

Pubblicato il 30/10/2019

N. 01173/2019 REG.PROV.COLL.

N. 00791/2019 REG.RIC.



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 il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 791 del 2019, proposto da Medicaire Italia S.r.l., Service Med S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Stefano Sacchetto, Stefano Soncini, Claudio Sironi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda U.L.S.S. n. 6 Euganea, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Cartia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Medi-H-Art S.r.l., Sapio Life S.r.l., Euro Ausili S.r.l., Zuccato Hc S.r.l., Officina Ortopedica Ferrero S.r.l., non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della delibera DG dell'Azienda ULSS 6 Euganea n. 503 del 12 giugno 2019 con la quale l'Amministrazione ha nominato la nuova commissione giudicatrice conferendole l'incarico di valutare le offerte di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda U.L.S.S. n. 6 Euganea;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 ottobre 2019 il dott. Marco Rinaldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'ATI costituenda ricorrente ha partecipato alla procedura aperta per l'affidamento in service di sistemi antidecubito in ambito domiciliare indetta, in via telematica, dall'ULSS n. 6 Euganea, classificandosi al quarto posto della graduatoria di merito.

Nel presente giudizio essa ha impugnato la delibera di nomina della nuova commissione giudicatrice, approvata dalla Azienda U.L.S.S. n. 6 Euganea a seguito della sentenza n. 297 del 2019, con cui questo TAR, accertata la violazione dell'art. 216, comma 12 del D.lgs. 50/2016, ha annullato, per illegittimità derivata, la aggiudicazione definitiva precedentemente disposta in favore di Medi-H-Art S.r.l, disponendo la rinnovazione dell'intero procedimento di gara, a partire dalla nomina della commissione.

Si è costituita in giudizio l'Azienda U.L.S.S. n. 6 Euganea, contrastando le avverse pretese sia in rito che nel merito.

All'udienza pubblica in epigrafe indicata la causa è passata in decisione.

Secondo l'ordine logico delle questioni di cui agli artt. 76, comma 4, c.p.a. e 276, comma 2, c.p.c. occorre previamente esaminare l'eccezione con cui la stazione appaltante deduce l'inammissibilità del ricorso poiché proposto contro un atto endoprocedimentale (delibera di nomina della commissione giudicatrice), privo di immediata e autonoma efficacia lesiva.

L'eccezione è fondata.

Secondo la prevalente giurisprudenza, condivisa dal Collegio, nelle gare pubbliche l'atto di nomina della Commissione giudicatrice, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere dell'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale.

La nomina dei componenti della Commissione può essere impugnata dal partecipante alla selezione, che la ritenga illegittima solo nel momento in cui, con l'approvazione delle operazioni concorsuali, si esaurisce il relativo procedimento amministrativo e diviene effettivamente riscontrabile la lesione della sfera giuridica dell'interessato (cfr., ex multis, Consiglio di Stato sez. V 9 gennaio 2019 n. 193; sez.. III, 11 maggio 2018 n. 2835, sez. V 16 gennaio 2015 n. 92): prima di quel momento la lesione non può dirsi né certa né attuale, ben potendo la Commissione giudicatrice, la cui legittima composizione è messa in dubbio dal concorrente, valutare favorevolmente la sua offerta.

L'azione di annullamento proposta avverso l'atto di nomina della Commissione giudicatrice deve essere, pertanto, dichiarata inammissibile per originaria carenza d'interesse poiché proposta contro un atto privo di immediata e autonoma efficacia lesiva.

Non sussistono le condizioni per disporre la conversione dell'azione di annullamento in azione di ottemperanza, come richiesto dalla parte ricorrente, per la prima volta, nella memoria di replica: ciò per una duplice ragione.

In primo luogo, perché, come chiarito da Cons. St., Ad. Pl. n. 2/2013, “la conversione dell’azione può essere disposta dal giudice dell’ottemperanza e non viceversa, perché solo questo giudice, per effetto degli articoli 21 septies l. 7 agosto 1990, n. 241 e 114, co. 4, lett. b), cpa, è competente, in relazione ai provvedimenti emanati dall’amministrazione per l’adeguamento dell’attività amministrativa a seguito di sentenza passata in giudicato, per l’accertamento della nullità di detti atti per violazione o elusione del giudicato, e dunque (...) della più grave delle patologie delle quali gli atti suddetti possono essere affetti”.

In secondo luogo, perché il secondo comma dell’art. 32 c.p.a. va interpretato in maniera restrittiva e rigorosa, a garanzia del rispetto del principio della domanda e del principio del contraddittorio che deve essere garantito per consentire alle controparti di potersi pienamente difendere in giudizio.

Dal tenore del ricorso non emerge alcuna domanda, neanche subordinata, di accertamento della nullità dell’atto impugnato per violazione o elusione del giudicato (non vi è un cumulo di azioni, ma l’unica azione proposta è quella di annullamento) e quindi nessuna conversione risulta possibile. Con la memoria di replica non è consentito ampliare il thema decidendum e proporre nuove domande: diversamente opinando, le controparti non sarebbero in grado di controdedurre, se non oralmente all’udienza di discussione, con violazione del principio del contraddittorio.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile, con condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la parte ricorrente a rifondere alla stazione appaltante le spese di lite, liquidate in € 2000,00, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Marco Rinaldi, Primo Referendario, Estensore

Mara Spatuzzi, Referendario

L'ESTENSORE
Marco Rinaldi

IL PRESIDENTE
Alessandra Farina

IL SEGRETARIO