

N. 03532/2010 REG.SEN.
N. 01117/2006 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 Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1117 del 2006, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Linoleum Campana s.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria dell'a.t.i. con Di Pinto s.r.l. e Cipit s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Gianluca Caporaso, con domicilio eletto presso l'avv. Antonella Roselli, in Bari, via Dante, 25;

contro

l'Azienda Sanitaria Locale FG/1 di San Severo, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Follieri e Sabino Rascio, con domicilio eletto presso l'avv. Fabrizio Lofoco, in Bari, via Pasquale Fiore 14; la Commissione Giudicatrice della gara d'appalto;

nei confronti di

Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti", rappresentato e difeso dall'avv. Elena Paolini, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Minunno, in Bari, via Arcidiacono

Giovanni, 7;

Consorzio Cooperative Costruzioni di Bologna, rappresentato e difeso dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto in Bari, via Andrea da Bari, 35;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva, del pubblico incanto per i lavori di completamento del presidio ospedaliero "Teresa Masselli - Mascia" di San Severo, di cui al verbale di gara del 18 aprile 2006;

degli atti in esso richiamati e delle operazioni di gara, ivi compresi i verbali del 22 febbraio, 4 marzo, 6 marzo, 11 e 14 marzo 2006 e del 18 aprile 2006;

degli atti, schede e degli allegati ai precedenti verbali, nonché del verbale del 18 giugno 2006;

della delibera del direttore generale n. 78 del 7 febbraio 2006 di nomina della Commissione;

della nota ASL FG1 prot. n. 055576 del 5 maggio 2006;

della delibera del direttore generale n.1509 del 25 ottobre 2005, nonché del bando e del disciplinare di gara;

con motivi aggiunti notificati il 25 ottobre 2006:

della delibera di aggiudicazione definitiva della gara al Consorzio "Ciro Menotti", comunicata con nota prot. 195/13065 del 16 ottobre 2006;

con motivi aggiunti notificati l'11 giugno 2007:

della delibera del commissario straordinario ASL FG n. 1117 dell'8 maggio 2007 e delle note del dirigente ASL FG/1 del 14 luglio 2006 e del 20 settembre 2006;

di ogni altro atto, anche deliberativo o di recepimento delle operazioni di gara e di aggiudicazione;

del contratto d'appalto, ove intervenuto;
e per il risarcimento dei danni, attraverso la reintegrazione in forma specifica, ovvero in forma generica;

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda U.S.L. FG/1 e della subentrata Azienda Sanitaria Locale Foggia, del Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" e del Consorzio Cooperative Costruzioni di Bologna;

Viste le memorie difensive;

Viste le proprie ordinanze n. 517 del 5 luglio 2006 e n. 811 del 22 novembre 2006;

Vista l'ordinanza Cons. Stato, sezione quinta, n. 307 del 23 gennaio 2007;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il consigliere Doris Durante;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 9 giugno 2010, per le parti i difensori avvocati Gianluca Caporaso, Enrico Follieri, Giuseppe Minunno per delega dell'avv. Elena Paolini e Francesco De Filippis, per delega dell'avv. Nino Matassa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'Azienda Sanitaria Locale FG1, con delibera dirigenziale n. 1509 del 25 ottobre 2005, indiceva pubblico incanto per la realizzazione dei lavori di completamento del Presidio Ospedaliero "Teresa Masselli Mascia" di San Severo, II stralcio, per l'importo a base d'asta di euro 8.229.350,90.

L'aggiudicazione sarebbe avvenuta in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa da determinarsi mediante i criteri fissati nel bando e nel disciplinare.

In particolare, per quanto qui interessa, il bando fissava il punteggio massimo di 51/100 per il prezzo e di 49/100 per l'offerta tecnica, di cui 15 punti per i costi di utilizzazione; 12 punti per i costi di manutenzione; 10 punti per le caratteristiche tecnico qualitative; 8 punti per le integrazioni tecniche riferite al miglioramento della gestione del rumore ambientale e punti 4 per il valore estetico – funzionale.

Alla gara partecipavano tre concorrenti, ai quali veniva assegnato il seguente punteggio:

Consorzio Ciro Menotti: totale 73,188 (di cui 40,02/49 per l'offerta tecnica e 33,168 per il prezzo);

Consorzio Cooperative Costruzioni di Bologna (CCC): totale 68,38 (di cui 39/49 per l'offerta tecnica e 29,38 per il prezzo); a.t.i. Linoleum: totale 53,50 (di cui punti 2,5/49 per l'offerta tecnica e 51 per il prezzo).

La gara si concludeva con l'aggiudicazione in favore del Consorzio Ciro Menotti.

La ricorrente, a.t.i. Linoleum, impugnava l'aggiudicazione e tutti gli atti del procedimento con il ricorso introduttivo e due atti di motivi aggiunti, deducendone l'illegittimità in via principale e in via derivata per i seguenti motivi:

1) violazione e mancata applicazione degli artt. 10, 11, 12, 13 e ss. della legge 11 febbraio 1994, n. 109; violazione della *lex* di gara; violazione dei principi di *par condicio*, della segretezza delle offerte e della libera concorrenza; violazione del d.p.r. n. 554 del 1999 e della l. 25 giugno 1909, n. 422; violazione del giusto procedimento; difetto di istruttoria; eccesso di potere; sviamento e violazione dell'art. 97 della Costituzione, in quanto i concorrenti Consorzio Ciro Menotti e Consorzio Cooperative Costruzioni, classificatisi ai primi due posti in graduatoria, avrebbero dovuto essere esclusi per violazione del divieto di simultanea partecipazione alla procedura d'appalto.

In particolare, il Consorzio Cooperative Costruzioni di Bologna avrebbe partecipato alla gara con i consorziati coop. Mucafer s.c.p.a., Cooperativa Elettromeccanica Sud e CEIF.

La Mucafer s.c.p.a. sarebbe società cooperativa consorziata del concorrente e aggiudicatario Consorzio Ciro Menotti, nel quale sarebbe anche in possesso di partecipazioni assai significative.

Ciò malgrado, entrambi i consorzi concorrenti avrebbero omesso di dichiarare tale circostanza, in aperta violazione del bando di gara e del divieto di simultanea partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica;

2) violazione e mancata applicazione dell'art. 21, commi 5 e 6 della l. n. 109 del 1994 e dell'art. 92 del d.p.r. n. 554 del 1992; violazione della *lex* di gara; incompetenza; violazione del giusto procedimento; eccesso di potere sotto diversi profili e violazione dell'art. 97 della Costituzione, in quanto la commissione esaminatrice sarebbe stata composta da tre membri privi della necessaria esperienza;

3) violazione e mancata applicazione dell'art. 21, commi 5 e 6 della l. n. 109 del 1994 e dell'art. 92 del d.p.r. n. 554 del 1992; violazione della *lex* di gara, con precipuo rilievo agli artt. 2 e 4 del disciplinare; incompetenza; violazione del giusto procedimento; eccesso di potere sotto diversi profili e violazione dell'art. 97 della Costituzione, in quanto la nomina dei componenti sarebbe stata meramente arbitraria;

4) violazione e mancata applicazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109; violazione dei principi di *par condicio*; violazione del d.p.r. n. 554 del 1999 e della l. 25 giugno 1909, n. 422; violazione del giusto procedimento; difetto di istruttoria; travisamento dei presupposti di fatto e di diritto; eccesso di potere; sviamento, manifesta illogicità; ingiustizia e contraddittorietà; violazione dell'art. 97 della Costituzione, in quanto

l'attribuzione all'offerta tecnica della ricorrente dell'infimo punteggio di 2,5/49 sarebbe manifestamente illogica e irrazionale e frutto di manifesta violazione della procedura di gara sia con riferimento al *modus operandi*, cioè ai singoli confronti a coppie voluti dalla commissione di gara, attesa la complessità dell'opera e del progetto tecnico richiesto, sia perché i parametri di valutazione non sarebbero stati richiamati nella motivazione ai singoli giudizi.

Nel merito, la valutazione del progetto dell'aggiudicataria sarebbe illogica e irragionevole, essendo stata considerata migliorativa una proposta in contrasto con le norme vigenti in materia di edilizia ospedaliera; irragionevole e illogica sarebbe anche la valutazione delle caratteristiche tecnico – qualitative per le quali all'aggiudicataria veniva assegnato il massimo punteggio previsto per tale voce (10/10).

La ricorrente chiedeva, per effetto delle illegittimità dedotte, il riconoscimento del diritto al risarcimento dei danni anche attraverso la reintegrazione in forma specifica e in via gradata in forma generica anche per mancata aggiudicazione e perdita di chance.

Gli stessi motivi la deducente estendeva agli ulteriori atti del procedimento di gara conosciuti a seguito di accesso ed impugnati con motivi aggiunti.

Si costituivano in giudizio l'Azienda Sanitaria Locale di Foggia, il Consorzio di Cooperative di produzione e lavoro "Ciro Menotti" e il Consorzio Cooperative Costruzioni di Bologna (CCC) che chiedevano il rigetto del ricorso perché infondato in fatto e diritto.

Questo Tribunale respingeva le istanze cautelari con le ordinanze n. 517 del 5 luglio 2006 e n. 811 del 22 novembre 2006, quest'ultima confermata in appello con ordinanza Cons. Stato, sezione quinta, n. 307 del 23 gennaio 2007.

Le parti presentavano memorie difensive e, alla pubblica udienza del 9

giugno 2010, il ricorso veniva assegnato in decisione.

Il ricorso è infondato e va respinto.

La ricorrente, con il primo motivo di ricorso, assume che la prima e la seconda classificata dovevano essere escluse per violazione del divieto di “simultanea partecipazione alla procedura d’appalto”.

In particolare, essa, muovendo dal presupposto che la cooperativa Mucafer s.c.p.a., indicata dal Consorzio Cooperative Costruzioni di Bologna (d’ora innanzi CCC) quale cooperativa per la quale il consorzio concorreva, è consorziata anche del concorrente e aggiudicatario Consorzio Ciro Menotti nel quale detiene, anche, significative partecipazioni, deduce la violazione del divieto di simultanea partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica dettata dalla normativa nazionale in materia di appalti e dalla *lex specialis* di gara che riproduce tale divieto (art. 1, punto i del bando di gara).

Va osservato al riguardo che la circostanza rappresentata dalla ricorrente non conduce all’illegittimità denunciata, in quanto i concorrenti CCC e Consorzio Ciro Menotti sono consorzi di cooperative di produzione e lavoro ex l. n. 422 del 1909 e ad esse non si applica il generale divieto di cui all’art. 13 della l. n. 109 del 1994.

Tale norma nella prima parte stabilisce il divieto generalizzato (“E’ fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un’associazione temporanea o consorzio di cui all’art. 10, comma 1, lettere d) ed e) ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in associazione o consorzio”) e nella seconda parte prevede la deroga per i consorzi di cui alla l. n. 422 del 1909 (“I consorzi di cui all’art. 10, comma 1, lettera b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare in qualsiasi altra

forma, alla medesima gara”).

Per i consorzi di produzione e lavoro (art. 10, comma 1, lett. b), la preclusione di cui trattasi ricorre, quindi, solo per il consorziato o i consorziati per i quali il consorzio concorre.

Invero, l'attuale formulazione dell'art. 10 della l. n. 109 del 1994 è stato l'approdo di un lungo e laborioso percorso giurisprudenziale formatosi in ordine alla particolare categoria dei consorzi di produzione e lavoro che privi di substrato produttivo rappresentavano mero strumento per consentire a singole cooperative un accesso più agevole al mercato delle commesse pubbliche.

Detti consorzi, istituiti con la l. 25 giugno 1909, n. 422 per venire incontro alle necessità avvertite sul finire del secolo scorso di creare uno strumento di aggregazione che consentisse alle cooperative aderenti di poter concorrere per l'assegnazione di lavori pubblici, e regolati dal R.D. 12 febbraio 1911, n. 278, si caratterizzano per la prescritta approvazione dell'atto costitutivo con decreti del Presidente della Repubblica su proposta del Ministero del Lavoro di concerto con quello dei lavori pubblici (art. 3, l. n. 422 del 1909), cui consegue l'acquisto della personalità giuridica e la piena autonomia patrimoniale che vale a distinguerli, proprio per l'approvazione dello statuto con decreto presidenziale, dal consorzio regolato dall'art. 2602 e seguenti c.c..

Il consorzio ex l. n. 422 del 1909 non costituisce, infatti, un semplice ufficio delle varie cooperative associate che esaurisce la propria funzione nella partecipazione ai pubblici appalti, bensì una nuova entità, fornita di un proprio capitale, che assume in proprio gli appalti di opere pubbliche e che si distingue rispetto alle imprese consorziate, che conservano autonomia e che possono, per ciò stesso, partecipare alle gare, anche in concorrenza al consorzio di appartenenza.

Con l'introduzione dell'art. 9, comma 23 della l. n. 415 del 1998 (c.d.

Merloni ter) è stato, quindi, normativamente temperato il generale divieto di partecipazione cumulativa, già fissato dalla legge quadro nell'originaria formulazione e che aveva dato luogo a contenzioso per la categoria dei consorzi qui in questione, mediante l'introduzione di una norma di favore.

La seconda parte dell'art. 13, comma 4, della l. n. 109 del 1994, prevede, infatti, come già detto, che "i consorzi di cui all'art. 10, comma 1°, lettere b) e c) sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma alla medesima gara".

Ne consegue che ai soggetti facenti parte dei consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro, diversamente dai soggetti facenti parte delle associazioni temporanee di concorrenti e dei consorzi tra imprese ex art. 2602 c.c., l'art. 10 della l. 11 febbraio 1994, n. 109 preclude la partecipazione individuale o mediante altri consorzi o raggruppamenti non in senso assoluto, cioè in quanto consorziati, ma in quanto siano indicati in sede di gara dal consorzio quali concorrenti in quella specifica gara (cfr. TAR Puglia, Bari, sez. prima, 19 febbraio 2007, n. 468; TAR Lazio, Roma, sez. terza, 21 dicembre 2007, n. 13914).

Ciò posto, poiché il CCC di Bologna e il Consorzio Ciro Menotti sono entrambi consorzi di cooperative di produzione e lavoro costituiti ai sensi della l. n. 422 del 1909, pertanto riconducibili entrambi ai tipi consortili indicati dall'art. 10, comma 1, lettera b) della l. n. 104 del 1994 (attualmente art. 34, lettere b) e c) del d. lgv. n. 163 del 2006), il divieto di partecipazione sussiste soltanto per i consorziato indicato dal consorzio concorrente in sede di offerta.

La Mucafer che è la cooperativa per la quale concorre il CCC non figura tra quelle indicate dal Consorzio Ciro Menotti, né la Mucafer ha

partecipato in forma individuale alla medesima gara, sicché non sussiste alcuna violazione né della disciplina nazionale, né della *lex* di gara.

D'altra parte a Mucafer non è nota certamente l'attività dei due consorzi cui aderisce, rappresentando essa Mucafer, una delle oltre 250 cooperative che fanno parte del Consorzio Cooperative Costruzioni ed una delle oltre 50 consorziate nella Ciro Menotti, sicché è del tutto impensabile, e comunque escluso dalla concreta attività consortile, che la singola consorziata possa conoscere alcunché di quanto il consorzio opera in favore di altra consorziata e, quindi, non sussiste alcuna possibilità di controllo tra le diverse offerte provenienti da due differenti consorzi cui pure appartenga.

In conclusione, la circostanza che Mucafer sia stata indicata da parte di uno dei consorzi partecipanti non ha comportato alcuna violazione di legge, malgrado la Mucafer sia cooperativa consorziata anche dell'altro consorzio partecipante alla gara in questione.

Con il secondo e terzo motivo, che possono essere trattati congiuntamente, la ricorrente muove le sue doglianze alla commissione di gara che, a suo dire, non sarebbe stata costituita da membri esperti nella materia cui si riferivano i lavori e sarebbe stata costituita in violazione degli artt. 21, l. n. 109 del 1994 e 92 del d.p.r. n. 554 del 1999, perché la nomina di due membri non sarebbe avvenuta mediante sorteggio.

Quanto a quest'ultima circostanza, dagli atti prodromici alle operazioni di gara, risulta che la nomina dei componenti della commissione di gara è avvenuta nel pieno rispetto delle norme del bando di gara e delle disposizioni di legge.

L'amministrazione di gara, infatti, ha provveduto a nominare presidente della commissione di gara un dirigente amministrativo non sanitario, secondo quanto espressamente richiesto dal comma 5 dell'art. 21 della l.

n. 109 del 1994.

L'azienda ha provveduto a nominare gli altri due membri che rivestono la qualità di esperti nel campo dell'edilizia ed impiantistica, l'uno scelto da una terna di nominativi richiesti dall'azienda sanitaria locale e proposti dal Magnifico Rettore di Foggia e l'altro tra i soggetti iscritti all'Albo degli ingegneri di Foggia (cfr. delibera di nomina del D.G. dell'azienda sanitaria n. 78 del 7 febbraio 2006).

La commissione presenta, in particolare, un esperto in procedure amministrative e altri due in edilizia e impiantistica sanitaria.

L'esperienza dei componenti della commissione è, dunque, rispettata, appartenendo i medesimi alle categorie professionali indicate dalla normativa di settore e allo stesso modo ne è assicurata l'imparzialità, essendo stati nominati mediante sorteggio: il sanitario, nell'ambito di rose di candidati proposti dall'Università di Foggia e l'ingegnere nell'ambito dell'albo degli ingegneri della Provincia di Foggia.

Le censure sono, quindi, infondate.

Quanto all'ultimo motivo di ricorso con il quale si censura l'operato della commissione nell'iter seguito per l'attribuzione dei punteggi e nella valutazione comparativa delle offerte, tali censure sono prima ancora che infondate, inammissibili, giacché nessuna di esse riveste quel grado di evidenza che consente di prenderle in considerazione come espressione di eccesso di potere per manifesta illogicità o travisamento dei fatti.

Costituisce *ius receptum* quello secondo cui le doglianze che attengono all'intima valutazione della commissione giudicatrice involgono un sindacato che sconfinava nel merito amministrativo, la cui conoscenza è preclusa al giudice salva illogicità, irragionevolezza del giudizio .

Quanto poi alla comparazione delle offerte, anch'essa è espressione di un potere di natura tecnico discrezionale di per sé insindacabile in sede di

legittimità se non per aspetti di eccesso di potere per manifesta illogicità, insufficiente motivazione o errori di fatto, che nel caso non sussistono.

Invero, il punteggio assegnato in sede di valutazione delle offerte tecniche costituisce il risultato di una valutazione discrezionale caratterizzata da una stretta connessione tra l'apprezzamento tecnico e le caratteristiche delle apparecchiature e della progettazione e una scelta di merito, intesa come convenienza tecnica di operare con una invece che con l'altra delle scelte tecniche offerte.

Si tratta di profili contrassegnati da margini spesso notevoli di opinabilità, sicché sia per la complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dell'opinabilità dell'esito delle valutazioni effettuate alla loro stregua, essi sfuggono in base a costante giurisprudenza al sindacato del giudice amministrativo in sede di legittimità laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere, sub specie di difetto di motivazione, di illogicità manifesta, di erroneità dei presupposti di fatto e di incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti.

Nel caso in questione, il giudizio condotto dalla commissione, anche con riferimento alle voci in contestazione, si appalesa congruamente motivato per effetto dell'attribuzione di specifici punteggi in relazione ai criteri adeguatamente predeterminati.

La ricorrente, invero, con tale censura, non fa che sostituire a quello della commissione il suo personale giudizio, dal momento che la commissione ha motivato i suoi giudizi punto per punto con riferimento ai criteri di valutazione ben individuati nel disciplinare di gara ed ha riportato i propri giudizi nei verbali insieme ai punteggi assegnati ai tre concorrenti con l'applicazione del metodo del confronto a coppie dettato dal d.p.r. n. 554 del 1999.

Precisamente, come si legge in ogni verbale di gara relativo alla fase di

valutazione dell'offerta tecnica, la commissione ha così proceduto: ha prima dato lettura dei criteri di valutazione fissati nel bando di gara e delle specifiche contenute nel disciplinare di gara. "Quindi, il presidente propone di procedere con la valutazione del "Valore Estetico Funzionale" delle offerte tecniche pervenute. I Componenti esaminano le offerte tecniche relativamente a detto criterio. Dopo ampio studio, ciascun commissario annota sulla propria scheda il valore attribuito a ciascun confronto compreso tra uno e sei come previsto dall'allegato A del citato d.p.r. n. 554 del 1999, firmando la relativa scheda. Viene, quindi compilata una scheda riepilogativa dei punteggi assegnati dai commissari per ciascuna impresa e, quindi, il relativo punteggio totale. Detto punteggio viene ragguagliato ad un coefficiente compreso tra zero, per punteggio minore, e uno attribuito al punteggio maggiore, per poi convertirlo nel punteggio relativo al peso attribuito al detto elemento nel bando di gara, vale a dire 4". Quindi si è stilata la classifica per il criterio esaminato.

A conclusione, la commissione nel prospetto allegato al verbale ha riportato la motivazione relativa all'attribuzione del punteggio.

E così la commissione ha agito per ogni criterio, come risulta nei relativi verbali depositati in giudizio.

La valutazione delle offerte tecniche è avvenuta, quindi, nel pieno rispetto della normativa e del metodo prescelto ed è stata puntualmente motivata.

Per le ragioni esposte il ricorso deve essere respinto.

Le spese di giudizio possono essere compensate, attesa l'incertezza normativa delle questioni sollevate dalla ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Bari, sezione

prima, respinge il ricorso in epigrafe indicato.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 9 giugno 2010

con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Giuseppina Adamo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/10/2010

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

IL SEGRETARIO