

**N. 01617/2011REG.SEN.
N. 03609/2010 REG.RIC.**



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3609 del 2010, proposto da:

Smi Srl in proprio e nella qualità di Mandataria Ati, con Ecologia Oggi, e Euroservice, rappresentati e difesi dagli avv. Fiorenzo Calcagnile, Leonardo Bruno Catella e Danilo Piscopo, con domicilio eletto presso Stefano Ottolenghi in Roma, via Giovanni De Calvi,61;

contro

Azienda Ospedaliera "Bianchi - Melacrino - Morelli" di Reggio Calabria, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Romano, con domicilio eletto presso Bruno Tassone in Roma, via Toscana, 1;

nei confronti di

PFE s.p.a. (già' La Puligenica srl), in proprio e nella qualità di mandataria della Ati – con la Gs 2000 srl , la – Sipam srl, - Medieco srl ; rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia, Francesca Idone e Maria Ida Leonardo, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA n. 01191/2009, resa tra le parti, concernente APPALTO SERVIZIO DI PULIZIA, DISINFEZIONE, SANIFICAZIONE DEGLI IMMOBILI, COMPENSIVO DI PRELIEVO, RACCOLTA EVACUAZIONE E SMALTIMENTO DI RIFIUTI SANITARI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera "Bianchi - Melacrino - Morelli" di Reggio Calabria e di Ati Pfe (gia' Ati La Puligenica);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2010 il Cons. Gianpiero Paolo Cirillo e uditi per le parti gli avvocati De Monte, per delega dell'Avv. Romano, e Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'azienda ospedaliera "Bianchi-Melacrino-Morelli" di Reggio Calabria ha bandito una gara per l'affidamento di taluni "servizi" da espletarsi presso la struttura ospedaliera.

2. Alla gara hanno preso parte diverse imprese, tra cui la Ati S.M.I. Srl, che ha impugnato l'aggiudicazione definitiva operata nei confronti della Ati La Puligenica S.r.l., deducendo l'illegittimità del procedimento di gara, laddove, nella seduta del giorno 15 luglio 2008, la commissione giudicatrice si è riunita per procedere all'apertura dei documenti tecnici delle singole ditte concorrenti e, nonostante abbia aperto la busta per procedere alla valutazione del progetto tecnico dell'Ati "La Puligenica", non solo non ha provveduto alla valutazione medesima, ma ha terminato le operazioni di quel giorno, senza indicare nel verbale le operazioni della chiusura e della custodia dei plichi contenenti le offerte tecniche, già aperti per tutte e tre le

concorrenti; e in particolare per le due non ancora valutate. Ha dedotto altresì che nella seduta del 17 luglio, fissata per la prosecuzione della valutazione delle offerte, non si rinviene nel relativo verbale alcun cenno ad eventuali operazioni di riapertura dei plichi, ad evidente conferma che gli stessi non sono stati mai richiusi. Ha dedotto ancora la ricorrente che nel verbale del 29 luglio 2008 si attesta che “si procede ad inserire in un unico plico che viene chiuso e sigillato a cura della commissione le offerte economiche fatte pervenire dalle parti”, ad evidente conferma del fatto che precedentemente non erano state mai richiuse.

3. Il Tar per la Calabria ha rigettato il ricorso, in base al presupposto che le censurate non contestualità delle operazioni valutative e l'omessa adozione di specifiche misure di cautela per quanto riguarda la custodia dei plichi durante il tempo impiegato per il completamento della valutazione sarebbero irrilevanti, in quanto non sarebbe stata denunciata alcuna specifica e concreta irregolarità derivata dalla detta omissione.

4. Ha proposto ora appello la società S.M.I. Srl, deducendol'erroneità della sentenza laddove non ha ritenuto fondati i motivi posti a base del ricorso originario, che vengono riproposti.

5. Si è costituita la società contro interessata, che resiste all'appello.

6. La causa stata trattenuta in decisione all'udienza del 16 novembre 2010.

DIRITTO

1. L'appello è fondato.

2. Dall'esame dei verbali di gara risulta che nella seduta del giorno 15 luglio 2008 la commissione ha proceduto all'apertura dei documenti tecnici delle singole ditte concorrenti e poi ha proceduto alla valutazione dei progetti da esse presentati, cominciando dalla valutazione del progetto tecnico presentato dalla impresa appellata; valutazione, peraltro, non conclusa in quella seduta, visto che dal verbale relativo alla seduta del 17 luglio 2008, risulta che la commissione ha proseguito la valutazione del progetto relativo

all'impresa appellata.

Dai successivi verbali, relativi alle sedute del 22, 25 e 29 luglio 2008, risulta che la commissione ha proceduto alla valutazione delle offerte tecniche delle altre imprese in gara.

In nessuno dei detti verbali sono state indicate le operazioni relative alla chiusura e alla custodia dei plichi, che risultano essere stati aperti sin dalla seduta del giorno 15 luglio 2008. Invece dal verbale relativo alla seduta del 25 agosto 2008, dove sono state valutate le offerte economiche, risulta che esse, dopo essere state estrapolate dal plico principale, sono state inserite nuovamente in un unico plico, chiuso e sigillato a cura della commissione, dove viene apposta anche la firma di ogni singola impresa presente.

3. Premesso che, anche a proposito della seduta del 25 agosto 2008, nulla viene detto a verbale circa il soggetto responsabile della custodia dei plichi o un consegnatario degli stessi, risulta provato che nessuna cautela idonea a garantire l'integrità e la perfetta conservazione delle buste contenenti le offerte tecniche sia stata documentata.

Pertanto la commissione giudicatrice non ha adempiuto al preciso obbligo di predisporre particolari cautele a tutela della integrità e della conservazione dei plichi, di cui deve fare esplicita menzione nel verbale di gara.

Peraltro, nel caso di specie, non si rinviene nemmeno la dichiarazione postuma del presidente o del segretario della commissione sulla conservazione, in cassaforte, della documentazione.

Il collegio osserva che l'integrità dei plichi contenenti le offerte delle imprese partecipanti costituisce un elemento sintomatico della segretezza delle stesse e della "par condicio" di tutti i concorrenti, elementi che, a loro volta, servono ad assicurare il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa.

La sezione, uniformandosi ai propri più recenti orientamenti (Cons. St.,V,

n. 3203 del 21/5/2010; V, n. 7804 del 12/12/2009; V, n. 1219 del 23/3/2008), non condivide l'indirizzo giurisprudenziale, seguito dal giudice di primo grado, che assegna alla mancanza delle indicate cautele un ruolo puramente indiziario, non idoneo ad inficiare la procedura di gara, in assenza di una specifica e concreta irregolarità derivata dalla detta omissione.

Infatti, le misure di cautela relative alla conservazione dei plichi sono volte a salvaguardare la possibilità, e non l'effettività, della manomissione.

Pertanto è sufficiente che vi sia la prova in atti che la documentazione di gara sia rimasta esposta al rischio di manomissione per ritenere invalide le operazioni di gara, non potendosi porre a carico dell'interessato l'onere di provare che vi sia stato in concreto l'evento che le misure cautelari intendono prevenire.

4. In conclusione l'appello va accolto. La sentenza va riformata e il ricorso originario va accolto.

5. La difficoltà delle questioni trattate costituisce motivo per compensare interamente le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso originario.

Spese compensate nei due gradi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere, Estensore

Marco Lipari, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2011

IL SEGRETARIO

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