

Natura delle offerte e giurisdizione amministrativa.

di Emanuela Brugnoli

Data di pubblicazione: 29-10-2019

1. Le offerte, quali meri atti privati, traggono la qualità di atti “del procedimento”, con tutti gli effetti che ne conseguono, dal bando o comunque dall’atto, altrimenti qualificato (lettera d’invito), che ne prevede tempi e modalità di presentazione, facendo sorgere in capo all’Amministrazione l’obbligo di prenderle in esame in vista del raggiungimento dello scopo finale (aggiudicazione).

2. Per la loro natura, le offerte sfuggono all’ambito oggettivo della giurisdizione cassatoria del giudice amministrativo, la quale ha ad oggetto esclusivo gli atti espressivi (in senso soggettivo e oggettivo) del potere amministrativo. La caducazione delle offerte, quindi, può conseguire (solo) quale effetto della eliminazione dal mondo giuridico, *ope iudicis*, degli atti da cui le offerte traggono la legittimazione procedimentale in ossequio al principio simul stabunt, simul cadent.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1587 del 2019, proposto da

Hospital Consulting s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Luigi Maria D’Angiolella, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via G. Antonelli n. 49;

contro

Società Regionale per la Sanità s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Leopoldo Di Bonito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza dei Martiri di

Belfiore n. 2;

nei confronti

Tecnologie Sanitarie s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino n. 2/A;

GE Medical Systems Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi e Marco Martinelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Roma, via delle Quattro Fontane n. 20;

Althea Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mascia Fumini e Lidia Scantamburlo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

R.T.I. Consorzio Tecnologie Campane - Elettronica Bio Medica s.p.a., R.T.I. Higea s.p.a. - Generale Electric Medical System Italia s.p.a., Azienda Sanitaria Locale di Benevento, Althea s.p.a., Regione Campania, Azienda Ospedaliera Rummo, Azienda Ospedaliera San Giuseppe Moscati, Azienda Sanitaria Locale di Avellino, Azienda Sanitaria Locale Benevento, non costituiti in giudizio;

per l'ottemperanza

della sentenza del Consiglio di Stato, 3^a sezione, n. 6448/2018 pubblicata il 15 novembre 2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 settembre 2019 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati Luigi Maria D'Angiolella, Leopoldo Di Bonito, Valentino Vulpetti, Antonio Lirosi e Lidia Scantamburlo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

Con la sentenza oggetto di ottemperanza n. 6448 del 15 novembre 2018, questa Sezione, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania n. 3062/2018, ha accolto il ricorso proposto da Hospital Consulting s.p.a., in proprio per i lotti 1 e 4, come mandante della costituenda A.T.I. con G.E. Medical Systems Italia s.p.a. per i lotti 2 e 3 e come mandante della costituenda A.T.I. con Siemens Healthcare s.r.l. e G.E. Medical Systems Italia s.p.a. per il lotto 5, avverso gli atti della gara, indetta ed espletata dalla Società Regionale per la Sanità s.p.a., per l'affidamento "dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione

delle apparecchiature biomediche (S.I.G.M.A.) delle aziende del sistema sanitario (AA.SS.LL, AA.OO, AA.OO.UU, I.R.C.S.S.) della Regione Campania”, tra i quali le determinazioni del Direttore Generale n. 225 del 13 novembre 2017, di aggiudicazione definitiva del lotto 3 a Tecnologie Sanitarie s.p.a., e la determinazione del Direttore Generale n. 15 del 29 gennaio 2018, di aggiudicazione definitiva del lotto 1 alla società Elettronica Bio Medica s.p.a., del lotto 2 al RTI Tecnologie Sanitarie s.p.a. - Consorzio Tecnologie Campane e dei lotti 4 e 5 al RTI Elettronica Bio Medica s.p.a. - Higea s.p.a..

La Sezione, richiamate le Linee Guida Anac n. 5 del 2016 come aggiornate con deliberazione n. 4 del 2018, in tema di criteri di nomina dei commissari, gli artt. 42 e 77 del codice dei contratti e l’art. l’art. 7 d.P.R. n. 62 del 16 aprile 2013, integranti la complessiva disciplina della incompatibilità dei componenti le commissioni di gara, ha rilevato:

- quanto al componente della commissione giudicatrice ing. Balsamo, che benché “l’esperienza professionale rispetto alla quale si radicherebbe l’incompatibilità” non sia “diretta, ma riguardi il figlio che, sebbene distaccato presso l’impresa concorrente, era in realtà dipendente di una società di lavoro interinale che è estranea alla gara con incarico cessato prima della gara”, nondimeno, “la natura c.d. ‘triangolare’ del rapporto di lavoro, che coinvolge il somministratore, l’utilizzatore e il lavoratore, e si caratterizza per la scissione tra la titolarità del rapporto di lavoro (che fa capo all’agenzia somministratrice) e l’effettiva utilizzazione del lavoratore che compete all’utilizzatore, tuttavia non sottrae il dipendente dal diretto controllo dell’utilizzatore medesimo ed in ogni caso, non è idonea ad eliminare quella ‘confusione’ di ruoli (tra valutatore e concorrente, n.d.e.) di cui si è detto”;
- “con riferimento alla posizione dell’ing. Flaminio, risulta, in effetti, che lo stesso avesse svolto attività lavorativa personalmente presso l’EBM (Elettronica Bio Medica s.p.a., n.d.e.) sia pur quattordici anni addietro. Ciò non di meno, da un lato, tale lasso temporale non costituiva motivo di esonero dalla dichiarazione da parte del commissario del predetto rapporto, mentre la compresenza nella medesima Commissione di due commissari legati (seppure in passato o indirettamente per tramite del figlio) alle imprese concorrenti rafforza la percezione di compromissione dell’imparzialità che, invece la disciplina vuole garantire al massimo livello, al fine di scongiurare il ripetersi nelle gare pubbliche di fenomeni distorsivi della par condicio e di una ‘sana’ concorrenza tra gli operatori economici”;
- “non appare rilevante in quale lotto siano risultate vincitrici TS o EBM, essendo la situazione di conflitto di interessi sopra evidenziata, capace di inficiare il giudizio espresso dall’intera Commissione”;
- “la fondatezza del motivo esaminato è idonea a determinare (anche in ragione dei criteri di cui all’ Ad. plen., 27 aprile 2015, n. 5) l’accoglimento dell’appello, e, conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, l’accoglimento del ricorso di primo grado n. 5153/2017 e l’annullamento – con riferimento ai lotti d’interesse - della delibera di designazione dei componenti della Commissione e, conseguentemente, degli atti successivi della procedura (e non anche degli atti precedenti, quali il bando ed il disciplinare ed il capitolato che sono anteriori e rispetto ai quali non sono elevate specifiche censure), dovendo, per l’effetto, disporsi la nuova nomina della Commissione di gara e la riedizione delle valutazioni”;

- “deve essere anche dichiarata l’inefficacia dell’affidamento, a prescindere dalla richiesta specifica della parte, ricadendo l’ipotesi nella esclusione disposta dall’art. 122 della necessità di una specifica valutazione dell’interesse delle parti e pubblico”.

Mediante il presente ricorso di ottemperanza, l’originaria appellante lamenta i profili violativi/elusivi del giudicato asseritamente presenti nell’attività rinnovatoria dell’Amministrazione, laddove, in particolare, essa, invece di procedere alla acquisizione di nuove offerte, si è limitata (con la contestata determinazione del Direttore Generale n. 254 del 21 dicembre 2018) a nominare una nuova commissione giudicatrice, dopo che, con la nota in data 14 novembre 2018, prot. n. SRA-0024416-2018, aveva invitato le imprese partecipanti alla gara a confermare la validità delle offerte economiche originariamente formulate ed a rinnovare le relative cauzioni provvisorie, ormai scadute.

In dettaglio, ed alla stregua delle censure articolate, viene dedotto che:

- la portata precettiva della sentenza oggetto di ottemperanza non era circoscritta alla sola rinnovazione dell’attività valutativa delle offerte posta in essere dalla commissione originaria, anche in forza del principio che preclude alla commissione di rivalutare le offerte tecniche allorché siano già note le offerte economiche: nella specie, per contro, in forza del modus operandi attuato dall’Amministrazione, la commissione attribuirebbe nuovi punteggi alle offerte tecniche già conoscendo le offerte economiche dei concorrenti;

- essendo state le società Elettronica Bio Medicale ed Higea incorporate nella società Althea s.p.a., si è inverata una modificazione soggettiva dei concorrenti originari, integrante una sopravvenienza di fatto suscettibile di “influenzare, in senso limitativo o preclusivo, l’efficacia del giudicato”;

- Althea s.p.a. non è in possesso dei requisiti soggettivi richiesti ai fini della sua valida partecipazione alla gara, avendo subito plurime risoluzioni per grave inadempimento ed essendo stata da ultimo esclusa, per violazione dell’art.80, comma 5, lettere c) ed f bis) d.lvo n. 50/2016, dalla gara finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per l’acquisizione del servizio di telemonitoraggio e teleassistenza a supporto del servizio di assistenza domiciliare integrata indetta dalla Regione Abruzzo, proprio sulla scorta dell’omissione dichiarativa concernente le predette risoluzioni contrattuali;

- la So.Re.Sa. s.p.a., con la nota a firma del R.U.P. del 28 settembre 2018, a fronte di una specifica istanza presentata dall’A.O. Sant’Anna e San Sebastiano di Caserta, ha ritenuto di interpretare il punto 5.2.4. del C.S.A. in modo da “introdurre una modalità diversa di gestione dell’eccessiva onerosità, introducendo una nuova interpretazione del capitolato che ne stravolge la portata”;

- la Società Elettronica Bio Medicale, in sede di partecipazione alla gara, aveva nella propria disponibilità uno stabilimento di rilevanti dimensioni e con tecnici ben qualificati nel Comune di Foligno, laddove ad oggi non solo la Società Elettronica Bio Medicale non esiste più (perché incorporata in Althea s.p.a.), ma non ha nemmeno la disponibilità del suddetto stabilimento, per cui la nuova commissione giudicatrice finirebbe per valutare offerte recanti caratteristiche

che non esistono più.

Si è costituita in giudizio, per resistere al ricorso, la società So.Re.Sa. s.p.a., la società Tecnologie Sanitarie s.p.a., la società G.E. Medical Systems Italia s.p.a. e la società Althea Italia s.p.a..

In particolare, quanto alle rappresentate posizioni difensive:

- la società Tecnologie Sanitarie s.p.a. deduce che i motivi del ricorso di ottemperanza, oltre ad essere infondati, non afferiscono, ad eccezione del primo, a profili di conformità al giudicato dell'attività rinnovatoria della stazione appaltante, oltre ad incidere esclusivamente sulla posizione soggettiva delle imprese cui gli stessi si riferiscono (e quindi senza necessarie implicazioni in ordine alla rinnovazione integrale della gara);

- analoghe conclusioni sono state formulate dalla Società Regionale per la Sanità S.p.A. (So.Re.Sa. s.p.a.);

- la società Althea s.p.a. eccepisce l'inammissibilità del ricorso, siccome inteso a promuovere un sindacato giurisdizionale esulante dal perimetro cognitivo e decisorio proprio del giudizio di ottemperanza; nel merito, argomenta nel senso della infondatezza delle deduzioni attoree;

- GE Medical Systems s.p.a. si è invece costituita ad adiuvandum della parte ricorrente, in quanto promotrice degli appelli, analoghi a quello originariamente proposto dalla odierna ricorrente (e conclusosi con la sentenza oggetto di ottemperanza), accolti con le sentenze nn. 6299/2018 e 6447/2018.

In data 19 luglio 2019 la parte appellante ha depositato agli atti del giudizio la determinazione del Direttore Generale n. 83 del 13 maggio 2019, recante l'aggiudicazione del lotto 1 a Tecnologie Sanitarie s.p.a., del lotto 2 al RTI Tecnologie Sanitarie s.p.a. – Consorzio Tecnologie Campane e dei lotti 4 e 5 ad Althea s.p.a., la determinazione n. 105 del 6 giugno 2019, di aggiudicazione definitiva del lotto 3 a RTI Tesi s.r.l. Tecnologia & Sicurezza – Biomed Consulting s.r.l. e Sol s.p.a., ed infine il ricorso proposto dinanzi al T.A.R. Campania al fine di ottenere l'annullamento dei suindicati provvedimenti sopravvenuti.

Tanto premesso, il ricorso di ottemperanza in esame non è meritevole di accoglimento.

E' infondato, in primo luogo, l'assunto attoreo, inteso a ricavare, dalla scelta dell'Amministrazione di rinnovare il procedimento di gara a seguito dell'amputazione dallo stesso subita per effetto della sentenza oggetto del presente ricorso di ottemperanza, a partire dall'atto di nomina della commissione giudicatrice e facendo quindi salve – affinché potessero costituire oggetto di valutazione ad opera della rinnovata commissione – le offerte tecniche ed economiche già presentate (ed esaminate dalla commissione inizialmente insediata), un profilo di contrasto/elusione rispetto al giudicato formatosi sulla sentenza suindicata, sanzionabile in sede di ottemperanza.

Deve osservarsi che la sentenza di cognizione statuisce espressamente "l'annullamento - con

riferimento ai lotti d'interesse - della delibera di designazione dei componenti della Commissione e, conseguentemente, degli atti successivi della procedura (e non anche degli atti precedenti, quali il bando ed il disciplinare ed il capitolato che sono anteriori e rispetto ai quali non sono elevate specifiche censure), dovendo, per l'effetto, disporsi la nuova nomina della Commissione di gara e la riedizione delle valutazioni”.

Ebbene, ai fini della compiuta delimitazione, con riferimento alla questione di interesse, della portata oggettiva della predetta statuizione caducatoria, occorre precisare che le offerte (recte, l'attività di elaborazione e presentazione delle stesse), pur costituendo parte integrante del procedimento (concorrendo, quali atti di impulso del privato, al suo fluire in vista del raggiungimento del suo scopo finale), sfuggono, per loro natura, all'ambito oggettivo della giurisdizione cassatoria del giudice amministrativo, la quale ha ad oggetto esclusivo gli atti espressivi (in senso soggettivo ed oggettivo) del potere amministrativo: il travolgimento degli atti privati, sub specie di perdita della rilevanza che essi rivestono, nei sensi illustrati, all'interno del procedimento di gara, può quindi conseguire (solo) quale effetto della eliminazione dal mondo giuridico, ope iudicis, degli atti amministrativi da cui i primi traggono la loro ragione legittimante.

Applicando le coordinate ermeneutiche così sinteticamente esposte alla fattispecie oggetto di giudizio, deve osservarsi che il provvedimento amministrativo attributivo alle offerte, quali meri atti privati (in mancanza di quello) giuridicamente insignificanti, della qualità di atti “del procedimento”, con tutti gli effetti (anche propulsivi) che ad essa si riconnettono, è rappresentato dal bando o comunque dall'atto, altrimenti qualificato (lettera di invito ecc.), che ne prevede tempi e modalità di presentazione, facendo sorgere in capo all'Amministrazione, ove rispondenti ai requisiti minimi all'uopo previsti, l'obbligo di prenderle in esame ai fini dell'ulteriore corso del procedimento di gara (in vista della finale individuazione del soggetto aggiudicatario).

Ne consegue che, traendo le offerte la loro legittimazione procedimentale dal bando, le stesse potrebbero dismetterla, in base al principio simul stabunt, simul cadent, solo per effetto della caducazione del secondo: ove ciò non fosse – come nella fattispecie in esame, caratterizzata dal fatto che la menzionata sentenza di cognizione ha fatto espressamente salva la validità degli atti anteriori alla nomina della commissione, tra i quali, appunto, il bando – la privazione della loro rilevanza procedimentale non potrebbe discendere dall'annullamento da parte del giudice amministrativo di atti (come quello di nomina della commissione di gara) logicamente e temporalmente posteriori (e che, semmai, assumono la presentazione delle offerte quale loro presupposto, non giustificandosi, in carenza delle stesse, l'ulteriore incedere del procedimento di aggiudicazione).

Ciò chiarito, nemmeno potrebbe sostenersi che la necessità di rinnovo delle offerte – assumendo, ad esempio, che la stessa non sia incompatibile con la clausola di salvezza del bando recata dalla sentenza oggetto di ottemperanza, potendo scaturire anche da un mero atto di riapertura del termine originario di presentazione delle candidature, che non incida sui contenuti sostanziali del bando originario – pur non imposta expressis verbis dalla sentenza oggetto della proposta domanda di ottemperanza, costituisca un corollario dei principi di imparzialità e di buon andamento dell'azione amministrativa (oltre che degli altri – ad es., di

separazione delle offerte tecniche e di quelle economiche – indicati dalla parte ricorrente), i quali non possono che permeare l'attività esecutiva del dictum giurisdizionale, assicurando la piena produzione dei relativi effetti, anche colmando gli spazi decisionali non puntualmente regolati dal giudice della cognizione.

Deve infatti osservarsi che la compromissione di quei principi non deriva tout court dalla sottoposizione, alla valutazione della neo-costituita commissione, delle offerte precedentemente esaminate da quella (parzialmente) incompatibile, ma dalla (eventuale e, nella specie, non allegata né comprovata) mancata adozione da parte dell'Amministrazione di quelle misure atte a garantire che il giudizio della prima sia formato in condizioni di assoluta neutralità ed indipendenza valutativa: misure finalizzate, essenzialmente, a munire le offerte di ogni garanzia di anonimato e di irricognoscibilità della loro provenienza, oltre che a prescegliere i componenti della nuova commissione secondo criteri di assoluta imparzialità (ed eventualmente a richiedere da parte loro una espressa dichiarazione in ordine alla non conoscenza dei contenuti delle offerte e della loro provenienza).

Ed invero, i citati principi, pur condivisibili nella loro attitudine espressiva di valori fondanti il corretto e legittimo agire amministrativo, devono comunque coniugarsi, nella loro concreta operatività, con altri ugualmente meritevoli di considerazione, come quelli di efficienza ed economicità dell'attività amministrativa (i quali impongono di non indulgere in attività procedurali di carattere meramente ripetitivo, laddove quei valori siano aliunde realizzabili): coniugazione che proprio le misure accennate consentirebbero utilmente di garantire.

Esclusa, quindi, la fondatezza della censura dianzi esaminata, deve osservarsi che le altre, come eccepito dalle controparti, non possono che incorrere nella declaratoria di inammissibilità, siccome intese a sollevare questioni esulanti dall'ambito proprio del giudizio di ottemperanza.

Iniziando da quella intesa a lamentare che, per effetto della incorporazione delle originarie concorrenti Elettronica Bio Medica s.p.a. ed Higea s.p.a. (ma, più esattamente, come chiarito in sede difensiva, della trasformazione della seconda in Althea s.p.a. e della successiva incorporazione della prima in quest'ultima) nell'impresa Althea s.p.a., la rinnovazione solo parziale, nei termini stabiliti dall'Amministrazione, del procedimento di gara confliggerebbe con il divieto di modificazione soggettiva dei concorrenti, deve osservarsi, al fine di escludere la ravvisabilità, nella circostanza dedotta, di alcun profilo di contrasto/elusione del giudicato, che eventuali impedimenti alla partecipazione/aggiudicazione del servizio ad un determinato operatore, in virtù delle vicende soggettive che lo abbiano nelle more riguardato, non sono suscettibili di incidere sulle modalità organizzative del procedimento di gara (né sui criteri da osservare ai fini della sua rinnovazione, a seguito della sua resezione giudiziale).

Invero, la contraria impostazione attorea, nel pretendere di far discendere dalla (ipotizzata) modificazione soggettiva l'esigenza di rinnovazione ab imis (recte, dal momento della presentazione delle offerte) del procedimento di gara, si fonda su una non condivisibile inversione del corretto rapporto tra eventi soggettivi (id est, che interessino i concorrenti) e conformazione oggettiva del procedimento: dovendo per contro ritenersi che sia quest'ultima, in quanto volta al perseguimento dell'interesse pubblico (nella forma composita e bilanciata di

cui si è detto innanzi), ad assumere rilievo prioritario, e valenza consequenziale, invece, le eventuali determinazioni concernenti i singoli concorrenti.

A (sostanzialmente) analoghe conclusioni deve pervenirsi in relazione alla dedotta sussistenza di ragioni di esclusione nei confronti della concorrente Althea s.p.a. (sulla scorta delle richiamate fattispecie risolutorie in cui sarebbe incorsa e delle conseguenti omissioni dichiarative): le stesse, infatti, ove effettivamente riscontrabili, verrebbero in rilievo quali circostanze legittimanti l'esercizio da parte dell'Amministrazione del potere di esclusione (ovvero di ricusazione dell'aggiudicazione eventualmente conquistata).

Quanto poi alla affermata portata integrativa (o modificativa) ascritta dalla parte ricorrente alla nota del R.U.P. del 28 settembre 2018, rispetto alla disciplina dettata dal capitolato speciale di appalto, deve parimenti osservarsi che la questione sollevata non presenta alcuna connessione con l'effetto conformativo/ripristinatore del giudicato di cui si tratta, sì che la relativa censura non può che essere dichiarata, al pari delle precedenti (ed anche perché insuscettibile di ledere in modo immediato ed attuale l'interesse della ricorrente), inammissibile.

Infine, non può essere considerata ammissibile la doglianza intesa ad evidenziare che la Elettronica Bio Medica s.p.a. (incorporata nella Althea s.p.a.) avrebbe perso alcuni elementi (come lo stabilimento in Foligno) qualificanti la sua offerta: la circostanza, infatti, sarebbe suscettibile di più pertinente deduzione, ove effettivamente verificatasi e rilevante ai fini della valutazione dell'offerta (e dell'attribuzione del connesso punteggio), nella diversa sede difensiva rappresentata dalla impugnazione del provvedimento di aggiudicazione adottato nei confronti dell'impresa suindicata (ergo dell'impresa incorporante), a conclusione del procedimento di gara rinnovato.

L'esaminato ricorso di ottemperanza, in conclusione, deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile, nei termini innanzi precisati.

L'originalità dell'oggetto della controversia giustifica la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso di ottemperanza, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge ed in parte lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Guida alla lettura

La sentenza in commento, nell'esaminare gli effetti dell'invalidità derivante dalla illegittima nomina di una Commissione giudicatrice, si sofferma principalmente sul tema della natura giuridica dell'offerta e sulla delimitazione dell'ambito oggettivo della giurisdizione cassatoria del giudice amministrativo.

A latere, il giudice dell'ottemperanza ricostruisce il giudizio di bilanciamento di interessi sotteso alla decisione da parte del Consiglio di Stato, in sede di cognizione, di non disporre la riedizione dell'intera procedura di gara, bensì soltanto la sostituzione della Commissione giudicatrice e il rinnovo della fase di esame comparativo delle offerte, mantenendo ferma la fase della presentazione delle stesse.

Il caso

La controversia trae origine dal ricorso proposto innanzi al TAR Campania da Hospital Consulting s.p.a, società specializzata nella fornitura e nella manutenzione di apparecchiature biomediche, avverso gli atti di gara indetta ed espletata dalla Società Regionale per la Sanità s.p.a. per l'affidamento *“dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature biomediche delle aziende del sistema sanitario della Regione Campania”* da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra i quali le determinazioni di aggiudicazione dei 5 lotti in cui si articola la procedura, lamentando vizi inerenti la composizione e la nomina dei membri della Commissione giudicatrice, la legittimità dei criteri di valutazione e/o l'applicazione che la Commissione ne ha fatto, nonché l'irragionevolezza dei tempi dedicati dalla Commissione alle attività di valutazione delle offerte tecniche, calcolando tali tempi sulla base di un computo presuntivo dato dalla suddivisione della durata di ciascuna seduta per il numero di elaborati tecnici esaminati.

In primo grado la Hospital Consulting s.p.a è risultata soccombente ma, proposto ricorso in appello, il Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del TAR, annullando la delibera di designazione dei componenti della Commissione e, conseguentemente, gli atti successivi della procedura fino all'affidamento del servizio, non anche gli atti anteriori (quali bando, disciplinare e capitolato), disponendo la nuova nomina della Commissione di gara e la riedizione delle valutazioni.

La Stazione Appaltante, in esecuzione della predetta sentenza, ha provveduto alla nomina di una nuova commissione deputata al rinnovo della fase comparativa delle offerte.

Alla luce di ciò, la Hospital Consulting s.p.a ha proposto ricorso per l'ottemperanza della sentenza di secondo grado, lamentando i profili violativi/elusivi del giudicato, atteso che l'Amministrazione, invece di procedere alla acquisizione di nuove offerte, si è limitata a nominare una nuova Commissione giudicatrice invitando le imprese partecipanti alla gara a confermare la validità delle offerte originariamente formulate e le relative cauzioni provvisorie.

La ricorrente, sull'assunto che la portata precettiva della sentenza oggetto di ottemperanza non è da ritenersi circoscritta alla sola rinnovazione della fase valutativa delle offerte, ha

evocato il principio di segretezza delle offerte economiche e censurato il *modus operandi* della Stazione Appaltante: secondo la Hospital Consulting s.p.a, l'Amministrazione avrebbe dovuto rinnovare la gara dalla presentazione delle offerte, invece, mantenendo ferma questa fase, la nuova Commissione si è ritrovata ad attribuire punteggi alle offerte tecniche già conoscendo le offerte economiche dei concorrenti.

A sostegno di questa tesi, la ricorrente ha richiamato, tra l'altro, le sopravvenute modificazioni soggettive che hanno riguardato i concorrenti originari nonché il venir meno di talune peculiarità delle offerte, ragione per cui la nuova Commissione avrebbe poi valutato offerte recanti caratteristiche non più esistenti.

Il giudice dell'ottemperanza in parte ha rigettato il ricorso e in parte lo ha ritenuto inammissibile.

La soluzione

Il giudice dell'ottemperanza ha ritenuto infondato l'assunto della ricorrente secondo cui vi sarebbe un profilo di contrasto/elusione rispetto al giudicato nella scelta dell'Amministrazione di rinnovare il procedimento di gara a partire dall'atto di nomina della Commissione giudicatrice, facendo salve le offerte tecniche/economiche già presentate.

A tal proposito, è stato rilevato che la sentenza di cognizione, oggetto di ottemperanza, statuisce espressamente l'annullamento *"della delibera di designazione dei componenti della Commissione e, conseguentemente, degli atti successivi della procedura"*, in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti logicamente e temporalmente posteriori e non degli atti a monte.

Inoltre, è stato precisato che **le offerte**, pur costituendo **parte integrante del procedimento di gara**, concorrendo *"quali atti di impulso del privato al suo fluire in vista del raggiungimento del suo scopo finale"*, **sfuggono, per loro natura, all'ambito oggettivo della giurisdizione cassatoria del giudice amministrativo**, la quale ha ad oggetto esclusivo gli atti espressivi del potere amministrativo.

Le **offerte**, infatti, *"sono meri atti privati giuridicamente insignificanti"*, alle quali **si attribuisce la qualità di atti del procedimento con il bando o comunque con l'atto, altrimenti qualificato** (lettera d'invito, ecc.), **che ne prevede tempi e modalità di presentazione**, facendo sorgere in capo all'Amministrazione l'obbligo di prenderle in esame ai fini dell'individuazione del soggetto aggiudicatario

Pertanto, **solo con l'annullamento degli atti** (bando, lettera d'invito) **da cui le offerte traggono legittimazione procedimentale, si produce la caducazione** delle stesse in base al principio *simul stabunt, simul cadent*.

Dunque, con la sentenza in esame, è stata riconfermata la natura privata dell'offerta in quanto dichiarazione di volontà del partecipante alla gara, volta alla costituzione di un rapporto giuridico (Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2008, n. 5547); sulla base di questo assunto,

si attribuisce particolare rilevanza alla sottoscrizione dell'offerta la quale *“assume il connotato di condizione essenziale per l'ammissibilità dell'offerta, sia sotto il profilo formale, sia sotto il profilo sostanziale”*, per cui *“la mancanza anche solo parziale, della sottoscrizione inficia la validità e, con essa, la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta”* (in tal senso, Consiglio di Stato, Sez. V, 7 novembre 2008, n. 5547; cfr. TAR Lazio Roma, Sez. II bis, 7 giugno 2019, n. 7470; TAR Campania – Napoli, Sez. III, 6 novembre 2018, n. 6447; Consiglio di Stato, Sez. V, 15 giugno 2015, n. 2954; in senso contrario il parere di precontenzioso dell'Anac n. 420 del 15 maggio 2019).

Sotto il profilo civilistico, la presentazione dell'offerta vincola il partecipante alla gara configurandosi come proposta irrevocabile ex art 1329 c.c. (TAR Puglia - Lecce, 2 maggio 2007, n 1790; parere di precontenzioso A.N.A.C., 16 maggio 2012, n. 80).

Per quanto concerne la questione relativa al rinnovo solo di taluni segmenti della procedura, tenuto conto del bilanciamento tra i diversi principi in gioco (la conservazione degli atti e la segretezza delle offerte), il giudice dell'ottemperanza ha sottolineato che, nel caso di specie, il giudizio di cognizione si è concluso con la previsione di una sostituzione della Commissione e il rinnovo della fase di valutazione comparativa delle offerte, senza per questo disporre anche il rinnovo della fase di presentazione delle offerte tecniche ed economiche.

Ciò nonostante, non si deve ritenere compromesso il principio di segretezza delle offerte, ovvero i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa ex art 97 della Costituzione. La compromissione di questi principi, infatti, non è in astratto dovuta dalla sottoposizione delle offerte originarie alla valutazione della neo – costituita commissione, bensì dalla *“mancata adozione da parte dell'Amministrazione di quelle misure atte a garantire che il giudizio della prima sia formato in condizioni di assoluta e indipendenza valutativa: misure finalizzate, essenzialmente, a munire le offerte di ogni garanzia di anonimato o di irricognoscibilità della loro provenienza, oltre che a prescegliere i componenti della nuova Commissione secondo criteri di assoluta imparzialità”*.

Il giudice dell'ottemperanza ha richiamato la necessità di bilanciare questi principi con altri ugualmente meritevoli di considerazione, quali quello della conservazione degli atti, dell'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, che inducono a preferire la soluzione volta ad annullare il solo segmento procedimentale relativo alle offerte tecniche (in argomento, Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 settembre 2014, n. 4514).

Sul tema si è pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione del 26 luglio 2012, n. 30, la quale ha affermato che anche nelle procedure che si svolgono con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, possa esservi un rinnovo della fase comparativa delle offerte, mantenendo ferma la fase di presentazione delle offerte. Tuttavia, in questa pronuncia la deroga al principio che impone la segretezza delle offerte economiche fino alla conclusione della fase di valutazione delle offerte tecniche, è stata giustificata solo perché occorreva procedere alla valutazione da parte della medesima commissione in un quadro generale già ben definito, sia attraverso la predeterminazione di criteri di valutazione delle offerte sia attraverso la valutazione delle offerte tecniche degli altri concorrenti.

Al contrario, nella fattispecie in esame, tali specifiche condizioni non sembrano sussistere, dovendo le offerte essere rivalutate da una nuova commissione e mancando, per l'effetto dell'annullamento della nomina della commissione tecnica e di tutti gli atti da questa posti in essere, quei parametri precisi che possano consentire e giustificare un possibile esame di offerte tecniche anche quando sono già conosciute le offerte economiche (in tal senso Consiglio di Stato, Sez. III, 13 ottobre 2014, n. 5057).

Esclusa la fondatezza delle censure enunciate, il giudice dell'ottemperanza ha pertanto dichiarato inammissibili gli altri motivi di doglianza (tra cui quelli relativi alle modificazioni soggettivi dei concorrenti originari e il venir meno di talune caratteristiche delle offerte), dedotti dalla ricorrente allo scopo di sostenere la tesi della necessaria rinnovazione del procedimento di gara dal momento della presentazione delle offerte.