



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3877 del 2011, proposto da:
Elettronica Bio Medicale s.r.l. in persona del legale rappresentante
pro tempore, in proprio e quale mandataria a.t.i., ati - Philips s.p.a.,
a.t.i. - Esaote S.p.A., ati - Falco Elettronica S.r.l., rappresentati e
difesi dall'avv. Luca Tufarelli, con domicilio eletto presso Luca
Tufarelli in Roma, via Ennio Quirino Visconti, 20;

contro

Hospital Consulting s.p.a. in persona del legale rappresentante pro
tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Antonello Zucconi e
Leonardo Bonechi, con domicilio eletto presso Antonello Zucconi in
Roma, via G. Avezana, 51;

nei confronti di

Azienda Unita' Sanitaria Locale di Caserta in persona del legale

rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.Lidia Buondonno, domiciliata in Roma, via Poli, 29;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI SEZIONE I n. 01516/2011

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hospital Consulting S.p.A. e della Azienda Unita' Sanitaria Locale di Caserta;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2011 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Ristuccia su delega di Tufarelli, Bonechi e Barone su delega di Buondonno;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La Hospital Consulting s.p.a. aveva impugnato dinanzi al Tar Campania la delibera del commissario straordinario dell'ASL Caserta n. 471 del 15 aprile 2010, recante l'aggiudicazione definitiva del servizio triennale di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria "Full Risk" delle apparecchiature elettromedicali dell'ASL Caserta in favore dell'ati Elettronica Bio Medicale S.r.l./Philips S.p.A./Esaote S.p.A./Falco Elettronica S.r.l..
2. Il Tar ha accolto il ricorso con sentenza in forma semplificata,

ritenendo violato l'articolo 83 del d.lgs. 163/2006 in relazione alla novella intervenuta con d.lgs. 152/2008 annullando la aggiudicazione e ritenendo che l'amministrazione avrebbe dovuto procedere a una riedizione della procedura di gara.

Ha presentato appello avverso la sentenza del Tar la Elettronica Bio Medica s.r.l. risultata aggiudicataria della gara.

Si sono costituite la Asl di Caserta e la appellata Hospital Consulting presentando memorie.

La causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione all'udienza del 18 novembre 2011.

2. L'appello non è fondato.

3. Sulla eccezione di tardività della impugnativa del bando di gara avanzata dalla Asl Caserta che assume che per la sua indeterminatezza, lesiva della posizione dei concorrenti già in fase di presentazione delle offerte, avrebbe dovuto essere impugnato a far tempo dalla sua pubblicazione, la Sezione richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale, radicatosi a partire dalla A.P. n. 1 del 2003, in base al quale solo le clausole assolutamente impeditive della partecipazione impongono la immediata impugnazione, mentre in tutti gli altri casi la impugnazione è postergata al momento della adozione dell'atto conclusivo del procedimento di gara. Solo in quel momento, infatti, le suddette clausole determineranno una lesione effettiva e attuale della situazione giuridica della ricorrente (Cons. Stato, V, 1 ottobre 2010 n.7256).

3. Nel merito occorre premettere che il disciplinare di gara, nell'enunciare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aveva previsto l'assegnazione di 50 punti per l'offerta economica e 50 punti per l'offerta tecnica. I 50 punti per l'offerta tecnica erano stati a loro volta distinti in macrocategorie: 20 punti per il piano di organizzazione dei servizi; 10 per le caratteristiche del sistema informatico; 15 per l'organizzazione e le risorse impegnate; 5 per i servizi integrativi ed aggiuntivi.

Non venivano specificati dal bando dei sub criteri di valutazione né i relativi sub punteggi.

La commissione di gara, nel verbale n. 2 del 23 novembre 2009, all.n.1, ha approvato una scheda di ripartizione dei punteggi, integrando e specificando le varie macrovoci inserite nel bando di gara.

Risulta condivisibile l'assunto del Tar che ha ritenuto illegittimo tale operato richiamando il principio giurisprudenziale secondo il quale la fissazione, nel corso delle operazioni di gara di eventuali sottocriteri di valutazione, è illegittima in ragione della formulazione dell'art. 83, comma 4, del codice dei contratti pubblici, come introdotta dall'art. 1 del d.lgs. n. 152/2008 e dei vincoli discendenti dal diritto comunitario, che impediscono che la commissione giudicatrice, dopo la presentazione delle offerte di gara, possa immettere elementi di specificazione dei criteri generali stabiliti dalla lex specialis ai fini della valutazione delle offerte attraverso la previsione di sottovoci

integrative rispetto alle predefinite categorie principali, atteso che i sottocriteri devono essere determinati dalla stessa disciplina di gara eliminando ogni margine di discrezionalità in capo alla commissione giudicatrice.

Al riguardo, e per confutare la specifica argomentazione avanzata dalla appellante, deve sottolinearsi che, all'evidenza, i criteri individuati dalla commissione nell'allegato 1 al verbale n. 2, non erano volti a preconstituire il percorso motivazionale posto a base dell'attività di giudizio, bensì a scomporre in sottoelementi i più ampi criteri di valutazione fissati nella *lex specialis*; che dall'altro, sebbene l'art. 6 del disciplinare stabilisse le modalità di redazione dell'offerta tecnica, tuttavia non indicava preventivamente ai concorrenti l'incidenza proporzionale di ogni aspetto nella definizione del punteggio complessivo da attribuire alle singole voci previste nel successivo art. 8, con conseguente imprevedibilità, al momento della presentazione delle offerte, dei sottopunteggi poi cristallizzati nel verbale del 23 novembre 2009.

4. Occorre in materia richiamare la sentenza 24 Gennaio 2008 (proc. C-532/2006) della Corte di Giustizia CE, nella quale si afferma 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 offerte ... infatti 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 ... pertanto un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti ... gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici" (cfr. Cons. Stato, V, 1 gennaio 2010 n.7256; V, 14 maggio 2010 n.2959; Sez. III, 22.3.2011 n.1749).

Si aggiunga che il d.lg.vo n.152/2008 (terzo decreto correttivo del codice dei contratti pubblici), in adesione al parere espresso dalla Adunanza Consultiva del Consiglio di Stato del 14 luglio 2008, ha espunto, dall'art. 83 comma 4 del codice, l'inciso secondo cui "... la commissione giudicatrice prima della apertura delle buste contenenti le offerte fissa in generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando".

La modifica normativa conferma quindi che il giudizio espresso dalla commissione di gara deve trovare il suo substrato motivazionale nella puntuale e rigorosa predeterminazione di criteri e sub-criteri di valutazione nonché del loro specifico peso ponderale da parte della stazione appaltante in sede di preventiva redazione della *lex specialis*.

5. Alla luce delle tali considerazioni la sentenza appellata deve essere

confermata e l'appello respinto.

6. Tuttavia per la peculiarità della vicenda contenziosa spese e onorari possono essere compensati,

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/02/2012

IL SEGRETARIO

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