

N. 00785/2009 REG.SEN.

N. 01473/2008 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 Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1473 del 2008, proposto da:
Flow Meter S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Bellardi, Matteo Luzzana, Oreste Badellino e Stefano Zonca, con domicilio eletto presso lo studio degli avv. Oreste Badellino e Massimo Bellardi in Torino, corso Stati Uniti n. 62;

contro

Azienda Sanitaria Locale AL, rappresentata e difesa dagli avv. Carlo Castellotti, Maria Daniela Cogo ed Elio Garibaldi, elettivamente domiciliata presso l'Avvocatura della Regione Piemonte in Torino, piazza Castello n. 165;
Azienda Sanitaria Locale AT di Asti;

nei confronti di

Id & Co S.r.l.;
Cardinal Health Italy 311 S.r.l.;

per l'annullamento

della deliberazione del Direttore Generale dell'ASI. AL n. 2008/2434 del 27.8.2008 di aggiudicazione alla ID & CO S.r.l., all'esito della procedura negoziata mediante cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125 del d.lg. n. 163 del 12.4.2006, della fornitura di "Sistemi per la raccolta di liquidi organici aspirati" per la ASL AL e per la ASL AT per l'anno 2008 e sino al 31.12.2010, deliberazione trasmessa in copia informale alla ricorrente con lettera della Struttura Operativa Complessa (SOC) Economato Provveditorato dell'ASL AL prot. n. 103198 del 17.9.2008, nonché di tutti gli atti a questo connessi,

antecedenti e conseguenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale AL;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis, comma sesto, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4/3/2009 il dott. Richard Goso e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'Azienda Sanitaria Locale AL ha indetto una procedura negoziata per la fornitura, mediante cottimo fiduciario, di dispositivi monouso per la raccolta dei liquidi organici attraverso aspirazione.

La fornitura aveva durata prevista fino al 31 dicembre 2010 ed era destinata, oltre che alla stazione appaltante, anche all'Azienda Sanitaria Locale AT.

Con lettera del 14 gennaio 2008, la ricorrente era invitata a partecipare alla gara, insieme ad altre quattro aziende.

Essa presentava offerta nei termini, allegando la documentazione tecnica richiesta e sottoscrivendo per accettazione il capitolato speciale.

La lex specialis di gara prevedeva che l'aggiudicazione sarebbe stata disposta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante attribuzione di un massimo di 50 punti per il prezzo e 50 punti per la qualità; il punteggio per la qualità era ulteriormente suddiviso con riferimento ai seguenti parametri:

- fino a 25 punti per le caratteristiche tecniche dei dispositivi ("caratteristiche tecniche dei prodotti offerti, sicurezza, affidabilità");
- fino a 20 punti per le caratteristiche tecniche delle attrezzature concesse in comodato ("caratteristiche tecniche e costruttive, praticità e funzionalità

d'impiego, resistenza, sicurezza e affidabilità”);

- fino a 5 punti per la capacità organizzativa della ditta (“referenze e esperienze pregresse in forniture identiche, organigramma, capacità organizzativa dell'azienda, tempi di intervento e di consegna ecc.”).

Esaurite le operazioni della Commissione giudicatrice, l'offerta dell'attuale ricorrente otteneva 77,47 punti complessivi (47,47 per il prezzo e 30 per la qualità) e si classificava al terzo posto sul totale di tre offerte ammesse in gara, alle spalle di Cardinal Health Italy s.r.l. (che sommava 90 punti, 50 per il prezzo e 40 per la qualità) e dell'aggiudicataria Id & Co s.r.l. (che sommava 97,93 punti, 47,93 per il prezzo e 50 per la qualità).

Con deliberazione n. 2008/2434 del 27 agosto 2008, il Direttore Generale della A.S.L. approvava le risultanze della gara e aggiudicava la fornitura alla ditta prima classificata.

Avverso tale determinazione, trasmessa all'attuale ricorrente con lettera della A.S.L. in data 17 settembre 2008, Flow Meter s.p.a. ha proposto il ricorso giurisdizionale in trattazione, con cui deduce i seguenti motivi di gravame:

I) Violazione di legge con riferimento all'art. 83 del d.lgs. 163/2006 ed eccesso di potere; violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa e del principio di parità di trattamento dei concorrenti.

La dedotta violazione di legge deriva dalla fissazione di sub-criteri o sub-voci di valutazione da parte della Commissione giudicatrice.

II) Violazione di legge con riferimento all'art. 83 del d.lgs. 163/2006; eccesso di potere per difetto di motivazione; violazione dei principi di trasparenza ed imparzialità dell'azione amministrativa.

A titolo di corollario alla censura di cui sub I), viene precisato che la Commissione giudicatrice si sarebbe dovuta limitare alla fissazione dei criteri motivazionali cui attenersi per l'attribuzione dei punteggi relativi al parametro qualità.

III) Violazione di legge con riferimento all'art. 84 del d.lgs. 163/2006; violazione delle disposizioni del capitolato speciale della procedura negoziata; eccesso di potere sotto il profilo della manifesta illogicità, superficialità, incompletezza, incongruenza, disparità del giudizio tecnico della Commissione giudicatrice; eccesso di potere sotto il profilo della mancata motivazione; mancata esclusione di controinteressato in difetto dei requisiti necessari imposti dal bando di gara; travisamento di circostanze di fatto costituenti presupposto del giudizio tecnico.

Nel contesto del motivo di gravame, vengono dedotti due tipi di censure:

- il primo ordine di doglianze è riferito all'applicazione, asseritamente scorretta,

dei criteri di valutazione che avrebbe determinato un giudizio finale palesemente illogico;

- la seconda censura concerne la regolarità delle operazioni compiute dalla Commissione giudicatrice che avrebbe irrispettamente delegato la valutazione dei prodotti a soggetti terzi non meglio identificati.

Sulla scorta di tali rilievi critici, l'esponente insta conclusivamente per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara, previa sospensione dell'esecuzione; essa propone, inoltre, domanda di risarcimento dei danni, individuati con riferimento al lucro cessante (per i mancati introiti che sarebbero derivati dall'esecuzione della fornitura), al danno emergente (rappresentato dalle spese sostenute per la partecipazione alla gara e la fornitura dei campioni) e al danno all'immagine.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Sanitaria Locale AL, eccependo l'inammissibilità del gravame, per carenza di interesse a ricorrere, e, nel merito, argomentando nel senso della sua infondatezza.

Non si sono costituite in giudizio l'Azienda Sanitaria Locale AT e le società controinteressate.

Le parti hanno depositato memorie difensive, con cui articolano ulteriormente le proprie argomentazioni.

Il ricorso è stato chiamato all'udienza del 4 marzo 2009 ed è stato ritenuto in decisione; ha fatto seguito la pubblicazione del dispositivo di sentenza.

DIRITTO

1) E' controversa, nel presente giudizio, la legittimità del provvedimento con cui il Direttore Generale dell'intimata Azienda Sanitaria Locale ha aggiudicato alla controinteressata Id & Co s.r.l. la procedura negoziata per la fornitura, mediante cottimo fiduciario, di dispositivi monouso per la raccolta dei liquidi organici attraverso aspirazione.

Come precisato nelle premesse in fatto, la gara è stata aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, comportante l'attribuzione di un punteggio massimo di 50 punti per il prezzo e 50 punti per la qualità.

2) Prima di vagliare le censure di legittimità dedotte dalla ricorrente, occorre soffermarsi sull'eccezione di rito proposta dalla parte pubblica, con riferimento alla presunta carenza di interesse a ricorrere.

Più precisamente, l'eccezione applica la cosiddetta prova di resistenza, al fine di dimostrare che l'ipotetica attribuzione alla ricorrente del punteggio massimo previsto per il fattore qualità non le avrebbe comunque consentito di risultare aggiudicataria della gara: in tal caso, infatti, essa avrebbe sommato un punteggio complessivo pari a 97,47 (50 punti per la qualità e 47,47 per il prezzo), sempre

inferiore ai 97,93 punti conseguiti dall'aggiudicataria.

L'eccezione non ha pregio, perché non considera che l'accoglimento delle censure dedotte con il ricorso potrebbe determinare, in astratto, non solo l'incremento del punteggio attribuito alla ricorrente per il fattore qualità, ma anche la diminuzione dei punti conseguiti dall'aggiudicataria per il medesimo fattore, con conseguente sovversione delle risultanze della gara.

In disparte tali considerazioni, va rilevato come l'attuale ricorrente abbia senz'altro interesse ad impugnare l'aggiudicazione della gara, poiché le censure da essa dedotte sono tali da determinare, in caso di accoglimento del ricorso, l'utilità strumentale della rinnovazione dell'intera procedura di scelta del contraente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2009, n. 101).

3) Può procedersi, pertanto, all'esame congiunto del primo e del secondo motivo di ricorso, con cui viene dedotta la violazione dell'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in quanto la Commissione giudicatrice, anziché limitarsi all'esplicitazione dei criteri motivazionali cui si sarebbe attenuta nell'attribuzione dei punteggi, avrebbe introdotto veri e propri sub-criteri di valutazione delle offerte.

3.1) Il referente normativo richiamato dalla ricorrente costituisce una novità introdotta dal codice dei contratti (d.lgs. n. 163/2006) e si traduce in una incisiva compressione dei poteri discrezionali delle commissioni di gara cui, nelle procedure da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stata sottratta la possibilità di introdurre sub-criteri (o sub-pesi o sub-punteggi) per la valutazione delle offerte, elementi che, ove del caso, possono unicamente essere previsti dal bando di gara.

L'articolo 83, comma 4, del citato codice, nel testo vigente *ratione temporis*, consentiva solamente alle commissioni giudicatrici di fissare in via generale, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, i criteri motivazionali cui si sarebbero attenute per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando (in epoca successiva all'adozione del provvedimento impugnato, peraltro, anche questo residuo margine di discrezionalità è venuto meno, per effetto della novella introdotta con il cosiddetto terzo correttivo al codice dei contratti).

3.2) Nel caso in esame, è patente la violazione della suindicata prescrizione normativa, dal momento che la stessa Commissione giudicatrice, nel verbale n. 1 del 3 aprile 2008, dichiara di aver proceduto, prima dell'apertura delle buste contenenti la documentazione tecnica, a "stabilire i seguenti sottocriteri di valutazione del parametro qualità ...".

3.3) Né può pretendersi di considerare il contenuto di tale dichiarazione alla stregua di mera improprietà terminologica o di negare che gli ulteriori elementi individuati dalla Commissione si configurino quali reali sub-criteri di valutazione delle offerte, dal momento che gli stessi contengono sostanziali specificazioni rispetto ai criteri previsti dal capitolato speciale, valorizzando particolari aspetti ai fini dell'attribuzione del punteggio in luogo di altri

potenzialmente utilizzabili.

Si propone un esempio fra i molteplici possibili.

Il criterio di valutazione “caratteristiche tecniche dei dispositivi” è descritto dal capitolato speciale in termini di “sicurezza” e “affidabilità” dei prodotti offerti.

In relazione a tale criterio, la Commissione ha individuato cinque sub-criteri (robustezza, qualità della saldatura, affidabilità della connessione degli attacchi di sicurezza, presenza e qualità della tenuta della valvola a pieno, facilità di utilizzo e rimozione) che prendono in considerazione particolari caratteristiche dei prodotti, ritenendole atte a testimoniare la sicurezza e l'affidabilità, a discapito di altre che potrebbero ugualmente essere utilizzate a tal fine.

Equivale a dire che la sicurezza e l'affidabilità di un determinato bene (anzi, di quei particolari prodotti che costituivano oggetto della gara in contestazione) possono essere misurate sulla base di molteplici caratteristiche che non si esauriscono certo nel novero di cinque individuate nella specie dalla Commissione.

La scelta di queste voci, pertanto, non può certo considerarsi ininfluenza ai fini dell'attribuzione del punteggio e impone di considerare le medesime quali veri e propri sub-criteri di valutazione, anziché mera esplicitazione dei criteri motivazionali da applicarsi successivamente.

3.4) La parte pubblica obietta ancora che i limiti posti dall'articolo 83, comma 4, del codice dei contratti, non troverebbero applicazione nel caso di gara “sotto soglia” qual è la presente.

Neppure tale eccezione può essere condivisa, poiché l'articolo 125, comma 11, del codice, prescrive che l'affidamento di (servizi e di) forniture di importo pari o superiore a 20.000 euro mediante cottimo fiduciario debba avvenire nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento.

L'obbligo di preventiva definizione, in sede di bando, di tutti i criteri e sub-criteri di valutazione delle offerte, con conseguente esclusione di qualsiasi facoltà di integrazione del bando medesimo da parte della commissione di gara, però, è direttamente volto ad assicurare il rispetto del fondamentale principio di trasparenza su cui si regge tutto lo svolgimento della procedura selettiva (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 15 settembre 2008, n. 8328).

Ne deriva che la specificazione di sub-criteri di valutazione delle offerte da parte della commissione giudicatrice si pone primariamente in contrasto proprio con il principio di trasparenza che, per espressa previsione legislativa, deve essere costantemente rispettato anche nelle procedure sotto soglia comunitaria.

Occorre aggiungere che tale comportamento amministrativo si pone anche in contrasto con l'altro fondamentale principio teso ad assicurare la par condicio dei concorrenti, nella misura in cui altera gli elementi di valutazione in relazione

ai quali i concorrenti medesimi hanno potuto predisporre la propria offerta tecnica (T.A.R. Piemonte, sez. II, 2 luglio 2008, n. 1445).

3.5) La parte resistente si duole, infine, degli effetti cui può condurre l'applicazione del divieto in parola, descritti in termini di svilimento del ruolo delle commissioni di gara a "meri burocrati esecutivi".

Quest'ultima considerazione non è certo idonea a contrastare il precetto legislativo che impone di indicare esclusivamente nel bando o nei documenti di gara tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione della gara e che, va rammentato, costituisce corretto recepimento delle chiare indicazioni provenienti dalle direttive comunitarie.

4) Merita una diagnosi di fondatezza anche il terzo motivo di ricorso, nella parte in cui sottopone a censura l'operato della Commissione che avrebbe indebitamente delegato a terzi, non meglio identificati, le valutazioni tecniche di propria competenza.

4.1) Va preliminarmente precisato che la commissione giudicatrice, nelle gare d'appalto che prevedono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere composta, a norma dell'articolo 84, comma 2, del codice dei contratti, da soggetti esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto dell'appalto.

Per la corretta formazione della volontà collegiale, è necessario che tutti i componenti la commissione partecipino alle valutazioni tecnico-discrezionali e ad esercitare le prerogative decisionali dell'organo tecnico che, conseguentemente, si configura come collegio perfetto.

L'accennata natura giuridica della commissione esclude la possibilità di delegarne i compiti valutativi ad un parte dei membri (salvo conforme previsione della *lex specialis*) e, a fortiori, di rimettere detti compiti a qualsivoglia soggetto estraneo.

4.2) Anche in questo caso, la violazione degli enunciati principi emerge a chiare lettere dagli stessi atti della Commissione giudicatrice, ove si dichiara (nel verbale n. 3 del 2 luglio 2008) che la stessa ha proceduto alla "valutazione delle offerte sulla base delle risultanze espresse dai reparti utilizzatori che hanno provveduto a provare la campionatura inviata".

Tale affermazione ha l'univoco significato di una irrituale delega dei compiti di valutazione dei campioni a terzi estranei alla commissione e testimonia la violazione delle corrette modalità di azione proprie dell'organo tecnico.

4.3) Si soggiunge, a maggiore evidenziazione della rilevata irregolarità, che la Commissione non si è limitata a raccogliere le valutazioni dei reparti utilizzatori, ma, come si evince dai contenuti del verbale, le ha recepite acriticamente, omettendo di esprimere un giudizio proprio al riguardo.

La genericità delle indicazioni contenute nel verbale (dove non si identificano i reparti utilizzatori o i soggetti che hanno concretamente provato la campionatura né la data e il luogo di svolgimento di tali operazioni) impedisce, d'altronde, l'esercizio di qualsivoglia controllo ulteriore.

5) Per tali motivi, il ricorso è fondato e, con assorbimento delle altre censure formulate con il terzo motivo di gravame, deve essere accolto.

6) Non può trovare accoglimento, invece, la domanda di risarcimento dei danni in quanto la riedizione del potere amministrativo, attraverso il rifacimento della gara, è idoneo a ristorare in modo specifico l'interesse coltivato dalla ricorrente, con conseguente riattribuzione alla medesima della chance di aggiudicarsi l'appalto, cosicché nessun danno autonomamente risarcibile le può essere riconosciuto.

7) Il Collegio ravvisa giusti motivi che consentono di derogare al principio della soccombenza e di compensare integralmente le spese di lite fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, sez. II, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Respinge la domanda di risarcimento dei danni.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 4/3/2009 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario, Estensore

Antonino Masaracchia, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO