



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 Liguria**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 792 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

C.S.O. Consorzio Servizi Organizzati, rappresentato e difeso dagli avv. Roberto Damonte, Gianmaria Laurenti, Andrea Merciarì, con domicilio eletto presso Roberto Damonte in Genova, via Corsica 10/4;

***contro***

Azienda Ospedaliera Universitaria San Martino, rappresentato e difeso dall'avv. Piergiorgio Alberti, con domicilio eletto presso Piergiorgio Alberti in Genova, via Corsica 2/11;

***nei confronti di***

C.R.D. Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Piscitelli, con domicilio eletto presso Luigi Piscitelli in Genova, corso Saffi 7/2;

*per l'annullamento*

della deliberazione dell'Azienda Ospedaliera Universitaria S.Martino 5/8/2010 n. 927, recante aggiudicazione definitiva alla C.D.R. srl dell'appalto per l'esecuzione del servizio di "centro stampa"

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Universitaria San Martino e di C.R.D. Srl;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale C.R.D. S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Piscitelli, con domicilio eletto presso Luigi Piscitelli in Genova, corso Saffi 7/2;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 febbraio 2011 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame introduttivo del giudizio la società ricorrente esponeva di aver partecipato alla procedura di gara in oggetto, concernente l'affidamento, col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di centro stampa per l'azienda sanitaria intimata. All'esito della gara, aggiudicatasi dalla contro interessata,

l'esponente si classificava al secondo posto.

Avverso l'aggiudicazione si muovevano pertanto le seguenti censure, tese ad evidenziare la necessità di escludere la controinteressata vincitrice dalla gara:

- violazione degli artt. 1 commi 65 e 67 l. 266\2005, 2 disciplinare di gara e delibere AVCP 15\2\2010 e 24\1\2008, difetto di istruttoria, travisamento fatti, per mancanza della copia del versamento dovuto ad AVCP;
- violazione degli artt. 38 d.lgs. 163\2006, 2 disciplinare e III.2.1 del bando, difetto di istruttoria, travisamento fatti, per mancanza della dichiarazione necessaria da parte di due amministratori muniti di poteri di rappresentanza;
- violazione degli artt. 2 d.lgs. 163\2006, 2 disciplinare e 16 capitolato speciale nonché della par condicio, difetto di istruttoria e di motivazione, per mancata indicazione prezzo unitario per biglietti da visita;
- violazione degli artt. 2, 42 d.lgs. 163\2006, 1 disciplinare e 6.3 capitolato speciale nonché della par condicio, difetto di istruttoria e di motivazione, per mancata indicazione delle modalità esecutive di erogazione;
- violazione degli artt. 2, 41 e 42 d.lgs. 163\2006, 3 e 6 l. 241\1990, 1 e 2 disciplinare, III.2.3 e 1.5 del bando, 1 e 5 capitolato speciale nonché della par condicio, difetto di istruttoria e di motivazione, per mancanza di analoghi servizi precedenti;

- violazione degli artt. 48 d.lgs. 163\2006, 3 e 6 l. 241\1990, difetto di istruttoria e di motivazione, per mancato svolgimento della verifica ex lege;
- violazione degli artt. 2 e 118 d.lgs. 163\2006, 2 nonché della par condicio, difetto di istruttoria e di motivazione, per mancata indicazione parte subappaltabile;
- in via subordinata, violazione degli artt. 2 e 83 d.lgs. 163\2006, 2 e 5 disciplinare e 17 capitolato speciale nonché della par condicio, difetto di istruttoria e di motivazione, per errata valutazione punteggio a crd su quantità e non su qualità;
- violazione del principio di continuità e concentrazione di gara, a fronte del rilevante numero di sedute di gara;
- violazione dell'art. 84 d.lgs. 163\2006 per mancanza dei necessari elementi di specialità della commissione.

Venivano altresì formulate domande istruttorie, di accertamento, declaratoria inefficacia contratto, condanna in forma specifica, per equivalente e cautelare.

L'amministrazione intimata e la società controinteressata si costituivano in giudizio e, contro deducendo punto per punto, chiedevano il rigetto del gravame.

Con ricorso incidentale la società controinteressata contestava per tale via la mancata esclusione della ricorrente, deducendo le seguenti censure: violazione degli artt. 38 d.lgs.163 cit., 2 e III.2 del bando, eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento fatti, in

analogia al secondo motivo di ricorso principale, per analoghe carenze nella dichiarazione di parte ricorrente in ordine al procuratore Capanna; violazione degli artt. 118 d.lgs.163 cit., 2 del disciplinare e della par condicio, per genericità della dichiarazione sulla parte da subappaltare.

Con successivo atto di motivi aggiunti, depositato in data 4\11\2010, le censure venivano estese in via derivata e direttamente nei confronti della conferma di aggiudicazione nelle more intervenuta; venivano altresì dedotti i seguenti ulteriori motivi:

- violazione artt. 3, 6 e 21 nonies l. 241 cit., 11 comma 9 d.lgs. 163\2006, contraddittorietà, in quanto in sede di riesame ante conferma non sono stati esaminati alcuni dei motivi di cui al ricorso giurisdizionale;
- analoghe censure e difetto di istruttorie sulle contestazioni sollevate avverso le dichiarazioni ex art. 38 d.lgs. 163 cit;
- analoghe censure per difetto di motivazione sulla pregressa contestazione delal non pertinenza dei servizi svolti;
- analoghe censure che reiterano le contestazioni sull'irregolarità circa il subappalto;
- analoghe censure avverso il verbale della commissione tecnica che non ha tenuto conto del ricorso principale, nonché l'illogicità delle valutazioni tecniche ivi svolte.

Con ordinanza n. 487 del 11\11\2010 questo Tar respingeva la domanda cautelare proposta.

Con decreto presidenziale il Consiglio di Stato non concedeva la misura cautelare invocata, mentre con successiva ordinanza n. 5687 del 14\12\2010 la sezione quinta accoglieva la domanda cautelare nelle more della definizione del merito in primo grado, dove tornava la causa per la fissazione dell'udienza di discussione.

Con nuovo atto di motivi aggiunti venivano ribadite le domande ulteriori nonché dedotte le violazioni degli artt. 120 ss d.lgs. 104 \2010.

Anche avverso entrambi gli atti di motivi aggiunti replicavano le parti resistenti costituite.

Alla pubblica udienza del 3\2\2011 la causa passava in decisione.

#### DIRITTO

In via preliminare, va fatta applicazione del principio già espresso a tenore del quale, pur se in generale la cognizione dei motivi di ricorso incidentale ad effetti paralizzanti assume rilievo preliminare, l'infondatezza nel merito delle doglianze dedotte in via principale dal soggetto ricorrente esime il giudice amministrativo dalla verifica delle censure dedotte dai controinteressati in via incidentale (cfr. ad es. T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 6 aprile 2009 , n. 615).

Nel caso di specie il ricorso principale, compresi i motivi aggiunti, è infondato.

Con il primo ordine di motivi parte ricorrente contesta la mancata dimostrazione dell'avvenuto versamento del contributo in favore dell'autorità di vigilanza di settore. La censura è infondata in fatto,

come emerge dalla produzione dell'attestazione in esame all'interno della busta della documentazione amministrativa.

Con il secondo ordine di rilievi si contesta la mancanza della dichiarazione necessaria ex art. 38 d.lgs. 163 cit. da parte di due amministratori della contro interessata muniti di poteri di rappresentanza.

La censura è infondata sotto diversi profili: la dichiarazione resa, peraltro analoga a quella resa dalla ricorrente, è pienamente conforme al dettato della lex specialis; nessuna causa di esclusione fa capo ai soggetti indicati; assume rilievo dirimente l'opzione ermeneutica prevalente in ordine alla norma invocata.

In proposito, occorre prendere le mosse dall'art. 38 cit., il quale, dopo aver dettato che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti" che si trovino in una serie di situazioni individuate dalla norma, prevede che il possesso di tali requisiti possa essere attestato mediante dichiarazione.

In generale, va ribadito che la ratio della normativa di cui all'art. 38 risiede nella esigenza di verificare la affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a trattare con la p.a. per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale (cfr. ad es. Tar Liguria 962

\2010).

Le singole *lex specialis* dettano regole di specificazione di tale onere che, se da un lato assumono il valore di vincolo per la stessa stazione appaltante e per gli aspiranti partecipanti, dall'altro devono sottostare agli ordinari criteri della chiarezza di redazione e della ragionevolezza di applicazione. Nel caso di specie le contestazioni riguardano non tanto la sussistenza dei requisiti quanto la correttezza formale della dichiarazione resa e l'estensione della stessa. Orbene, il pieno rispetto della dichiarazione come richiesta dal bando impone alla stazione appaltante di attribuire primario rilievo al principio del favor participationis, preminente a fronte di cause generali di esclusione e di un dato letterale del bando o del disciplinare fonte di possibili dubbi applicativi od interpretativi sul punto (cfr. per un'analogia fattispecie Tar Liguria n. 10137\2010: "la *lex specialis* di gara richiedeva sul punto una sola dichiarazione sostitutiva, sottoscritta dal titolare o legale rappresentante, con cui la ditta dichiarava di non trovarsi nelle situazioni di cui all'art. 38. Invero, la dichiarazione risulta essere stata presentata dall'amministratore delegato dell'impresa in conformità a quanto previsto dalla *lex specialis*, in termini altresì generali e quindi riferibili a tutti i soggetti eventualmente interessati. In tale contesto, di rispetto pieno della *lex specialis* e di un dato normativo attento alla concreta verifica dei requisiti, appare doveroso non addossare all'impresa la formulazione eventualmente generica del bando o del disciplinare.").

Diversamente opinando in ogni caso risulterebbe fondato il ricorso incidentale con ogni conseguenza da ciò derivante, tra cui l'inammissibilità del ricorso principale.

Con il terzo ordine di rilievi parte ricorrente lamenta la mancata indicazione del prezzo unitario per biglietti da visita, necessario ai sensi del disposto della lex specialis a tenore del quale l'omissione della quotazione relativa ad uno o più prodotti comporta l'esclusione.

Anche tale censura è infondata in base all'analisi degli atti e delle regole di gara: l'offerta in contestazione (riguardante peraltro un numero di articoli talmente elevato che i biglietti sommano un importo pari allo 0,29 %) contiene l'indicazione del prezzo ogni cento biglietti, con ciò conformandosi sia all'indicazione della lex specialis (art. 82. cap spec) che indica la relativa quotazione in lotti da max 100 pezzi, sia in ordine alla quotazione unitaria automaticamente ottenibile dividendo per cento il prezzo del lotto di cento pezzi. Peraltro, ragionevolmente la lex specialis (art. 2 discipl e 16 cap spec) prevede l'esclusione unicamente del diverso caso di omissione della quotazione relativa ad uno o più prodotti, mentre nel caso di specie la quotazione è chiaramente indicata.

Parimenti infondato è il quarto motivo, concernente la presunta violazione della lex specialis circa la necessità che l'attività di creazione ed implementazione dell'interfaccia web debba essere gestita direttamente ed in toto dall'appaltatrice sulla scorta di una

interpretazione sia letterale che ragionevole degli atti di gara, effettuata invece solo in termini parziali e suggestivi da parte ricorrente: infatti, contrariamente a quanto asserito da parte ricorrente, il capitolato richiedeva; da un lato (art. 5) la fornitura di un applicativo con interfaccia web, applicativo gestito direttamente dalla ditta appaltatrice sia nella progettazione che nell'applicazione, e sotto tale profilo l'offerta CRD appare pienamente conforme a quanto richiesto; dall'altro lato (art. 6) che l'attività di creazione e implementazione dell'interfaccia web dovrà essere gestita in toto e direttamente dalla ditta appaltatrice con proprio personale, e sotto tale profilo l'offerta vincitrice risulta conforme alle previsioni di gara, prevedendo personale adeguato; inoltre, è del tutto logico che per creare quanto richiesto siano stati utilizzati, come base informatica, programmi informatici comuni.

Infondata, sulla scorta dell'analisi attenta e non superficiale della documentazione versata in gara, appare poi la sesta censura, dedotta in ordine alla sussistenza del requisito della capacità tecnica. Parte ricorrente contesta la mancanza di analoghi servizi precedenti che, oltre ad essere smentita dalle produzioni concernenti i numerosi servizi pregressi analoghi svolti in materia (ad esempio presso Galliera ARTE ecc), non trova l'auspicato (da parte ricorrente) conforto dall'analisi completa del contestato oggetto sociale (cfr. doc 4.4 di parte contro interessata). Peraltro, le contestazioni inerenti la specificità ed il quantum dei pregressi servizi neppure trovano

conforto nella *lex specialis* che non dettava limitazioni insuperate sul punto, né sulla specificità parlando di servizi analoghi all'oggetto servizio stampa (art. III.2.3 bando) né sul fatturato, cosicché va assicurata applicazione al principio del *favor participationis*.

Prima facie infondato è altresì il sesto ordine di motivi con cui parte ricorrente contesta il mancato svolgimento della verifica imposta ex art. 48 d.lgs. 163 cit.: sia in quanto dedotta solo in termini formali, non risultando messa in discussione la sussistenza in concreta in gara della documentazione comprovante il possesso dei requisiti, sia a fronte della presenza della documentazione di attestazione nell'offerta cosicché la stazione appaltante ha potuto da subito svolgere la verifica senza necessità di acquisire le possibili integrazioni.

In generale va ricordato che la ratio dell'art. 48 in esame va individuata nel temperamento del principio del libero accesso alle gare, con la garanzia che vi partecipino imprese affidabili; a tale fine, il legislatore impone una campionatura a sorteggio tesa a riscontrare il possesso, da parte delle imprese, dei requisiti dichiarati ai fini partecipativi; la finalità è quella di responsabilizzare i partecipanti e di escludere da subito i soggetti privi delle richieste qualità economico - imprenditoriali volute dal bando, soggetti i quali, per il solo fatto di partecipare "sine titolo", alterano, di per sé, la gara quantomeno per un aggravio di lavoro del seggio, chiamato a vagliare anche concorrenti inidonei, con le relative questioni innescabili. Nel caso di

specie non si rinviene negli atti, né viene dedotto in termini sostanziali, alcun elemento tale da porre in crisi tale ratio, avendo parte controinteressata prodotto la documentazione di attestazione richiesta ed avendo la stazione appaltante proceduta alla relativa verifica.

Con il settimo ordine di rilievi parte ricorrente lamenta la mancata indicazione della parte subappaltabile nell'offerta crd. La censura è infondata alla luce della compiuta analisi di quanto dichiarato dalla vincitrice, sia in ordine al rispetto del limite del 30 % sia relativamente alle attività oggetto di subappalto, indicate tramite il chiaro riferimento al codice prodotto. Diversamente opinando in ogni caso risulterebbe fondato il ricorso incidentale, a fronte della genericità della dichiarazione cso sul punto, con ogni conseguenza da ciò derivante, tra cui l'inammissibilità del ricorso principale.

L'ottavo ordine di motivi, proposto in via subordinata in ordine alla presunta errata valutazione del punteggio a crd su quantità e non su qualità, appare inammissibile sotto due profili: per un verso, le contestazioni involgono il merito delle valutazioni tecniche svolte dalla stazione appaltante, di per sé motivate (sia in termini di voto numerico che di giudizio) e non censurate sotto gli unici profili ammissibili, cioè la manifesta illogicità ed il travisamento dei fatti; per un altro verso, a fronte della differenza di punteggio finale tra le due offerte per cui la genericità delle contestazioni esclude la dimostrazione di un concreto interesse tale da porre in discussione

sul punto l'esito della gara. Peraltro, anche scendendo nel dettaglio le conclusioni non mutano: a titolo esemplificativo con riferimento al personale è stata valutata non solo la consistenza numerica bensì anche il livello professionale; in ordine alla capacità produttiva tutte le offerte eccedevano ampiamente quanto richiesto dal bando; in ordine ai macchinari alla maggior consistenza numerica di crd si accompagna una adeguata valutazione circa il relativo contenuto tecnico.

Parimenti generica appare la nona censura, con cui si contesta il rilevante numero di sedute di gara, anche alla luce della complessità delle valutazioni svolte ed adeguatamente motivate, nei termini sopra richiamati sull'ottavo motivo.

Analoghe conclusioni di inammissibilità per genericità incontra la decima censura, concernente la presunta violazione dell'art. 84 d.lgs. 163\2006 per mancanza dei necessari elementi di specialità della commissione; infatti, parte ricorrente non indica quali avrebbero dovuto essere i parametri di specificità invocati. Peraltro, l'analisi della composizione e delle specificità evidenziate dalla difesa della stazione appaltante escludono anche nel merito la sussistenza delle invocate carenze, specie a fronte della natura del servizio da svolgere. Parimenti infondate appaiono prima facie le censure dedotte in sede di motivi aggiunti avverso l'attività di nuova verifica svolta dalla stazione appaltante che ha portato a confermare l'aggiudicazione contestata. Al riguardo, se da un lato nel merito delle censure

valgono le considerazioni sopra svolte in ordine all'infondatezza delle stesse, dall'altro lato non è seriamente contestabile l'attività di una commissione di gara che abbia, per scrupolo della stazione appaltante, proceduto a riverificare alcune delle operazioni (di propria stretta competenza) contestate con un ricorso nella diversa sede giurisdizionale. In materia di procedimento di rivalutazione in vista di eventuale autotutela va ribadita la piena discrezionalità dell'amministrazione; né d'altronde ciò incide sui margini di tutela della parte che si ritiene lesa, essendo garantita dalla piena e totale autonomia della sede giurisdizionale.

Infine, inammissibile appare in via preliminare il secondo atto denominato motivi aggiunti con cui parte ricorrente non deduce alcuna nuova censura, limitandosi ad invocare nuovamente le norme del codice del processo amministrativo in tema di conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione, già poste a fondamento del ricorso principale e delle relative domande peraltro non esaminabili a fronte dell'infondatezza nel merito del ricorso.

Le spese di lite, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore delle parti resistenti, che liquida per ciascuna in euro 3.000,00 (tremila\00) oltre accessori dovuti per legge.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 3 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/02/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)