



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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 855 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- 3M Italia S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Leonardo De Vecchi e Stefano Cassamagnaghi, ed elettivamente domiciliata presso lo studio degli stessi in Milano, Via Montenapoleone n. 18;

contro

- l'Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Giuseppe Franco Ferrari, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso in Milano, Via Larga n. 23;

- l'Azienda Ospedaliera di Desio e Vimercate, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

- l'Azienda Ospedaliera Ospedale Civile di Legnano, in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti di

- Molnlycke Health Care S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avv. Piero Fidanza, ed elettivamente domiciliata in Milano, Via Fontana n. 14, presso lo studio dell'Avv. Teresa Ricotti;

- Paul Hartmann S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del bando di gara con il quale l'Azienda Ospedaliera "G. Salvini" di Garbagnate Milanese ha indetto una procedura aperta ad offerta economicamente più vantaggiosa per la "fornitura e gestione in service di dispositivi monouso in TNT" per il periodo di 5 anni;

- della lex specialis di gara, ed in particolare del Capitolato speciale e relativi allegati, Disciplinare di gara e relativi allegati, e, in quanto occorra, del Capitolato generale di appalto per la fornitura di beni e servizi;

- dei verbali di gara tutti e del provvedimento di aggiudicazione provvisoria;

- della nota prot. n. 5700 del 10 febbraio 2011;

- della deliberazione del Direttore Generale n. 35 del 3 febbraio 2011;

- del diniego di accesso alla documentazione integrale di gara ed alle

offerte integrali;

- della nota dell'Azienda Ospedaliera "G. Salvini" di Garbagnate Milanese prot. n. 8485 del 28 febbraio 2011;

- del provvedimento di indizione della gara n. 1049 del 16 dicembre 2009 e dei provvedimenti di nomina del seggio di gara e della Commissione Giudicatrice, ivi compresa la Determina n. 179 del 31 marzo 2010, del verbale dell'incontro tecnico del 2 febbraio 2010 e della nota prot. 6980 del 17 febbraio 2010;

- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso;

- e per il risarcimento dei danni consistenti nelle spese per la predisposizione dell'offerta e per la partecipazione alla gara;

quanto ai motivi aggiunti depositati in data 6 aprile 2011:

- del diniego tacito di autotutela formatosi a seguito dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale inviata da 3M Italia S.p.a. all'Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese in data 8 marzo 2011 e non riscontrata;

- della nota datata 11 marzo 2011 inviata dall'Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese a 3M Italia S.p.a., in particolare nella parte in cui prevede che "il giorno 23.03.2011 prenderà servizio presso i gruppi operatori dei vari presidi ospedaliero dell'AO G. Salvini la Ditta Molnlycke Health Care Srl di Gallarate, assegnataria della fornitura di "gestione in service di dispositivi monouso in TNT (tessuto non tessuto) sterili";

- delle note dell'Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese a 3M Italia S.p.a., rispettivamente in data 16 marzo 2011 e in data 22 marzo 2011;
- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e comunque connesso.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese e di Molnlycke Healt Care S.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 632/2011 con cui è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza di trattazione del merito del ricorso;

Visto il ricorso incidentale proposto da Molnlycke Healt Care S.r.l. e depositato il 21 aprile 2011;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore il referendario Antonio De Vita;

Uditi, all'udienza pubblica del 18 ottobre 2011, i procuratori delle parti, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso introduttivo notificato in data 11 marzo 2011 e depositato il 22 marzo successivo, la ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe.

A sostegno del ricorso vengono dedotte le censure di violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 3, 53, 54, 55, 68 e 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006, violazione dell'art. 1346 c.c., dell'art. 97 della Costituzione e del principio di buon andamento e trasparenza della Pubblica Amministrazione, violazione della par condicio e di eccesso di potere per illogicità e perplessità.

Il capitolato speciale non conterrebbe alcuna indicazione in merito alla composizione dei protocolli di copertura delle sale operatorie, lasciando alla totale discrezionalità degli offerenti l'individuazione della proposta progettuale e quindi impedendo una reale comparazione tra le diverse offerte da valutare. Ciò sarebbe stato aggravato dalla verifica a campione che avrebbe preso in considerazione soltanto una piccola parte dell'offerta.

Poi vengono dedotte le censure di violazione e falsa applicazione degli artt. 53, 81 e 82 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e di eccesso di potere per illogicità.

L'attribuzione del punteggio con riferimento al prezzo offerto sarebbe del tutto illogica e contraria al principio di economicità, visto che sarebbero stati combinati due criteri tra loro in contrasto, ossia un punteggio a corpo e uno a misura e sarebbe stata premiata l'offerta meno vantaggiosa per l'Amministrazione.

Ulteriori censure attengono alla violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 4, del D. Lgs. n. 163 del 2006 e della lex specialis di gara, violazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio di

buon andamento della Pubblica Amministrazione e di eccesso di potere per erroneità dei presupposti, per illogicità, per contraddittorietà, violazione della par condicio tra i concorrenti e del principio di trasparenza dell'azione amministrativa.

La Commissione Giudicatrice avrebbe illegittimamente fissato in corso di gara dei sub-criteri per la valutazione delle offerte, altresì addirittura dopo l'apertura dei plichi relativi alle stesse. Oltretutto tali sub-criteri sarebbero del tutto illogici.

Con successive censure vengono dedotti la violazione degli obblighi di custodia delle offerte e dei principi di segretezza, intangibilità e non conoscibilità delle offerte, dei principi di continuità e di concentrazione delle operazioni di gara e di violazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio di buon andamento e trasparenza della Pubblica Amministrazione e di eccesso di potere per la violazione della par condicio tra i concorrenti.

Nei verbali di gara non sarebbero state indicate le modalità di conservazione dei plichi delle offerte dopo la loro apertura, avvenuta in data 25 marzo 2010. Quindi per un periodo di circa nove mesi non si conoscerebbe l'esatta modalità di custodia e quindi, secondo l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, ciò determinerebbe l'illegittimità della procedura.

Altre censure attengono alla violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, alla violazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione,

all'eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità, violazione della par condicio tra i concorrenti e difetto di motivazione di istruttoria.

La prova sul campo prevista per i protocolli offerti dai concorrenti non avrebbe riguardato la loro totalità, ma un numero inferiore, variabile da concorrente a concorrente, con indubbi vantaggi per l'offerente con maggiore esperienza e capacità tecnica nei campi a lui congeniali e sottoposti ad una verifica numericamente superiore. A ciò si aggiungerebbero errori di calcolo e la mancata specificazione dei singoli protocolli valutati in presenza di differenti tipologie degli stessi.

Inoltre vengono dedotte le censure di violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, di violazione degli artt. 86, 87, 88 e 89 del D. Lgs. n. 163 del 2006, di violazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, di eccesso di potere per erroneità dei presupposti, illogicità, violazione della par condicio tra i concorrenti e difetto di motivazione e di istruttoria.

L'offerta dell'aggiudicataria si presenterebbe oltre la soglia di anomalia sia per la parte del punteggio assegnato alla parte tecnica, sia per il punteggio attribuito all'offerta economica. La Stazione appaltante non avrebbe proceduto, illegittimamente, all'instaurazione del procedimento di verifica dell'anomalia, previsto invece obbligatoriamente dalla normativa e richiamato nella lex specialis.

Infine viene eccepita la violazione e falsa applicazione dell'art. 79 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

La comunicazione dell'aggiudicazione effettuata nei confronti della ricorrente sarebbe incompleta e in violazione della norma in precedenza indicata.

In via subordinata si chiede l'annullamento del parziale diniego di accesso agli atti per violazione e falsa applicazione degli artt. 13 e 79 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nonché agli artt. 22 e ss. della legge n. 241 del 1990 e per difetto di motivazione e di istruttoria.

Il diniego parziale di accesso agli atti opposto alla ricorrente sarebbe motivato illegittimamente con la tutela della riservatezza delle altre partecipanti, che dovrebbe invece cedere di fronte alla necessità della ricorrente di agire in giudizio a tutela della sua posizione giuridica.

1.1. Si sono costituiti in giudizio l'Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese e la controinteressata aggiudicataria Molnlycke Health Care S.r.l., che hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 632/2011 è stata accolta la domanda di sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati e fissata l'udienza di trattazione del merito del ricorso.

2. Con ricorso per motivi aggiunti, notificato in data 5 aprile 2011 e depositato il giorno successivo, la ricorrente ha impugnato il diniego tacito di autotutela formatosi a seguito dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale inviata da 3M Italia S.p.a. all'Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese in

data 8 marzo 2011 e non riscontrata, la nota datata 11 marzo 2011 inviata dall'Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese a 3M Italia S.p.a., in particolare nella parte in cui prevede che "il giorno 23.03.2011 prenderà servizio presso i gruppi operatori dei vari presidi ospedaliero dell'AO G. Salvini la Ditta Molnlycke Health Care Srl di Gallarate, assegnataria della fornitura di "gestione in service di dispositivi monouso in TNT (tessuto non tessuto) sterili" e le note dell'Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese a 3M Italia S.p.a., rispettivamente in data 16 marzo 2011 e in data 22 marzo 2011.

Avverso i predetti provvedimenti vengono dedotte le censure di illegittimità derivata, di violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del D. Lgs. n. 163 del 2006, di eccesso di potere per illogicità, per difetto dei presupposti, per difetto di motivazione e di istruttoria.

Tali provvedimenti sarebbero innanzitutto illegittimi per vizi derivanti dagli atti impugnati con il ricorso introduttivo.

La stazione appaltante avrebbe fatto emergere la possibilità di una esecuzione anticipata delle prestazioni, nonostante la stipula del contratto non sia possibile in pendenza di ricorso giurisdizionale; ciò determinerebbe un pregiudizio a carico della ricorrente.

3. Con ricorso incidentale notificato in data 14 aprile 2011 e depositato il 21 aprile successivo, la controinteressata Molnlycke Health Care S.r.l. ha impugnato l'ammissione alla gara della ricorrente 3M Italia S.p.a. e la conseguente sua mancata esclusione.

A supporto del ricorso incidentale vengono dedotti la violazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e della lex specialis e l'eccesso di potere per carenza dei presupposti.

Il procuratore della ricorrente che ha sottoscritto l'offerta avrebbe dichiarato l'inesistenza di cause di esclusione dalle gare a carico dei legali rappresentanti dell'impresa, pur trattandosi di dichiarazioni personali che avrebbe dovuto rendere ogni singolo soggetto interessato. Nemmeno sarebbero stati indicati i nominativi dei soggetti investiti della legale rappresentanza della società, non conferendo la procura tale potere.

4. In prossimità dell'udienza di trattazione del merito della controversia, le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 18 ottobre 2011, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare va scrutinato il ricorso incidentale, in quanto, avendo lo stesso carattere paralizzante, la sua eventuale fondatezza determinerebbe l'inammissibilità, per carenza di legittimazione, del ricorso introduttivo e di quello per motivi aggiunti proposti dalla ricorrente (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4).

1.1. Con l'unica censura, contenuta nel predetto ricorso incidentale, si sostiene l'illegittima ammissione alla procedura della ricorrente, in quanto il suo procuratore all'atto della sottoscrizione dell'offerta

avrebbe dichiarato l'inesistenza di cause di esclusione dalle gare a carico degli altri legali rappresentanti dell'impresa, pur trattandosi di dichiarazioni personali che avrebbe dovuto rendere ogni singolo soggetto interessato. Inoltre, non sarebbero stati indicati i nominativi dei soggetti investiti della legale rappresentanza della società, in mancanza di un tale potere contenuto nella procura.

1.2. Il ricorso incidentale non è fondato.

L'art. 2.1 del Disciplinare di gara stabiliva che i requisiti di ammissione avrebbero dovuto essere attestati con la dichiarazione di cui all'allegato A (Scheda di rilevazione requisiti di ordine generale). Tale modulo al punto 2.17 stabiliva che fosse il legale rappresentante a dover dichiarare, anche per tutti gli altri amministratori o soggetti dotati di un potere di rappresentanza dell'impresa, l'assenza di situazioni di esclusione. Pertanto, alla luce di tali prescrizioni contenute nella lex specialis la dichiarazione effettuata esclusivamente da uno dei legali rappresentanti della società ricorrente è corretta.

Al proposito il Collegio condivide l'orientamento giurisprudenziale secondo cui "la dichiarazione (...) correttamente resa da uno dei legali rappresentati della società (che hanno poteri di amministrazione con firma disgiunta) (...) è idonea a impegnare la società, considerato che l'obbligo per l'impresa partecipante ad una gara pubblica di rendere le prescritte dichiarazioni può essere legittimamente assolto dal suo rappresentante legale anche avuto

riguardo ai terzi, inclusi altri amministratori muniti di poteri di rappresentanza” (Consiglio di Stato, V, 27 maggio 2011, n. 3200; 19 novembre 2009, n. 7244).

Oltretutto dall’esame della documentazione relativa alla predetta dichiarazione (all. 44 e 45 al ricorso) emerge che, in aggiunta all’indicazione dei nominativi di tutti i legali rappresentanti nei cui confronti è stata effettuata la dichiarazione, sono stati allegati anche i certificati del casellario giudiziale e dei carichi pendenti degli stessi, da cui risulta l’assenza di cause ostative, e la visura camerale in cui si attesta la loro qualità di legali rappresentanti.

Ciò determina il rigetto del ricorso incidentale.

2. Passando all’esame del ricorso introduttivo, lo stesso è fondato secondo quanto di seguito specificato.

2.1. Con le prime due censure da scrutinare congiuntamente, in quanto strettamente connesse, la ricorrente assume che il capitolato speciale non avrebbe previsto alcuna indicazione in merito alla composizione dei protocolli di copertura delle sale operatorie, lasciando alla totale discrezionalità degli offerenti l’individuazione della proposta progettuale e quindi impedendo una reale comparazione tra le diverse offerte da valutare. Inoltre, l’attribuzione del punteggio con riferimento al prezzo offerto sarebbe stata del tutto illogica e contraria al principio di economicità, visto che sarebbero stati combinati due criteri tra loro in contrasto, ossia un punteggio a corpo e uno a misura e sarebbe stata premiata l’offerta

meno vantaggiosa per l'Amministrazione.

2.2. Le censure sono inammissibili.

La ricorrente sostiene, in sintesi, che dalla *lex specialis* non sarebbe stato possibile enucleare i parametri per formulare una offerta valida ed adeguata, così come emergente anche dai criteri individuati per valutare le stesse offerte.

Tuttavia, come sostenuto da costante giurisprudenza, “appare ravvisabile l'onere di immediata impugnazione da parte dell'interessato delle clausole illegittime della *lex specialis* che comportano, a carico del partecipante medio, una oggettiva, straordinaria e rilevante difficoltà operativa, tale per sua natura da non rimanere sul piano dell'astrattezza e potenzialità lesiva, ma da realizzare già, in ragione dell'immediato *vulnus* alla normale capacità organizzativa del [concorrente] e dunque al suo interesse alla partecipazione in condizioni di alea ordinarie, l'effetto negativo di un'immediata e diretta lesione della sua sostanziale partecipazione” (Consiglio di Stato, VI, 13 gennaio 2011, n. 177).

Pertanto, trattandosi di clausole immediatamente lesive, la loro mancata tempestiva impugnazione rende irricevibile per tardività le censure in precedenza scrutinate.

3.1. Si deve ora passare all'esame della terza censura, secondo cui la Commissione Giudicatrice avrebbe illegittimamente fissato in corso di gara, ossia dopo l'apertura delle offerte tecniche, dei sub-criteri per la valutazione delle predette offerte.

3.2. La censura è fondata.

Come emerge dall'esame del verbale della Commissione Giudicatrice del 27 aprile 2010 (all. 9 dell'Azienda Ospedaliera), nell'allegato relativo alla Scheda Prova sul campo – Cod. C.01 si chiarisce che, con riferimento alla valutazione della traspirabilità del camice, della resistenza alla trazione, della capacità di assorbimento dei liquidi e dell'idrorepellenza, l'80% del punteggio è stato attribuito sulla base della scheda tecnica e il 20% con riferimento alla prova sul campo. Tuttavia tali specificazioni non sono rinvenibili nel disciplinare di gara (pag. 10, all. 6 dell'Azienda Ospedaliera), ma sono state introdotte per la prima volta dalla Commissione.

A tal proposito appare inequivoco il tenore letterale dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163 del 2006, tenuto anche conto dell'espunzione dal testo originario della parte relativa all'obbligo per la Commissione di fissare i sub-criteri (la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando).

Infatti, la norma del Codice dei Contratti pubblici rimette esclusivamente al bando di gara (e mai alla Commissione) la fissazione dei criteri (e dei subcriteri) di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto (T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, I, 7 aprile 2011, n. 182). Ciò sulla scorta

della giurisprudenza comunitaria che ha stabilito come “alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell’obbligo di trasparenza che ne discende, osta a che, nell’ambito di una procedura di aggiudicazione, l’amministrazione aggiudicatrice determini in un momento successivo coefficienti di ponderazione e sottocriteri per i criteri di aggiudicazione menzionati nel capitolato d’oneri o nel bando di gara” (Corte di Giustizia Europea, I, 24 gennaio 2008, n. C-532/06).

3.3. Nemmeno si può convenire con la difesa dell’Amministrazione aggiudicatrice secondo cui tali sub-punteggi non avrebbero influenzato l’esito della gara e dovevano ritenersi non rilevanti nemmeno ai fini della redazione delle offerte, visto che l’autolimitazione della Commissione nell’assegnare il punteggio rispetto a quelle determinate voci ha comunque impedito una diversa articolazione del punteggio che, se resa nota nel bando, avrebbe potuto condurre ad una diversa modulazione delle offerte tecniche.

3.4. Infine, sui tempi di apertura delle buste, va evidenziato come non sia del tutto persuasiva la tesi dell’Amministrazione in ordine alla circostanza che la Commissione avrebbe preso visione delle offerte dopo aver elaborato la specificazione dei criteri per l’attribuzione di alcuni punteggi, visto che dalla dichiarazione dei Commissari di gara, depositata in giudizio in data 21 settembre 2011, emerge che nelle sedute del 24 aprile 2010 e del 22 novembre 2010 è stata controllata e valutata la documentazione tecnica presentata dai concorrenti (all.

43 dell'Azienda Ospedaliera).

Al proposito, come ha affermato la giurisprudenza, “costituisce principio generale delle procedure ad evidenza pubblica quello secondo cui la definizione degli elementi di valutazione delle offerte, quale che ne sia la natura, è preclusa allorché le buste contenenti le offerte sono state aperte e ne è divenuto noto e conoscibile il contenuto. Si tratta di un principio che tutela esigenze elementari e inderogabili di trasparenza e di parità di trattamento dei concorrenti e che preclude alla Commissione giudicatrice di stabilire i criteri o i sub criteri di valutazione dopo che siano stati aperti i plichi contenenti le singole proposte e dopo che i componenti della commissione stessa ne abbiano avuto conoscenza” (T.A.R. Puglia, Bari, I, 27 ottobre 2010, n. 3820).

2.5. La fondatezza della predetta censura determina, previo assorbimento delle restanti successive doglianze, l'accoglimento del ricorso introduttivo e l'annullamento degli atti con lo stesso ricorso impugnati.

Anche gli atti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti risultano travolti in seguito all'accoglimento del ricorso introduttivo.

3. La domanda di risarcimento del danno deve essere rigettata, giacché l'accoglimento dei ricorsi indicati in epigrafe pone la ricorrente nelle condizioni di partecipare alla nuova gara e di ottenere il risarcimento in forma specifica (cfr. T.A.R. Sicilia, Catania, III, 9 luglio 2010, n. 2952).

4. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando, in parte dichiara irricevibile e in parte accoglie il ricorso introduttivo e il ricorso per motivi aggiunti indicati in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti con gli stessi ricorsi impugnati; respinge il ricorso incidentale proposto dalla Molnlycke Healt Care S.r.l. Rigetta la domanda di risarcimento del danno proposta dalla ricorrente.

Condanna l'Azienda Ospedaliera G. Salvini di Garbagnate Milanese e la controinteressata al pagamento in solido delle spese di giudizio nella misura di € 3.000,00 (tremila/00) in favore della ricorrente. Dispone altresì il rimborso del contributo unificato, sempre in solido, a carico delle predette soccombenti e a favore della ricorrente. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del 18 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere

Antonio De Vita, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2011

IL SEGRETARIO

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