



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 Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n.1899 del 2012 proposto ai sensi dell'art.112, comma 5, del d.lgvo n.104/2010, dalla spa Consip, 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.2, è elettivamente domiciliata;

contro

Braun Avitum Italy spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Bellco srl, Fresenius Medical Care Italia spa, Gambro spa, Spindal spa, Estor spa, Nefroline spa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro-tempore, non costituite in giudizio;

per ottenere:

chiarimenti in ordine alle modalita' di ottemperanza delle sentenze del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, sez.III, n.8414/2001 e del Consiglio di Stato, sez.IV, n.27/2012.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 maggio 2012 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 e DIRITTO

Con ricorso n.6185 del 2011 la spa Braun Avitum Italy spa, 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 de quo contestandone la legittimità sotto svariati profili.

Con sentenza n-8414 del 2011 la Sezione ha accolto il suddetto gravame ritenendo palesemente fondato il quarto motivo di doglianza dedotto in via principale, prospettante la violazione dell'art.84 del d.lgvo n.163/2006, con cui era 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 merito il Collegio ha osservato 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).

La suddetta sentenza, appellata dalla soccombente Consip, è stata integralmente confermata dalla decisione della Sezione IV n.27 del 2012.

A seguito del passaggio in giudicato della sentenza di primo grado e al fine di dare ottemperanza alla stessa l'intimata Consip, ha proposto il presente ricorso ai sensi dell'art.112, comma 5, del CPA, pur avendo disposto nelle more del presente giudizio, come si evince dal ricorso n.2135/2012 proposto dalla spa Braun Avitum Italy, di procedere alla nomina di una nuova commissione giudicatrice, tenendo ferme, tuttavia, le offerte presentate dalle originarie concorrenti e richiedendo a queste ultime di estendere la validità dell'offerta a suo tempo presentata fino al 15 giugno 2012.

Alla camera di consiglio del 9.5.2012 il gravame è stato assunto in decisione.

L'ubi consistam della presente controversia riguarda l'individuazione delle corrette modalità che la stazione appaltante era tenuta ad osservare al fine di dare attuazione alla citata sentenza di questo Tribunale che aveva annullato l'aggiudicazione dell'appalto di cui sopra per illegittimità della composizione della commissione

esaminatrice.

Al riguardo la Consip ha ritenuto di tener ferme le offerte già a suo tempo presentate, limitandosi soltanto a nominare una nuova commissione.

A sostegno di tale modus operandi la menzionata stazione appaltante ha richiamato il principio di conservazione degli atti giuridici, il principio di non aggravamento del procedimento amministrativo e quello della par condicio dei concorrenti.

In particolare è stato fatto presente che:

- a) la nomina della Commissione era avvenuta successivamente alla presentazione delle offerte, e, pertanto, queste ultime potevano in alcun modo ritenersi travolte dall'annullamento della nomina del menzionato organo;
- b) non si poneva in alcun modo un problema di segretezza delle offerte, in quanto la ricostituita commissione dovrà occuparsi solo dell'esame delle offerte tecniche, senza prendere in alcuna considerazione quelle economiche erano determinate sulla base di criteri oggettivi, matematici e vincolanti.

Così precisati i termini della presente controversia, il Collegio osserva che il rinnovo parziale della procedura de qua, così come inteso dalla resistente Consip, sia in palese e stridente contrasto con i principi generali che disciplinano la materia dei contratti pubblici ed in particolar modo con il principio di segretezza delle offerte.

In merito deve essere osservato che il suddetto principio ha una

valenza fondamentale in materia di gare per l'aggiudicazione di contratti pubblici, atteso che la sua integrale osservanza è l'unica modalità che possa garantire non solo la correttezza ma anche la reale sussistenza di un confronto comparativo tra le offerte, per cui ne discende, che gli altri principi richiamati dalla stazione appaltante (conservazione degli atti giuridici e non aggravamento del procedimento) qualora siano in contrasto con il principio di segretezza delle offerte non possono che essere recessivi.

La valenza fondante del menzionato principio è suffragata dalla circostanza che rileva non è la circostanza che la violazione del suddetto principio di verificarsi effettivamente o che sussistano concreti indizi di tale violazione, bensì l'astratta possibilità che le offerte economiche prodotte dai concorrenti siano potute pervenire a conoscenza di terzi e quindi dei componenti della rinnovata commissione giudicatrice, con il rischio, anche solo potenziale di influenzarne il giudizio tecnico", per cui, come affermato dal CS sez.V, n.490/2008) quello della segretezza delle offerte è un principio cardine delle pubbliche gare, la cui osservanza non può essere verificata su un piano materiale e deve anzi essere garantita anche da menomazioni soltanto potenziali., atteso che ciò che rileva, in altri termini, è l'oggettiva impossibilità di conoscenza delle offerte.

Poichè nella fattispecie in esame tale rischio non è assolutamente scongiurato a priori, tenuto conto anche della natura e della particolarità tecnica dell'oggetto della gara de qua, ne consegue che

una rinnovazione parziale della gara, lasciando ferme le offerte già presentate, non può in alcun modo essere considerata una modalità in grado di assicurare l'integrale e assoluto rispetto del menzionato principio.

Nè ad inficiare la fondatezza di tale conclusione risulta conferente il rilievo della stazione appaltante secondo cui la ricostituita commissione dovrà occuparsi solo dell'esame delle offerte tecniche, senza prendere in alcuna considerazione quelle economiche erano determinate sulla base di criteri oggettivi, matematici e vincolanti, atteso che tale elemento, il quale consente ai nuovi commissari di conoscere ex ante il punteggio che verrà attribuito ai singoli concorrenti in relazione all'offerta economica non più segreta, non esclude la circostanza che la valutazione dell'offerta tecnica possa essere astrattamente influenzata e condizionata dalla conoscenza del punteggio da riconoscere all'offerta economica.

Ciò premesso, il proposto gravame 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. 1899 del 2012, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità

amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 maggio
2012 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Giuseppe Sapone, Consigliere, Estensore

Davide Soricelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/05/2012

IL SEGRETARIO

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