

SENTENZA

Sul ricorso n. 1499/09 R.G. proposto da:

XXX S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dagli avvocati M. R. e P. S.R., con domicilio eletto presso il primo in Napoli, via S.T. M., 8;

contro

ASL Napoli 5, in persona del Direttore Generale p.t. rappresentata e difesa dagli avvocati G. D. A., E. M. ed A. N., con domicilio eletto presso quest'ultimo in Napoli, via R. C. 276;

nei confronti di

YYY Spa, in persona del legale rappresentante p.t. rappresentata e difesa dagli avvocati A. A. e F. L., con domicilio eletto presso il primo in Napoli, via M.,4;

A.T.I. B. T. - N.& C. Srl, in persona dei rispettivi legali rappresentanti non costituite in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

dell'aggiudicazione definitiva, effettuata con deliberazione del Direttore Generale n.64 del 22.1.09 comunicata con nota 11.2.09 n.379, dell'affidamento della fornitura, installazione e collaudo del sistema integrato per la gestione delle telecomunicazioni/fonia/dati dell'ASL Napoli 5, nonché degli esiti della relativa gara bandita con avviso inviato alla GUCE in data 19.5.08 e ricevuto dalla stessa in pari data, nonché di tutti gli atti della gara; di ogni altro atto connesso e conseguente.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ASL Na 5 e della YYY Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Uditi nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2009 - relatore il consigliere Paolo Corciulo - i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Avvisate le stesse parti ai sensi dell'art. 21 decimo comma della legge n. 1034/71, introdotto dalla legge n. 205/2000;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con bando inviato alla G.U.C.E. in data 19 maggio 2008 la ASL Na5 indicava una gara per pubblico incanto per l'affidamento quinquennale della fornitura, installazione e collaudo del sistema integrato per la gestione delle telecomunicazioni/fonia/dati, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Con atto n. 55024 del 18 settembre 2008 il Direttore Generale dell'ASL NA 5 nominava la commissione di gara nelle persone del presidente dott. F. S. (direttore del Servizio acquisizione beni e servizi dell'azienda), dott. G. P. (direttore coordinamento staff dell'azienda), dott. F. G. (direttore dipartimento prevenzione dell'azienda), dott. M.L. (professionista esterno esperto) e dott. M. P. (professionista esterno esperto).

La società XXX s.p.a., impresa partecipante alla gara in costituenda associazione temporanea con la C. S. S. s.r.l., con nota del 23 ottobre 2008, rappresentava alla ASL Na 5 che, in occasione della prima seduta di gara del 26 settembre 2008, aveva appreso che la commissione risultava composta, tra l'altro, dai due membri esterni la cui nomina non appariva conforme alla disposizione di cui all'art. 84 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, in quanto nessuno dei due risultava essere professore universitario di ruolo, né vi era menzione della

rosa di nominativi tratta dagli albi professionali da cui l'Azienda avrebbe scelto detti professionisti; l'impresa richiedeva così la sospensione del procedimento.

L'istanza veniva riscontrata negativamente dal RUP con nota n. 1744 del 21 novembre 2008 con cui evidenziava come il dott. L. fosse esperto in informatica, settore nel quale non esisteva un albo professionale, mentre il dott. P. era invece docente di informatica presso l'Università del Molise; nella medesima nota si rilevava inoltre come la nomina della commissione fosse comunque atto endoprocedimentale e che l'invocato art. 84 non potesse trovare applicazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 401/07.

Il procedimento seguiva il proprio corso concludendosi con l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della YYZ s.p.a. disposta con deliberazione del Direttore Generale n. 64 del 22 gennaio 2009.

Tale provvedimento veniva comunicato all'aggiudicataria con nota n. 380 dell'11 febbraio 2009 ed all'a.t.i. XXX/C..S.S., giunta seconda in graduatoria, con nota n. 379 in pari data.

Avverso il provvedimento di aggiudicazione e nei confronti degli atti ed operazioni di gara ha proposto ricorso a questo Tribunale Amministrativo Regionale, la XXX s.p.a. in proprio ed in dichiarata qualità di capogruppo dell'associazione temporanea di imprese con la C.S. S. s.r.l., chiedendone l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari.

Con il primo motivo la ricorrente deduce l'assenza in capo ai componenti della commissione di gara di qualsiasi esperienza nel campo della tecnica delle comunicazioni telefoniche, essendo i tre membri interni due medici ed un avvocato; con la seconda censura, invece, rileva, relativamente ai componenti esterni, che in violazione di quanto prescritto dall'art. 84 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 il dott. L. non era iscritto ad alcun albo professionale relativamente al settore oggetto di gara, mentre il dott. P. era un ricercatore e non apparteneva dunque al ruolo dei professori universitari.

Con decreto presidenziale n. 711/09 del 16 marzo 2009 è stata accolta l'istanza di misure cautelari inaudita altera parte.

Si è costituita in giudizio la ASL Na 5 chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, eccependone l'inammissibilità per essere stata l'azione proposta dalla sola XXX s.p.a. e non anche dall'altra impresa partecipante al raggruppamento; altra eccezione di inammissibilità concerne la mancata espressa impugnazione della nota n. 1744 del 21 novembre 2008 con cui il RUP aveva respinto le contestazioni della ricorrente avverso la regolare composizione della commissione.

Si è costituita in giudizio la YYZ s.p.a. chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda cautelare, evidenziando che il difensore della C.S.S., impresa associanda con la ricorrente XXX s.p.a., aveva comunicato con nota del 18 marzo 2009 di non avere mai conferito alcun mandato per la presentazione del ricorso e che non intendeva impugnare la propria esclusione; tale situazione ad avviso della controinteressata avrebbe impedito una deliberazione della domanda cautelare favorevole alla ricorrente.

Nella camera di consiglio del 25 marzo 2009, ritenendo sussistenti tutti i presupposti per una sentenza in forma semplificata, il Tribunale tratteneva la causa per la decisione.

Devono preliminarmente essere respinte le eccezioni di inammissibilità del ricorso sollevate dall'Azienda resistente.

Con riferimento alla prima, è sufficiente richiamare il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui la legittimazione attiva (intesa come titolarità in astratto della posizione soggettiva di cui

si chiede tutela) per l'impugnazione di atti di una procedura di selezione del contraente, laddove alla stessa procedura partecipi un'associazione temporanea di imprese, sussiste, in via autonoma, in capo alle singole imprese costituite in raggruppamento temporaneo e l'impugnazione non fa venir meno il mandato conferito; infatti, ciascuna impresa, già associata o ancora da associare, è titolare di un autonomo interesse legittimo a conseguire l'aggiudicazione.

Inoltre, la legittimazione deve riconoscersi in capo all'impresa singola facente parte di un'a.t.i., sia che il raggruppamento risulti già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione, ciò perché il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo, attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate, ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio singulatim, mancando un'espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento, in materia di appalti di servizi, di lavori e di forniture.

Pertanto, ciascuna delle imprese associate ha un interesse legittimo proprio e distinto da quello delle consorelle, tutelabile anche in sede giudiziaria, a che il raggruppamento consegua l'aggiudicazione o comunque venga riammesso alla gara per coltivare una nuova possibilità di aggiudicazione (Consiglio Stato, sezione V, 6 marzo 2007 n. 1042; Consiglio di Stato V Sezione 23 ottobre 2007 n. 5577); né tale possibilità è preclusa dagli attuali orientamenti giurisprudenziali comunitari, avendo la Corte di Lussemburgo (ord. 4 ottobre 2007 resa nella causa C-492/06) confermato la piena legittimità, a livello comunitario, della disciplina normativa nazionale che abiliti le singole imprese componenti di un'ATI a proporre autonomo ricorso avverso gli atti di aggiudicazione di una gara di un pubblico appalto (Consiglio di Stato VI Sezione 23 luglio 2008 n. 3652).

Quanto, poi, alla nota allegata alla produzione dell'Azienda resistente proveniente dal difensore della C. S. S. s.r.l. è evidente che tale circostanza non vale ad elidere la sussistenza di un interesse della ricorrente XXX s.p.a. alla definizione del merito della presente controversia, tenuto conto che tale nota abdicativa dell'associanda C.S.S. s.r.l. non è destinata ad operare effetti sul piano sostanziale dell'assetto partecipativo in forma associata, ma unicamente su quello processuale e relativamente ad un giudizio che, tra l'altro, non ha ad oggetto alcun provvedimento di esclusione.

Per quanto concerne la seconda eccezione, è appena il caso di rilevare che oggetto di impugnazione doveva essere - così come è stato - esclusivamente l'aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata, solo questo essendo il primo provvedimento concretamente lesivo delle ragioni di parte ricorrente, da ricondursi all'utilità finale consistente nella sua aspirazione ad aggiudicarsi la gara.

Nel merito il ricorso è fondato.

L'art. 84, secondo comma del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevede che "la commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto"; inoltre, l'ottavo comma della stessa disposizione stabilisce che "in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i

commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie: a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza"; il nono comma, infine, prescrive che gli elenchi di cui al comma ottavo sono soggetti ad aggiornamento almeno biennale.

Identica ai fini della individuazione della fonte - avuto riguardo all'ipotizzata rilevanza della cedevolezza della norma statale richiamata, secondo quanto sancito dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 401/07 - è comunque la disciplina regionale campana recata dall'art. 48 della legge 27 febbraio 2007 n. 3.

Va rilevato come la richiamata disciplina normativa imponga alla stazione appaltante di verificare ed assicurare che la commissione giudicatrice in una gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia costituita da tutti soggetti esperti del settore di riferimento, con eccezione del solo presidente; più specificamente, riguardo ai funzionari interni della stazione appaltante la pretesa di "adeguata professionalità", pur non potendo assurgere a requisito curriculare specifico, deve quantomeno identificarsi con un livello di conoscenza del settore oggetto del contratto tale da rendere presuntivamente idoneo sotto il profilo soggettivo il giudizio tecnico valutativo che viene formulato sulle offerte tecniche, risultato che nel caso di specie non può ritenersi raggiunto relativamente ai due medici dipendenti dell'Azienda la cui documentazione professionale non annovera esperienze nello specifico campo della comunicazione dati e fonia.

Con riferimento, invece, alla individuazione dei due membri esterni, P. e L., la richiamata normativa sulla formazione delle commissioni di gara, da ritenersi di stretta interpretazione, poiché indicante requisiti soggettivi di idoneità tecnica, non può considerarsi essere stata rispettata dalla ASL Na 5.

In primo luogo, con riferimento al primo dei citati componenti esterni, si deve evidenziare come questi non sia professore di ruolo, né il possesso di tale requisito risulta essere stato documentalmente dimostrato in sede di giudizio; a ciò si aggiunga che la scelta è avvenuta al di fuori della prescritta rosa di candidati da fornirsi da parte della facoltà di appartenenza; ad analoghe considerazioni deve pervenirsi riguardo alla nomina del dott. L., in quanto la ASL Na 5 anche in questo caso avrebbe dovuto necessariamente attingere ad una rosa di nominativi estratti da albi professionali aventi afferenza con il settore oggetto del contratto, quale ad esempio quello degli ingegneri specializzati in informatica.

In conclusione il ricorso deve essere accolto, con annullamento degli atti impugnati, dovendo la ASL Na 5 rinnovare il procedimento attraverso la nomina di una nuova commissione secondo quanto stabilito dalla disciplina di cui all'art. 84 del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dall'art. 48 della l.r. Campania 27 febbraio 2007 n. 3;

Alla soccombenza segue la condanna della ASL Na 5 al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente XXX s.p.a. che si liquidano in complessivi € 2.000,00 (duemila/00), con compensazione delle stesse nei confronti della controinteressata;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Prima Sezione - accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati;

- condanna la ASL Na 5 al pagamento delle spese processuali in favore della ricorrente XXX s.p.a. che si liquidano in complessivi €2.000,00 (Duemila/00), compensando le stesse nei confronti della controinteressata;
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.