

TAR Lazio, sez. II bis, 18/12/2008 n. 11697

Costituisce un'attività economica commerciale di carattere imprenditoriale l'attività di vendita al dettaglio al pubblico di farmaci.

La scelta di un Comune di gestire la farmacia avvalendosi di una società mista presuppone la volontà di ottimizzare l'efficacia ed economicità dell'attività economico-commerciale, anche valorizzando la componente imprenditoriale apportata dal socio privato.

L'attività di vendita al dettaglio al pubblico di farmaci (indipendentemente dal fatto che il costo sia o meno a carico del Servizio pubblico sanitario) costituisce un'attività economica commerciale di carattere imprenditoriale. Ad essa devono pertanto applicarsi il principio di libertà d'iniziativa economica privata sancito dall'art. 41 della Costituzione ed il principio di libera concorrenza sancito dal Trattato C.E., restando la tutela del consumatore assorbita, alla stregua di un criterio di proporzionalità e di ragionevolezza, dalla presenza al banco di un farmacista.

Ne consegue che la limitazione numerica degli esercizi abilitati a vendere farmaci, e la stessa possibilità di opzione esercitata nel caso di specie dal Comune, sono legittime solo se e nella misura in cui assicurano una migliore tutela della pubblica salute, secondo le previsioni dell'art. 32 della Costituzione e delle corrispondenti norme comunitarie.

Pertanto, la scelta di un Comune di gestire la farmacia avvalendosi di una società mista presuppone necessariamente la volontà di ottimizzare, alla stregua dei parametri costituzionali di buon andamento (art. 97 Cost.), l'efficacia ed economicità dell'attività economico-commerciale, anche valorizzando la componente imprenditoriale apportata dal socio privato.

Conseguentemente, sono legittime e meritevoli le proposte dei concorrenti che, utilizzando lo spazio lasciato dal bando alle eventuali "iniziative collaterali", introducono nuovi o più ampi servizi di tutela della salute della cittadinanza, valorizzando il profilo di interesse pubblico che giustifica la disciplina (e nel caso di specie anche la gestione) pubblicistica del servizio farmaceutico e che valorizzano la "performance" economica del servizio farmaceutico.

Materia: servizio farmaceutico / assegnazione farmacia

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO Sezione Seconda Bis

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 7165/2008, proposto da Luigi Guidi, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Claudio Duchi e Silvia Cosmo del Foro di Milano nonché dall'Avvocato Fabrizio Paoletti ed elettivamente domiciliato presso lo studio del medesimo in Roma, Via G. Bazzoni n.3;

contro

il Comune di Morlupo (Roma), in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall' Avv. Giuseppe Ciaglia, ed elettivamente domiciliato presso lo Studio Legale Associato Caso-Ciaglia in Roma, via Savoia n. 72

e nei confronti

di Michele Incecchi, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Enrico Cellentani e Cala V. Efrati ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Lucrino n. 10;

per l'annullamento

- del verbale di gara prot. n. 9160 del 19 maggio 2008 avente ad oggetto: "verifica requisiti busta A", a firma del presidente arch. Cinzia Zangara, con cui la commissione di gara ha verificato i requisiti di ammissibilità dei partecipanti;
 - del verbale di gara redatto in data 19 maggio 2008, a firma del Presidente di commissione, avente ad oggetto: "valutazione progetti - busta B per la scelta del socio privato farmacista cui affidare la direzione e la gestione della seconda sede farmaceutica nel Comune di Morlupo" con cui la commissione di gara ha aggiudicato in via definitiva la suddetta gara al dottor Michele Incecchi;
 - della determina dirigenziale n. 655 del 15 maggio 2008 con cui è stata nominata la commissione di gara;
- della determinazione del Responsabile del Dipartimento Tecnico Ambientale - Servizio attività produttive n. 337 dell' 11 marzo 2008 con la quale è stata indetta la gara ed approvato il relativo bando, nonché del bando stesso;
- della deliberazione del Consiglio Comunale di data 27 dicembre 2007, n. 57 con la quale è stato approvato il regolamento di gestione della farmacia, l'atto costitutivo e lo statuto della costituenda società;
 - nonché di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, contemporaneo o successivo comunque connesso alla procedura di gara, ivi compresa la nota n. 9542, prot. del Dipartimento Tecnico Ambientale Servizio Attività Produttive di data 23.5.2008 con la quale è stata restituita la cauzione e comunicata la mancata aggiudicazione.

Visto il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune intimato e del controinteressato;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese; Visti gli atti tutti della causa; Relatore alla pubblica udienza del 4 dicembre 2008 il dott. Raffaello Sestini, uditi gli Avvocati di parte come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. A seguito della revisione della pianta organica della farmacie dei comuni della provincia di Roma, nel Comune di Morlupo si è resa disponibile una seconda sede farmaceutica, in quanto in Italia, a differenza di altri Paesi europei, le farmacie aperte al pubblico, pubbliche o private che siano, sono tuttora a numero chiuso in relazione alla popolazione comunale.

Il Comune di Morlupo ha esercitato il proprio diritto di prelazione per assumere la titolarità della seconda sede farmaceutica di nuova istituzione.

Con deliberazione consiliare n. 53 del 2007, il Comune, per gestire la nuova farmacia comunale, ha poi deciso di costituire una Società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica maggioritaria con capitale sociale pari ad euro 20.000, e di bandire una gara per l'individuazione di un socio privato di minoranza al quale alienare la quota del 49% del capitale sociale.

Con determinazione del responsabile del Dipartimento Tecnico Ambientale Servizio attività produttive n. 337 dell'11 marzo 2008, è stato, quindi, approvato il bando di gara, volto ad individuare una persona fisica avente una ampia e qualificata esperienza, mediante l'esame dei titoli di servizio, del curriculum professionale e dei titoli di studio. Il socio privato avrebbe assunto il ruolo di direttore ed amministratore delegato per gestire la società, anche provvedendo alle necessarie assunzioni, ed avrebbe dovuto provvedere a proprie spese all'arredamento dei locali comunali ed alla fornitura di attrezzature e medicinali e di tutto quanto occorrente per la messa in funzione del servizio.

Il criterio di selezione era stabilito nell'individuazione dell'offerta più vantaggiosa, attribuendo un massimo di 10 punti per i titoli di studio, 10 per i titoli di servizio, 15 per il progetto gestionale (indicando anche i tempi e costi d'avvio e le eventuali "iniziative collaterali"), 10 per il progetto tecnico-economico (indicando anche arredi ed attrezzature) e 5 per il "curriculum vitae et studiorum".

Il bando prevedeva la separata valutazione, prima della busta A, con i requisiti di partecipazione e le dichiarazioni dei concorrenti, poi della busta B, con gli elaborati progettuali ed il curriculum del concorrente.

2. Alla gara hanno partecipato il ricorrente ed il controinteressato. Entrambe le offerte sono state ammesse, ma quella del controinteressato ha ottenuto un punteggio molto più alto rispetto al ricorrente (45,75 contro 35), dovuto alla diversa valutazione dei rispettivi elaborati progettuali (23 contro 12), mentre il punteggio riferito alle restanti voci vedeva in lieve vantaggio il ricorrente (per 0,25 punti).

3. Il Dottor Guidi ha impugnato la conseguente aggiudicazione al controinteressato Dottor Incecchi, deducendo le seguenti censure.

1) Violazione dell'art. 91 comma 3, del D.P.R. 21.12.1999 n. 554 e dei principi generali in tema di disciplina di presentazione dell'offerta e di autonomia di giudizio della Commissione di aggiudicazione, nonché di formazione preventiva dei criteri di valutazione delle offerte ed in generale del principio di buon andamento della funzione amministrativa; eccesso di potere per manifesta illogicità, difetto di imparzialità e trasparenza del bando e del successivo verbale di gara nella parte in cui non prevedono la separazione dell'offerta tecnica da quella economica.

2) Con riferimento al progetto gestionale della farmacia ed al progetto tecnico economico, violazione dell'art. 83 del d.lgs 12.4.2006 n. 163 per omessa previsione dei criteri di selezione del socio privato nel bando e nei successivi atti di gara della commissione. Eccesso di potere per carenza di motivazione e violazione dell'art. 3 della L. n. 241/2003. Violazione del principio di imparzialità, di trasparenza e amministrativa sotto diverso profilo.

3) Con riferimento all'offerta economica: eccesso di potere per violazione della prescrizione contenuta al punto n. 4 del bando di gara relativa all'obbligo di assumere da parte del socio privato tutte le spese di allestimento della farmacia; eccesso di potere per carente motivazione, per travisamento di presupposto essenziale, per palese irrazionalità e per disparità di trattamento.

4)- Con riferimento al progetto gestionale della farmacia ed al progetto tecnico economico: eccesso di potere per travisamento di presupposto essenziale, disparità di trattamento, carenza di motivazione. Violazione dell'art. 3 della L. n. 241/2003.

4. Il Comune resistente ed il professionista eccepiscono, in primo luogo, l'inammissibilità del ricorso per tardività, non essendo stato impugnato in termini il bando di gara, cui si riferirebbero, in realtà, tutte le censure dedotte, nonché, sostanzialmente, l'inammissibilità per difetto d'interesse, in quanto una ripetizione della procedura comporterebbe sicuramente l'esclusione del ricorrente, che ha proposto, si narra, una soluzione progettuale certamente illegittima, sia quanto ai criteri di ammortamento finanziario delle attrezzature, sia quanto alla indebita commistione fra la farmacia ed il previsto adiacente ambulatorio medico, che avrebbero apportato una non consentita modifica allo schema di offerta previsto dal bando, ritenuta da parte resistente deontologicamente scorretta e forse addirittura penalmente rilevante.

Le medesime considerazioni, insieme a numerose altre carenze e criticità degli elaborati progettuali del ricorrente, giustificerebbero altresì il basso punteggio, a lui attribuito nell'esercizio di una discrezionalità tecnica che, restando nell'ambito dei criteri fissati dal bando, non necessiterebbe di altra motivazione oltre il punteggio numerico.

Il ricorso risulterebbe, quindi, anche infondato nel merito.

5. In sede cautelare, questo TAR ha rilevato che, pur essendo oggetto della gara la scelta del socio privato farmacista cui affidare la gestione e direzione della seconda sede farmaceutica comunale, gli elementi di valutazione apparivano viziati da una illegittima commistione (richiedendosi, oltre al progetto concernente la modalità di gestione, un progetto tecnico- economico con assegnazione di punteggio non irrilevante); pertanto, non essendosi ancora conclusa la procedura, il TAR ha ritenuto la sussistenza dei presupposti per l'accoglimento dell'istanza cautelare incidentale, essendo necessario, ai fini della tutela dell'interesse pubblico, che la scelta del socio privato sia effettuata sulla base di criteri certi e meglio specificati, nel rispetto dei principi comunitari in materia di gara ad evidenza pubblica, (formulazione preventiva e dettagliata dei criteri, definizione inequivoca dell'oggetto).

Il TAR ha quindi accolto la domanda incidentale di sospensione ed ha fissato il merito alla pubblica udienza del 4 dicembre 2008, data in cui il giudizio è stato introitato dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Con il ricorso in epigrafe il Dottor Luigi Guidi, giovane farmacista della Provincia di Livorno, impugna gli atti della gara bandita dal Comune di Morlupo per la scelta del socio privato farmacista cui affidare la direzione e la gestione della seconda sede farmaceutica del Comune, cui ha partecipato avendo conosciuto il bando via internet, ma che è stata aggiudicata in via definitiva al controinteressato dottor Michele Incecchi.

2. Devono, in primo luogo, essere respinte le eccezioni di inammissibilità per tardività proposte da parte resistente in quanto, in disparte la considerazione che non tutte le censure proposte presuppongono l'illegittimità del bando, secondo l'oramai univoca giurisprudenza, ormai da tempo confermata dal Consiglio di Stato in adunanza plenaria, le singole prescrizioni del bando, per la parte in cui non precludono in radice la partecipazione, divengono immediatamente lesive solo all'esito sfavorevole per il ricorrente della procedura di gara.

3. Quanto all'eccezione di inammissibilità, e comunque non meritevolezza, dell'offerta del ricorrente, in disparte la considerazione che ciò non è stato fatto valere né nel corso della procedura di gara (nella quale il ricorrente si è utilmente classificato al secondo posto), né in sede di ricorso incidentale, occorre evidenziare che l'attività di vendita al dettaglio al pubblico di farmaci (indipendentemente dal fatto che il costo sia o meno a carico del Servizio pubblico sanitario) costituisce un'attività economica commerciale di carattere imprenditoriale. Ad essa devono pertanto applicarsi il principio di libertà d'iniziativa economica privata sancito dall'art. 41 della Costituzione ed il principio di libera concorrenza sancito dal Trattato C.E., restando la tutela del consumatore assorbita, alla stregua di un criterio di proporzionalità e di ragionevolezza, dalla presenza al banco di un farmacista.

Ne consegue che la limitazione numerica degli esercizi abilitati a vendere farmaci (fatta eccezione per la vendita di alcuni farmaci, recentemente liberalizzata mediante le cosiddette parafarmacie), e la stessa possibilità di opzione esercitata nel caso in esame dal Comune interessato, possono essere ritenute legittime dal Collegio (e quindi non devono essere sottoposte in via incidentale alla Corte costituzionale ed alla Corte di giustizia), solo se e nella misura in cui assicurano una migliore tutela della pubblica salute, secondo le previsioni dell'art. 32 della Costituzione e delle corrispondenti norme comunitarie.

Ne consegue anche che la scelta del Comune, di gestire la farmacia avvalendosi di una società mista, presuppone necessariamente la volontà di ottimizzare, alla stregua dei parametri costituzionali di buon andamento (art. 97 Cost.), l'efficacia ed economicità dell'attività economico-commerciale, anche valorizzando la componente imprenditoriale apportata dal socio privato.

4. La precedente premessa, solo apparentemente astratta, ha in realtà due immediate rilevanti ricadute sul giudizio in esame, discendendone:

a) la piena legittimità, ed anzi la meritevolezza, di ogni proposta dei concorrenti che, utilizzando lo spazio lasciato dal bando alle eventuali "iniziative collaterali", introduca nuovi o più ampi servizi di tutela della salute della cittadinanza, valorizzando il profilo di interesse pubblico che giustifica la disciplina (e nel caso di specie anche la gestione) pubblicistica del servizio farmaceutico.

Ciò ad esempio accadrebbe, per l'evidente sinergia che si creerebbe, con l'apertura dell'adiacente ambulatorio medico previsto dall'offerta del ricorrente, senza che ciò possa violare, osserva il Collegio, alcuna norma deontologica (trattandosi di attività libero-professionale medica non contingentata) e tanto meno penale (restando la relativa gestione, seppure in convenzione con la farmacia, nella esclusiva responsabilità del socio privato), salvo restando, naturalmente, l'obbligo del corretto esercizio della professione medica e di rispetto delle regole di concorrenza, sotto il duplice profilo della possibile indebita creazione di diritti speciali da parte del socio pubblico e del possibile indebito addebito dei costi al bilancio pubblico. E' opportuno evidenziare, al riguardo, che modelli di questo tipo sono già conosciuti dal nostro Ordinamento, ad esempio con la c.d. intramania allargata, che abilita i medici

ospedalieri ad operare sul territorio, per conto dell'ASL, in concorrenza con i privati, e che crea ben più gravi perplessità circa la possibile alterazione della concorrenza;

b) la piena legittimità, ed anzi la meritevolezza, di ogni proposta dei concorrenti (quale l'estensione dell'orario e dell'offerta, l'attenzione all'efficienza, flessibilità e cortesia del servizio svolto al banco, le attività promozionali e la sinergia con altre attività e servizi - così come potrebbe accadere con l'ambulatorio medico...) volta a valorizzare la "performance" economica del servizio farmaceutico in esame. Infatti, anche in relazione alla figura giuridica prescelta (società mista, cioè soggetto economico imprenditoriale operante secondo le regole del diritto privato), i servizi sanitari offerti alla cittadinanza dalla nuova farmacia devono trovare copertura finanziaria nell'attività economico-commerciale di vendita, la quale, anche se è operante in un mercato contingentato quanto ai farmaci con prescrizione medica, comunque si deve svolgere in condizioni di piena e totale concorrenza con tutti gli altri operatori, pubblici e privati, presenti su quel mercato;

c) al riguardo, giova altresì ricordare che il concorrente che sarà aggiudicatario, da un lato è espressamente esentato da ogni vincolo di subordinazione, mantenendo un'ampia autonomia, ad esempio quanto alla previsione di iniziative sinergiche, ma d'altro lato resta socio di minoranza e deve accettare senza riserve lo statuto societario allegato al bando, lasciando così al Comune la possibilità di verificare e garantire nel tempo la corretta gestione della farmacia.

5. Ad analoghe considerazioni si prestano le ulteriori controdeduzioni di parte resistente, circa il previsto ammortamento delle spese di allestimento dell'esercizio, trattandosi di una mera previsione di partita finanziaria, non idonea ad alterare le condizioni previste dal bando circa la non addebitabilità di tali spese all'Amministrazione, fermo restando quanto osservato circa la mancata proposizione di tale censura in modi e tempi idonei.

6. Chiarita l'ammissibilità dell'offerta del ricorrente, e quindi la sua legittimazione a ricorrere, il Collegio deve osservare, nel merito, che le censure proposte sono riconducibili a due diverse tipologie:

a) la prima tipologia di censure è volta alla caducazione dell'intera procedura, a causa dell'indebita commistione, nella valutazione, fra elementi dell'offerta tecnica e di quella economica, consistente essenzialmente nella provvista economica messa a disposizione dal concorrente per l'avvio dell'attività (I motivo di ricorso); oppure a causa della mancata previa definizione dei criteri di valutazione dei diversi elementi dell'offerta rilevanti ai fini dell'attribuzione del punteggio, unita alla mancata motivazione dei punteggi numerici attribuiti (II motivo);

b) la seconda tipologia di censure è, invece, volta all'annullamento dell'aggiudicazione della gara al controinteressato ed al conseguente ottenimento della quota societaria di minoranza per la gestione della farmacia comunale, a causa dell'inammissibilità dell'offerta concorrente (III motivo) ovvero a causa dell'errata valutazione della propria offerta (IV motivo).

Al riguardo, pur se il ricorrente non distingue le censure fra prioritarie e subordinate, il Collegio ritiene, in conformità ad un'autorevole giurisprudenza, di doverne graduare l'ordine di esame secondo l'interesse sostanziale fatto valere, in conformità al principio di effettività della tutela giurisdizionale, che trova il proprio fondamento negli artt. 24, 101 e 113 Cost. oltrechè nella Convenzione Europea di Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali del 1950.

Ne discende la necessità di esaminare le censure volte alla caducazione dell'intera procedura, e quindi rispondenti all'interesse solo strumentale del ricorrente a partecipare alla nuova gara eventualmente bandita, solo in caso di mancato accoglimento delle prime censure che dovranno essere esaminate, volte a sovvertire la graduatoria della gara, con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di aggiudicare in favore del ricorrente.

7. Esaminando il merito del giudizio secondo l'ordine indicato, il Collegio deve in primo luogo escludere la fondatezza del IV motivo di ricorso, volto a far valere i vizi di eccesso di potere per travisamento di presupposto essenziale, disparità di trattamento, carenza di motivazione e violazione dell'art. 3 della L. n. 241/2000, con riferimento dell'errata valutazione del proprio progetto gestionale e tecnico-economico.

Infatti, dall'argomentazione di parte ricorrente risulta evidente la erroneità e comunque la marginalità dei rilievi mossi al suo progetto in sede di gara (concernenti ad esempio la mancata previsione delle

linee di cortesia sul pavimento), ma neppure emerge alcun elemento idoneo a far presupporre che siano stati proprio quei modesti rilievi a determinare un così rilevante scarto di punteggio rispetto al progetto avversario. D'altronde, il margine di discrezionalità tecnica che caratterizza la valutazione in esame, osta all'attribuzione di un valore determinante agli ulteriori profili di pregio del proprio progetto evidenziati dal ricorrente. E' nota, infine, la oramai risalente ma immutata giurisprudenza del Consiglio di Stato, nonostante le diverse decisioni del Giudice di primo grado, circa la sufficienza di una valutazione resa in forma numerica mediante l'attribuzione di un punteggio.

8. Diversa è la valutazione del Collegio in ordine al III motivo di ricorso, volto a far valere il vizio di violazione della prescrizione contenuta al punto n. 4 del bando di gara, relativa all'obbligo del socio privato di assumere tutte le spese di allestimento della farmacia, nonché il vizio di eccesso di potere, per travisamento di presupposto essenziale, palese irrazionalità e disparità di trattamento.

In particolare, il punto n. 4 del bando prescrive che il socio dovrà provvedere a proprie spese, entro 120 giorni dalla consegna dei locali di proprietà comunale, all'arredamento (eventuali annessi compresi) oltre che alla fornitura di attrezzature, medicinali e "di tutto quanto occorrente per la messa in funzione del servizio". Il successivo punto n. 6, a conferma, include nel progetto tecnico gli elaborati progettuali dell'arredamento, delle attrezzature e del laboratorio.

Il ricorrente, quindi, evidenzia che, mentre egli con la propria offerta si è accollato circa 75.000 Euro per gli interventi di ristrutturazione, cablaggio e condizionamento dell'edificio propedeutici all'arredo (comportante circa altri 65.000 Euro a proprio carico, per un totale di circa 140.000 Euro), al contrario l'aggiudicatario, sull'affermato presupposto che i lavori di ristrutturazione sarebbero stati a carico non suo ma della costituenda società, "non essendo diversamente specificato nel bando", ha rimandato la loro determinazione a dopo la costituzione della società stessa, precisando che, qualora i lavori di ristrutturazione "si intendessero di pertinenza del candidato socio privato" le risorse finanziarie necessarie si sarebbero ricavate da "interventi di contenimento della spesa" per arredi ed apparecchiature (pari a circa 140.000 Euro così come per il ricorrente), "a fronte dell'acquisto di apparecchiature di qualità inferiore e quindi meno costose".

Ciò rende l'offerta tecnico-economica, osserva il Collegio, del tutto incerta, e quindi non valutabile, e comunque non meritevole di punteggio.

9. Inoltre, il ricorrente dichiara, nell'offerta, che conferirà prima alla società la citata somma di 140.000 Euro, a suo carico, da corrispondere a terzi per le opere e forniture in esame, con una sorta di "triangolazione" volta a spuntare una minore imposizione fiscale, e dichiara anche che ciò favorirà l'opzione di "far ricorrere la medesima società al credito" ipotizzando l'accensione di un mutuo di 120.000 Euro della durata di dieci anni.

Il punto è stato oggetto di ampia disamina fra le parti, e l'amministrazione e la controinteressata hanno argomentato la facoltatività e vantaggiosità economico-finanziaria dell'operazione.

Il Collegio non può certo pronunciarsi sull'opportunità "etica" dell'operazione e delle sue finalità, né può assumere alcun rilievo il "sospetto", nascente anche dalle recenti sopravvenienze nel mondo dell'economia, per i meccanismi finanziari di moltiplicazione "virtuale" della liquidità. Peraltro, qualunque sia il giudizio sulla duplice previsione in esame, il Collegio deve osservare, così come censurato dal ricorrente, che l'introduzione nell'offerta del predetto conferimento finanziario (con la clausola "a garanzia della buona fede, della trasparenza e correttezza degli importi di spesa previsti"), unitamente alla successiva accensione di un mutuo, comporta un indebitamento della società, a partecipazione pubblica maggioritaria, pari ad Euro 120.000 verso il mondo bancario (per il mutuo) oltre ad Euro 140.000 verso il socio privato (che resterebbe creditore per il conferimento effettuato), e quindi viola apertamente la previsione del bando, che addebita ogni onere economico-finanziario al socio privato, rendendo non valutabile l'offerta tecnico-economica. Qualora, poi, la previsione in esame dovesse essere ritenuta solo opzionale (peraltro in contrasto con il tenore letterale dell'offerta, almeno quanto al conferimento), ciò, comunque, renderebbe l'offerta incerta, impedendo ugualmente la valutazione del progetto tecnico-economico e quindi l'attribuzione di qualunque punteggio al riguardo.

10. Il terzo motivo di ricorso deve pertanto essere accolto, risultando la censura fondata, con il conseguente annullamento dell'aggiudicazione e dei precedenti atti di gara, per la parte in cui non

hanno escluso il controinteressato a seguito dell'esame della sua offerta tecnico-economica, ovvero non hanno dichiarato l'impossibilità di attribuire un punteggio alla sua offerta tecnico-economica, e ciò, come sopra illustrato, esime il Collegio dall'esame delle ulteriori censure.

11. Restano da stabilire le immediate conseguenze del sopraindicato annullamento per il ricorrente, che ha legittimamente partecipato alla gara con una propria offerta, ritenuta valida dall'amministrazione aggiudicatrice, e che si è collocato utilmente al secondo posto della graduatoria.

A giudizio del Collegio, nonostante vi siano solo due partecipanti utilmente collocati nella graduatoria finale, e a prescindere dalle previsioni del bando al riguardo, nella particolare fattispecie in esame l'Amministrazione assume l'obbligo di aggiudicare al secondo classificato, ovvero al ricorrente, sia in quanto la gara è rivolta, non all'aggiudicazione di un appalto alla migliore delle offerte presentate dalle società già operanti ed attive su di un mercato concorrenziale, bensì alla individuazione di un nuovo soggetto, fra quelli in astratto in possesso della necessaria qualifica, idoneo ed interessato ad entrare ex novo nel mercato (assumendo la qualifica di socio privato di minoranza della nuova società mista), sia perché la seconda offerta è stata validamente proposta da un soggetto munito dei necessari requisiti, anche se la relativa offerta tecnico-economica si è poi rivelata non suscettibile di ricevere alcun punteggio, talché un'eventuale ripetizione della gara non consentirebbe di formulare una prognosi favorevole né circa la partecipazione di nuovi e più numerosi operatori economici, né circa la presentazione di nuove offerte più vantaggiose.

12. Per le ragioni espresse, il Collegio accoglie quindi il terzo motivo del ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla l'aggiudicazione, unitamente ai precedenti atti di gara per la parte in cui non hanno dichiarato l'inammissibilità dell'offerta tecnico-economica della controinteressata, e comunque non hanno dichiarato l'impossibilità di attribuire un punteggio all'elemento tecnico-economico di tale offerta, con il conseguente obbligo dell'Amministrazione di rinnovare tali atti e di aggiudicare la gara alla ricorrente, previa verifica del possesso dei requisiti da essa dichiarati.

Il predetto risarcimento in forma specifica preclude ogni diverso possibile risarcimento del danno.

Sussistono, infine, giustificati motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Bis, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Compensa fra le parti le spese di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa. Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 4 dicembre 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Eduardo PUGLIESE Presidente

Raffaello SESTINI Consigliere - Relatore

Solveig COGLIANI Primo referendario

Il Presidente Il Consigliere est.

Depositata in segreteria

il 18 dicembre 2008

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)