

Publicato il 11/12/2017

N. 02337/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00904/2017 REG.RIC.

 logo

**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 la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 904 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Ge.Ri S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla ed Alessandro Zuccaro, con domicilio eletto presso lo studio dei medesimi in Milano, via S. Damiano, 9;

*contro*

Azienda Socio Sanitaria Territoriale - ASST "Fatebenefratelli Sacco", in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Carnevale, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Rugabella 1;

Regione Lombardia, non costituita in giudizio;

*nei confronti di*

Fabbro S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Federica Gualtieri, con domicilio *ex lege* (art. 25

cod. proc. amm.) presso la Segreteria del TAR Lombardia in Milano,  
via Corridoni, 39;

*per l'annullamento*

quanto al ricorso principale,

- della determinazione di esclusione di Ge.Ri Srl adottato dall'ASST Fatebenefratelli Sacco nell'ambito della procedura di gara indetta con delibera n. 720 del 28.7.2016, nonché di ogni altro eventuale ulteriore provvedimento;

- dei verbali di gara e in specie dei verbali in seduta dell'8 marzo 2017, del 9 febbraio 2017 e del 10 novembre 2016;

- delle note di differimento opposte dall'ASST rispetto alle istanze di accesso formulate da Ge.Ri.;

- nonché, in via subordinata e limitatamente al lotto n. 2, della delibera di indizione, del bando di gara, del disciplinare di gara, del capitolato tecnico e di ogni atto ad essi allegato;

- nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale e comunque connesso a quelli indicati,

nonché per la condanna al risarcimento del danno;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti,

- della deliberazione del direttore generale n. 394 del 27.4.2017 mediante la quale l'ASST ha approvato i verbali di gara e ha aggiudicato alla ditta Fabbro Spa la gestione del servizio bar e rivendita giornali presso il Presidio Ospedaliero Vittore Buzzi bandito con il lotto 2 della procedura già oggetto del giudizio in epigrafe, della nota di comunicazione della deliberazione suddetta e dei verbali di gara;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti,

- degli atti già gravati con il ricorso principale ed il primo ricorso per motivi aggiunti, fra cui i verbali di gara conosciuti da Ge.Ri soltanto a seguito del rilascio di copie dall'ASST medesima con nota dell'11 maggio 2017.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASST "Fatebenefratelli Sacco" e di Fabbro S.P.A;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2017 il dott. Giovanni Zucchini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

L'Azienda Socio Sanitaria Territoriale "Fatebenefratelli Sacco" di Milano (di seguito, anche solo "ASST" oppure "Azienda"), indiceva una gara d'appalto con procedura aperta per la gestione di taluni servizi, fra cui (lotto n. 2, l'unico che interessa la presente causa), la gestione del servizio bar e della rivendita giornali posto all'interno del presidio ospedaliero "Vittore Buzzi" di Milano.

Il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 60 punti all'offerta economica e di 40 punti massimi alla qualità del servizio.

Ai fini dell'ammissione alla fase di valutazione dell'offerta economica, era necessario conseguire un punteggio qualitativo minimo di 21 punti su 40.

La società Ge.Ri Srl presentava offerta – per quel che qui interessa – per il succitato lotto n. 2, ma l’offerta stessa non era ammessa alla prosecuzione della gara, per mancato raggiungimento del citato punteggio minimo di 21/40.

Contro il provvedimento di esclusione ed altri atti di gara era di conseguenza proposto il ricorso principale in epigrafe, con contestuale istanza di accesso ai sensi dell’art. 116 del c.p.a.

In seguito, la procedura di gara era portata a termine ed il servizio era aggiudicato alla società Fabbro Spa, con determinazione del direttore generale dell’Azienda n. 394 del 27.4.2017.

Contro la suddetta determinazione ed altri atti di gara era proposto il primo ricorso per motivi aggiunti, con domanda cautelare, con cui era fatta valere l’illegittimità derivata dagli atti già impugnati ed erano altresì evidenziati vizi propri del provvedimento di aggiudicazione.

Un secondo ricorso per motivi aggiunti era poi proposto contro i medesimi provvedimenti sino ad allora gravati, a seguito dell’accesso di Ge.Ri a tutti i documenti di gara richiesti all’ASST e poi rilasciati da quest’ultima.

Si costituivano in giudizio l’ASST e Fabbro Spa, concludendo per l’inammissibilità e in ogni caso per l’infondatezza nel merito del gravame.

In esito all’udienza cautelare del 20.7.2017, la domanda di sospensiva era accolta con ordinanza della Sezione IV del TAR Lombardia n. 959/2017, che reputava i criteri di valutazione dell’offerta tecnica “connotati da genericità”.

L’ordinanza di prime cure era appellata ed il Consiglio di Stato, sez. III, con ordinanza n. 3939 del 18.9.2017 riformava l’ordinanza del TAR, reputando prevalente - sull’interesse della società esponente -

quello dell'amministrazione alla gestione pronta, efficace ed economica del servizio messo a gara.

Al contrario, l'istanza di accesso in corso di causa ex art. 116 del c.p.a. era rinunciata dalla società istante, considerata l'ostensione da parte dell'Azienda degli atti richiesti.

Alla successiva pubblica udienza davanti al TAR Lombardia del 23.11.2017, la causa era trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1.1 La procedura di cui è causa ha per oggetto – con riguardo al lotto n. 2 – l'affidamento della gestione del servizio bar e rivendita giornali all'interno del presidio ospedaliero "Buzzi" ed il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con l'attribuzione di un massimo di 60 punti all'elemento prezzo e di 40 punti all'elemento qualità dell'offerta (cfr. il disciplinare di gara, doc. 1 della ricorrente e doc. 3 della resistente, art. 1 a pag. 3 e art. 11 alle pagine 13 e seguenti).

Per il citato lotto n. 2, i 40 punti massimi attribuibili all'offerta tecnica sono assegnati sulla base di quattro parametri (contrassegnati dalla lettera "A" a quella "D"), cui corrispondono rispettivamente 15 punti (lettera "A"), 10 punti ciascuno (lettere "B" e "C") e 5 punti (lettera "D").

Ai sensi dell'art. 11.2 del disciplinare, la valutazione tecnica dei suddetti parametri avverrà con il sistema del "confronto a coppie", mediante il quale ciascun commissario assegnerà alla singola offerta la propria preferenza, attribuita con un coefficiente variabile che misura il grado di preferenza accordato (cfr. ancora i citati documenti n. 1 della ricorrente e n. 3 della resistente).

Al termine dell'assegnazione dei punteggi tecnici con il metodo sopra indicato, l'offerta tecnica di Geri non otteneva il punteggio minimo (21/40, ai sensi dell'art. 11.3 del disciplinare), bensì un punteggio di poco inferiore a 18/40, con conseguente esclusione dalla gara (cfr. il doc. 2 della ricorrente).

Attraverso il gravame principale è impugnato il citato provvedimento di esclusione e sono svolte analitiche censure, con le quale sono denunciati dapprima la genericità dei parametri previsti dalla legge di gara per l'assegnazione del punteggio tecnico (motivo n. 1), oltre al totale difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi da parte della commissione di gara, con conseguente illegittimità dell'esclusione dell'offerta della ricorrente (motivo n. 2).

Il ricorso, a fronte delle eccezioni sollevate dalle parti intimare, appare certamente ammissibile, giacché la società esponente, denunciando l'illegittimità dello svolgimento della procedura di gara ed impugnando anche l'aggiudicazione nel frattempo intervenuta, fa valere senza dubbio il proprio interesse strumentale alla rinnovazione della procedura medesima, lamentando la radicale illegittimità dei criteri utilizzati per l'attribuzione del punteggio tecnico e quindi dell'aggiudicazione, con conseguente titolarità dell'interesse ad agire di cui all'art. 100 del c.p.c. (cfr. per una fattispecie in parte analoga, TAR Umbria, 13.6.2016, n. 499. Si ricordi altresì che lo stesso Consiglio di Stato, nella propria succitata ordinanza cautelare n. 3939/2017, ha statuito che la "riedizione" della procedura di gara appare "sempre possibile" nel presente giudizio, il che conferma la sussistenza dell'interesse ad agire nell'attuale controversia).

1.2 Nel merito, il gravame deve essere accolto, per le ragioni che seguono.

Innanzitutto, appare provato *per tabulas* che l'assegnazione del punteggio tecnico mediante il "confronto a coppie" è stata motivata esclusivamente con l'attribuzione del punteggio numerico, senza aggiunta di alcuna altra considerazione da parte dei commissari; in altre parole l'iter logico e giuridico (vale a dire "... *i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione ...*", di cui all'art. 3 della legge 241/1990), seguito dalla commissione per l'assegnazione dei punteggi, dovrebbe essere compreso esclusivamente mediante la lettura dei numeri corrispondenti alle preferenze accordate alla singola offerta (cfr. la tabella di assegnazione del punteggio tecnico al lotto n. 2, allegata al verbale di gara dell'8.3.2017, doc. 7 della ricorrente e doc. 10 della resistente).

Quanto ai quattro parametri per l'attribuzione del complessivo punteggio tecnico di 40 punti, la descrizione degli stessi è contenuta nella tabella compresa nell'art. 11 del disciplinare (cfr. la pagina 14 di quest'ultimo).

Si tratta di una descrizione di criteri che la società esponente taccia di eccessiva genericità ed indeterminatezza e che la difesa della parte resistente, nelle memorie depositate in vista dell'udienza di merito, qualifica invece come "elastici", in quanto l'intendimento della stazione appaltante è quello di (così testualmente a pag. 14 della memoria dell'ASST del 7.11.2017), "consentire ai concorrenti di specificare in concreto le modalità tecniche più idonee ed adeguate per il loro raggiungimento nella gestione del servizio bar...".

Ancora, la difesa della resistente afferma espressamente che il disciplinare deve "...lasciare liberi i concorrenti di proporre nelle proprie offerte adeguate soluzioni..." e questo per perseguire "...l'interesse pubblico per una migliore e innovativa gestione del

servizio...” (così a pag. 15 della memoria succitata; anche nella memoria di replica è contenuto un riferimento al carattere elastico e non meramente generico dei criteri di attribuzione del punteggio tecnico).

La natura “elastica” – comunque non sufficientemente determinata ed univoca dei criteri – oltre ad essere ammessa più volte dalla stessa Azienda, consegue anche ad una piana lettura del disciplinare: si pensi al criterio “D”, fondato sulle “soluzioni migliorative”, oppure a quello “C” (mantenimento e miglioramento dell’efficienza delle apparecchiature e degli arredi) ed anche al criterio “A” che attribuisce il maggior punteggio (15 punti su 40), con riferimento al “Sistema organizzativo di erogazione del servizio” ed a una relazione sul personale impiegato.

Ciò premesso, a fronte di tali criteri che la stessa stazione appaltante riconosce come “elastici”, l’attribuzione del punteggio qualitativo, seppure con il metodo del confronto a coppie, non poteva essere effettuata con un semplice dato numerico, senza altro aggiungere.

La scrivente Sezione IV non ignora certo l’indirizzo della giurisprudenza amministrativa in ordine alla motivazione dei giudizi dei commissari nel caso di “confronto a coppie”, tuttavia non possono essere trascurati nella presente fattispecie i seguenti elementi decisivi:

- il riferimento normativo sul confronto a coppie è quello dell’Allegato “G” al DPR 207/2010 (peraltro abrogato seppure con effetti gradualmente dall’art. 217 del D.Lgs. 50/2016); si tratta però di una fonte regolamentare, che deve necessariamente essere letta alle luce delle superiori disposizioni legislative, fra cui il già citato art. 3 della legge 241/1990;

- la giurisprudenza comunitaria, di ovvia rilevanza in materia di appalti pubblici, impone che in caso di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, siano rispettati i principi di parità di trattamento e di obbligo di trasparenza, per garantire uguali posizioni a tutti gli offerenti (cfr. la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sez. IV, 14.7.2016, n. 6);

- la stessa giurisprudenza amministrativa citata dalla resistente e dalla controinteressata reputa sufficiente il dato numerico per motivare l'attribuzione del punteggio di qualità tecnica, nei soli casi di predeterminazione con chiarezza e precisione dei criteri di valutazione delle offerte, allo scopo di consentire al privato di comprendere in ogni modo le ragioni della decisione ed al giudice amministrativo di sindacare la scelta dell'amministrazione (cfr. ad esempio Consiglio di Stato, sez. IV, 20.4.2016, n. 1556 e TAR Emilia-Romagna, sezione di Parma, 17.1.2017, n. 15).

Orbene, nel caso di specie, a fronte di criteri che la stessa amministrazione riconosce come "elastici" – quindi non sufficientemente determinati – ed alla possibilità per ogni commissario di attribuire nel confronto a coppie un grado di preferenza da uno (parità) a sei (preferenza massima, cfr. ancora il più volte citato art. 11 del disciplinare), non è possibile sostenere che l'obbligo motivazionale dei commissari potesse essere assolto puramente e semplicemente con l'attribuzione del punteggio numerico.

In tale modo, infatti, diventa oggettivamente impossibile comprendere le ragioni della preferenza accordata ad un progetto tecnico di gestione rispetto da un altro, soprattutto laddove la stessa

amministrazione ha espressamente lasciato ai partecipanti libertà di scelta nel proporre soluzioni tecniche di gestione del servizio bar.

Non si tratta, si badi bene, di sostituire la valutazione tecnica dell'amministrazione con quella del giudice amministrativo – conclusione che la scrivente Sezione IV ha sempre respinto nelle proprie sentenze – bensì di consentire al giudice amministrativo il proprio sindacato di legittimità sulle scelte della stazione appaltante, quanto meno in termini di logicità, ragionevolezza e proporzionalità.

Sul punto, sia ancora consentito da ultimo evidenziare che, con riguardo al lotto n. 1 della presente procedura (peraltro non oggetto di contestazione in questa sede), risulta dalla stessa produzione documentale dell'ASST (cfr. il doc. 10 di quest'ultima), che la commissione nella seduta dell'8.3.2017 ha espresso anche una propria valutazione dei contenuti dell'offerta tecnica, non limitandosi al dato numerico.

In sintesi, la Stazione appaltante, una volta scelto, nella sua discrezionalità, il criterio del confronto a coppie, avrebbe potuto alternativamente fissare criteri particolarmente stringenti per la valutazione delle offerte, ovvero, in alternativa, richiedere ai commissari di fornire adeguate giustificazioni per le proprie specifiche scelte: non poteva invece, come ha fatto, stabilire criteri generici (o “elastici”, se si preferisce) e insieme esonerare la commissione da qualsiasi motivazione.

Si conferma, quindi, la fondatezza del ricorso principale in epigrafe.

2. L'accoglimento del gravame principale, per le ragioni suesposte, implica l'accoglimento, per illegittimità derivata e con assorbimento delle altre censure, anche dei due ricorsi per motivi aggiunti, rivolti

principalmente contro il provvedimento di aggiudicazione, che deve reputarsi pertanto integralmente annullato.

L'annullamento dell'aggiudicazione definitiva a favore di Fabbro Spa e della relativa graduatoria finale di gara non impone, contrariamente a quanto sostenuto dalle parti intime, l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle imprese collocate in graduatoria dopo l'aggiudicataria.

Infatti, la giurisprudenza amministrativa esclude l'integrazione del contraddittorio nei confronti delle imprese non aggiudicatarie dell'appalto, che non sono controinteressate, ma piuttosto cointeressate, potendo semmai trarre un vantaggio dall'eventuale annullamento della gara.

Quanto all'ipotesi di aggiudicazione futura alle imprese collocate in graduatoria, che potrebbe indurre a ritenere sussistente in capo a queste ultime l'interesse alla conservazione della stessa (cfr. il vigente art. 110 del D.Lgs. 50/2016 e l'art. 140 del D.Lgs.163/2006), si tratta di un'ipotesi meramente eventuale, che esclude l'immediatezza e l'attualità dell'interesse medesimo (cfr. su entrambi i punti succitati, Consiglio di Stato, sez. III, 14.3.2012, n. 1428 e sez. VI, 1.7.1997, n. 1040).

3. In definitiva, per effetto dell'accoglimento del gravame, devono essere annullati il provvedimento di esclusione dell'esponente e quello di aggiudicazione definitiva a Fabbro Spa, con conseguente onere per l'amministrazione resistente di adottare i conseguenti provvedimenti, alla luce anche dell'intervenuta stipulazione del contratto d'appalto con l'aggiudicataria (cfr. il doc. 3 di quest'ultima, depositato in vista dell'udienza pubblica).

La domanda di risarcimento del danno in forma specifica contenuta in ricorso deve reputarsi soddisfatta per il solo effetto dell'annullamento dell'esclusione e della conseguente aggiudicazione, senza necessità per lo scrivente giudice di adottare altre misure (essendo la successiva attività conformativa rimessa alle decisioni della stazione appaltante), mentre la domanda di risarcimento del danno per equivalente appare allo stato inammissibile, in difetto di ulteriori determinazioni dell'amministrazione successive alla presente pronuncia di annullamento.

4. Le spese seguono la soccombenza delle parti intime e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei limiti e per gli effetti di cui in motivazione.

Condanna l'ASST "Fatebenefratelli e Sacco" e Fabbro Spa, in solido fra loro, al pagamento a favore della ricorrente delle spese di lite, che liquida in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge (IVA, CPA e spese generali nella misura del 15%) e onere del contributo unificato ai sensi di legge (DPR 115/2002).

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere, Estensore

Roberto Lombardi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Zucchini**

**IL PRESIDENTE**  
**Angelo Gabbricci**

**IL SEGRETARIO**