

N. 00082/2009 REG.SEN.

N. 00978/2008 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 978 del 2008, proposto da:
Metrocar Autonoleggi di Marzulli C., Autoservizi Garofalo S. & C. S.n.c.,
rappresentate e difese dagli avv. Teodosio Pafundi, Bruno Sarzotti, con
domicilio eletto presso l'avv. Teodosio Pafundi in Torino, corso Re
Umberto, 27;

contro

Azienda Sanitaria Locale Torino 1, rappresentata e difesa dagli avv. Mario
E. Comba, Matteo Chiosso, con domicilio eletto presso il primo in
Torino, via Mercantini, 6;

nei confronti di

Croce Amica One Srl, Ditta Mazzarelli Mario di Mazzarelli Mario, Mario
Mazzarelli rappresentate e difese dagli avv. Anna Casavecchia, Marco
Casavecchia, Patrizia Stallone, con domicilio eletto presso l'avv. Anna
Casavecchia in Torino, via Paolo Sacchi, 44;;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

Deliberazione del Direttore Generale dell'A.S.L. Torino 1, n.
475/B.04/08 del 16.5.2008 con la quale l'ASL stessa ha aggiudicato, a
seguito di procedura negoziata, al RTI tra la Croce Amica One s.r.l. e la
ditta Mazzarelli Mario di Mazzarelli Mario il servizio di trasporto con
pulmino e con auto – taxi di pazienti dializzati residenti nel territorio
dell'ASL Torino 1 per il periodo di 23 mesi dal 1.6.2008 e per un importo

complessivo presunto di € 1.382.202,25;

Deliberazione 20.3.2008 n. 258/B.04.08 del Direttore Generale, avente ad oggetto l'ammissione alla gara, tra l'altro, del R.T.I. Croce Amice One s.r.l./Mazzareli Mario;

di ogni ulteriore atto presupposto, preparatorio, connesso o consequenziale, ivi compreso – per quanto possa occorrere – il verbale 29.4.2008 della Commissione giudicatrice;

Deliberazione del Direttore Generale dell'A.S.L. Torino 1, n. 475/B.04/08 del 16.5.2008 nella parte in cui conferma l'ammissione del raggruppamento costituendo tra le società Metrocar Autonoleggi di Marzulli C. e Autoservizi S. Garofalo S.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Torino 1 e relativa memoria depositata il 22.7.2008;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Croce Amica One Srl e, da ultimo, la memoria per l'Udienza pubblica depositata il 4.10.2008;

Esaminate tutte le memorie difensive ad oggi prodotte;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 20/11/2008 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. L'ASL TO1, dopo aver indetto con bando spedito il 3.9.07 all'Ufficio Pubblicazioni Ufficiali dell'Unione Europea una procedura ristretta d'appalto per l'affidamento, per ventitré mesi, del servizio di trasporto di pazienti dializzati con pulmino, autoambulanza ed auto taxi, con Deliberazione n. 258/B04 del 20.3.08 ammetteva alla gara le quattro imprese istanti, che, invitate con lettera del 26.3.2008, entro la fissata data del 21.4.2008 presentavano la loro offerta solo in numero di tre, tra le quali la Metrocar Autonoleggi di Marzulli C. mandataria in ATI (in seguito, passim, Metrocar) con la Autoservizi di Garofalo S. & C. s.n.c. e la l'ATI tra la Croce Amica One s.r.l. e la ditta individuale Mazzarelli

Mario (in seguito, passim, Croce Amica). La gara è stata effettuata con procedura negoziata pubblicizzata e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ripartendosi i 100 punti attribuibili, in 60 per la componente prezzo e 40 per quella afferente alla qualità dell'offerta.

In base al Capitolato e allo stesso Bando il servizio era suddiviso in tre lotti autonomi e l'Impresa con capogruppo la Metrocar ha concorso solo per il lotto 2 (trasporto con pulmino) e per il lotto 3 (trasporto con auto-taxi).

La Commissione di gara ha svolto il lavoro di selezione delle offerte e di attribuzione dei relativi punteggi in data 9.4.2008, redigendo apposito processo verbale (doc. 7 – bis produzione ricorrente) e proponendo conseguentemente all'Amministrazione l'aggiudicazione dell'intero servizio, compreso anche il lotto 1 (trasporto con ambulanza) al raggruppamento temporaneo di imprese Croce Amica One s.r.l./ ditta individuale Mario Mazzarelli, per un periodo di 23 mesi ed un importo di € 1.332.613,10, oneri fiscali esclusi.

L'ASL TO1, con Deliberazione n. 475/B.04/08 del 16.5.2008 ha approvato il predetto verbale ed aggiudicato la gara come da proposta dell'organo tecnico alla predetta ATI.

2.1. Insorge contro la predetta deliberazione di aggiudicazione nonché contro il presupposto verbale di gara e la stessa deliberazione più sopra indicata di ammissione dell'aggiudicataria, la Metrocar deducendo quattro motivi di ricorso, che saranno in appresso illustrati in uno con il loro scrutinio. La domanda della ricorrente ha ad oggetto, per evidenti ragioni di legittimazione processuale, oltre che la deliberazione del 20.3.2008 con cui la Croce Amica è stata ammessa alla procedura, il provvedimento di aggiudicazione e il presupposto verbale di gara con il quale l'ASL TO 1 ha aggiudicato a quest'ultima concorrente il solo servizio di trasporto con pulmino ed auto – taxi.

Va da sé, peraltro, che la decisione che il Tribunale assume sul ricorso, investendo fasi ed attività della procedura che hanno involto e accomunato anche l'affidamento del lotto 1, relativo al servizio con ambulanza, va estesa anche a tale segmento procedurale e determinativo, in forza di un intrinseco ed evidente nesso di presupposizione e della teorica elaborata da dottrina e antica giurisprudenza del Consiglio di Stato e tramandata come fenomeno dell'invalidità ad effetto caducante, giustapposto a quello detto dell'invalidità ad effetto viziante.

2.2. Con Ordinanza n. 652 del 25.7.2008 la Sezione, delibando la sussistenza del fumus boni iuris e del periculum in mora di cui all'art. 23 – bis della Legge T.A.R. accoglieva l'incidente cautelare, fissando altresì la

pubblica Udienza di trattazione del merito al 20.11.2008.

Nelle more la Croce Amica interponeva gravame incidentale e contestuale istanza di sospensione cautelare, notificato in proprio a mezzo posta dal procuratore delle ricorrenti ex L. n. 53/1994 in data 5.8.2008 e in pari data depositato, con successiva produzione degli avvisi di ricevimento. Con il mezzo incidentale la controinteressata impugna, mediante tre motivi che appresso formeranno oggetto di illustrazione unitamente alla loro disamina, i medesimi provvedimenti colpiti dal ricorso principale, ma nella parte in cui ha ammesso a presentare offerta il raggruppamento ricorrente e successivamente ne hanno ammesso l'offerta, di poi confermandone detta ammissione.

2.3. La Sezione, alla Camera di Consiglio del 4.9.2008, con motivata Ordinanza cautelare n. 704 dell'8.9.2008 respingeva la domanda di sospensione lasciando immutata la data dell'Udienza pubblica già fissata per la trattazione del merito del ricorso.

Cosicché il 20.11.2008, sulle conclusioni delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano il gravame principale e quello incidentale sono stati introitati per la definitiva congiunta loro decisione.

3.1. Si impone al Collegio la previa disamina del ricorso incidentale, che, in quanto volto a contestare l'ammissione alla gara dell'ATI ricorrente principale, si configura come il classico ricorso c.d. paralizzante, il cui eventuale accoglimento importerebbe la declaratoria di inammissibilità di quello incidentale, per difetto di interesse – secondo alcune trattazioni – ovvero, più correttamente, per difetto di legittimazione al ricorso, per via della pronuncia di illegittimità, con effetto ex tunc, dell'ammissione alla gara del ricorrente principale, con la sua conseguenziale privazione di quella posizione di interesse legittimo differenziato e qualificato che ne radica la sua legittimazione a agire.

La domanda annullatoria incidentale è affidata a tre motivi, i quali, hanno già formato oggetto di distinta delibazione in sede cautelare, con enunciazione sia pur sommaria dei profili di diritto dalla Sezione con l'Ordinanza n. 704/2008.

3.2. Con il primo mezzo si duole, dunque, la Croce amica che la Commissione e la S.A. abbiano consentito alle due società componenti la costituenda ATI ricorrente, di presentare offerta congiunta in qualità di futuro raggruppamento temporaneo, dopo che ciascuna di esse aveva partecipato alla fase di prequalificazione singolarmente.

Sostiene la ricorrente incidentale che una corretta interpretazione dell'art. 37, comma 12 del Codice dei Contratti, a mente del quale "l'operatore economico invitato individualmente (...) ha facoltà di presentare offerta e

di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti”, legittimerebbe la presentazione di offerta congiunta esclusivamente tra un’impresa che abbia partecipato alla prequalificazione singolarmente ed operatori che non abbiano già preso parte alla predetta fase di preselezione. La diversa interpretazione, in base alla quale l’impresa preselezionata singolarmente può aggregare in ATI costituenda anche altre imprese già prequalificate, ad avviso della Croce amica pregiudica l’interesse della Stazione appaltante ad affidare il servizio in ossequio al principio di libera concorrenza e viola quelli dell’immodificabilità dei concorrenti e della par condicio. Invoca a suffragio di tale opzione la nota decisione del Consiglio di Stato n. 1267/2006, che ha espresso la posizione sostenuta dalla ricorrente incidentale, argomentandola, tra l’altro, sul rilievo che l’assunzione della qualità di concorrente ed offerente, immodificabile in fase successiva, è segnata dal momento in cui l’impresa partecipa alla preselezione in risposta al bando.

3.3. Sul punto la Sezione non può che ribadire la valutazione di sostanziale inesattezza di tale esegesi, già sufficientemente enunciata con l’Ordinanza cautelare. Supporta il convincimento allora tratteggiato, sia la lettera dell’invocato art. 37, comma 12 del Codice, sia la sua ratio, nonché la piana lettura dell’art. 37, comma 9, stesso decreto, che scolpisce il principio di immodificabilità della composizione soggettiva del contraente in ATI rispetto a quella risultante in sede di offerta.

Non è dato al Collegio rinvenire nel testo della norma indizi atti a supportarne una lettura restrittiva, limitando la possibilità, per l’offerente prequalificato uti singulus, di associarsi in ATI costituenda solo con imprese che non abbiano già partecipato alla prequalificazione.

Invero l’art. 37, comma 12 del Codice dispone che l’impresa prequalificatasi e perciò invitata individualmente, “ha facoltà di presentare offerta e di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti”. Null’altro aggiunge la norma, non autorizzando il silenzio del Legislatore delegato, un’interpretazione restrittiva, tale da poter sostenere che nel genus di “operatori riuniti” rientrino solo “operatori non già prequalificati singolarmente”. Una ermeneusi di questo tipo, chiaramente discriminatoria e limitativa, infrange sia il principio del favor participationis, sia quello comunitario della libera concorrenza, nonché, specularmente, l’art. 41 della Costituzione sulla libertà di iniziativa economica privata.

Ritiene la Sezione che nei settori sensibili della libertà di iniziativa economica, della partecipazione alle gare d’appalto, che il Legislatore comunitario vuole espansive al massimo grado sia nell’interesse degli operatori privati che nell’interesse della P.A. all’effettuazione del più ampio confronto concorrenziale, foriero della individuazione della migliore e più conveniente offerta, ogni restrizione alla facoltà di

partecipare a gare pubbliche e di presentare le relative offerte debba essere stabilita in forza di una disposizione di legge primaria improntata a canoni di tassatività e di divieto di interpretazione estensiva o di analogia. Ciò che fa difetto nella norma in analisi, la quale nessuna specificazione limitativa aggiunge alla locuzione “operatori riuniti”, di talché non è consentito all’interprete opinare che tra costoro, con i quali l’offerente prequalificato singolarmente può manifestare l’intento di associarsi in ATI costituenda, possano essere annoverati solo quelli che non siano stati già preselezionati dall’amministrazione uti singuli.

Senza dire, poi, che la diversa interpretazione sottende anche una ratio difficilmente sostenibile sul piano logico: non si intende, invero, per quale ragione debba consentirsi all’impresa prequalificata singolarmente la costituzione di un raggruppamento temporaneo solo insieme ad imprese sconosciute alla s.a. per non aver preso parte alla fase di preselezione. Ché, anzi, l’interesse pubblico è maggiormente tutelato se alla costituenda ATI con l’impresa invitata individualmente, prendano parte anche imprese già sottoposte al vaglio della prequalificazione dall’amministrazione appaltante, poiché queste, proprio in quanto già scandagliate nei requisiti generali e speciali - sia pure nella forma dell’autocertificazione - appaiono offrire, di sicuro, garanzie maggiori rispetto ad un operatore sconosciuto alla s.a. e cooptato successivamente dall’impresa prequalificata singolarmente.

Ritiene pertanto il Collegio di seguire l’indirizzo interpretativo espresso di recente dal Consiglio di Stato, che, come del resto correttamente rilevato dalla stessa Croce Amica in ricorso incidentale, ha ribaltato la posizione su cui si era attestato con la decisione n. 1267/2006, chiarendo che “è ammissibile la riunione in ATI di imprese prequalificatesi separatamente, non vigendo alcun espresso divieto in tal senso” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20.2.2008, n. 588).

Per concludere l’esegesi sul punto, la Sezione valorizza, tra gli argomenti portati da quest’ultima sentenza a sostegno della tesi appena enunciata, quello che fa leva sul tenore letterale dell’art. 37, comma 9, del Codice che reca il principio di immodificabilità soggettiva dell’associazione temporanea, individuandolo nell’atto di presentazione dell’offerta.

E’ per il Collegio al riguardo indiscutibile che solo a partire da tale successivo momento, e non, come vuole la ricorrente incidentale, a partire da quello antecedente di partecipazione alla prequalificazione, scatta il divieto di modificazione della composizione dell’associazione di imprese. La norma recita, infatti, “è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall’impegno presentato in sede di offerta”. E’ la composizione dell’ATI come risultante dall’impegno assunto all’atto dell’offerta a cristallizzarne l’immodificabile formazione.

E, nell'ipotesi di ATI costituenda - ai sensi dell'art. 37, comma 12 in esame - tra l'offerente prequalificato singolarmente ed altri "operatori economici riuniti", la forma e la composizione dell'ATI prendono corpo, per una libera scelta dell'impresa invitata singolarmente, solo nel e a partire dal momento in cui questa ne dichiara e manifesta la futura composizione, avvalendosi della facoltà, offerta dal comma 12, di presentare offerta e di trattare per sé e quale capogruppo di altri operatori riuniti. E rispetto a tale ATI costituenda per insindacabile scelta dell'impresa singolarmente prequalificata, se la relativa composizione rimane immutata fino al momento di presentazione dell'offerta, manca il tertium comparationis e non può dedursi violazione alcuna dell'art. 37, comma 9 del Codice e del relativo divieto di modificazione della composizione dell'ATI.

Pertanto, anche alla luce della lettera del predetto comma 9 dell'art. 37 del Codice, il primo motivo di ricorso risulta infondato.

3.3. Al secondo motivo è affidata la denuncia di violazione dell'art. 37, comma 8 del d.lgs. n. 163/2006 che impone alle imprese che presentano offerta congiunta di corredarla dell'impegno a conferire, in caso di aggiudicazione, mandato collettivo speciale con rappresentanza a una di esse da indicare e qualificare come capogruppo. A dire della Croce Amica, invece, l'offerta delle ricorrenti principali, espressa in particolare con la nota del 15.4.2008 ad essa allegata e recante - peraltro - chiaramente indicazione che "la ditta Metrocar sarà individuata come capofila", difetterebbe del cennato impegno a conferire il mandato ad un'impresa qualificata come capogruppo.

Il motivo, come già evidenziato nella sede cautelare, è all'evidenza infondato, siccome smentito in fatto proprio dalla formulazione letterale della citata nota allegata all'offerta delle ricorrenti principali, la quale reca manifesto "l'impegno a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza a uno di essi da indicare in sede di offerta e qualificato come mandatario"(art. 37, comma 8, d.lgs. cit.) avendo adoperato locuzione verbale categorica: "la Ditta Metrocar sarà individuata come capofila". Invero, la predetta nota annessa all'offerta (Doc. 15 produzione ASL TO 1) lascia emergere con chiarezza l'intento delle concorrenti di presentare offerta sotto forma di costituendo raggruppamento. Il disposto della norma citata è stato poi adeguatamente osservato, ove si consideri che l'offerente ha indicato la "Metrocar di Marzulli Cataldo" con relativa sede e posizione IVA, di seguito qualificata come "capofila", ossia equivalente, in gergo a capogruppo o mandatario. Ritiene il Collegio che la riportata espressione categorica adoperata dall'offerente, ovverosia che "la Ditta Metrocar sarà individuata come capofila" costituisca esemplificazione di quanto vuole l'art. 37, comma 8 del Codice, ossia la manifestazione dell'impegno a conferire mandato con rappresentanza ad un'impresa da qualificare come capogruppo.

Anzi, a ben guardare, la concorrente è andata anche oltre quanto impone la norma, avendo anche indicato le quote di partecipazione alla costituenda associazione, dichiarando che “le quote di partecipazione all’ATI saranno 50% alla Metrocar e 50% all’Autoservizi Garofalo”.

La censura incidentale all’esame va pertanto disattesa.

3. 4. Con il terzo motivo la controinteressata lamenta l’infrazione dell’art. 11 del Capitolato speciale d’appalto, a mente del quale erano bandite le offerte condizionate o espresse in modo indeterminato. Nel ragionamento della ricorrente incidentale, invece, la Metrocar, aggiungendo, nello schema di offerta utilizzato, l’annotazione “tutti i trasporti” in ogni colonna riportante le quantità dei trasporti che l’ASL richiedeva di effettuare, avrebbe offerto un prezzo unitario a trasporto subordinato alla circostanza che venisse effettuato il numero esatto di trasporti indicato nel modulo prestampato dalla s.a. Ma poiché i trasporti da effettuare sono stati quantificati all’evidenza in via “indicativa”, l’offerta delle ricorrenti assumerebbe il carattere di offerta condizionata, dovendo conseguentemente essere esclusa in forza della riportata norma di capitolato.

La disamina dello schema di offerta compilato e prodotto dalla Metrocar (Doc. 11 produzione ASL TO1) evidenzia che detto documento reca a stampa l’indicazione delle diverse decine e centinaia di trasporti richiesti dall’amministrazione ripartiti per varie tipologia di servizio (trasporto con ambulanza, pulmino, auto – taxi) e tragitto. Secondo la Croce amica, dunque, il prezzo unitario per trasporto non sarebbe stato espresso incondizionatamente, bensì subordinatamente all’effettuazione di quel preciso numero di trasporti figurante nel modulo prestampato predisposto dalla s.a., numero che peraltro sarebbe stato quantificato solo in via indicativa.

L’argomento non si presta a positiva considerazione. Invero, anche a voler concedere alla tesi secondo cui il numero di trasporti figurante nel modulo de quo sarebbe solo “indicativo”, pare tuttavia dirimente il rilievo che l’offerta prodotta dalla ricorrente espone chiaramente il prezzo per singolo viaggio o trasporto (Doc. 15 ASL TO1), precisando solo che è riferito a tutti i trasporti; dove per “tutti i trasporti” è evidentemente da intendersi come tutti i trasporti che l’Amministrazione richiederà di effettuare. Quel che al Collegio pare decisivo e rilevante ai fini dell’osservanza della disposizione di gara, è che la concorrente abbia chiaramente espresso il prezzo unitario a trasporto, prezzo (offerto in ogni caso in € 13,00) applicato a tutti i trasporti afferenti alla tipologia e al tragitto per i quali tale prezzo viene volta a volta indicato.

Non ravvisa pertanto il Collegio elementi di fatto o di forma atti a consentire di interpretare l’offerta del prezzo unitario di € 13,00, indicato

dalla ricorrente per ogni trasporto considerato, come condizionata all'effettuazione del numero preciso di trasporti esposto nel modulo prestampato predisposto dall'ASL. Né, per le stesse ragioni può dirsi che l'offerta sia indeterminata.

Anche il motivo in analisi va pertanto disatteso, conseguendone il rigetto del gravame incidentale.

4.1. Può ora approdarsi allo scrutinio del ricorso principale.

Con il primo motivo la ricorrente censura l'ammissione alla gara dell'ATI controinteressata, deducendo violazione dell'art. 2 del Capitolato speciale d'appalto e dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa, di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria. Assume che l'ASL ha aggiudicato alla Croce Amica i due lotti del servizio di trasporto, con pulmino ed auto-taxi, mentre il trasporto con tali mezzi sarebbe interdetto alla ditta Mazzarelli, componente la costituenda ATI con la Croce Amica, poiché dal certificato della CCIA della predetta impresa individuale risulterebbe che il suo oggetto sociale consiste unicamente nel "servizio di noleggio da rimessa con autobus". Più precisamente, lo statuto della predetta impresa non contemplerebbe il servizio di trasporto di persone con conducente in autovettura. Dal che discenderebbe l'illegittimità dell'ammissione stessa alla gara dell'ATI controinteressata, che sarebbe di tipo orizzontale, con possibilità che entrambi i soggetti componenti svolgano indifferentemente il servizio in questione.

La censura non coglie nel segno e va disattesa, siccome smentita per tabulas dalla documentazione ufficiale prodotta dalla difesa della controinteressata, la quale differisce nettamente dai documenti allegati dalla ricorrente a sostegno della sua doglianza.

Invero, in disparte il rilievo dell'efficacia del certificato della CCIAA a fini di prova del requisito di capacità tecnica, rispetto, invece alle più probanti autorizzazioni amministrative prodotte, argomenti sui quali pure la difesa della controinteressata ha svolto interessanti considerazioni, dirimente appare al Collegio la circostanza che la ricorrente ha supportato la sua censura unicamente con un estratto del certificato della Camera di commercio tratto da Internet, il quale sul punto risulta contraddetto dal certificato ufficiale rilasciato alla controinteressata dalla CCIAA di Benevento, con pagamento anche dell'imposta di bollo ed avente quindi valore di certificazione.

Ebbene, nel primo "documento" (doc. 9 produzione ricorrente) risulta che la ditta Mazzarelli sarebbe iscritta solo per l'attività di "noleggio da rimessa con autobus" nella sua sede secondaria di via S. Pellico a Benevento, e per l'attività di "servizio da rimessa con autobus" nella sede

legale di Vitulano (BN).

Viceversa, dal certificato ufficiale della CCIAA rilasciato il 21.7.2008 e versato in atti dalla controinteressata (Doc. 17) emerge che la ditta de qua ha registrato una variazione di attività in data 12.12.2005, antecedente all'ammissione alla procedura di gara all'esame della Sezione, essendo stata a quella data "iniziata l'attività di noleggio con conducente con autovettura". Per effetto, nello stesso documento, l'attività cui è integralmente abilitata la Croce Amica, risulta essere quella di "servizio da rimessa con autobus. Noleggio autobus. Noleggio con conducente con autovettura" giusta la ricordata variazione di oggetto sociale.

Del pari ininfluenza appare al Collegio anche l'ultimo profilo di cui si compone la censura in scrutinio, con cui la ricorrente adduce anche che il 7.12.2007 la ditta Mazzarelli Mario, avendo ceduto alla Autonoleggi Mazzarelli s.a.s di Mazzarelli Mario il ramo d'azienda "noleggio da rimessa con autobus" non avrebbe più la capacità operativa per concorrere all'appalto in causa.

In primo luogo va opposto che la invocata cessione è fenomeno negoziale in tutto indifferente, in quanto il noleggio da rimessa con autobus è attività estranea all'oggetto dell'appalto. La ditta in questione ha inoltre tuttora l'attività di scuolabus, che ben può essere convertita a servizio di trasporto di pazienti. In secondo luogo non va trascurato anche il fatto che la ricordata cessione di ramo d'azienda non ha comportato una traslazione effettiva della capacità tecnica disponibile per l'esecuzione dell'appalto in esame, posto che il trasferimento si appalesa meramente formale, stante il fatto che è sempre lo stesso Mazzarelli Mario cedente a coincidere con il cessionario, che risulta la Autonoleggi Mazzarelli s.a.s di Mazzarelli Mario, società della quale questi è il titolare.

In definitiva, la censura spiegata con il primo motivo di ricorso è infondata e va respinta.

4.2. Al secondo importante motivo di gravame è invece affidata la censura di violazione dei principi di trasparenza e imparzialità dell'azione amministrativa nonché del principio di pubblicità delle pubbliche gare e di parità di trattamento tra gli offerenti. La ricorrente sostiene il carattere assorbente della spiegata doglianza, assumendo che la commissione di gara avrebbe proceduto a tutte le operazioni di scrutinio delle offerte in seduta riservata, senza la presenza del pubblico, sia relativamente all'apertura delle buste dedicate alla documentazione amministrativa, che di quelle in cui era contenuta la documentazione tecnica e che la mancata effettuazione dei lavori in seduta pubblica sarebbe confermata da una nota di risposta a quesito, manoscritta sulla relativa lettera di richiesta della Metrocar in data 28.4.2008.

Anzitutto il Collegio rileva la rispondenza al vero delle predette allegazioni di parte ricorrente. Analizzando infatti il testo dell'impugnato verbale in data 29.4.2008 della Commissione incaricata dall'ASL delle incombenze di gara (doc. 7-bis di parte ricorrente) si verifica che in quell'occasione si sono riuniti solo quattro dipendenti dell'Azienda sanitaria, tali definiti nell'atto, "che hanno dato corso alle operazioni di apertura delle buste". Non è menzione nell'atto della presenza di soggetti estranei all'Amministrazione. Ora, dopo l'indicazione dei documenti che dovevano essere contenuti nelle buste prodotte dai partecipanti, si legge nell'atto che "si è provveduto all'apertura delle buste affrancate e sigillate pervenute nei termini e contenenti le offerte in busta sigillata e i seguenti documenti", indicati in una tabella riportante "documentazione amministrativa", "Progetto tecnico", "Offerta economica". Il verbale dà poi conto che successivamente all'apertura dei suddetti plichi la commissione ha proceduto alla valutazione della documentazione tecnico – qualitativa presentata dalle imprese concorrenti.

Parimenti veritiera è l'asserzione della ricorrente secondo cui la mancata osservanza della regola della pubblicità sarebbe attestata dall'ASL nella nota di risposta manoscritta ad un quesito rivolto sul punto dalla Metrocar.

E' agli atti di causa la predetta nota, recante la risposta manoscritta dell'amministrazione, a tenore della quale "la procedura negoziata non prevede alcuna fase intermedia all'istruzione di gara mediante seduta pubblica", 28.4.2008. (Doc. 6 ricorrente).

Constatato dunque che la commissione ha aperto tutti i plichi, contenenti sia la documentazione amministrativa che l'offerta tecnica ed economica in seduta riservata, senza la presenza del pubblico, risulta all'evidenza infranto il canone della pubblicità delle operazioni di gara, che assurge a principio generale nella materia dei contratti pubblici, applicabile anche laddove non sia imposta da specifiche norme di diritto positivo.

Rammenta la Sezione che la giurisprudenza ha attinto in misura pressoché costante il principio, espresso anche da questo Tribunale, per il quale solo la valutazione del merito tecnico dell'offerta può avvenire in seduta segreta (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 13.12.2006, n. 4627), ciò che, anzi, a parere della Sezione costituisce non una facoltà ma un obbligo, posto che la libertà di determinazione dei commissari deve essere garantita al massimo grado, dovendosi scongiurare anche solo il pericolo che possa essere in qualche misura condizionata dalla presenza del pubblico.

Viceversa, il controllo dell'integrità dei plichi, la loro apertura e l'esame della documentazione amministrativa (T.A.R. Puglia – Bari, Sez. I, 17.7.2008, n. 1806) come la stessa presa visione dell'offerta economica sono attività che vanno effettuate in seduta pubblica, onde perseguire

l'interesse alla trasparenza e consentire anche agli eventuali rappresentanti delle imprese intervenute, di conferire il loro apporto collaborativo alla Commissione, apporto che può talora risultare utile a far rilevare eventuali carenze documentali o a chiarire eventuali dubbi in ordine alla posizione dell'impresa di che trattisi.

Segnala la Sezione che la giurisprudenza è complessivamente orientata nel senso delineato, avendo di recente precisato che "il principio di pubblicità delle sedute di gara per la scelta del contraente è inderogabile per ogni tipo di gara, almeno per quanto riguarda la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e di apertura dei plichi stessi" (T.A.R. Lazio, Sez. III - ter, 25.7.2008, n. 7421), ulteriormente puntualizzandosi che del principio de quo va predicata l'applicazione "in mancanza di una deroga espressa, in ogni tipo di gara; pertanto, in caso di procedura semplificata le regole dell'evidenza pubblica possono ritenersi attenuate, ma non pure messe da parte", vigendo quindi anche nelle procedure negoziate precedute da gara informale (T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 28.7.2008, n. 3046).

La predetta giurisprudenza, condivisa dalla Sezione, ha pure precisato che l'omissione dell'adempimento della pubblica seduta comporta eo ipso l'invalidità e il conseguente annullamento dell'intera procedura selettiva, compreso il provvedimento terminale di aggiudicazione, anche ove non sia comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, poiché il ridetto adempimento è predisposto a tutela non solo della par condicio ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa (T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. I, 28.7.2008, n. 3046; T.A.R. Lazio, Sez. III-ter, 25.7.2008, n. 7421)

4.3. Il Collegio non può che concordare con le suggerite coordinate esegetiche, opportunamente evidenziando solo che oggi il canone della pubblicità, coniato in via pretoria dal Giudice amministrativo, è stato tradotto in norma di diritto positivo dall'art. 2, comma 1 del d.lgs. 16.4.2006, n. 163, a mente del quale l'affidamento e l'esecuzione di opere, forniture e servizi pubblici deve avvenire nel rispetto dei principi, tra gli altri, di trasparenza nonché in quello di pubblicità, con le modalità indicate dal Codice.

Afferendo del resto la pubblicità al principio di trasparenza, ne va predicata l'applicazione in ogni procedura di gara, anche se negoziata preceduta dalla preliminare pubblicazione di un bando ed anche per l'affidamento dei servizi in parte esclusi dal campo di applicazione del Codice perché inseriti nell'Allegato II B, quale potrebbe essere il trasporto di pazienti dializzati, che potrebbe sussumersi nel punto 25 del predetto allegato. A tali servizi esclusi si applicano infatti, in forza dell'art. 27 del Codice, oltre che le norme puntualmente richiamate nell'art. 20, anche i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento,

proporzionalità e trasparenza.

Ne consegue l'esattezza della posizione enunciata dal Consiglio di Stato nella recente decisione, opportunamente segnalata da parte ricorrente, secondo la quale "la circostanza per cui, nei settori speciali, l'art. 226, d.lgs. n. 163 del 2006, il quale stabilisce il contenuto dell'invito a presentare offerte o a negoziare, non prevede alcuna forma di pubblicità delle sedute, non esclude il rispetto del principio di pubblicità, atteso che la ratio ispiratrice della pubblicità delle sedute di gara è comune in ogni procedura concorsuale di scelta del contraente relativa a qualsiasi contratto pubblico di lavori, servizi e forniture" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856).

Il motivo in esame evidenzia pertanto profili di sicura fondatezza e merita quindi di essere accolto.

5. La censura è sicuramente assorbente ogni altro dedotto profilo di illegittimità, come riconosce lo stesso ricorrente, comportando l'obbligo per la stazione appaltante di rinnovare ab imis l'intera gara. Tuttavia, la rapida definizione del IV motivo – potendo quindi assorbirsi il III – suggerisce al Collegio il suo rapido scrutinio.

Con il mezzo in analisi si censura l'operato della Commissione per avere proceduto alla valutazione dell'offerta tecnica dei concorrenti e al conseguente riparto dei punteggi, senza la previa definizione dei criteri motivazionali, lamentandosi quindi la violazione dell'art. 83, comma 4 ultima parte del Codice, il quale, nel testo previgente il c.d. Terzo correttivo, stabiliva che "la commissione giudicatrice prima dell'apertura della buste contenenti le offerte, fissa in generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub - criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando". Facendo difetto nel verbale del 29 aprile 2008 dianzi citato, la predeterminazione di siffatti criteri, ne discenderebbe l'illegittimità dell'operato del seggio di gara.

La censura coglie nel segno e va accolta.

Rammenta la Sezione che il d.lgs. N. 152/2008, recante il testo del c.d. terzo correttivo al Codice dei Contratti, in adesione al parere espresso dall'Adunanza consultiva del Consiglio di Stato del 14.7. 2008, ha espunto dall'art. 83, comma 4 del Codice l'inciso riportato, nell'intento di arginare la discrezionalità attribuita alla commissione, o meglio la possibilità che mercé la predefinizione dei criteri motivazionali l'organo tecnico potesse surrettiziamente anche introdurre nuovi sub criteri in aggiunta a quelli recati dal bando, in violazione del divieto in tal senso posto dall'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006 – introdotto a seguito della nota sentenza della Corte di Giustizia, Sez. VI, 24.11.2005 - a che la Commissione allestisca sub

criteri e su punteggi, questione sulla quale la giurisprudenza della Sezione si è già espressa con una diagnosi di illegittimità di simile attività (T.A.R. Piemonte, Sez. I, 9.9.2008, n. 1887).

Purtuttavia, *ratione temporis* la norma invocata da parte ricorrente era di sicura applicazione all'appalto all'esame del Collegio, essendosi la gara svolta il 29.4.2008 e il relativo bando pubblicato antecedentemente all'entrata in vigore della novella.

Ne consegue la cogenza dell'obbligo in capo alla Commissione di predisporre i divisati criteri motivazionali, la cui omissione vizia il giudizio finale. Pertinente è il richiamo della ricorrente al precedente del T.A.R. centrale, secondo il quale è obbligatorio per la commissione predeterminare i criteri motivazionali di attribuzione dei punteggi, prima dell'apertura delle buste, onde assegnare a ciascun criterio di valutazione fissato nel bando, il punteggio tra il minimo e il massimo" (T.A.R. Lazio, Sez. II – quater, 19.12.2007, n. 13774).

Non ravvisa il Collegio ragioni per discostarsi dalla citata linea interpretativa, che del resto si impone con caratteri di obiettiva evidenza, stante la chiarezza del disposto normativo di riferimento.

In definitiva, sulla scorta delle considerazioni sopra tutte esposte il ricorso principale si profila fondato e va accolto, respingendosi invece il gravame incidentale.

L'accoglimento del gravame per il delineato rilevato difetto di pubblicità delle operazioni di gara nonché per la mancata prefissione in via generale, di criteri motivazionali per l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione, comporta l'annullamento dell'intera gara, che deve essere rinnovata, ivi compresa l'aggiudicazione del servizio di trasporto con ambulanza, discendendo tale conseguenza dal nesso di presupposizione e dal noto effetto del fenomeno dell'invalidità ad effetto caducante, illustrato in apertura della trattazione..

Le spese di causa possono essere integralmente compensate, stante la novità e la delicatezza delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte – Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe così d:

Accoglie il ricorso principale.

Respinge il ricorso incidentale.

Compensa integralmente le spese di lite tra le parti costituite.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del giorno 20/11/2008
con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Ivo Correale, Primo Referendario

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2009

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

IL SEGRETARIO