Consiglio di Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002

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

DECISIONE

sul ricorso iscritto al numero di registro generale 7329 del 2008, proposto dall'Azienda Unità Sanitaria Locale di F., costituitasi in persona del Direttore generale, legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. L. D. P., con domicilio eletto presso il dott. A. P. in R., via C., n.2;

contro

- il signor V. C., in proprio e nella qualità di titolare dell'impresa omonima, la T. S.r.l., la V. S.r.l., tutti rappresentati e difesi dall'avv. A. F. , con domicilio eletto presso lo Studio Legale T. in R., via P. C., n. 7;
- la V. S.p.A., in proprio e quale mandataria della A.T.I. con la S. S.r.l., in proprio e quale mandante della prima società, entrambe rappresentate e difese dagli avv.ti R. I., D. V., con domicilio eletto presso i difensori in R., L. M., n. 3;

e con l'intervento di

per la riforma della sentenza del T.a.r. del Lazio, sezione staccata di Latina, sez. I, n. 775 del 24 giugno 2008, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO TRIENNALE DI OSSIGENOTERAPIA DOMICILIARE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;
Visti gli appelli in via incidentale interposti dalle controparti evocate in giudizio;
Viste le memorie difensive;
Vista l'ordinanza n. 5624 del 21 ottobre 2008 con la quale la Sezione ha sospeso l'efficacia della sentenza impugnata;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2009 il consigliere Gabriele Carlotti e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;
Visto il dispositivo di decisione n. 634/2009;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - L'Azienda unità sanitaria locale di F. (nel prosieguo "Asl") indisse una procedura per l'affidamento del servizio triennale di ossigenoterapia domiciliare per i pazienti residenti nel proprio territorio.

2. – Parteciparono al pubblico incanto anche le associazioni temporanee tra le imprese indicate in epigrafe.

3. - All'esito della gara il servizio fu aggiudicato alla A.T.I. tra la S. S.r.l. e la V. S.p.A. (d'ora in poi "Ati V."), con la quale l'Asl stipulò il relativo contratto.
4. – Gli atti della procedura furono investiti dall'articolata impugnativa promossa dalla A.T.I tra il signor V. C. , in proprio e nella qualità di titolare dell'impresa omonima, e la T. S.r.l. (in seguito "Ati C.").
5. - Con atto d'intervento ad adiuvandum si costituì in giudizio la V. S.r.l. (dopo soltanto "V.") in qualità di avente causa dall'impresa ricorrente C., in ordine alla cessione del ramo di azienda interessato dalla presente controversia.
6. – Con la sentenza, di estremi specificati in epigrafe, il T.a.r del Lazio, sezione staccata di Latina, ha accolto il ricorso nella parte cassatoria e, per l'effetto, ha annullato i provvedimenti impugnati; mentre ha respinto la domanda risarcitoria, con compensazione tra le parti delle spese processuali di primo grado.
7. – Il T.a.r. ha accolto la radicale censura di illegittimità del capitolato speciale della gara, per violazione dei principi comunitari e dell'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006, nella parte in cui esso consentirebbe, secondo le prospettazioni della ricorrente, un'indebita commistione fra i requisiti di qualificazione dei partecipanti e i criteri di valutazione delle offerte, segnatamente laddove il predetto capitolato (art. 11 lett. e) e g)) annovera tra detti criteri anche l'assicurazione della qualità (lett. e)) e le referenze per servizi analoghi prestati (lett. g)).
Al riguardo il Tribunale ha ritenuto, citando anche un precedente conforme della Sezione, «che, in armonia ad un orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, i requisiti di partecipazione - che il codice degli appalti individua, tra gli altri, nella dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara - non possano essere commisti né confusi con i criteri di valutazione dell'offerta. Se ciò fosse possibile, infatti, non solo l'espletamento della pubblica gara sarebbe inquinato dalla conoscenza, ex ante, da parte della pubblica amministrazione del peso economico finanziario delle società partecipanti, con frustrazione del principio di trasparenza e di tutela della par condicio dei concorrenti, ma altresì sarebbe penalizzato il principio di massimizzazione del risultato utile conseguibile dalla pubblica amministrazione» e che, inoltre, «i servizi analoghi svolti manifestano il volume di affari della ditta concorrente e, se presi in considerazione in sede di valutazione dell'offerta, penalizzerebbero le ditte più piccole, oltre a incidere sulla trasparenza dell'agire dell'amministrazione».
Il T.a.r. ha però respinto la domanda risarcitoria, ravvisando la piena idoneità della pronuncia cassatoria a soddisfare la pretesa dei ricorrenti ad ottenere la rinnovazione dell'intera gara.

8. – Avverso la sentenza, sopra riferita nei suoi contenuti essenziali, hanno interposto appello la Asl e, in via incidentale, anche l'Ati V..
9. – Si sono costituite, per resistere alle impugnazioni, l'Ati C. e la V.
Con un proprio appello principale, proposto in via incidentale, le predetta hanno censurato la sentenza nei capi di decisione relativi al rigetto della domanda risarcitoria e alla compensazione delle spese processuali; sono stati anche riproposti i motivi di primo grado non esaminati dal T.a.r..
10. - Gli appelli, principale e incidentale (dell'Ati V.), sono fondati e meritano accoglimento.
11. – La vicenda sottoposta all'esame del Collegio investe la questione dell'applicabilità, agli appalti di servizi, del divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta ("criteri di selezione dell'offerta") e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente ("criteri di selezione dell'offerente").
12. – Sul punto deve registrarsi un recente orientamento di questo Consiglio volto a mitigare la rigorosa interpretazione seguita in passato.
13. – La Quarta Sezione, nella decisione del 25 novembre 2008, n. 5808, ha ritenuto che il divieto in discorso conosca un'applicazione attenuata nel settore dei servizi laddove "l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un facere che può essere valutato unicamente sulla base di criteri quali-quantitativi, fra i quali ben può rientrare la considerazione della pregressa esperienza dell'operatore, come anche della solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa". Dalla considerazione dell'esperienza maturata da una concorrente possono quindi trarsi indici significativi della qualità delle prestazioni e dell'affidabilità dell'impresa, qualora tali aspetti non risultino preponderante nella valutazione complessiva dell'offerta.
14. – Una posizione ancora più definita ha assunto questa Sezione con la decisione 12 giugno 2009 n. 3716, relativa a una gara per l'affidamento di servizi di pulizia e sanificazione.
15. – A fronte della progressiva affermazione di un tale indirizzo esegetico deve reputarsi, consequenzialmente, superata in parte l'interpretazione difforme contenuta nella circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche europee del 1° marzo 2007, invocata dalle appellate.
16. – Calando i principi affermati dalle surrichiamate pronunce al caso di specie, va osservato che il capitolato speciale predisposto dalla Asl prevede l'assegnazione del punteggio massimo di 3 punti sia per l'"assicurazione di qualità e l'eventuale certificazione" (lett. e) sia per le "referenze per servizi analoghi espletati" (lett. g), ossia un massimo di 6 punti sui 40 attribuibili per il merito tecnico ("qualità"). Deve pertanto ritenersi che la pregressa esperienza delle

imprese concorrenti, suscettibile di esser valutata in base ai due richiamati criteri, non abbia inciso in maniera rilevante sulla determinazione del punteggio complessivo (100) stabilito per gli altri profili dell'offerta.
Non si ravvisa dunque la denunciata illegittimità della normativa di gara per violazione dei principi di concorrenzialità e di pari trattamento tra i partecipanti.
17. – La fondatezza, in questa parte, degli appelli della Asl e della V. non esaurisce tuttavia l'oggetto della controversia. La riproposizione dei motivi del ricorso di primo grado "assorbiti" dal T.a.r. priva infatti di consistenza il motivo, presente in entrambi i ridetti appelli, con il quale si è dedotta la carenza di interesse dell'Ati C. a censurare l'art. 11 del capitolato speciale di appalto. Il calcolo ipotetico dei punteggi incentrato sull'ideale eliminazione dei sei punti corrispondenti ai criteri contestati - sul quale poggia la "prova di resistenza" invocata dalla Asl e dall'Ati V. - non spiega invero alcuna efficacia preclusiva rispetto alle ulteriori censure non esaminate dal primo Giudice le quali, ove accolte, risulterebbero sufficienti a colmare lo scarto numerico tra l'offerta dell'aggiudicataria e quella della ricorrente in prime cure, classificatasi seconda.
18. – I primi tre motivi del ricorso originario, riproposti in secondo grado, possono essere trattati congiuntamente giacché avvinti da un evidente nesso logico. Le appellanti lamentano la violazione dell'art. 1 del capitolato speciale nella parte in cui esso dispone l'esclusione dei concorrenti "coinvolti in situazione oggettive … lesive della concorrenza nel mercato". In particolare, si sostiene che le due imprese facenti parte della Ati risultata aggiudicataria abbiano, autonomamente, i requisiti minimi per partecipare alla gara e che esse rispettivamente appartengano ad altrettanti gruppi impreditoriali in grado di controllare, congiuntamente, una quota del mercato italiano dei gas medicali e industriali superiore al 50%. Al cospetto di tale situazione, oggettivamente anticoncorrenziale, la commissione avrebbe dovuto avviare un'istruttoria e procedere, all'esito, all'esclusione della Ati V. L'omessa attivazione in tal senso dell'organo di gara avrebbe anche leso il principio di parità di trattamento tra i concorrenti determinando, in via derivata, l'invalidità di tutti gli atti della procedura.
I motivi sono infondati. Ed invero, siccome condivisibilmente osservato dalla Asl, l'art. 1 del capitolato, invocato dalle appellanti a sostegno della doglianza, non preclude in modo specifico (come sarebbe stato necessario stante la tassatività delle cause di esclusione) la partecipazione alla gara delle associazioni temporanee composte da imprese in possesso, ciascuna, dei requisiti tecnici ed economici prescritti dal bando né un divieto siffatto vige nell'ordinamento settoriale.

Sotto altro aspetto va osservato che il diritto della concorrenza interno, che riproduce essenzialmente quello comunitario, è sì volto a contrastare le intese restrittive, le concentrazioni e l'abuso di posizione dominante, ma se e soltanto se, rispettivamente, le intese abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante; se le concentrazioni comportino la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante sul mercato nazionale in modo da eliminare o ridurre in modo sostanziale e durevole la concorrenza e se, infine, della posizione dominante sia fatto abuso da parte di una o più imprese all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante (v., al riguardo, la legge n. 287 del 1990). Onde dimostrare la sussistenza di un'effettiva lesione della concorrenza non è insomma sufficiente allegare che i gruppi imprenditoriali di appartenenza di due partecipanti controllano una notevole quota del mercato nazionale; piuttosto l'Ati C. e la V. avrebbero avuto almeno l'onere di individuare, quale minimo principio di prova, ulteriori e concordanti elementi dai quali desumere la concreta ricorrenza di una delle fattispecie illecite sopra richiamate.
D'altra parte la previsione del capitolato va ragionevolmente interpretata in relazione al concetto di "mercato rilevante", da rapportarsi all'oggetto delle gara e all'ambito di attività dell'amministrazione indicente. Riguardata la questione da questa prospettiva è evidente che, nella specie, l'unico mercato rilevante che può venire in considerazione è quello corrispondente al bacino di utenza dei servizi offerti dalla Asl, a sua volta coincidente con i confini della circoscrizione dell'ente. Sarebbe stato, pertanto, del tutto illogico pretendere che la Asl effettuasse indagini estese a tutto il territorio nazionale per accertare quale fosse la posizione dei gruppi di riferimento delle imprese componenti l'Ati V., bastando invece accertare quale fosse la situazione della concorrenza nel frusinate.
La Asl avrebbe potuto eventualmente tener conto di situazioni esterne al suo territorio soltanto qualora la consumazione di illeciti anticoncorrenziali fosse stata accertata (o in corso di avanzato accertamento) da parte delle autorità competenti a pronunciarsi in materia di violazione delle regole antitrust, ossia l'Autorità garante per la concorrenza o una Corte di appello. Non è questo però il caso sottoposto all'esame del Collegio, dal momento che accertamenti del genere non sono stati indicati né tale può valere il provvedimento dell'AGCM n. 15392 del 26 aprile 2006 (la cui istruttoria si è effettivamente conclusa con l'irrogazione di sanzioni a fronte di "un'intesa unica e complessa che ha avuto ad oggetto la ripartizione dei mercati rilevanti, e specificamente della clientela, nel settore dei gas tecnici in violazione dell'articolo 2 della legge n. 287/90"), giacché relativo a vicende pregresse nelle quali erano coinvolte molte

altre imprese, oltre ai gruppi di rispettiva appartenenza dei componenti dell'Ati V. Non può essere difatti disposta l'esclusione di una concorrente da una procedura di evidenza pubblica sol perché destinataria, in passato, di un provvedimento sanzionatorio dell'Autorità garante (v. il precedente della Sezione del 22 agosto 2003, n. 4750) e in questo senso nemmeno può essere interpretata la disposizione del capitolato in questione. Invero, "il rigoroso e ben articolato sistema sanzionatorio previsto dalla legge 10 ottobre 1990 n. 287 per reprimere i comportamenti anticoncorrenziali (che contempla sanzioni civili ed amministrative di entità molto significativa) non è stato esteso dal legislatore a prevedere una incapacità a contrarre con le Amministrazioni pubbliche né temporanea né definitiva per i soggetti che abbiano posto in essere intese restrittive della concorrenza." (così la decisione citata).

19. – Con un quarto motivo è riproposta la lagnanza con la quale si è censurata l'assenza, nella Commissione di gara, di un esperto specializzato nella ossigenoterapia (pneumologo o fisiopatologo), con conseguente violazione dell'art. 84, comma 2, del D.Lgs. n. 163/2006.

Il motivo è infondato. Dell'organo di gara facevano parte due medici dall'elevata qualificazione professionale: il direttore sanitario Polo "B" e il direttore S.C. Riabilitazione Distretto A-B e ciò è sufficiente a far presumere il possesso da parte di costoro, per quanto concerne le competenze sanitarie, dell'esperienza richiesta dal citato art. 84. Per vincere tale presunzione l'Ati C. e la V. avrebbero dovuto sottoporre all'attenzione del Collegio qualche indice sintomatico della inidoneità tecnica dei suddetti membri della Commissione. In carenza di qualunque allegazione il motivo deve essere rigettato.

20. – Con il quinto motivo si deduce l'omessa specificazione nei verbali di gara delle modalità con le quali sarebbero stati custoditi i plichi contenenti le offerte; di qui la denuncia della violazione dei principi di segretezza delle offerte e di pari trattamento tra i concorrenti.

Il motivo è infondato. I plichi contenenti le offerte sono stati aperti in seduta pubblica, previo controllo della loro integrità (v. il verbale n. 1 del 4 dicembre 2006). A tale seduta presenziarono anche i rappresentanti dell'Ati C. In successivi verbali si dà atto che, al termine di ogni seduta, la documentazione di gara fu riposta in una stanza appositamente adibita a custodia degli atti della procedura. Anche le offerte economiche sono state aperte in seduta pubblica (v. il verbale del 22 gennaio 2007), viepiù alla presenza di rappresentanti dell'Ati C. Emerge dunque, in positivo, l'osservanza del principio di pubblicità nell'apertura sia dei plichi contenenti la documentazione di partecipazione sia delle offerte economiche; risulta altresì dai verbali che l'organo di gara ha usato alcune cautele nella custodia degli atti (depositandoli in una stanza apposita). A fronte di tali circostanze le appellanti incidentali avrebbero dovuto offrire

almeno un principio di prova idoneo a far sospettare l'avvenuta alterazione indebita dei pieghi o, comunque, avrebbero dovuto indicare un elemento concreto dal quale desumere l'irregolare svolgimento, sotto questo profilo, della procedura. La semplice denuncia della mancata specificazione nei verbali delle esatte modalità di conservazione degli atti e della astratta possibilità di una loro manipolazione non soddisfa invece il predetto onere probatorio, ancorché attenuato dal principio acquisitivo, gravante in capo ai deducenti. Di qui il rigetto del mezzo di gravame.

21. – Si lamenta, ancora, che il seggio di gara, dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche, avrebbe introdotto nuovi criteri di valutazione non contemplati nel capitolato speciale, in spregio ai principi di correttezza, di trasparenza e di parità di trattamento. In particolare, la violazione dei richiamati principi si sarebbe consumata nella seduta del 10 gennaio 2006 (v. il verbale n. 4), allorquando la commissione, in relazione al criterio di valutazione di cui all'art. 11, lett. d), del capitolato speciale (denominato "proposte migliorative ed eventuale dotazione di un sistema di telerilevamento a domicilio dei parametri vitali dell'assistito"), ebbe a valutare soltanto il telerilevamento e non anche le altre proposte migliorative.

Un'analoga violazione concernerebbe l'applicazione del criterio di cui all'art. 11, lett. e), del capitolato speciale (denominato "assicurazione qualità ed eventuali certificazioni"), essendosi la commissione limitata a valutare esclusivamente il possesso, da parte delle concorrenti, delle certificazioni possedute, senza esaminare anche l'assicurazione di qualità.

Infine, i medesimi profili di illegittimità affliggerebbero anche l'operato del seggio di gara in riferimento al criterio previsto dall'art. 11, lett. f), del capitolato speciale relativo alle "referenze per servizi analoghi espletati", essendo stato valutato soltanto il fatturato eccedente il minimo previsto quale requisito economico-finanziario di partecipazione.

Nelle riferite circostanze il Collegio non ravvisa alcuna violazione del divieto di introdurre nuovi sub-criteri di valutazione dopo l'apertura delle offerte. Ed invero, la lett. d) dell'art. 11 del capitolato speciale imponeva la valutazione delle proposte migliorative ed, eventualmente, la dotazione di un sistema di telerilevamento. L'organo di gara non si è discostato da tale regola: è chiarito difatti nel verbale n. 4 del 10 gennaio 2006 che la commissione ha ritenuto "tutte le proposte migliorative formulate non … rilevanti al punto da determinare punteggi specifici"; correttamente pertanto, una volta valutate le proposte migliorative e dopo averle ritenute non meritevoli di positivo apprezzamento, l'applicazione del criterio si è focalizzata sulla sola attività di tele rilevamento.

Con riferimento al criterio di cui all'art. 11, lett. e), del capitolato speciale, va osservato che non illogicamente, in assenza di

altri elementi suscettibili di valutazione, il seggio di gara ha tenuto conto del numero delle certificazione di qualità, essendo siffatte certificazioni preordinate all'assicurazione dell'obiettiva sussistenza di una garanzia qualitativa delle prestazioni. Il maggior punteggio attribuito all'Ati V. è ragionevolmente scaturito dal possesso di un maggior numero di certificazioni per ognuna delle imprese facenti parte dell'associazione temporanea, a fronte della mancata produzione di certificazioni di qualità da parte della T.
Condivisibile sul piano logico è stata anche l'applicazione del criterio valutativo stabilito dall'art. 11, lett. g), del capitolato speciale. Al riguardo, richiamato quanto sopra osservato in ordine alla legittimità del criterio, risulta rispondente a logica che la commissione abbia ignorato le referenze già considerate quale minimo requisito di partecipazione. In questo modo non si è introdotto un nuovo parametro di giudizio, ma si è unicamente evitato, nell'applicazione di un criterio già contemplato dalla normativa di gara, di valutare due volte uno stesso elemento per differenti finalità.
Non emergendo dunque la sussistenza dei vizi denunciati anche tale doglianza merita rigetto.
22. – Con il settimo motivo (numerato come ottavo nella memoria) si lamenta che la commissione avrebbe stabilito criteri motivazionali estremamente generici, senza peraltro procedere ad alcuna comparazione dei progetti e della documentazione presentata dai concorrenti (sebbene questo fosse l'autovincolo promanante da quanto deciso dal seggio di gara in occasione della seduta del 4 dicembre 2006; v. il verbale n. 1); sotto altro profilo si deduce che la commissione non si sarebbe attenuta, in sede di valutazione, ai criteri motivazionali dalla stessa in precedenza stabiliti.
Il motivo è privo di pregio. Innanzitutto va rilevato che l'indicazione dei criteri motivazionali effettuata in data 4 dicembre 2006 (v. il verbale n. 1, prima delle apertura delle buste), ancorché succinta, risulta legittima. Invero, i criteri di valutazione della qualità elencati nell'art. 11 del capitolato speciale si presentavano completi e di per sé idonei a essere utilizzati nelle motivazioni delle assegnazioni dei punteggi. Tale sufficienza dei riferimenti contenuti nella normativa di gara ha consentito alla commissione di limitarsi all'individuazione di pochi elementi integrativi quali, per un verso, il principio (a dire il vero superfluo per la sua evidenza) della comparazione tra i progetti e la documentazione presentata e, per altro verso, la regola dell'attribuzione del valore massimo alla migliore offerta, in rapporto al singolo criterio preso in considerazione, con determinazione proporzionale dei punteggi assegnati alle altre offerte.
E' comunque dirimente osservare che, in sede di valutazione dell'offerta tecnica, la commissione ha poi motivato le ragioni delle singole preferenze manifestate e la lettura di dette motivazioni

permette di ricostruire il percorso logico in concreto seguito (che, peraltro, è indubbiamente fondato su una preventiva analisi comparativa delle offerte; v. il citato verbale n. 4).
L'ultimo profilo di censura è invece inammissibile dal momento che, attraverso di esso, le appellate puntano a sindacare l'esercizio, da parte della commissione, della sua discrezionalità tecnica: come è noto, uno scrutinio del genere è consentito soltanto in presenza di manifeste illogicità o di valutazioni arbitrarie, ma, nella fattispecie, vizi del genere, atteso tutto quanto sopra considerato, non ricorrono.
23. - Con l'ultimo, articolato motivo le appellate lamentano, nella sostanza, che:
- la delibera n. 44 del 26 gennaio 2007 recava una aggiudicazione provvisoria e non definitiva;
- in ogni caso tale aggiudicazione, quand'anche da reputarsi definitiva, non sarebbe stata preceduta dalla verifica del possesso dei requisiti prescritti;
- illegittimamente la stipula del contratto sarebbe intervenuta lo stesso giorno dell'approvazione del relativo schema negoziale (avvenuta con delibera n. 799 del 3 agosto 2007), in violazione del termine di cui al comma 9 dell'art. 11 del D.Lgs. n. 163/2006 (non essendo mai divenuta definitiva l'aggiudicazione per mancata effettuazione dei controlli prescritti dalla legge);
- anche a voler ritenere diversamente, la stipula del contratto avrebbe avuto luogo ben sei mesi dopo l'aggiudicazione, senza che ricorressero le condizioni a cui l'art. 11, comma 9, del citato Codice subordina il differimento del termine ivi previsto;
- infine, l'approvazione del contratto non sarebbe stata sottoposta ai controlli di legge.
Per infirmare queste residue censure sarebbe sufficiente osservare la sopravvenuta carenza di interesse dell'Ati C. e della V. a coltivare gran parte di esse. In effetti, una volta vagliata la legittimità della gara, deve ritenersi estinto l'interesse strumentale delle predette imprese a ottenere una rinnovazione della procedura selettiva; invero, quand'anche fossero ipoteticamente fondate le doglianze dirette contro la fase finale della procedura, non potrebbe comunque scaturire da siffatte illegittimità il conseguimento del principale obiettivo avuto di mira con la proposizione dell'originaria impugnativa, ossia la caducazione del contratto e la rinnovazione della gara (e ancora prima l'aggiudicazione in favore dell'Ati C.).
In disparte la precedente considerazione, seppur dirimente, va ulteriormente osservato che:
- sicuramente la deliberazione n. 44/2007 si configura come atto di aggiudicazione definitiva, posto che quella provvisoria – quale atto proprio del seggio di gara (v. l'art. 11, comma 4, del Codice dei contratti pubblici) - risale al 22 gennaio 2007 (v. il relativo verbale n. 5);

- la predetta deliberazione fa espressamente decorrere l'efficacia del contratto dal completamento dell'iter amministrativo in ordine agli accertamenti previsti dall'art. 1 del capitolato speciale e dell'art. 42, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006;
- il termine previsto dal comma 9 dell'art. 11 del Codice è chiaramente fissato a tutela della libertà negoziale dell'aggiudicatario, essendo volto a scongiurare che l'impresa risultata vincitrice della gara possa rimanere indefinitamente vincolata nei confronti della stazione appaltante. Ciò è confermato dalla circostanza che la stessa disposizione stabilisce che l'aggiudicatario possa sciogliersi da detto vincolo notificando un apposito atto all'amministrazione appaltante (notificazione che, nella fattispecie, non vi è stata). Di qui il difetto di interesse delle appellate alla doglianza.

24. – L'accoglimento degli appelli della Asl e della Ati V. per le ragioni sopra esposte e l'infondatezza dei motivi, assorbiti in prime cure e riproposti in secondo grado dalle appellate, conducono alla riforma della sentenza gravata, con conseguente, integrale rigetto del ricorso di primo grado. Consegue l'improcedibilità, per difetto di interesse, del motivo di impugnazione principale, formulato dalla Asl, diretto contro la dichiarazione di caducazione automatica del contratto già stipulato.

25. – Il riferito esito del presente giudizio travolge anche l'appello incidentale dell'Ati C. e della V. diretto contro il rigetto della domanda risarcitoria (rigetto che merita conferma in ragione, però, dell'infondatezza del ricorso di primo grado) e contro la disposta compensazione delle spese processuali. Al riguardo, il Collegio è pertanto esonerato dal verificare la fondatezza delle preliminari eccezioni di inammissibilità sollevate dalla Asl.

26. – Il regolamento delle spese processuali del doppio grado del giudizio è, quindi, liquidato in base alla soccombenza, come da susseguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione, definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale proposto dalla Azienda unità sanitaria locale di F. e quello incidentale collettivamente interposto dalla V. S.p.A. e dalla S. S.r.l.; respinge l'appello incidentale collettivo della V. C. , della T. S.r.l. e della V. S.r.l. e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Condanna le soccombenti, in solido, alla rifusione delle spese processuali del doppio grado del giudizio, liquidate in euro 2.000,00 (duemila/00) per ciascuna controparte costituita.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Aniello Cerreto, Presidente FF
Carlo Saltelli, Consigliere
Gabriele Carlotti, Consigliere, Estensore
Eugenio Mele, Consigliere
Adolfo Metro, Consigliere
L'ESTENSORE
IL PRESIDENTE
Il Segretario
DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 02/10/2009
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
Il Direttore della Sezione