

Publicato il 27/05/2017

N. 01205/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 01668/2015 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 la Lombardia**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1668 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sico Società Italiana Carburo Ossigeno S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Enrico Lambiase C.F. LMBNRC67A03L429I, Giancarlo Turri C.F. TRRGCR67P06D869A, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, Piazzale Cadorna, 4;

*contro*

Azienda Sanitaria Locale di Pavia, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mauro Casarini C.F. CSRMRA61L21B201B, domiciliata presso la segreteria del Tribunale in Milano via Corridoni, 39;

*nei confronti di*

Medigas Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Gariboldi

C.F. GRBGLC60A10F205H, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale Elvezia, 12;

Azienda Sanitaria Locale di Milano 2 non costituito in giudizio;

*per l'annullamento*

*previa sospensione*

1) quanto al ricorso principale e al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 26 novembre 2015

- della determina n. 282/8.4./80 in data 16.6.2015 con la quale l'ASL di Pavia ha aggiudicato la fornitura triennale di ossigeno e del servizio di gestione domiciliare dei pazienti ipossiemici relativamente al lotto numero 5 (ASL Milano 2), in favore di Medigas,

- della comunicazione di aggiudicazione definitiva trasmessa a mezzo posta elettronica certificata in data 16.6.2015,

- dei processi verbali di gara numero 1, 2, 3, 4 e 5, rispettivamente, in data 22.12.2014, 31.3.2015, 29.4.2015, 20.5.2015 e 22.5.2015, unitamente a tutti gli atti comunque preordinati, consequenziali e connessi

nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente intervenuto, ancorché sconosciuto, e per il subentro nel contratto eventualmente stipulato;

ed in via di estremo subordine, per l'integrale risarcimento per equivalente di tutti i danni patiti.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale di Pavia e di Medigas Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il ricorso principale e il successivo ricorso per motivi aggiunti, Sico Società Italiana Carbuoro Ossigeno S.p.A. impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto diversi profili e ne chiede l'annullamento.

Contestualmente chiede sia che venga dichiarata l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato dalla stazione appaltante con la controinteressata, sia di subentrare nella gestione del servizio, mentre, in subordine, chiede condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Si costituiscono in giudizio Azienda Sanitaria Locale di Pavia e la controinteressata Medigas Italia S.r.l, eccependo l'inammissibilità e, comunque, l'infondatezza delle impugnazioni avversarie, di cui chiedono il rigetto.

Con ordinanza n 1218/2015, depositata in data 21 settembre 2015, il Tribunale accoglie la domanda cautelare presentata dalla ricorrente.

Con ordinanza n. 496/2016, depositata in data 10 marzo 2016, il Tribunale dispone una verifica, in contraddittorio tra le parti, incaricando a tale fine il Direttore del Dipartimento di Scienze Aziendali dell'Università degli Studi di Bologna, o suo delegato, in possesso delle competenze necessarie.

Il verificatore deposita in data 15 dicembre 2016 la relazione istruttoria.

Le parti producono memorie e documenti.

All'udienza del 23 febbraio 2017, la causa viene trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1) Dalle allegazioni delle parti e dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che: a) SICO Società Italiana Carbuo Ossigeno Spa partecipava alla procedura aperta in aggregazione per l'acquisto di ossigeno e del servizio di fornitura e gestione domiciliare dei pazienti ipossiemici per un periodo di tre anni, bandita, in qualità di ente capofila, dall'ASL di Pavia e suddivisa in numero 6 lotti; b) in particolare Sico presentava l'offerta in relazione al lotto numero 5, avente ad oggetto la fornitura in favore dell'ASL Milano 2 e per lo stesso lotto partecipavano Medigas Italia Srl e Linde Medicale Srl ; c) la gara veniva svolta secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con attribuzione di 50 punti all'offerta tecnica e di 50 punti all'offerta economica; d) all'esito delle operazioni di gara, l'offerta presentata da Medigas riportava il maggior punteggio, mentre quella di Sico si collocava al secondo posto della graduatoria finale; in particolare, Medigas, conseguiva il punteggio complessivo di 97,94 punti, di cui 50 per il punteggio tecnico e 47,94 per il punteggio economico, mentre Sico conseguiva il punteggio complessivo di 85 punti, di cui 35 per il punteggio tecnico e 50 per il punteggio economico; e) l'offerta presentata da Medigas veniva sottoposta a verifica di congruità, con esito positivo attestato con verbale numero 4 in data 20.5.2015; f) successivamente la gara, quanto al lotto n. 5, veniva aggiudicata, dapprima in via provvisoria,

poi in via definitiva, con determinazione numero 282/8.4/8.0 del 16 giugno 2015, a Medigas.

2) Con il ricorso principale e i successivi motivi aggiunti, Sico contesta, in via principale, la valutazione di anomalia effettuata dalla stazione appaltante; in via subordinata, lamenta il difetto di motivazione nell'assegnazione dei punteggi tecnici e, comunque, l'irragionevolezza degli stessi.

2.1) Si è già evidenziato che, ai fini della valutazione delle censure proposte in via principale, il Tribunale, con ordinanza istruttoria n. 496/2016, depositata in data 10 marzo 2016, ha disposto una verifica, dandone incarico al Direttore del Dipartimento di Scienze Aziendali dell'Università degli Studi di Bologna, o suo delegato dotato delle necessarie competenze.

Invero Sico - collocatasi al secondo posto della graduatoria finale relativa al lotto n. 5, avendo conseguito 35 punti per l'offerta tecnica e 50 per quella economica, a fronte del punteggio ottenuto da Medigas, collocatasi al primo posto, con 50 punti per l'offerta tecnica e 47,94 per quella economica – lamenta, in via principale, l'irragionevolezza delle giustificazioni rese da Medigas in sede di valutazione di anomalia e, di conseguenza, l'illogicità del giudizio favorevole formulato dalla stazione appaltante al termine della procedura di congruità.

Si tratta di censure di carattere spiccatamente tecnico, la cui analisi presuppone il possesso di conoscenze tecniche non giuridiche e ciò ha reso necessario disporre una verifica.

Il verificatore ha depositato la relativa relazione in data 15 dicembre 2016.

Va sin d'ora precisato che la relazione del verificatore si caratterizza per l'evidente rigore tecnico, la coerenza metodologica, la puntuale aderenza all'oggetto dell'istruttoria, la completezza e la profondità di indagine, sicché, da un lato, integra un rilevante supporto istruttorio, con riferimento ai profili tecnici delle censure dedotte dal ricorrente principale, dall'altro, merita piena condivisione in ordine alle conclusioni tecniche raggiunte.

Tanto premesso, il Tribunale evidenzia che le censure suindicate non sono fondate.

In particolare, va osservato che:

- il verificatore, dopo avere ampiamente esplicitato i criteri di conduzione dell'analisi, ha evidenziato, con riferimento alla contestazione dei costi del farmaco, che la prova fornita dalle fatture di acquisto - che Medigas ha dichiarato, assumendone la relativa responsabilità, di poter produrre alla stazione appaltante - è in sé sufficiente a dimostrare la coerenza e la sostenibilità del costo unitario del farmaco-confezionato; inoltre, si dà atto che, dalle verifiche eseguite, emerge che il costo complessivo di € 0,278 al mc risulta in linea con quello di altri contesti in cui il farmaco è prodotto internamente, dove il costo complessivo del farmaco confezionato, ivi inclusi i ricambi e le manutenzioni relative ai contenitori, è pari a € 0,238 al mc;

- quanto alla contestazione del costo unitario del prodotto per mese/paziente, il verificatore, sulla base del prospetto di analisi dei costi dell'offerta economica, ha ritenuto che la prova fornita dalle fatture d'acquisto - che, anche in questo caso, Medigas ha dichiarato, assumendone la relativa responsabilità, di poter produrre alla

stazione appaltante – sia sufficiente a dimostrare la congruità del costo unitario stesso, quantificato in € 27, per mese/paziente;

- rispetto al profilo da ultimo riferito, la relazione specifica anche di avere tenuto conto delle diversità del costo annuo di trasporto dell'ossigeno emerse in relazione a due lotti simili per quantità, evidenziando però come si tratti di una differenza riconducibile a normali dinamiche di mercato e, pertanto, inidonea a palesare l'insostenibilità della voce di costo allegata dall'aggiudicataria;

- quanto alla contestazione di carenza di giustificazioni in ordine ai costi riferibili ai contenitori e ai concentratori, il verificatore evidenzia come sia plausibile la giustificazione proposta, in quanto è documentato che l'attività aziendale di Medigas Italia srl era già precedentemente in essere e si caratterizzava per l'impiego di contenitori e concentratori, sicché è verosimile che la società disponga di simili apparecchiature nel proprio patrimonio aziendale e che i relativi costi siano già integralmente ammortizzati;

- anche in relazione ai costi del personale, l'offerta aggiudicataria espone costi ragionevoli – secondo quanto attestato dalla relazione di verifica – poiché Medigas Italia srl dichiarato di applicare il CCNL del commercio a tutto il personale dipendente e la procedura inductiva di calcolo del costo orario (coefficiente di allocazione) è un modo corretto per giungere al giudizio di congruità positivo sui costi del personale allocati alla fornitura; il Verificatore specifica, inoltre, che la suddivisione della voce personale in più sotto-voci (gestione CRM, tecnico, commerciale) è stata proposta al semplice scopo di supportare il giudizio di congruità sulle quantità/base di allocazione e non sul costo unitario/coefficiente di allocazione (posto che il contratto applicato è il medesimo);

- in ordine alle spese generali, il verificatore precisa di avere svolto una verifica tecnica di tipo economico-aziendale su tale voce di costo e considera adeguato il valore esposto, anche in considerazione del fatto che il concetto di “spese generali” è soggettivo e potrebbe essere esteso anche ai costi indiretti del personale e agli oneri della sicurezza - che Medigas Italia srl invece specifica a parte - giungendo a percentuali prossime al 13%;

- sulla base di tali considerazioni la relazione evidenzia, da un lato, come la metodologia di determinazione dei costi dell’offerta economica utilizzata da Medigas Italia srl sia coerente con le premesse teorico-metodologiche esposte nella relazione stessa sezione 2, dall’altro, che i singoli elementi di determinazione delle voci elementari di costo (costo unitario, quantità, basi di allocazione) appaiono congrui, riscontrabili e in linea con principi di ragionevolezza e i “benchmark” di mercato;

- ne deriva che, rispetto ai profili contestati, l’offerta della controinteressata risulta adeguatamente supportata sul piano delle giustificazioni tecnico-economiche, come evidenziato dal Verificatore, con conseguente infondatezza delle censure in esame.

2.2) Viceversa, sono fondate le censure, proposte in via subordinata, con le quali si lamenta la carenza di motivazione rispetto alle valutazioni espresse dalla commissione giudicatrice sull’offerta aggiudicataria e, corrispondentemente, il difetto motivazionale del provvedimento di aggiudicazione.

Sul punto, come già evidenziato in sede cautelare, va ribadito che:

- la ricorrente contesta che la valutazione delle offerte tecniche mediante punteggi numerici non consente di percepire l’iter logico seguito dalla commissione nell’espressione dei giudizi sui singoli

elementi di valutazione, tanto più in ragione della genericità dei criteri di valutazione delle offerte definiti all'art. 3.1. della lex specialis di gara;

- sul punto, va evidenziato che effettivamente i singoli parametri da prendere in considerazione, nell'assegnazione del punteggio, non consistono in criteri dettagliati, idonei a sfociare in valutazioni immediatamente intelligibili, sulla base della sola indicazione del punteggio numerico, poiché rinviano a concetti privi della necessaria specificità, quali modalità organizzative, procedure adottate, caratteristiche tecniche delle apparecchiature, capacità tecnico organizzativa, flessibilità etc;

- sul punto la giurisprudenza consolidata, cui aderisce il Tribunale, evidenzia che nelle gare pubbliche, relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, così da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici (cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. III, 08 novembre 2016, n. 4650; Consiglio di Stato, sez. V, 20 settembre 2016, n. 3911);

- nel caso di specie, tali condizioni non sussistono, in quanto la lex specialis individua dei criteri di attribuzione dei punteggi privi dell'analiticità e della specificità necessarie per rendere adeguata una motivazione solo numerica, sicché i giudizi espressi dalla commissione giudicatrice risultano privi di un adeguato supporto motivazionale, con conseguente fondatezza della censura in esame.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza delle doglianze ora trattate.

2.3) Deve essere respinta la domanda risarcitoria, atteso che la fondatezza delle doglianze da ultimo esaminate inficia i giudizi espressi dalla stazione appaltante, perché privi di un'effettiva motivazione, sicché, una volta esclusa l'irragionevolezza delle giustificazioni offerte dall'aggiudicataria e della connessa valutazione di anomalia, non è possibile formulare alcuna prognosi in ordine all'esito della gara.

Del resto, la ricorrente non ha allegato e provato l'esistenza di un danno da perdita della chance di aggiudicazione, limitandosi a delle generiche deduzioni.

3) In definitiva, il ricorso principale e il ricorso per motivi aggiunti sono fondati nei limiti dianzi esposti e devono essere accolti.

Le spese seguono la soccombenza sostanziale e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando:

1) accoglie le domande di annullamento formulate con il ricorso principale e con il ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato;

2) respinge nel resto;

3) condanna l'amministrazione resistente e la parte controinteressata, in solido tra loro e in uguale misura, al pagamento delle spese di lite in favore della ricorrente, liquidandole in euro 6.000,00 (seimila), oltre accessori di legge, oltre al compenso dovuto al verificatore, liquidato con separato decreto dal presidente della Sezione.

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

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

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Fabrizio Fornataro**

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

**IL SEGRETARIO**