



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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 482 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Auriga Società Consortile Coop. Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Matteo Frenguelli, Eugenio Dalli Cardillo e Luca Castagnoli, con domicilio eletto presso l'avv. Matteo Frenguelli in Perugia, via Cesarei, 4;

contro

Azienda U.S.L. n. 2 di Perugia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Rampini e Giulia Silvestri, con domicilio eletto presso l'avv. Mario Rampini in Perugia, piazza Piccinino n.9; Responsabile del Procedimento;

nei confronti di

Seriana 2000 società cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Carullo e Beatrice Belli, con domicilio eletto presso l'avv. Giulio Terranova in Perugia, corso Vannucci 10;

per l'annullamento

- della determina di aggiudicazione definitiva n. 631 adottata dal direttore generale in data 03.11.2011 ricevuta con la comunicazione di cui all'art. 79 del codice degli appalti a mezzo dl racc. ar. in data 10.11.2011, con la quale l'azienda sanitaria regionale dell'Umbria u.s.l. n. 2 ha aggiudicato alla Seriana 2000 soc. coop. sociale (d'ora in poi Seriana) la procedura ristretta avente ad oggetto la gestione di alcune strutture e servizi afferenti ai distretti sanitari della Azienda Usl. 2 di Perugia per un periodo di sei anni;
- della determina di aggiudicazione provvisoria adottata al termine della seduta di gara del 1.09.2011;
- del verbale di prequalifica del 29.10.2010 adottato dai responsabili dei procedimenti;
- del verbale del 11.03.2011 adottato dal responsabile del procedimento;
- della deliberazione del direttore generale n. 164 del 16.03.2011 avente ad oggetto la nomina della commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte tecniche;
- della deliberazione del direttore generale n. 236 del 13.04.2011 avente ad oggetto la sostituzione di alcuni componenti della commissione tecnica;
- di tutti i verbali relativi alla valutazione delle offerte tecniche in seduta riservata del 01.04.2011, 14.04.2011, 27.04.2011, 03.05.2011, 10.05.2011, 11.05.2011, 12.05.2011, 17.05.2011, 27.05.2011, 30.05.2011, 09.06.2011, 23.06.2011, 27.06.2011, 05.07.2011, 12.07.2011, 15.07.2011 e 11.08.2011;
- del verbale del 01.09.2011 adottato dal responsabile del procedimento;
- dei verbali del 21.09.2011, 26.09.2011 e 04.10.2011 aventi ad oggetto la verifica dell'anomalia dell'offerta della soc. Seriana 2000;
- del verbale del 20.10.2011 del responsabile del procedimento relativo alla presa d'atto della documentazione di cui all'art. 48, comma 2, del d.lgs.163/2006;

- in subordine e per quanto occorrer possa nei limiti delle censure del ricorso del bando di gara, della lettera d'invito, del capitolato e dei relativi allegati e del regolamento adottato dall'azienda sanitaria per lo svolgimento delle gare pubbliche ancorchè ignoto;

- degli atti di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario e di ogni altro atto propedeutico alla stipulazione del contratto e della sua eventuale sottoscrizione, ad oggi ignoti,

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché ignoto nonché del diniego ancorché tacito o del non luogo a procedere eventualmente adottato dalla stazione appaltante in relazione all'istanza di preavviso di ricorso, datata 10.11.2011, proposta dalla società consortile Auriga;

- di tutti gli atti e provvedimenti dell'amministrazione che hanno limitato il diritto di difesa del consorzio Auriga;

- di tutti i provvedimenti antecedenti, concomitanti e susseguenti, ancorché ignoti, nonché l'annullamento e/o decadenza e/o inefficacia del contratto, stipulato tra le parti, con riserva, nel caso di impossibilità nel subentro nel servizio, di chiedere tutela risarcitoria per i danni subiti;

per la declaratoria in tesi, perché voglia l'eccellentissimo Tar di Perugia accogliere il ricorso e conseguentemente annullare il provvedimento di aggiudicazione definitiva, con ogni effetto e conseguenza sulla domanda risarcitoria nel caso in cui sia stato sottoscritto il contratto e non sia possibile il subentro nello stesso;

se sottoscritto il contratto nonchè per la caducazione *ex tunc* o, in subordine, *ex nunc* nella parte del contratto ancora da eseguire (fermo in tal caso il risarcimento per equivalente di cui infra in ordine alla parte già eseguita) il quale fosse stato nel frattempo eventualmente stipulato con assunzione di responsabilità da parte della resistente debitamente avvertita con preavviso di ricorso;

oltre che per la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento dei danni arrecati alla società consortile Auriga dagli atti e dai comportamenti amministrativi impugnati, con riserva di avvalersi solo in subordine ex art. 122 del c.p.a del risarcimento del danno per equivalente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Asl n. 2 di Perugia e della Seriana 2000;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Seriana 2000 Società Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 marzo 2012 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato, tra l'altro, la determina direttoriale n. 631 in data 3 novembre 2011 di aggiudicazione definitiva alla Seriana 2000 società cooperativa sociale della procedura ristretta avente ad oggetto la gestione di alcune strutture e servizi afferenti ai distretti sanitari dell'Azienda U.S.L. n. 2 di Perugia per un periodo di sei anni, nonché, seppure in via subordinata, la lex specialis di gara, chiedendo altresì la pronuncia di inefficacia del contratto, ovvero la condanna al risarcimento dei danni.

La società Auriga premette di essere il più importante consorzio di cooperative sociali dell'Umbria e di avere partecipato alla gara per l'affidamento della gestione di strutture residenziali e semiresidenziali e dei servizi assistenziali afferenti ai distretti sanitari dell'Azienda U.S.L. n. 2, per un importo complessivo stimato di euro 3.700.000,00, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più

vantaggiosa, in nome e per conto delle imprese consorziate Società cooperativa sociale Polis, Società cooperativa ASAD, Società cooperativa sociale Nuova Dimensione e Società cooperativa sociale Borgo Rete.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione del principio di pubblicità statuito dagli artt. 10 e 2 delle direttive CEE 2004/17 e 2004/18 recepiti dall'art. 2 del t.u. n. 163 del 2006; violazione dei principi statuiti da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 13 del 28 luglio 2011; violazione dei principi di pubblicità delle operazioni di gara, di parità di trattamento dei concorrenti, di trasparenza, di correttezza e d'imparzialità dell'azione amministrativa; violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione; sviamento ed eccesso di potere, lamentandosi che in data 11 aprile 2011 la Stazione appaltante, a mezzo della commissione tecnica, in seduta riservata, ha proceduto all'apertura della busta relativa all'offerta tecnica della società Seriana, verificando e siglando la documentazione in essa contenuta; analogamente ha operato nelle sedute riservate del 12 maggio 2011 e del 9 giugno 2011 con riguardo alle offerte tecniche delle società Agorà ed Auriga. Ciò significa che la Stazione appaltante non ha consentito alcuna pubblicità alla fase essenziale della gara concernente la verifica dell'integrità e regolarità formale degli atti contenuti all'interno delle buste concernenti l'offerta tecnica, in violazione della disciplina vigente, quale, da ultimo, interpretata dalla sentenza dell'Ad. Plen. del Cons. Stato n. 13 del 28 luglio 2011.

2) Illegittimità dell'operato della Commissione di gara; violazione dell'obbligo di custodia dei plichi; violazione del principio di segretezza delle offerte; omessa verbalizzazione delle misure adottate dalla Commissione per garantire la segretezza della documentazione di gara; violazione dei principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara; sviamento ed eccesso di potere; violazione dell'art. 97 della Costituzione, nella considerazione che dall'analisi dei verbali di gara relativi alle sedute riservate, protrattesi per oltre quattro mesi (dall'1 aprile

2011 all'11 agosto 2011), si evince che non sono state indicate le modalità e le cautele adottate per la conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche dei tre concorrenti che hanno partecipato al procedimento di evidenza pubblica; si consideri, ad aggravare il quadro, come ben tre diverse commissioni di gara si siano illegittimamente alternate nella valutazione delle offerte tecniche.

3) Violazione dell'art. 84 del t.u. n. 163 del 2006 per illegittima integrazione della commissione disposta nel corso della gara; violazione del principio di unicità della commissione di gara; violazione del principio di segretezza delle offerte; violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento tra imprese concorrenti; eccesso di potere; violazione del principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art 97 della Costituzione.

Nel corso dei lavori di esame delle offerte tecniche la Commissione ha mutato più volte la propria composizione. In particolare, il D.G. ha nominato la commissione giudicatrice deputata ad esaminare le offerte tecniche con provvedimento n. 164 del 16 marzo 2011; dopo l'inizio delle operazioni di valutazione, in data 13 aprile 2011, con provvedimento n. 236, il D.G. ha aggiunto due membri; va precisato ancora che il mutamento della commissione è ulteriormente avvenuto in via di fatto, come emerge dai verbali delle sedute riservate.

4) Violazione dei principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa relativamente alla mancata motivazione dell'ordine con cui sono state esaminate le offerte tecniche; violazione dei principi di imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa relativamente alla scelta di analizzare le offerte tecniche non comparativamente; violazione del principio di parità di trattamento; eccesso di potere; violazione della *lex specialis* di gara che prevedeva che ogni specificazione relativa alla valutazione delle offerte tecniche doveva essere indicata nel bando; violazione dell'art. 97 della Costituzione, lamentandosi che nel verbale della seduta pubblica dell'11 marzo 2011 il responsabile del procedimento si limita, alla pagina

2, ad indicare l'ordine di apertura delle buste delle imprese concorrenti senza addurre alcuna giustificazione alla scelta dello stesso. L'illegittimità appare ancora più evidente se si considera che la commissione giudicatrice non ha provveduto ad una valutazione comparativa delle offerte tecniche dei tre concorrenti, ma ha scelto, come emerge dal verbale dell'1 aprile 2011, di esaminare una alla volta ed interamente le singole offerte delle imprese concorrenti, senza che tale modalità fosse prevista dalla *lex specialis* della gara.

5) Violazione dei principi comunitari e nazionali che regolano le procedure di affidamento delle gare d'appalto, in quanto dall'esame delle tabelle valutative delle offerte tecniche allegare ai verbali non risultano le volontà dei singoli commissari nell'attribuzione del punteggio poiché è indicata la sola valutazione complessiva apparentemente espressa dall'organo consultivo senza che emergano le valutazioni rese dai singoli commissari; eccesso di potere; violazione dei principi di trasparenza e di parità di trattamento tra imprese concorrenti; violazione del principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione, nella prospettiva che dall'analisi dei verbali di gara non risultano le valutazioni compiute dai singoli componenti della commissione, neppure in forma numerica. Esiste solamente un giudizio complessivo che rende oscura ed ignota quale sia stata la volontà espressa dai singoli membri della commissione.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda U.S.L. n. 2 di Perugia e la Seriana 2000 società cooperativa sociale resistendo al ricorso avversario e chiedendone la reiezione.

Quest'ultima ha anche esperito ricorso incidentale avverso gli atti contenenti l'ammissione alla gara della ricorrente principale Auriga società consortile cooperativa sociale, allegando le seguenti censure :

6) Illegittimità per violazione dell'art. 41 del d.lgs. n. 163 del 2006 in combinato disposto con l'art. 97 del d.P.R. n. 554 del 1999 (oggi, art. 94 del d.P.R. n. 207 del

2010); violazione della *lex specialis*; eccesso di potere per falso presupposto di fatto e di diritto.

Il Consorzio Auriga ha partecipato alla procedura di gara nella sua qualità di consorzio stabile; nell'enucleazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria delle proprie consorziate, la consorziata società Nuova Dimensione dichiara un fatturato specifico pari ad euro 138.427,77 e la società BorgoRete un fatturato specifico pari ad euro 66.050,53. Ne discende che, pur raggiungendo il consorzio nel suo insieme il 100% del requisito richiesto, le due società Nuova Dimensione e BorgoRete non raggiungono il requisito minimo del 10% richiesto alle singole consorziate dal punto III.1.3) del bando di gara (attestandosi rispettivamente a poco più dell'1% ed a meno dell'0,6%). Per esplicita dichiarazione delle consorziate si determina dunque la carenza del requisito del fatturato specifico, secondo quanto previsto e nella misura richiesta dal bando.

7) Violazione dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, nella considerazione che quanto esposto al motivo rubricato *sub* 6) pone in evidenza che la dichiarazione resa dal Consorzio Auriga circa il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria costituisce una dichiarazione mendace, nella misura in cui afferma la sussistenza dei requisiti di capacità tecnica in capo alle proprie consorziate, mentre ciò non corrisponde al vero. Ne consegue che il Consorzio Auriga deve essere escluso dalla gara per avere reso dichiarazioni mendaci.

8) Violazione della *lex specialis* della gara; eccesso di potere sotto il profilo del falso presupposto di fatto; carenza di motivazione; violazione del principio di *par condicio*, nell'assunto che l'offerta economica del Consorzio Auriga è carente di un elemento richiesto a pena di esclusione; l'offerta contiene infatti il costo relativo alla sicurezza, ma non contiene in alcuna parte la dichiarazione che il costo esposto sia ritenuto congruo. Anche a ciò consegue la necessaria esclusione dalla gara della società.

La ricorrente principale Auriga società consortile cooperativa sociale ha, a sua volta, tenendo conto del ricorso incidentale, proposto motivi aggiunti anche nei confronti del bando di gara, della lettera di invito, e del capitolato, deducendo le seguenti ulteriori censure :

9) Relativamente al terzo motivo del ricorso incidentale : illegittimità della *lex specialis* di gara per contraddittorietà fra diversi atti riferibili tutti allo stesso bando di gara; violazione dell'art. 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici; violazione del principio generale comunitario di tassatività delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche; violazione del principio del *favor participationis*; violazione dell'art. 97 e dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; inutilità giuridica e contraddittorietà.

Il Consorzio Auriga, nella predisposizione dell'offerta economica, si è attenuto al modello allegato al capitolato di gara; ne consegue che, ove si ritenga fondato il ricorso incidentale, la presente procedura ristretta dovrà essere annullata per contraddittorietà con la *lex specialis* di gara, avendo il Consorzio Auriga ritenuto, in buona fede, che la compilazione del fac-simile di offerta economica messo a disposizione della Stazione appaltante fosse sufficiente per assolvere all'onere di attestazione della congruità dei costi relativi alla sicurezza.

10) Relativamente al primo motivo del ricorso incidentale : illegittimità della *lex specialis* di gara per contraddittorietà fra diversi atti riferibili tutti allo stesso bando di gara; violazione dell'art. 37 del t.u. n. 163 del 2006; violazione del principio del *favor participationis*; violazione dell'art. 97 e dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Il bando di gara prevede che i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi debbano essere posseduti dal consorzio, e non già dalle singole consorziate.

All'udienza del 21 marzo 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Può essere preliminarmente esaminato, in conformità dell'orientamento espresso da Cons. Stato, Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, il ricorso incidentale esperito dalla controinteressata Seriana 2000 società cooperativa sociale, diretto a contestare la legittimazione della ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara.

2. - Con il primo motivo incidentale si deduce la violazione dell'art. 41 del codice dei contratti pubblici, oltre che della *lex specialis*, nell'assunto che il consorzio stabile Auriga abbia partecipato alla gara benché due imprese consorziate (la società Nuova Dimensione e la società BorgoRete) non abbiano raggiunto il requisito minimo del 10% della capacità economico-finanziaria, complessivamente richiesta dal bando di gara al punto III.1.3), come dichiarato dallo stesso consorzio alle pagine 9 e 8 della propria dichiarazione sostitutiva.

Il motivo non appare meritevole di positiva valutazione.

Il punto III.1.3) del bando di gara, in tema di “forma giuridica che dovrà assumere il raggruppamento di operatori economici aggiudicatario dell'appalto”, stabilisce «secondo quanto previsto dall'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006, nonché secondo quanto previsto dall'art. 253 del d.lgs. n. 163/2006; pertanto i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel presente bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nella misura del 40%; la restante percentuale dovrà essere posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso dovrà possedere i requisiti in misura maggioritaria».

Appare evidente già dai richiami normativi che la clausola del bando invocata fa riferimento ai raggruppamenti temporanei ed ai consorzi ordinari di concorrenti, e non anche ai consorzi stabili, che, pure, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), del

d.lgs. n. 163 del 2006, rientrano tra i soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici.

Il consorzio stabile, quale è, in modo incontestato, Auriga, disciplinato dall'art. 36 del codice dei contratti pubblici, è tale in quanto caratterizzato dalla creazione di una comune struttura di impresa; tale circostanza giustifica la capacità dei consorzi stabili di assumere direttamente in proprio l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto; in altri termini, il rapporto con la Stazione appaltante si instaura solamente con il consorzio.

Ne consegue che nel consorzio stabile non esiste la figura di mandataria e capogruppo, in quanto ogni attività deve ricondursi direttamente agli organi consortili. Ulteriore corollario di ciò è che i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria devono essere sempre posseduti e comprovati in capo al consorzio, con il cumulo dei requisiti posseduti dalle singole consorziate, senza che ciò cambi nel caso che il consorzio indichi che eseguirà i lavori a mezzo di un'impresa consorziata.

3. - Con il secondo motivo del ricorso incidentale si deduce poi la violazione dell'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, assumendosi che la dichiarazione resa dal consorzio Auriga, circa il possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria delle proprie consorziate, sia mendace, e per ciò stesso ne comporti l'esclusione dalla gara.

Anche tale censura deve essere disattesa; ed invero, seppure nella sua costruzione letterale (con l'uso dell'espressione "in proprio"), la dichiarazione possa far insorgere qualche residuale dubbio, in realtà non ha un contenuto mendace, in quanto effettivamente, proprio sulla base di quanto osservato al punto *sub* 2) della motivazione con riferimento ai consorzi stabili, le singole consorziate dovevano ritenersi in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*. Del resto, va precisato che le dichiarazioni sul fatturato relativo agli anni 2006/2008 delle consorziate

Nuova Dimensione e BorgoRete non sono mendaci, con la conseguenza che il contenuto della dichiarazione (allegata alla domanda di partecipazione) contenuta a pagina 8 potrebbe, al massimo, prendendo spunto dall'elaborazione formatasi sull'art. 38 del codice dei contratti pubblici, costituire un falso innocuo, in quanto neppure potenzialmente idoneo ad incidere sull'esito della procedura di evidenza pubblica.

4. - Il terzo motivo incidentale lamenta che l'offerta economica del Consorzio Auriga sia carente di un elemento previsto dalla lettera invito (disciplinando la busta n. 3, concernente l'offerta economica) a pena di esclusione, consistente nell'omessa dichiarazione che i costi relativi alla sicurezza sono ritenuti congrui.

Anche tale motivo è infondato per la semplice ma fondamentale ragione che, come risulta dagli scritti difensivi, Auriga ha redatto la propria offerta economica utilizzando il fac-simile allegato alla lettera di invito, nel quale è espressamente previsto che «nella formulazione della presente offerta economica, l'Impresa dichiara di aver tenuto conto di tutte le condizioni previste dal capitolato, dalle circostanze particolari e generali, nonché di tutti gli oneri ed obblighi previsti dalla vigente legislazione».

Pur prescindendo da un raffronto della congruità dei prezzi offerti rispettivamente dalla Auriga e dalla Seriana, deve considerarsi che nel caso in cui la Stazione appaltante ha predisposto un modulo allegato all'offerta, l'utilizzazione del medesimo, esplicitamente od implicitamente consigliata, non può riverberarsi a danno dei concorrenti che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modulo. Ed invero i valori dell'affidamento e della buona fede dei concorrenti ad una gara impediscono che le conseguenze di una condotta della Stazione appaltante possano essere trasferite sui partecipanti mediante l'applicazione della sanzione dell'esclusione (in termini Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2012, n. 2973).

5. - Discende da quanto esposto che il ricorso incidentale deve essere disatteso, in quanto infondato.

6. - Procedendo ora all'esame del ricorso principale, va ricordato come con il primo motivo si deduca la violazione del principio di pubblicità della gara, nell'assunto che l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica sia stata effettuata in seduta riservata, come risulta dai verbali in data 1 aprile 2011, 12 maggio 2011 e 9 giugno 2011, che hanno, nell'ordine, interessato l'offerta della società Seriana, dell'Agorà e dell'Auriga, anche in asserito contrasto con quanto disposto dalla lettera di invito (peraltro pure gravata in subordine, ove diversamente interpretata), la quale, in tema di "svolgimento della gara", dispone che «l'offerta tecnica presentata da ciascuna ditta ammessa verrà acquisita dall'apposita Commissione giudicatrice nominata dall'AUSL n. 2 per la valutazione in successive sedute non pubbliche, della conformità di quanto offerto, degli aspetti qualitativi e per l'assegnazione dei relativi punteggi».

La censura, tenendo conto dello *ius superveniens*, non appare meritevole di positiva valutazione.

Ed invero, posto che, ad avviso del Collegio, dalla predetta disposizione della lettera di invito non si evince una prescrizione espressa sulle modalità di apertura (in particolare in seduta pubblica) dei plichi contenenti l'offerta tecnica, devono applicarsi alla fattispecie le norme ed i principi generali.

A questo riguardo, come noto, la sentenza di Cons. Stato, Ad. Plen., 28 luglio 2011, n. 13, intervenuta all'esito di un percorso giurisprudenziale abbastanza travagliato, si è pronunciata in favore della pubblicità delle sedute di gara anche per l'apertura delle offerte tecniche, ferma rimanendo l'esclusione di ogni facoltà degli interessati di prendere visione del contenuto.

Tale autorevole indirizzo giurisprudenziale è stato condiviso anche da questo Tribunale Amministrativo (cfr. T.A.R. Umbria, 2 maggio 2012, n. 162).

Senonché, nelle more della pubblicazione della presente sentenza, è intervenuto il d.l. 7 maggio 2012, n. 52 (recante disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica), il cui art. 12, dopo avere, con i primi due commi, recepito l'indirizzo espresso dall'Ad. Plen., mediante introduzione di una specifica prescrizione (inserita nel corpo dell'art. 120 e dell'art. 283 del regolamento di esecuzione, di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) sull'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti, contiene un terzo comma, del seguente letterale tenore : «i commi 1 e 2 si applicano alle procedure di affidamento per le quali non si sia ancora proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche alla data di entrata in vigore del presente decreto».

La legge 6 luglio 2012, n. 94, di conversione del predetto d.l., ha soppresso il comma 3, ma ha inserito nei primi due commi la formula parentetica, di equivalente significato, per cui il principio di pubblicità opera «anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012» (data di entrata in vigore del d.l. n. 52 del 2012). Ne discende che per i plichi aperti prima di tale data la regola della pubblicità è cedevole, in assenza di specifica prescrizione della *lex specialis*.

Tale regime sembra inteso a realizzare una sorta di sanatoria dei procedimenti di gara nei quali l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche si è svolta in seduta riservata, e che hanno dato origine ad impugnative giurisdizionali fondate principalmente sul precedente dell'Ad. Plen.

Si potrebbe dubitare della compatibilità comunitaria dell'art. 12 del d.l. n. 52 del 2012, in quanto la stessa sentenza n. 13 del 2011 del massimo Consesso della Giustizia amministrativa ha sottolineato come il fondamento normativo dei principi di trasparenza e pubblicità delle operazioni di gara vada ravvisato, oltre che nell'art. 97 della Costituzione, proprio nelle direttive comunitarie, recepite con

il d.lgs. n. 163 del 2006. Ma in realtà, a bene considerare, la disposizione che viene qui in rilievo ha una portata puramente provvisoria, transitoria, essendo finalizzata a sanare le operazioni di gara effettuate in precedenza del prodursi degli effetti del consolidamento di un indirizzo giurisprudenziale precedentemente incerto, con un chiaro obiettivo di contenimento della spesa pubblica, conseguente alla esigenza di rinnovazione dei procedimenti di gara. Ciò induce il Collegio a ritenere la norma comunitariamente compatibile.

7. - Con il secondo mezzo viene poi dedotta la violazione dell'obbligo di custodia dei plichi e dunque del principio di segretezza delle offerte, lamentandosi la mancata verbalizzazione delle misure adottate dalla Commissione per garantire la segretezza della documentazione di gara (ed in particolare delle offerte tecniche), tanto più significativa in ragione del protrarsi per oltre quattro mesi (dall'aprile all'agosto 2011) delle ben diciassette sedute riservate, in violazione, tra l'altro, dei principi di continuità e concentrazione delle procedure di gara.

La censura è fondata, e meritevole pertanto di positiva valutazione.

Dalla documentazione in atti si evince che solamente nel verbale dell'11 marzo 2011, relativo alla prima seduta di gara, precedente alla nomina della commissione giudicatrice, intervenuta il successivo 16 marzo, il responsabile del procedimento, dopo avere proceduto all'apertura dei plichi pervenuti dalle imprese concorrenti, contenenti le tre buste chiuse, ed avere aperto la busta contenente la documentazione amministrativa, ha disposto, dandone atto nel processo verbale, di «custodire i plichi contenenti le offerte tecniche delle imprese concorrenti fino alla individuazione della commissione giudicatrice che dovrà valutarle, ed alla conseguente trasmissione degli atti di gara alla stessa, così come previsto dalla lettera invito alla procedura di gara in oggetto», ed, ancora, che «nel frattempo, le buste contenenti le offerte tecniche ed economiche delle imprese concorrenti siano

custodite, in apposito armadio chiuso, presso la sede dell'UOS Politiche Approvvigionamenti».

Nei successivi verbali, attinenti alle fasi della gara più delicate, in cui si è avuta l'apertura, in seduta riservata, e la successiva disamina delle offerte tecniche, manca qualsivoglia riferimento alle modalità di conservazione degli atti di gara.

Ora, secondo la giurisprudenza prevalente, l'obbligo di predisporre adeguate cautele a tutela dell'integrità delle buste contenenti le offerte delle imprese partecipanti a gare pubbliche, in mancanza di apposita previsione da parte del legislatore, discende necessariamente dalla *ratio* che sorregge e giustifica il ricorso alla gara pubblica per l'individuazione del contraente, in quanto l'integrità dei plichi contenenti le offerte dei partecipanti è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle offerte e della *par condicio* di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità, consacrati dall'art. 97 della Costituzione, ai quali deve uniformarsi l'azione amministrativa (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 28 marzo 2012, n. 1862; Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8817).

Tale esigenza era nel caso di specie tanto più avvertita in quanto, come si è prima evidenziato, l'apertura delle offerte tecniche è avvenuta in seduta riservata, e si è svolta in un arco temporale abbastanza lungo, tenendo conto che hanno partecipato al procedimento solamente tre imprese.

La Commissione era dunque tenuta a predisporre specifiche cautele a tutela dell'integrità e della conservazione delle buste contenenti le offerte, di cui doveva farsi menzione nel verbale di gara (Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203), mentre ciò non risulta essere avvenuto nel procedimento di gara controverso.

Tale tutela deve essere assicurata in astratto e comunque a prescindere dalla circostanza che sia stata poi dimostrata un'effettiva manomissione dei plichi; tale illegittimità non può conseguentemente essere sanata dalle allegazioni difensive

dell'Azienda resistente, secondo cui le sedute della Commissione si sono svolte sempre presso la sede di Perugia, via Gallenga n. 2, all'interno della stanza del RUP, ove è sempre rimasto e custodito il materiale di gara, atteso che una siffatta allegazione, contenuta negli scritti difensivi, non può certo valere a sostituire le funzioni del verbale di gara, sottoscritto dai componenti della Commissione (Cons. Stato, Sez. V, 21 maggio 2010, n. 3203).

8. - L'accoglimento dell'esaminata censura ha portata assorbente, e comporta l'annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata Seriana 2000 società cooperativa sociale; il che consentirebbe al Collegio di assorbire le rimanenti censure.

Peraltro, per completezza, vale la pena, seppure sinteticamente, esaminarle.

In particolare, con il terzo motivo si deduce l'illegittimità del mutamento della Commissione nel corso del procedimento di gara, rispetto alla composizione risultante dall'atto di nomina, di cui alla delibera del D.G. n. 164 del 16 marzo 2011.

Il motivo è infondato; ed invero la sostituzione di alcuni componenti della Commissione giudicatrice divenuti indisponibili non incide sulla regolare composizione della medesima, qualora la persona nominata abbia la stessa qualità e svolga le medesime funzioni di quella sostituita, non assumendo rilevanza nell'organo collegiale il nominativo, ma la qualità della persona ovvero la funzione di cui è investita (in termini T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 5 aprile 2002, n. 165; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 22 novembre 2006, n. 1750; T.A.R. Lazio, Sez. III, 11 dicembre 2006, n. 14072; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 17 marzo 2008, n. 304). D'altro canto, giova sottolineare come dai verbali emerga che il soggetto subentrato a fare parte della Commissione sia stato portato a conoscenza delle operazioni precedentemente svolte dall'organo collegiale, e le abbia condivise.

8.1. - Inammissibile per carenza di interesse, se non infondato è poi il quarto mezzo con cui si contesta la violazione del principio di imparzialità, senza peraltro evidenziare profili di disparità di trattamento in pregiudizio della Auriga, con riguardo alla scelta della Commissione di scrutinare le offerte tecniche non comparativamente, ma singolarmente, aprendole sulla base dell'ordine stabilito nella seduta dell'11 marzo 2011.

Deve, al riguardo, considerarsi che la lettera di invito conteneva elementi di valutazione e criteri ponderali sufficientemente dettagliati, sì da consentire il riscontro dell'offerta tecnica con i singoli criteri di valutazione, e non imponeva, al contrario, un confronto a coppie, ovvero un analogo meccanismo da valutazione comparativa.

8.2. - Infondato è anche il quinto motivo, con cui si lamenta che, nell'attribuzione del punteggio delle offerte, emerge la valutazione complessiva, ma non anche quella espressa dai singoli commissari.

Ed infatti, la commissione giudicatrice nelle gare d'appalto, secondo una consolidata giurisprudenza, costituisce un collegio perfetto, che, nella propria attività valutativa, opera con il plenum dei suoi componenti.

Conseguentemente, in assenza di una specifica previsione, ciò che rileva è il giudizio complessivo, e non anche il voto individuale espresso dai singoli componenti della Commissione.

9. - In conclusione, il ricorso principale deve essere accolto, con conseguente annullamento dell'impugnato provvedimento di aggiudicazione.

Può prescindere dalla disamina dei motivi aggiunti, funzionalmente condizionati (sussidiari, secondo l'accezione della ricorrente principale) all'accoglimento del ricorso incidentale.

Non v'è inoltre luogo a provvedere sulla domanda di inefficacia del contratto, essendo stato il provvedimento di aggiudicazione sospeso in sede cautelare.

Deve infine essere respinta la pretesa risarcitoria, parametrata alle spese sostenute per la partecipazione alla gara (pari ad euro 28.728,00), in quanto sfornita di prova, tale non potendo considerarsi la dichiarazione del legale rappresentante del consorzio Auriga.

Sussistono giusti motivi, in relazione alla complessità delle questioni giuridiche trattate, per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando, respinge il ricorso incidentale, ed accoglie il ricorso principale, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione impugnato.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nelle camere di consiglio dei giorni 21 marzo 2012, 11 luglio 2012, con l'intervento dei magistrati:

Carlo Luigi Cardoni, Presidente FF

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/07/2012

IL SEGRETARIO

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