizione richiamata, al di là di ogni questione sulla equiparabilità o meno delle competenze tecnico-scientifiche degli architetti rispetto agli ingegneri nel campo impiantistico in generale, esclude che, ai fini ora in esame, possa sostenersi la piena fungibilità delle due figure professionali.

Fondato è, altresì, il motivo di ricorso, concernente le modalità di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche dei partecipanti alla gara.

Successivamente all'ordinanza cautelare, infatti, è intervenuta l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato a comporre il contrasto giurisprudenziale in argomento, chiarendo che la necessità di apertura anche dell'offerta tecnica

in seduta pubblica discende dai principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti, in quanto anche tale operazione (come l'apertura della documentazione amministrativa e della offerta economica) costituisce un passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento (C.d.S., Ad. plen., 8 luglio 2011, n. 13).

In tal senso essa ha riconosciuto la correttezza dell'orientamento secondo cui la verifica della integrità dei plichi non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post, una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Ad plen. cit.).

La giurisprudenza successiva ha condivisibilmente osservato che la pronuncia dell'Adunanza Plenaria, essendosi limitata a consolidare un orientamento già presente in giurisprudenza e non ad affermare principi radicalmente innovativi, deve trovare applicazione anche alle gare ad essa precedenti (TAR Lombardia Milano, sez. I, 31 agosto 2011, n. 2110).

Nel caso in esame, il disciplinare di gara (pag. 16), ha previsto che «dopo l'apertura delle buste "B - Elaborati Tecnici" che deve avvenire sempre in seduta pubblica, la commissione, in seduta riservata, provvede alla

valutazione del merito tecnico delle offerte ed alla relativa attribuzione dei punteggi».

Nella seduta pubblica di gara del 22 dicembre 2010 risulta essersi proceduto (cfr. verbale n. 3) solo alla apertura della busta B, ma non anche delle buste, ivi contenute, B1, B2 e B3.

Il disciplinare è stato impugnato dal Consorzio ricorrente, se interpretato nel senso che non solo la valutazione delle offerte tecniche, ma anche la apertura delle buste B1, B2 e B3 dovesse avvenire in seduta riservata.

Ora, a fronte di quanto chiarito dall'Adunanza plenaria, la clausola del disciplinare, dove prevedeva che l'apertura delle buste B dovesse avvenire sempre in seduta pubblica, doveva essere interpretata, secondo l'orientamento più rigoroso ora condiviso dal giudice d'appello in sede nomofilattica, nel senso che di tutte le buste contenenti le offerte tecniche, comprese le buste B1, B2, B3, doveva darsi apertura in seduta pubblica, salvo poi condurre la valutazione del rispettivo merito tecnico in seduta riservata.

Anche sotto questo profilo, dunque, la procedura di gara risulta illegittimamente condotta, con vizio derivato del provvedimento finale di approvazione della graduatoria.

Per tali ragioni, assorbita ogni ulteriore censura (artt. 74 e 120, co. 10, c.p.a.), il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento, per l'effetto, degli atti impugnati.

Poiché il vizio rilevato travolge l'intera gara, determinando l'obbligo della sua rinnovazione, segue all'annullamento dell'aggiudicazione l'inefficacia del contratto stipulato tra la stazione appaltante e la impresa aggiudicataria (art. 122 c.p.a.).

Venendo infine alla domanda risarcitoria, il lamentato danno da perdita di chance è ristorato dal ripristino della possibilità di aggiudicazione conseguente alla ripetizione della gara.

Quanto alla domanda di risarcimento per le spese sopportate per la partecipazione alla gara, non soltanto le stesse non risultano provate, ma osta, comunque, all'accoglimento della domanda il principio secondo cui esse restano a carico dei concorrenti quale ordinario costo d'impresa, ritenendosi in giurisprudenza che le spese di partecipazione ad una gara, in assenza di una specifica previsione di legge, non sono mai rimborsabili, trattandosi di un onere ordinariamente affrontato da ogni impresa interessata a procacciarsi un affare e, quindi, destinato a rimanere a carico dei concorrenti in conseguenza della sola partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica, indipendentemente dal relativo esito, quale "prezzo", in termini economici, dell'acquisito di una opportunità di guadagno (C.d.S., sez.V, 15 febbraio 2010, n. 808).

La particolarità delle questioni affrontate e le oscillazioni degli indirizzi giurisprudenziali in materia giustificano la compensazione delle spese di giudizio, salvo il rimborso del contributo unificato da porsi a carico dell'amministrazione soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe (n. 2464/11), lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati e dichiara l'inefficacia del contratto di appalto stipulato per l'affidamento del servizio oggetto della gara tra la ASL Caserta e la Komé S.r.l. ----

Spese compensate. ----

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Guida, Presidente

Fabio Donadono, Consigliere

Francesco Guarracino, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)