

Consiglio di Stato, sez. V, 28 maggio 2009, n. 3284

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale
Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 4356/2008 del 28/05/2008, proposto dalla C. B. S.R.L., rappresentata e difesa dagli avv.ti F. T. e P. S. P. con domicilio eletto in R., L. M. n. 7 presso lo studio del primo;

contro

la C. A. S.R.L., rappresentata e difesa dall'avv. P. S. con domicilio eletto in R. PIAZZA B. C. n. 2 presso il sig. G. P.;

e nei confronti di

l'AZIENDA USL DI L., rappresentata e difesa dall'avv. M. V. con domicilio eletto in R., V. P. DELLA V. n. 4 presso la avv. S. C.;

per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO - LATINA n. 468/2008;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17 Febbraio 2009, relatore il Consigliere Filoreto D'Agostino ed uditi, altresì, gli avvocati T., P., A. per delega di S. e V.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Viene in decisione l'appello avverso la sentenza con la quale il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio - Sezione staccata di Latina ha accolto il ricorso di C. A. s.r.l. inteso ad ottenere l'annullamento degli atti con i quali l'odierna appellante è stata ammessa a partecipare alla licitazione privata indetta dall'Azienda unità sanitaria locale di L. per l'affidamento triennale del servizio di trasporto infermi infraospedaliero ed è risultata aggiudicataria della relativa gara.

La pronuncia qui impugnata ha ritenuto che illegittimamente il direttore generale della ASL di L. avesse ritenuto di poter invitare le concorrenti che avevano ommesso di produrre la documentazione pure richiesta dal bando, previa assegnazione di un nuovo termine di 15 giorni.

In ragione di questa osservazione che comportava l'accoglimento del primo motivo di gravame con assorbimento di tutti gli altri, è stata conseguentemente annullata l'ammissione e l'aggiudicazione in favore dell'odierna appellante.

Quest'ultima prospetta tre ordini di censure, rivolte rispettivamente a contestare l'assunto argomentativo della decisione contestata (non essendo state esaminate le ragioni per le quali si era disposta la rassegna del termine), ribadire la legittimità dell'ammissione della appellante come concorrente singola e non come componente di un'associazione temporanea di imprese e l'inesistenza di vincoli consorziali preclusivi alla partecipazione in concorrenza con altri soggetti ed, infine, la sostanziale carenza di motivazione.

L'appellata C. A. ripropone in questa sede tutte le argomentazioni difensive e le contestazioni già sviluppate in primo grado.

DIRITTO

L'appello è fondato.

La disamina delle censure deve essere preceduta da brevi richiami su elementi di fatto, la cui sussistenza determina precise conseguenze sulla vicenda contenziosa.

E' indubbio che la Struttura complessa Provveditorato Economato della ASL di L. ha fornito erronee indicazioni alle imprese che, per le vie brevi, avevano richiesto lumi e precisazioni sulle richieste contenute nel bando di gara.

Molte imprese aspiranti alla partecipazione non hanno prodotto nei termini la documentazione indicata nel bando: su nove partecipanti ben cinque non hanno ottemperato alle prescrizioni del bando per essere state trattate in errore sulla interpretazione dello stesso da parte di un ufficio della Amministrazione.

A fronte di tale obiettivo dato, due erano in astratto le vie percorribili dall'Azienda sanitaria: procedere all'annullamento dell'intera gara ovvero riassegnare un termine alle imprese.

Ciò è avvenuto in due momenti diversi.

Dapprima interveniva la deliberazione n. 888 del 245 ottobre 2006 del direttore generale dell'ASL L., in ragione della quale veniva assegnato un nuovo termine solo alle imprese trattate in errore, per dir così, dagli uffici della stazione appaltante.

Non v'è dubbio che tale deliberato non potesse superare il vaglio di legittimità, essendo lo stesso diretto non già a tutti i concorrenti, ma solo a una parte di essi.

Questi ultimi avrebbero potuto così beneficiare di termini più lunghi a scapito di quanti si erano affrettati a presentare in termini assai ristretti l'intera documentazione (con le ovvie difficoltà e il non sottovalutabile pericolo di una erronea impostazione di qualche elemento utile all'ammissione alla gara).

E'occorso pertanto che, nella consapevolezza delle difficoltà insorte, la Azienda sanitaria ha ritenuto doverosa la riapertura dei termini: ciò è avvenuto con nota 14 febbraio 2007, n. 187, con la quale si indicavano in modo sintetico ma assolutamente chiaro le precedenti vicende e gli errori dell'Amministrazione e si assegnava a tutti i concorrenti termine entro il successivo 26 febbraio 2007 per la presentazione della documentazione di cui alla sez. III.1.1, III.2.2., III.2.3. "al fine di evitare inconvenienti alla corretta gestione della gara e soprattutto al fine di assicurare la "par condicio".

Quest'ultimo atto, dal quale è scaturito senz'altro un effetto sanante rispetto a tutta la precedente confusa azione della ASL, è stato pienamente conosciuto dalla ricorrente di primo grado fin dal febbraio 2007, ma la stessa ha ritenuto di non impugnarlo immediatamente in adesione ai principi enunciati da A.p. n. 1/2003.

La Sezione dubita che quegli insegnamenti possano essere trasposti nella specifica vicenda, avendo l'Azienda sanitaria indicato con la massima chiarezza i vizi che inficiavano la precedente azione amministrativa e gli effetti sul prosieguo in mancanza di una procedura conformativa quale in concreto utilizzata dalla medesima stazione appaltante.

Non è tuttavia necessario penetrare nell'infido territorio dei distinguo dai principi enunciati in sede di Adunanza Plenaria, essendo ben evidente come la determinazione della ASL contenuta nella nota n. 187 del 14 febbraio 2007 vada esente dai rilievi di illegittimità che senz'altro connotavano la precedente deliberazione n. 888 del 24 otto-

bre 2006.

Se pure a fatica il quadro di coerenza ai principi di par condicio e di massima apertura alla partecipazione risulta essere stato ricomposto.

Da ciò discende l'accoglimento del primo motivo di gravame: la stazione appaltante, dopo tante incertezze e incongruenze comportamentali, ha sicuramente fatto buon uso dei principi che impongono il rispetto della par condicio e del buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa nell'ambito precontrattuale.

Deve ritenersi, in altre parole, che a fronte di una palese illegittimità, l'Amministrazione abbia inteso rimediare con un atto che, sia pur sotto la veste formale della richiesta di integrazione documentale, in realtà avesse la sostanza di un atto di annullamento d'ufficio, che ha investito solo parzialmente gli atti di gara, cui, nel rispetto dei principi di economia procedimentale e di conservazione dei valori giuridici, è seguito l'invito a produrre la documentazione per la quale erano insorti dubbi sul momento della conforme produzione (C.d.S., V, 8 gennaio 2007, n. 12)

In materia di procedure di gare occorre, infatti, tener presente che il canone fondamentale è quello della conservazione degli atti giuridici, operante in tutti i settori dell'ordinamento, ma che nel diritto amministrativo assume una valenza rafforzata, in relazione alle specifiche regole di economicità dell'azione amministrativa e del divieto di aggravamento del procedimento, per cui la concreta portata dell'annullamento va circoscritta, rigorosamente, soltanto agli atti effettivamente toccati dalle accertate illegittimità.

In ragione di tale principio, la rinnovazione del procedimento deve limitarsi solo alle fasi viziate ed a quelle successive, conservando l'efficacia dei precedenti atti legittimi del procedimento (V. le decisioni di questo Consiglio, sez. V n. 340 del 21.1.2002; sez. VI n. 422 del 7.2.2004).

Inoltre, tenendo conto del principio secondo il quale "utile per inutile non vitiatur" l'annullamento di un procedimento deve limitarsi agli atti viziati ed a quelli ad essi inscindibilmente connessi, ma non anche a quelli (o a quelle fasi) che abbiano una loro indipendenza oggettiva e funzionale (C.d.S., V, 8 settembre 2008, n. 4269).

Anche il secondo motivo consegue favorevole scrutinio.

Rispetto alla partecipazione *uti singulus* e non come facente parte di un'associazione temporanea, si deve osservare come la ASL abbia modificato nel corso della procedura i criteri, rendendo possibile non solo per l'odierna appellante, ma anche per l'appellata la partecipazione alla procedura in autonomia rispetto ad altra impresa originariamente indicata: in questo senso sono state autorizzate sia l'appellante sia l'appellata (quest'ultima con nota n. 1512 del 19 giugno 2007).

Ne consegue, a tacer d'altro, l'inammissibilità, in parte qua, del ricorso di prime cure, essendo evidente come l'eventuale illegittimità potesse riflettere in modo analogo i propri effetti nella sfera dell'impresa denunciante.

Quanto alla seconda parte del secondo motivo, con la quale si contesta l'esistenza di un preclusivo rapporto di aderente al consorzio dell'appellante, è agevole rilevare come, alla data di effettiva presentazione dell'offerta (cioè nel giugno del 2007) fossero trascorsi quasi dieci mesi dal recesso di C. B. dal Consorzio del quale erano componenti anche N. C. V. R. e F. S.

L'intento perseguito dal legislatore in materia di offerte di imprese partecipanti a un consorzio è di evitare che un unico centro decisionale possa preconstituire un quadro di offerte che alterano la par condicio e, in genere, la libera concorrenza.

Nel caso di specie tale pericolo non era ipotizzabile ed era comunque superato dal recesso dell'impresa dall'organizzazione consortile.

Anche il terzo motivo merita accoglimento sul rilievo che è mancato, per quanto sopra illustrato, un esame generale completo della documentazione in atti e che, conseguentemente, la decisione impugnata risulta inficiata sotto il profilo del coerente discorso giustificativo che dovrebbe assisterla.

Sembra tuttavia equo, tenendo conto del comportamento tutt'altro che lineare della Azienda sanitaria pontina, compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 17 febbraio 2009 con l'intervento dei Sigg.ri:

Stefano Baccharini	Presidente
Filoreto D'Agostino	Consigliere rel.
Aldo Scola	Consigliere
Carlo Saltelli	Consigliere
Giancarlo Montedoro	Consigliere

L'ESTENSORE
f.to Filoreto d'Agostino

IL PRESIDENTE
f.to Stefano Baccharini

IL SEGRETARIO
f.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il 28/05/09
(Art. 55 L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
f.to Livia Patroni Griffi