



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1039 del 2014, proposto da:
Vimec S.r.l., e difesa dall'avv. Piero Fidanza, presso il cui studio è
elettivamente domiciliata in Firenze, Via Guelfa 1;

contro

Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta - Estav
Centro, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Vicicone, presso il
cui studio è elettivamente domiciliato in Firenze, Viale G. Mazzini 60;
Officina Ortopedica Ferrero S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Marco Capello e Alberto Garlanda, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Raffaello Astorri in Firenze, Via del Corso 1;
Azienda U.s.l. 3 di Pistoia, Azienda U.s.l. 4 di Prato, Azienda U.s.l. 10
di Firenze, Azienda U.s.l. 11 di Empoli, Regione Toscana;

per l'annullamento

- degli atti ed esiti tutti della "procedura aperta, ai sensi del D.Lgs. n.
163/2006, relativa alla conclusione di un accordo quadro per la

fornitura di nuovi ausili per gli utenti aventi diritto dell'Area Vasta Centro per un periodo di 48 mesi", limitatamente al lotto n. 2, ed in particolare:

- del provvedimento dirigenziale n. 265 del 19.05.2014 di Estav Centro, a firma del Dirigente S.S. Innovazione e nuova implementazione funzione acquisti, nonché del Coordinatore del Dipartimento Acquisti Beni e Servizi, avente ad oggetto "aggiudicazione procedura aperta, ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006, relativa alla conclusione di un accordo quadro per la fornitura di nuovi ausili per gli utenti aventi diritto dell'Area Vasta Centro per un periodo di 48 mesi" comunicata a Vimec s.r.l. il 20.05.2014 a mezzo posta certificata pec, limitatamente all'aggiudicazione del lotto n. 2;
- della "proposta del Dirigente della S.S. Innovazione e nuova implementazione funzione acquisti, del Dipartimento ABS dell'Estav Centro, il quale con riferimento alla procedura per la conclusione di un Accordo Quadro per la fornitura di nuovi ausili agli utenti aventi diritto dell'Area Vasta Centro per un periodo di 48 mesi, ne attesta la regolarità amministrativa e la legittimità degli atti", proposta richiamata nel provvedimento dirigenziale n. 265 del 19.05.2014 di Estav Centro, di estremi e contenuto ignoti limitatamente all'aggiudicazione del lotto n. 2;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o conseguente, ancorché incognito alla ricorrente, nella parte in cui ritengono ammissibile in gara e meritevole di valutazione l'offerta di Officina Ortopedica Ferrero in relazione e limitatamente al lotto n. 2, nonché nella parte

in cui viene resa la valutazione dell'offerta predetta, ed in particolare: della delibera n. 258 del 19.11.2013 del D.G. di Estav Centro di indizione della procedura aperta relativa alla "conclusione di un Accordo quadro per la fornitura di nuovi ausili per gli utenti del territorio dell'Area Vasta Centro"; del verbale di seduta pubblica di gara del 27.01.2014; del provvedimento dirigenziale n. 50 del 4.02.2014, di nomina della Commissione tecnica; del verbale di seduta pubblica del 5.02.2014, nonché dei verbali della Commissione giudicatrice per la valutazione delle offerte n. 1 del 5.02.2014, n. 2 del 19.02.2014 , n. 3 del 26.02.2014, n. 4 del 5.03.2014, n. 5 del 13.03.2014, n. 6 del 21.03.2014 , e relative schede allegate (con particolare riferimento alle schede All. 2.1. e 2.5.); del verbale di seduta pubblica del 4.04.2014, anche a valersi quale aggiudicazione provvisoria della procedura, e relativi allegati; dei verbali di verifica dell'anomalia dell'offerta e relative risultanze, del 5.05.2014, o di altra data, di estremi e contenuti ignoti allo stato; dell'aggiudicazione provvisoria; della lex specialis tutta (comprensiva di bando, disciplinare, capitolato tecnico, capitolato normativo e relativi allegati, oltre ai chiarimenti), ed in particolare dell'art. 4 del disciplinare, per quanto di ragione;

- di ogni qualsivoglia ed ulteriore atto e provvedimento che fosse propedeutico e connesso ai predetti, ancorché incognito:

- per l'effetto, per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato tra l'aggiudicataria e l'ente e/o gli enti, e con richiesta, per quanto di ragione, di subentro nel contratto e/o

nell'accordo quadro, e con richiesta di condanna al risarcimento del danno, in forma specifica o, in ipotesi, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi Area Vasta - Estav Centro e della controinteressata Officina Ortopedica Ferrero S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2014 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Vimec S.r.l. – premesso di aver partecipato alla gara indetta dall'Ente per i Servizi Tecnico-Amministrativi di Area Vasta Centro (di seguito, Estav Centro) con delibera del 19 novembre 2013, e relativa alla stipula di un accordo quadro per la fornitura di nuovi ausili, presentando offerta per il lotto n. 2 avente ad oggetto la fornitura di montascale – impugna l'aggiudicazione definitiva disposta, con provvedimento del 19 maggio 2014, in favore della Officina Ortopedica Ferrero S.r.l. e ne chiede l'annullamento sulla scorta di cinque motivi in diritto.

1.1. Costituitasi in giudizio l'amministrazione procedente, con ordinanza dell'11 luglio 2014 il collegio ha autorizzato *ex art. 44 co. 4*

c.p.a. il rinnovo della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio.

1.2. Nella camera di consiglio del 29 settembre 2014, sull'accordo delle parti, è stata disposta la riunione al merito dell'istanza incidentale di sospensione formulata dalla ricorrente. La causa è stata quindi discussa e decisa come da dispositivo nella pubblica udienza del 26 novembre 2014, preceduta dallo scambio di memorie difensive e repliche.

2. Con il primo dei cinque motivi di ricorso, proposti in via gradatamente subordinata, la società ricorrente denuncia la mancata esclusione dalla gara della controinteressata, la quale avrebbe reso una dichiarazione incompleta relativamente a taluni requisiti di moralità, e, segnatamente, ai requisiti di cui ai punti 2.14, 2.15 e 2.16 del modello C2 allegato agli atti di gara.

2.1. La censura è infondata.

2.1.1. Il modello C2 predisposto dalla stazione appaltante ai fini della presentazione delle dichiarazioni a corredo dell'offerta contiene, nella parte dedicata ai requisiti formali di partecipazione, un elenco di cause di esclusione rispetto alle quali è chiesto ai concorrenti di dichiarare la propria estraneità.

Per quanto qui interessa, il modello presentato dalla controinteressata Ferrero è compilato mediante apposizione di una barra trasversale che copre interamente i punti 2.14 e 2.15 (oltre che i punti 2.12 e 2.13, rispetto ai quali la ricorrente non svolge tuttavia censure), dedicati rispettivamente alla dichiarazione di non trovarsi in una delle condizioni di cui all'art. 23-bis co. 9 del D.L. n. 12/2008 (*rectius*: n.

112/2008), convertito in legge n. 133/2008, in quanto società che gestisce servizi pubblici ivi indicati in deroga alle procedure a evidenza pubblica o sua partecipata, controllata, partecipante o controllante, e a quella di non trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 13 del D.L. n. 223/2006, convertito in legge n. 248/2006. La medesima barra trasversale giunge a coprire il primo rigo del successivo punto 2.16, relativo alla dichiarazione di non aver conferito incarichi o attivato rapporti di lavoro con dipendenti pubblici cessati da rapporto di impiego che, negli ultimi tre anni di servizio, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto di amministrazioni e di cui l'impresa interessata abbia beneficiato.

In primo luogo, osserva il collegio che non è questo l'unico caso in cui la controinteressata si è servita della barratura di parti del modello, posto che analoga modalità compilativa ricorre ogniqualvolta essa abbia ritenuto inconferente l'oggetto della dichiarazione richiesta (si vedano: al punto 1.5, la dichiarazione inerente l'esistenza di procuratori con potere di firma, o direttori tecnici, ovvero di soggetti titolari di poteri amministrativi o di firma nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando; al punto 2.5, la dichiarazione circa gli eventuali motivi di risoluzione per colpa propria di contratti stipulati con enti pubblici; al punto 3.9, le dichiarazioni inerenti l'esistenza di una situazione di controllo; al punto 3.11, la dichiarazione circa l'effettuazione del sopralluogo; dopo il punto 4.6, il riquadro contenente lo spazio per la sottoscrizione nel caso di consorzi, cooperative esecutrici o imprese preaffidatarie; al punto 5.2, le

dichiarazioni del fatturato in caso di partecipazione in A.T.I. o di consorzi stabili; al punto 7, le dichiarazioni in materia di avvalimento). Se così è, secondo un'interpretazione di buona fede, deve ritenersi che anche con riferimento alle dichiarazioni oggetto di contestazione il significato della barratura non possa farsi equivalere a semplice omissione della dichiarazione, quanto ad attestazione della completa estraneità dell'impresa dichiarante alle situazioni contemplate dai punti coperti dalla barra trasversale; e, del resto, tale estraneità è immediatamente percepibile relativamente alle dichiarazioni di cui ai punti 2.14 e 2.15, essendo palese – dalle stesse dichiarazioni e comunque dalla documentazione allegata all'offerta Ferrero – che la controinteressata non versa nelle condizioni di cui all'art. 23-*bis* del D.L. n. 112/2008, norma peraltro abrogata, ovvero che non si tratta di società a partecipazione pubblica per la produzione di beni o servizi strumentali.

Relativamente al punto 2.16, invece, è la circostanza che la barratura riguardi solo il primo dei complessivi quattro righi a far sì che non possa parlarsi di dichiarazione omessa, trattandosi, al più, di dichiarazione equivoca, da interpretarsi pur sempre secondo il principio della massima partecipazione.

2.2. Carattere assorbente assume, peraltro, un ulteriore e differente rilievo.

Ciascuna delle dichiarazioni asseritamente omesse attiene a divieti di partecipazione stabiliti da fonti esterne al Codice dei contratti pubblici e, in particolare, all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, con la conseguenza

che ad esse non può estendersi l'obbligo dichiarativo previsto da quest'ultimo. Infatti, alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46 co. 1-*bis* del medesimo D.Lgs. n. 163/2006, come interpretato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le note sentenze nn. 9 e 16/2014, solo in presenza della violazione di un obbligo dichiarativo legale o regolamentare l'esclusione dalla gara va disposta a prescindere da ogni accertamento in ordine all'effettivo possesso dei requisiti di partecipazione in capo al concorrente; al contrario, laddove un obbligo siffatto manchi, la violazione del divieto di partecipazione legittima, sì, ed anzi impone, l'esclusione, a condizione tuttavia che ne siano accertati i presupposti sostanziali, e non quale conseguenza della sola dichiarazione mancante o incompleta (il *favor participationis* impone di interpretare restrittivamente le prescrizioni di oneri formali). Legittimamente, pertanto, la stazione appaltante non ha disposto l'esclusione dell'aggiudicataria, trattandosi di dichiarazioni per le quali la legge di gara non può considerarsi eterointegrata da una clausola espulsiva *ex lege* (cfr. Cons. Stato, A.P. nn. 9 e 16/2014, *citt.*).

3. Con il secondo motivo, subordinato, la ricorrente lamenta che l'elaborato progettuale presentato in gara da Ferrero S.r.l., sia privo non solo della sottoscrizione in ogni pagina richiesta dalla *lex specialis*, ma altresì della sottoscrizione nell'ultima pagina.

Neppure tale censura coglie nel segno.

La sigla in calce all'offerta tecnica dell'odierna controinteressata è *ictu oculi* corrispondente a quella del legale rappresentante della società

apposta in calce al modello di dichiarazione a corredo dell'offerta, di modo che non può ragionevolmente dubitarsi della riferibilità soggettiva dell'offerta medesima. Si aggiunga che il disciplinare di gara non sanziona con l'esclusione la mancata siglatura di ogni pagina del documento, il che, per inciso, è coerente con la sovrabbondanza dell'adempimento rispetto alle esigenze di verifica sulla provenienza dell'offerta pur presidiate dall'art. 46 co. 1-*bis* D.Lgs. n. 163/2006.

4. Con il terzo motivo, in via di ulteriore subordine la ricorrente deduce la manifesta erroneità e illogicità del giudizio tecnico reso dalla commissione di gara, la quale avrebbe irragionevolmente differenziato a favore della controinteressata i punteggi espressi in relazione ai criteri valutativi, peraltro generici, previsti dalla legge di gara.

4.1. In contrario, si osserva innanzitutto che, con riferimento al criterio n. 1 di cui al disciplinare di gara (“caratteristiche tecniche dei prodotti offerti e di quelli campionati”), la commissione giudicatrice – la quale ha proceduto al proprio giudizio previo esame non solo della documentazione tecnica allegata dai concorrenti, ma anche attraverso la dimostrazione pratica di utilizzo dei prodotti offerti, come si legge nel verbale n. 6 – ha valutato come ottimi, quanto agli spazi di manovra, sia i montascale offerti da Vimec, sia quelli offerti da Ferrero, senza che tale valutazione di sostanziale equivalenza possa ritenersi manifestamente irragionevole in virtù dei pochi centimetri in meno che si assumono richiesti dal montascale Vimec (la possibilità di utilizzo in spazi ristretti è, appunto, il criterio di valutazione aggiuntivo espressamente indicato dal disciplinare per i montascale,

da verificare in concreto). Analoghi rilievi valgono per le dimensioni e il peso dei macchinari, a maggior ragione se si tiene conto che la commissione, lo si ripete, ha formulato i propri giudizi non “sulla carta”, ma dopo aver eseguito la verifica pratica di funzionamento dei prodotti, in tal modo potendo accertare la effettiva incidenza di quei fattori.

4.2. Per quel che attiene alla sicurezza (giudicata notevole quella dei prodotti Ferrero, buona quella dei prodotti Vimec), la ricorrente sostiene che il sistema di aggancio-sgancio del timone nel montascale a cingolo offerto da Ferrero potrebbe causare situazioni di pericolo per via della sua ubicazione in prossimità delle manopole di guida. L'affermazione, formulata peraltro in termini ipotetici, si risolve nell'inammissibile pretesa di Vimec di sostituire al giudizio tecnico-discrezionale della commissione, opinabile per definizione, il proprio giudizio tecnico, altrettanto opinabile, in assenza di elementi oggettivi a supporto della manifesta illogicità o erroneità del primo ed, anzi, in presenza di elementi contrari (il montascale in questione è dotato di apposito blocco di sicurezza, come obiettato dalla controinteressata e risultante dalla documentazione in atti).

4.3. Relativamente alla facilità di utilizzo (giudizio ottimo per Ferrero, più che buono per Vimec), la ricorrente sostiene che per l'utilizzatore finale sarebbe più agevole servirsi di un ausilio con dimensioni e peso ridotti, capace di muoversi in spazi stretti e con tutti i comandi visibili e facilmente accessibili, ma, ancora una volta, le valutazioni rese sul punto dalla commissione costituiscono il frutto di un giudizio tecnico,

ancorché opinabile, la cui attendibilità è corroborata dalla prova pratica di utilizzo e non è smentita dai rilievi della ricorrente.

4.4. È irrilevante, infine, che determinate caratteristiche tecniche siano state tenute presenti dalla commissione ai fini del giudizio sui prodotti della controinteressata e non anche per quelli della ricorrente (appoggio in salita, autonomia, frenata in discesa), giacché non si tratta di sottocriteri per ciascuno dei quali occorre l'attribuzione di un sottopunteggio, ma di elementi che, concorrendo alla valutazione complessiva dei prodotti offerti, contribuiscono alla motivazione posta a corredo del punteggio. Anche per Vimec, del resto, la commissione ha evidenziato elementi che non si rinvennero nel giudizio di Ferrero (il peso ridotto, la possibilità di modulare la partenza), a conferma del fatto che, per ciascuna offerta, sono state chiarite le ragioni sottese al punteggio mediante indicazione delle qualità dei prodotti di volta in volta valorizzate ai fini dell'attribuzione del punteggio finale, ma pur sempre nell'ambito di un giudizio di tipo complessivo, insuscettibile di essere artificiosamente frazionato nelle sue singole componenti motivazionali. Per inciso, e a tacer d'altro, sulla base delle stesse allegazioni della ricorrente è evidente la maggiore autonomia dei montascale Ferrero, pur tenendo conto dei parametri indicati da Vimec (si noti che solo per il montascale T09 Roby la scheda tecnica parla di autonomia a pieno carico, mentre per il T10 Scalacombi l'autonomia di 200 gradini/11 piani è riferita a un peso della persona di 75 kg, inferiore agli 80 kg cui fa riferimento la scheda tecnica di Ferrero per il proprio montascale a ruote dotato di

autonomia di 2400 gradini); il fatto, poi, che la commissione non menzioni l'appoggio in salita e la frenata in discesa per i prodotti della ricorrente denota che, relativamente a tali caratteristiche, questi ultimi non offrono prestazioni particolarmente significative (l'identità dei sistemi frenanti utilizzati dalle due imprese è solo affermata dalla ricorrente, ma non assistita da idoneo principio di prova).

4.5. La rilevata infondatezza delle doglianze appena esaminate assorbe, rendendoli inammissibili per difetto di interesse, i profili di gravame che investono l'applicazione del criterio valutativo n. 5 ("eventuali proposte migliorative/integrative"), il cui accoglimento non consentirebbe comunque alla ricorrente di colmare la differenza di punteggio che la separa dalla controinteressata e, con ciò, di superare la prova di resistenza.

5. Con il quarto motivo (erroneamente rubricato *sub* III) Vimec sostiene che la commissione tecnica avrebbe illegittimamente integrato i criteri di valutazione forniti dalla legge di gara, enucleando ulteriori sottoparametri sulla cui base avrebbe reso le proprie valutazioni e punteggi. E con il quinto motivo (rubricato *sub* IV), connesso ed ulteriormente subordinato, denuncia la genericità dei criteri di valutazione delle offerte, stabiliti dal disciplinare in violazione dell'art. 83 D.Lgs. n. 163/2006 e, come tali, suscettibili di inficiare l'intera procedura di gara.

5.1. Anche tali motivi sono infondati.

Come già osservato, la commissione non ha operato alcuna indebita integrazione dei criteri valutativi stabiliti dal disciplinare di gara, ma, a

fronte dell'ampiezza di detti criteri e in assenza di sottocriteri e "griglie" di valutazione, ha doverosamente integrato i punteggi assegnati ai concorrenti con una puntuale motivazione volta a chiarire il percorso logico sotteso ai giudizi espressi. Ne risulta scongiurato il rischio di un eccesso di discrezionalità potenzialmente insito nel nudo punteggio numerico, ferma restando la sufficiente determinatezza dei criteri posti dal disciplinare: non si vede, infatti, su quali caratteristiche avrebbe dovuto appuntarsi il giudizio della commissione, se non sulle qualità funzionali che secondo un criterio di normalità debbono presumersi attese dalla tipologia – di per sé circoscritta – degli ausili oggetto di gara: qualità che, in effetti, risultano aver formato oggetto di offerta e successiva valutazione (presa sullo scalino, capacità di frenata, peso, facilità di utilizzo, autonomia), unitamente al requisito specificamente indicato dal disciplinare per il lotto n. 2 (capacità di manovra in spazi ristretti).

5.2. Allo stesso modo, il criterio n. 4 ("caratteristiche funzionali del sistema informatizzato") è adeguatamente precisato dal disciplinare con l'inciso inerente la garanzia dell'ottimale collegamento con le Aziende sanitarie per la gestione delle richieste e i report dati, tale da rendere inequivoca la richiesta della stazione appaltante; mentre, per il criterio n. 5, è del tutto ragionevole che ai concorrenti si lasci un'ampia facoltà di formulare proposte migliorative, rimettendo al motivato giudizio della commissione il confronto tra le offerte.

5.3. Erra, infine, la ricorrente nel sostenere che il criterio n. 3 ("mezzi usati per la consegna") sarebbe sprovvisto di collegamento funzionale

con l'oggetto dell'appalto, atteso che la consegna dei macchinari costituisce una (la prima) delle prestazioni dedotte in contratto e delle obbligazioni assunte dal fornitore degli ausili.

6. In forza di tutte le considerazioni che precedono, il ricorso non può trovare accoglimento e va respinto in ogni sua domanda.

6.1. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 2.000,00, oltre agli accessori di legge, in favore di ciascuna delle controparti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Alessandro Cacciari, Consigliere

Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2015

IL SEGRETARIO

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