



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 Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 331 del 2011, proposto da:
Linnet Italia Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Valerio Noventa, con
domicilio eletto presso Annalisa Setti in Bologna, via Aristotile
Fioravanti N.123;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna, rappresentato e difeso
dall'avv. Rosaria Russo Valentini, con domicilio eletto presso Maria
Rosaria Russo Valentini in Bologna, via Marconi 34;

nei confronti di

Vannucci Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Daniele Turco,
Simone Uliana, con domicilio eletto presso Massimiliano Iovino in
Bologna, piazza Galileo, 4;

per l'annullamento

della determinazione n. 140 del 26/1/2011 concernente l'esito della procedura per l'acquisto di 14 letti elettrici necessari alla U.O. di rianimazione e terapia intensiva dell'Ospedale Maggiore;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna e di Vannucci Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2011 il dott. Ugo Di Benedetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'ASL ha indetto una procedura di acquisto di letti elettrici, ai sensi dell'art. 125 del codice dei contratti pubblici, disponendo con la lettera d'invito che il criterio di aggiudicazione sarebbe stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'articolo 83 del codice stesso.

La lettera d'invito prevedeva l'attribuzione di 60 punti per il prezzo e di 40 punti per la qualità.

La voce qualità a sua volta era ripartita in 15 punti per la prova pratica, 10 punti per le caratteristiche tecniche e 15 punti per la voce garanzia ed assistenza post vendita.

A propria volta la valutazione della prova pratica prevedeva 4 specificazioni del criterio di valutazione, senza predeterminazione di alcun sub – punteggio per gli stessi.

La lex specialis della gara prevedeva due soglie di punteggio ossia il raggiungimento di almeno 10 punti per la prova pratica e 21 punti complessivi per la qualità.

Alla scadenza del termine di partecipazione pervenivano due offerte, quella dell'odierna ricorrente e quella della contro interessata, che all'esito della valutazione preliminare, venivano ritenute conformi a quanto richiesto dall'Amministrazione ed entrambe ammesse alla procedura.

All'esito della procedura, non avendo la ricorrente raggiunto la valutazione minima di qualità richiesta dalla lettera d'invito, con un unico provvedimento finale l'Amministrazione procedeva all'aggiudicazione alla controinteressata ed all'esclusione dell'odierna ricorrente.

2. Avverso quest'ultimo provvedimento in epigrafe indicato, presentava ricorso il T.A.R. la società contro interessata deducendone l'illegittimità sotto vari profili.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione intimata e la controinteressata aggiudicataria che contro deducevano alle avverse doglianze e concludevano per la reiezione del ricorso.

L'istanza cautelare veniva accolta con ordinanza n. 280/2011.

Le parti sviluppavano ampiamente le rispettive difese con separate

memorie e repliche e la causa veniva trattenuta in decisione all'odierna udienza.

3. Va preliminarmente respinta l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, dedotta dalla difesa della contro interessata, la quale sostiene che la società ricorrente non avrebbe impugnato la lettera d'invito, il capitolato speciale, i chiarimenti forniti dall'Amministrazione ed i verbali di gara nonché che non avrebbe censurato l'esclusione.

Infatti, le contestazioni dedotte non riguardano né il capitolato né la lettera d'invito per cui non vi era nessuna necessità di impugnarli non essendo in contestazione la loro legittimità.

Né sono atti autonomamente impugnabili i verbali della commissione o i chiarimenti forniti dall'amministrazione che costituiscono atti interni al procedimento.

Quanto ai verbali della Commissione, poi, essi sono stati contestati nel loro contenuto impugnando la determinazione finale che li approva implicitamente, approvando l'esito della procedura di acquisto.

Quanto alla mancata impugnativa dell'esclusione va osservato che nella presente procedura entrambi gli offerenti sono stati ammessi in quanto la loro offerta è stata ritenuta rispondente a quanto richiesto dall'Amministrazione, in sede di valutazione preliminare.

L'esclusione, nella fase successiva, è stata disposta solo con lo stesso provvedimento finale che contestualmente dispone l'aggiudicazione

alla controinteressata e dispone l'esclusione della ricorrente per non aver raggiunto il punteggio minimo nella prova pratica.

Tale determinazione finale è quella oggetto della presente impugnativa e la prima censura dedotta è proprio diretta a contestare l'illegittima previsione di sub – punteggi che hanno determinato l'esclusione della ricorrente.

L'eccezione va, pertanto, respinta.

4. Ciò premesso, con la prima censura dedotta la società ricorrente contesta la determina finale della procedura, con la quale si è proceduto alla sua esclusione ed all'aggiudicazione alla contro interessata, sostenendone l'illegittimità per avere la Commissione giudicatrice attribuito dei sub pesi o sub punteggi ai criteri di valutazione della prova pratica, immotivatamente e dopo la presentazione delle offerte, in violazione dell'articolo 83 del codice dei contratti.

Con il primo motivo di ricorso la società interessata ritiene che detta ripartizione sia illegittima e “lesiva dei diritti della ricorrente che, ove avesse saputo, al momento della richiesta delle offerte, di questi specifici punteggi della prova pratica, avrebbe potuto offrire prodotti maggiormente rispondenti agli aspetti di maggior interesse per l'ASL”.

5. La censura è fondata.

Va, infatti, condiviso l'orientamento del Consiglio di Stato che testualmente rileva che “l'art. 83, comma quarto, del Codice degli

Appalti porta all'estremo la limitazione della discrezionalità della Commissione nella specificazione dei criteri, escludendone ogni facoltà di integrare il bando, e quindi facendo obbligo a quest'ultimo [cioè al bando] di prevedere e specificare gli eventuali sottocriteri" (Cds, Sez. IV, del 12 maggio 2008, n. 2189).

Dunque, il potere della commissione giudicatrice di suddividere i criteri in dettagliati sottopunteggi è precluso dalle disposizioni innovative dell'art. 83 del codice dei contratti, il quale prevede che sia il bando a individuare i sub-criteri, i sub-pesi ed i sub-punteggi, eliminando in proposito ogni margine di discrezionalità in capo alla commissione giudicatrice.

In buona sostanza, la mancata specificazione già nel bando di gara di tutti i criteri e sub-criteri di valutazione dell'offerta (e dei corrispondenti punteggi e sub-punteggi) deve considerarsi illegittima (CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 1° ottobre 2010 n. 7256).

5.1. Del resto il dato testuale dell'articolo 83 che disciplina l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e richiamato dalla stessa amministrazione nella lettera d'invito il quale dispone che " il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub criteri ed i sub pesi o sub punteggi", non lascia altri margini interpretativi.

Quindi, l'amministrazione avrebbe potuto attribuire i sub punteggi dei criteri di valutazione ma avrebbe dovuto provvedere in tal senso

nella lettera d'invito prima, quindi, della presentazione delle offerte e non dopo l'avvenuta presentazione delle stesse in una fase in cui non erano più modificabili.

5.2. La disposizione dell'articolo 83 del codice dei contratti, del resto, costituisce una puntuale applicazione dell'articolo 53 della direttiva CE 18/2004, comunque applicabile nel nostro ordinamento, stante il suo contenuto preciso e dettagliato come chiarito dalla Corte di Giustizia CEE.

Infatti, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha statuito che sussiste la violazione del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza qualora le amministrazioni non enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita e con ponderazione della loro rilevanza nella successiva valutazione. Secondo la giurisprudenza comunitaria, quest'ultima disposizione, letta alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, richiede che tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le loro offerte (v., in tal senso, in materia di appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni,

sentenza 25 aprile 1996, causa C 87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. I 2043, punto 88; in materia di appalti pubblici di lavori, sentenza 12 dicembre 2002, causa C 470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I 11617, punto 98, e, in materia di appalti pubblici di servizi, sentenza 24 novembre 2005, causa C 331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio e a., Racc. pag. I 10109, punto 24). Ciò in quanto, i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi (v., in tal senso, in materia di appalti pubblici di servizi, citate sentenze Concordia Bus Finland, punto 62, e ATI EAC e Viaggi di Maio e a., punto 23), che devono essere specifici e dettagliati in modo da poter orientare gli operatori economici nella presentazione delle loro offerte. Tale interpretazione era confermata anche dall'obiettivo della direttiva 92/50 che è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici di un altro Stato membro (v., in tal senso, in particolare, sentenza 3 ottobre 2000, causa C 380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I 8035, punto 16).

La Corte di Giustizia ha, quindi, più volte precisato che è in contrasto con il diritto comunitario la circostanza che l'amministrazione abbia menzionato nel bando di gara i soli criteri di aggiudicazione individuando in un momento successivo, sia i

coefficienti di ponderazione sia i sottocriteri per tali criteri di aggiudicazione sussistendo in tal caso la violazione dell'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza (CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE - SEZIONE I - Sentenza 24 gennaio 2008).

5.3. Ancora più rigorosa è la successiva disciplina di cui al citato articolo 53 della direttiva 18/2004/CE, applicabile alla presente controversia, il quale prevede che ogni criterio o sub criterio debba essere previsto e specificato negli atti di gara della stazione appaltante e reso noto agli operatori economici prima della formulazione delle offerte (Corte di Giustizia CE 18 nov 2010 causa C 226) il cui contenuto, pertanto, potrà tenere conto dei criteri di scelta che saranno applicati nella valutazione delle stesse, privando la commissione giudicatrice di ogni potere in ordine alla specificazione dei criteri di aggiudicazione ma soprattutto della possibilità di procedere alla previsione di sub punteggi o sub pesi. Infatti, la Decisione della Commissione CE aveva aperto una procedura di infrazione ex art 226 del Trattato, in data 31 gennaio 2008, sul punto rilevando che le direttive 2004/17 e 2004/18 /CE esigono che i criteri di aggiudicazione , nonché la ponderazione relativa a tali criteri ovvero il loro ordine di importanza , siano indicati nel bando o nei documenti di gara. Al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione,

infatti, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto. Da ciò ha ritenuto addirittura che la commissione giudicatrice non possa neppure fissare dei criteri motivazionali neppure prima dell'apertura delle buste ritenendo ciò contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive stesse.

5.4. Quindi, in piena sintonia con il diritto comunitario l'articolo 83 del D. lgs 12 aprile 2006, n. 163, del codice dei contratti pubblici, individua tra i compiti della stazione appaltante in sede di bando, di capitolato speciale o di lettera d'invito, la predisposizione dei criteri di aggiudicazione e di eventuali sottocriteri, sub-pesi e sub-punteggi, confermando che non vi è alcun margine in proposito per la Commissione giudicatrice.

Nella gara in esame i suddetti principi, la cui applicazione l'amministrazione ha invocato nella lettera d'invito, non risultano rispettati.

6. Contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa della controinteressata sussiste altresì la legittimazione al ricorso anche sotto il profilo dell'interesse.

Infatti, la ricorrente ha partecipato alla gara e con la prima censura contesta proprio la sua esclusione rilevando che "ove avesse saputo, al momento della richiesta delle offerte, di questi specifici punteggi della prova pratica, avrebbe potuto offrire prodotti maggiormente

rispondenti agli aspetti di maggior interesse per l'ASL", nonché l'aggiudicazione alla controinteressata per effetto della illegittima attribuzione tardiva dei sub punteggi ai criteri di valutazione.

6.1. Inoltre, una diversa ipotetica ripartizione dei sub punteggi avrebbe consentito alla ricorrente di superare la soglia di valutazione dell'offerta tecnica così come, sempre ipoteticamente, avrebbe potuto non consentire alla controinteressata di superare a propria volta la soglia minima di 10 punti nella prova pratica e di 21 punti nella voce qualità.

7. Vanno, invece, respinte le pretese risarcitorie in quanto a seguito dell'annullamento della deliberazione finale di aggiudicazione, sussiste l'obbligo dell'amministrazione di una nuova riedizione della procedura sin dagli atti iniziali, essendo state ormai aperte e valutate le offerte presentate (Cons Stato, sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5378 e Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2006, n. 2612), nell'ambito della quale restano intatte le chance di aggiudicazione.

8. Conseguentemente l'accoglimento della prima censura, con la quale si contesta la radicale illegittimità della procedura, comporta l'assorbimento delle ulteriori censure dedotte, dirette a contestare le valutazioni tecniche dell'una o dell'altra offerta, in quanto le stesse non potrebbero determinare un diverso esito della gara neppure in caso di eventuale ed ipotetico loro accoglimento.

9. In conclusione il ricorso è fondato, per le ragioni sopra indicate e, per l'effetto va annullato il provvedimento impugnato.

10. Sussistono giustificate ragioni per la compensazione tra le parti delle spese di causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Emilia Romagna
(Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Spese compensate

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Calvo, Presidente

Grazia Brini, Consigliere

Ugo Di Benedetto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/06/2011

IL SEGRETARIO

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