



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1380 del 2010, proposto da:
Lavin - Lavanderie Industriali S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimiliano Brugnoletti, Francesca Mastroviti, con domicilio eletto presso l'avv.to Francesca Mastroviti in Torino, via Schina, 15;

contro

Azienda Sanitaria Locale To 2, in persona del Commissario *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv.to Stefano Manni, con domicilio eletto presso l'avv.to Stefano Manni in Torino, via Colli, 4;

nei confronti di

So.Ge.Si. S.p.A. in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento con Rivoira s.p.a. nonché Rivoira Spa, in proprio e quale mandante del costituendo raggruppamento con So.Ge.Si. s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv.ti Carlo Merani, Andrea Zanetti, con

domicilio eletto presso l'avv.to Carlo Merani in Torino, via Pietro Micca, 21;
Bioster S.p.A., non costituita;

per l'annullamento

della deliberazione dell'Azienda Sanitaria Locale Torino 2, con cui è stata indetta la gara per l'affidamento per otto anni del servizio di gestione della centrale di sterilizzazione, situata presso il presidio ospedaliero TNE San Giovanni Bosco;

del bando di gara in parte qua;

del capitolato speciale in parte qua;

della determinazione n. 834 del 18.10.2010, con cui l'Azienda Sanitaria Locale Torino 2 ha aggiudicato al raggruppamento formato da So.Ge.Si. S.p.a. e Rivoira S.p.a. la gara sopra specificata;

della deliberazione della Azienda Sanitaria Locale Torino 2 n. 380 del 7 maggio 2010, con cui è stata nominata la commissione di gara;

del verbale di gara n. 1 del 21 aprile 2010 di registrazione delle operazioni di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa;

dei verbali di valutazione delle offerte tecniche del 24 maggio, del 4 giugno e del 21 giugno 2010;

del verbale di gara n. 2 dell'8 luglio 2010 di registrazione delle operazioni di gara n. 2 dell'8 luglio 2010 di registrazione delle operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte economiche;

di tutti gli atti presupposti consequenziali e connessi

del contratto di appalto ove stipulato;

in via incidentale del verbale di gara n. 1 del 21 aprile 2010 e della determinazione del Direttore della S.C. Economato di aggiudicazione definitiva del 18.10.2010 per la parte in cui hanno ammesso la Lavin

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale To 2 e di So.Ge.Si. S.p.A. -Rivoira Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2011 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato TAR e impugnato gli atti in epigrafe deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione dell'art. 84 co. 1 e 2 del d.lgs. 163/2006; contesta la ricorrente la violazione del principio di unicità della commissione di gara e del numero dispari dei suoi componenti.

2) Violazione dell'art. 2 co. 2 del d.lgs. 163/2006, del principio di segretezza delle offerte e della *par condicio* dei concorrenti. Sviamento. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Si contesta che la commissione non abbia adottato le necessarie e prescritte misure atte a garantire la sigillatura e conservazione dei plichi.

3) Violazione dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006, del principio di trasparenza, della *par condicio competitorum*. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e ingiustizia manifesta. Sviamento. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Contesta la ricorrente l'omessa fissazione dei criteri di valutazione delle offerte tecniche negli atti di gara.

4) Violazione dell'art. 2 co. 4 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990. Difetto di motivazione. Violazione del principio di trasparenza.

Violazione della *par condicio* dei concorrenti; ritiene la ricorrente che non siano comprensibili le ragioni delle valutazioni dei punteggi attribuiti.

5) Violazione delle norme sul procedimento. Incertezza nelle fasi procedurali. Contraddittorietà nel verbale del 4 giugno 2010. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Contesta la ricorrente che il verbale delle operazioni di gara svoltesi il 4.6 rechi contraddittoriamente la data del 9.6.

6) Violazione dell'art. 46 del d.lgs. 163/2006. Violazione del principio di modificazione delle offerte. Violazione del principio della *par condicio*. Contesta la ricorrente che la stazione appaltante, nel chiedere chiarimenti alle concorrenti, abbia concesso alle medesime di modificare il contenuto dell'offerta dopo l'apertura delle buste.

7) Violazione dell'art. 2 co. 1 del d.lgs. 163/2006 e del principio di pubblicità, contesta la ricorrente che la commissione abbia proceduto all'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata

Con ricorso incidentale la controinteressata ha impugnato gli atti in epigrafe deducendo i seguenti motivi di ricorso:

1) Violazione di legge e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006. Violazione della *lex specialis* di gara. Eccesso di potere per travisamento dei fatti. Violazione della *par condicio*. Eccesso di potere per manifesta illogicità. L'amministratore della Lavin ha reso una dichiarazione, concernente l'amministratore cessato dalla carica, invalida in quanto contenente l'inciso "per quanto a propria conoscenza".

2) Violazione della *lex specialis* di gara. Eccesso di potere per travisamento. Violazione della *par condicio*. Violazione di legge per violazione ed omessa applicazione dell'art. 75 co. 7 del d.lgs. 163/2006. Contesta la controinteressata l'idoneità della garanzia fideiussoria presentata dalla ricorrente.

Con ordinanza n. 9/2011 di questo Tar l'istanza cautelare è stata respinta.

All'udienza del 10.3.2011 la causa è stata discussa e decisa.

DIRITTO

Parte controinteressata rileva preliminarmente che il ricorso incidentale si appalesa paralizzante, in quanto tendente ad evidenziare ragioni di esclusione della ricorrente principale, nel contesto di una gara in cui tre erano le concorrenti.

Vero è tuttavia, come eccepito da parte ricorrente, che talune delle censure principali (concernenti ad esempio le garanzie adottate a tutela della segretezza delle offerte, le modalità di apertura dell'offerta tecnica) tendono ad invalidare l'intera gara sicchè, seguendo gli assunti di cui all'adunanza plenaria n. 11/2008, residuerebbe l'interesse strumentale della ricorrente all'integrale riedizione della gara, interesse che travolgerebbe anche la posizione della terza classificata. Sul punto il dibattito è allo stato particolarmente controverso avendo di recente il supremo consesso amministrativo (C. Stato sez. VI. Ord. n. 351/2011) rimesso la questione all'adunanza plenaria, dubitando che il cosiddetto interesse strumentale alle riedizione della gara sia effettivamente tale e suscettibile di autonoma tutela a fronte del ben più concreto interesse all'aggiudicazione; evidenzia in particolare il Consiglio di Stato che la teorica dell'interesse strumentale rischia di esasperare il contenzioso, portando ad un significativo numero di controversie il cui complessivo esito è la vanificazione di intere procedure, senza che a tale risultato obbligatoriamente poi consegua né la riedizione della gara né tanto meno la obbligata partecipazione del soggetto in seguito alla cui iniziativa la gara è caduta.

Pur prendendo atto quindi della complessa esigenza di individuare il delicato equilibrio tra diritti di azione e pubblico interesse ad una conclusione comunque utile delle gare, ritiene il collegio che, nel caso di specie, stante l'infondatezza di entrambe le impugnative, la scelta di quale esaminare per prima non incida sull'esito del giudizio.

Partendo quindi dal ricorso incidentale con il primo motivo si deduce che le dichiarazioni rese ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 dal legale rappresentante della ricorrente anche in relazione agli amministratori cessati dalla carica, in quanto recanti la puntualizzazione "per quanto a conoscenza", sarebbero prive di valore giuridico. Premesso che consolidata giurisprudenza (compresa quella di questo TAR sez. I n. 1008/2009) ammette che la dichiarazione ex art. 38 del d.lgs. 163/2006 sia resa anche ai sensi dell'art. 47 del d.p.r. n. 445 del 2000 e quindi per attestare condizioni di terzi, non ignora il collegio che sussiste invece ondivaga giurisprudenza del giudice d'appello per quanto concerne le dichiarazioni rese con la puntualizzazione "per quanto a conoscenza". Il giudice d'appello afferma talvolta che tale puntualizzazione invalida la dichiarazione, in quanto la priva di sostanziale valore impegnativo, talaltra che la puntualizzazione è ammissibile là dove giustificata da oggettive ed alleggate difficoltà ad accertare i fatti in relazione a un soggetto cessato dalla carica e infine, *tout court*, che "la formula dubitativa al massimo può costituire motivo per una richiesta di chiarimenti" (così da ultimo C. Stato sez. V 25 gennaio 2011, n. 513). Per altro è altresì indirizzo recentemente consolidatosi del giudice d'appello, cui questo tribunale ha già più volte aderito, che, in assenza di specifica indicazione della *lex specialis* di gara, anche una integrale omissione delle dichiarazioni ex art. 38 del d.lgs. 163/2006 per taluni dei soggetti obbligati non comporta l'automatica esclusione del concorrente ove poi risulti che costoro non versino effettivamente nelle condizioni ostative alla partecipazione. Conseguentemente si ammette che il concorrente possa, anche in giudizio, dare prova della sostanziale assenza di cause ostative alla partecipazione. Nel caso di specie la ricorrente ha prodotto certificato del casellario giudiziale di Morabito Ferdinando (doc. 13 di parte ricorrente) dal quale si evince l'assenza di carichi penali.

La censura non può pertanto trovare accoglimento per assenza di sostanziali ragioni ostative alla partecipazione.

Con il secondo motivo di ricorso incidentale si contesta l'idoneità della missiva della UGF Assicurazioni presentata dalla Lavin a costituire "impegno" a rilasciare garanzia fideiussoria; la missiva risulta sottoscritta dalla Lavin ed inviata "per conoscenza" all'amministrazione. Al di là della formula di invio utilizzata, la missiva (cfr. doc. 2 parte controinteressata), che riproduce testualmente il disposto normativo ed espressamente formula rinvio al bando della gara ed alle sue prescrizioni, pare idonea a costituire, verso l'amministrazione, "impegno" a rilasciare la fideiussione; la censura non può pertanto trovare accoglimento.

Si passa quindi all'analisi del ricorso principale.

Con il primo motivo di ricorso la ricorrente censura le operazioni di gara poiché, come per altro previsto dalla legge di gara, la commissione tecnica all'uopo nominata si è limitata a valutare le offerte tecniche mentre le offerte economiche sono state valutate dal cosiddetto "seggio di gara". Come già ritenuto da questo Tar con ordinanza sez. I n. 133/2011, modificando l'orientamento precedentemente espresso (Tar Piemonte sez. I 3132/2010), alla luce del disposto del nuovo regolamento appalti di prossima entrata in vigore (art. 283 del d.p.r. n. 207 del 5.10.2010), che, benchè non applicabile alla gara per cui è causa, costituisce valido e dirimente parametro interpretativo delle corrette modalità applicative del concetto "dell'unicità della commissione" di cui all'art. 84 del d.lgs. 163/2006, ritiene il collegio che la procedura seguita dall'amministrazione sia corretta. L'intervento della commissione tecnica si giustifica in relazione alla valutazione dell'offerta tecnica, appunto per la natura delle valutazioni necessarie in quella sede; esso non appare per contro necessario, né talvolta rispondente a principi di economicità dell'azione amministrativa, là dove, ai fini della

valutazione dell'offerta economica, occorra semplicemente fare applicazione di una formula meccanica per individuare l'offerta più bassa (in tal senso anche C. Stato sez. V, 13.10.2010, n. 7470). L'operazione risulta scevra di qualsivoglia discrezionalità tecnica tant'è che, come anche evidenziato in giudizio sia dalla controinteressata che dall'amministrazione, la ripetizione della medesima operazione da parte della commissione tecnica non potrebbe che condurre ad identico risultato.

La non necessità che la commissione tecnica assegni anche il punteggio dell'offerta economica supera altresì la questione del numero di componenti del seggio di gara che ha proceduto a tale tipo di valutazione. Solo nelle memorie successiva al ricorso introduttivo parte ricorrente sembra infine ulteriormente lamentare la presunta violazione del principio di apertura in seduta pubblica delle buste dell'offerta economica; la censura, oltre che tardiva, risulta infondata alla luce dei documenti in atti (cfr. doc. 10 parte ricorrente, verbale 8.7.2010).

Con il secondo motivo di ricorso la ricorrente contesta che la commissione giudicatrice non abbia adottato le prescritte misure al fine di garantire, nelle more della procedura, la segretezza e la conservazione delle buste contenenti le offerte tecniche. Anche sul punto esiste puntuale contrasto di giurisprudenza in seno al giudice di appello, affermandosi talvolta che solo in presenza di ulteriori sintomi ed allegazioni circa la possibile violazione della segretezza delle offerte l'omessa esplicita verbalizzazione delle cautele adottate giustifica l'invalidazione della procedura (in tal senso ad esempio da ultimo C. Stato sez. V 22.2.2011 n. 1094, secondo cui testualmente: "alla luce del preminente orientamento, condiviso dal Collegio, la mancata dettagliata indicazione nei verbali di gara delle specifiche modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la segretezza delle offerte non costituisce di per sé motivo di illegittimità del verbale e della

complessiva attività posta in essere dalla commissione di gara, dovendo invece aversi riguardo al fatto che, in concreto, non si sia verificata l'alterazione della documentazione) e talaltra che la mera mancata esplicita verbalizzazione delle cautele adottate nelle more della procedura per la conservazione dei plichi viola ex se la par condicio dei concorrenti e quindi il principio di buon andamento cui l'azione amministrativa deve conformarsi (C. Stato sez. V 16.3.2011, n. 1617, in esplicito dissenso con il primo orientamento ricordato).

Ritiene il collegio di mantenere allo stato l'orientamento, in un certo senso mediano, da ultimo assunto da questo TAR secondo e secondo cui la mera omessa verbalizzazione in sé delle cautele adottate non pare idonea ad inficiare la procedura là dove il concreto andamento della medesima (ad esempio il trascorrere di un anomalo lasso di tempo tra una seduta e l'altra) ovvero ulteriori elementi non inducano a dubitare della corretta conservazione dei plichi (in tal senso TAR Piemonte sez. I 3132/2010 e 236/2011). Nel caso di specie la prima seduta della commissione tecnica è del 24.5.2010 e nel relativo verbale risulta precisato che si è proceduto all'apertura delle buste "accertandone la regolare formazione" (cfr. doc. 6 parte ricorrente); già alla successiva seduta del 4.6 risulta poi che tutte le offerte tecniche sono state aperte ed analizzate, procedendo altresì alla richiesta di chiarimenti a tutte e tre le concorrenti. Da detto momento perciò, in assenza di ulteriori "sintomi" se non la mera mancata riproduzione in ogni verbale della circostanza per cui i plichi di volta in volta sono stati riposti in luogo idoneo, le offerte erano note a tutti i componenti della commissione e per di più sulle medesime si era instaurato un contraddittorio con i concorrenti, per cui si ritiene che la sola omessa formale ulteriore verbalizzazione delle cautele adottate non possa incidere sulla sostanziale correttezza delle operazioni di gara. A ciò si aggiunga la dichiarazione depositata in giudizio dell'amministrazione resistente e resa dal direttore del S.C. Economato della ASL , presidente del seggio di gara e

della commissione tecnica, che ha attestato che le buste contenenti la documentazione tecnica e amministrativa sono state ogni volta a lui consegnate e custodite nella cassaforte presso gli uffici dell'economato (cfr. doc. 4 parte resistente).

La censura non può pertanto trovare accoglimento.

Con il terzo motivo di ricorso la ricorrente censura gli atti di gara per omessa fissazione dei criteri di valutazione delle offerte. Ritiene il collegio che l'allegata coincidenza dei criteri di valutazione con l'oggetto della gara, oltre che non puntualmente sussistente in fatto, non infici l'idoneità dei parametri scelti a costituire analitici criteri di valutazione dell'offerta.

L'analitica descrizione del contenuto dell'offerta tecnica non incide infatti sulla idoneità dei criteri che sono correttamente enunciati e preventivamente ripartiti in criteri e sub criteri, e risultano così composti: organizzazione e modalità di espletamento del servizio (13 punti) contestualizzato (e quindi scomposto) rispetto a: ambienti (5), percorsi (5), attrezzature (3); professionalità, gestione e formazione del personale (25 punti) diviso in (e quindi scomposto): organigramma della centrale in termini numerici (10), organigramma della centrale in termini di qualificazione del personale (10), percorsi formativi del personale (5); qualità dei prodotti utilizzati per il processo di sterilizzazione (2), qualità dei processi di sterilizzazione (5), progetto di subentro (5) (cfr. doc. 2 di parte ricorrente p. 13).

La comprensibilità ed idoneità dei criteri sopra riportati non pare richieda ulteriori valutazioni.

Con il quarto motivo di ricorso la ricorrente censura i giudizi espressi per mancanza di motivazione.

Come si evince dal doc. 8 di parte ricorrente alla riunione del 21.6.2010 la commissione ha attribuito i punteggi fornendone anche giustificazione espressa, ancorchè stringata, che risulta quindi idonea, anche alla luce della analiticità dei

parametri di giudizio. La motivazione esplicitata va infatti coordinata con la analitica tabella, allegata al verbale, di scomposizione del punteggio in ragione delle singole voci, come previsto dal bando. La censura non merita accoglimento.

Con il quinto motivo di ricorso la ricorrente lamenta che il verbale concernente la registrazione delle operazioni della commissione del 4.6.2010 reca contraddittoriamente al suo interno la data del 9.6.2010, data, ovviamente, successiva a quella della riunione, e corrispondente a quella in cui sono stati formalmente richiesti per iscritto chiarimenti ai concorrenti con missive allegate al verbale. Ha spiegato l'amministrazione resistente che il verbale dà conto di quanto accaduto alla riunione del 4 giugno ma è stato redatto successivamente, così registrando anche la conseguente circostanza della richiesta di chiarimenti (decisa il 4.6 ma materialmente formalizzata il 9.6); pare al collegio, al di là della scelta di non puntualizzare che la materiale redazione del verbale è stata effettuata ex post, non ineccepibile dal punto di vista formale, che tale modo di procedere sia in sé ammissibile, purchè ovviamente la verbalizzazione resti perfettamente aderente all'accaduto, cosa non posta in dubbio dalla ricorrente. D'altro canto proprio la scelta di porre in evidenza eventi successivi alla riunione ma inscindibilmente connessi alle medesima, in quanto adempimenti deliberati dalla commissione il 4.6 (l'invio ai concorrenti, avvenuto in data 9.6, di richiesta di chiarimenti), evidenzia la linearità della condotta dell'amministrazione che non ha evidentemente inteso con tale successiva redazione "alterare" alcunché ma al limite dare complessivamente atto del proprio operato.

La censura non pare quindi meritevole di accoglimento.

Con il sesto motivo di ricorso la ricorrente lamenta l'alterazione della *par condicio competitorum* per avere la stazione appaltante, dopo aver preso visione delle offerte, richiesto chiarimenti ai concorrenti. Premesso che la richiesta di chiarimenti è stata inviata a tutti i concorrenti, si evince dal doc. 10 che si è trattato di

puntualizzazioni e non di modifiche; proprio perché poi la richiesta è stata indirizzata a tutti non può non rilevarsi che proprio la Lavin è stata destinataria della richiesta del maggior numero di chiarimenti (5 a fronte di 3 per gli altri concorrenti). Inoltre il chiarimento indicato nel punto sub. 3 della richiesta per gli altri concorrenti e sub. 5 per la ricorrente concernente la conferma che l'offerta includeva il rispetto di un determinato vincolo (questione che al limite potrebbe dubitarsi dare adito ad un'integrazione dell'offerta) è stata proposta in termini esattamente identici a tutti i concorrenti, sicché non altera in alcun modo la procedura. Quanto infine ai punti 1 e 2 delle richieste indirizzate rispettivamente all'A.T.I. aggiudicataria e alla Bioster si tratta precisamente di chiarimenti e specificazioni di caratteristiche già proprie dell'offerta che in alcun modo possono essere classificate alterazioni (cfr. sul punto doc. 10 di parte ricorrente).

La censura non può quindi trovare accoglimento.

Con il settimo motivo di ricorso la ricorrente censura le operazioni di gara perché la commissione ha proceduto all'apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica in seduta riservata.

Come da più recente giurisprudenza del giudice d'appello e di questo stesso TAR si ritiene di ribadire l'orientamento secondo il quale solo l'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa e l'offerta economica deve avvenire in seduta pubblica (circostanza puntualmente verificatasi), non altrettanto l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, la cui possibile analisi in seduta riservata giustifica anche l'apertura delle buste in quel medesimo contesto (ex pluris C. Stato sez. V 13.10.2010, n. 7470).

La censura non può pertanto trovare accoglimento.

Devono quindi essere respinti tanto il ricorso incidentale che quello principale.

Stante la reciproca soccombenza, la complessità della vertenza, e la sussistenza di ondivaghi orientamenti giurisprudenziali su più punti della controversia sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale e incidentale.

Compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/04/2011

IL SEGRETARIO

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