



REPUBBLICA ITALIANA

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 1733 del 2011, proposto da:

Park It S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Lietta Calzoni, con domicilio eletto presso Achille Colombo in Milano, via Curtatone, 11;

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como, rappresentata e difesa dall'avv. Bassano Baroni, con domicilio eletto presso Bassano Baroni in Milano, via Pattari, 6;

nei confronti di

Olmi Impianti S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Alessandra Tarulli, Giacomina Picheo, con domicilio eletto presso Alessandra Tarulli in Milano, via Corridoni, 11;

per l'annullamento

della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Sant' Anna di Como 27.4.2011 di aggiudicazione definitiva, a favore della Olmi Impianti S.r.l., della fornitura ed installazione del sistema di regolazione e controllo accesso e parcheggio veicoli occorrente al nuovo presidio Ospedaliero Sant' Anna di S. Fermo della Battaglia, di cui l'odierna ricorrente ha avuto comunicazione con nota 29.04.2011 prot. 10877; del provvedimento in data 31.3.2011 con cui il RUP ha disposto l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto di fornitura in oggetto; della determinazione di cui ai verbali nr. 2 in data 15.02.2011, 3 in data 17.02.2011, 8 in data 4.03.2011, 9 in data 11.03.2011 e 10 in data 16.03.2011 nella parte in cui la Commissione giudicatrice, in seduta riservata, ha esaminato e valutato le offerte tecniche prodotte in gara dalle due concorrenti Olmi Impianti e Park It; di tutti gli atti endoprocedimentali relativi alla procedura negoziata.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Ospedale Sant'Anna di Como e di Olmi Impianti S.r.l.;

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 23 ottobre 2012 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la società istante, seconda in graduatoria con un divario di soli punti 0,77 dalla prima, impugna i provvedimenti indicati in epigrafe, concernenti la procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 per l'aggiudicazione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa della fornitura ed installazione di un sistema di regolazione, controllo accessi e parcheggio veicoli occorrente al nuovo presidio Ospedaliero Sant' Anna di S. Fermo della Battaglia, comprensivo di opere edili, impianti ed attività necessarie al suo perfetto funzionamento, procedura che è stata aggiudicata alla società controinteressata.

A sostegno del proprio ricorso Park It S.r.l. ha dedotto con tre motivi di diritto l'eccesso di potere per travisamento e/o errata presupposizione di fatto, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, disparità di trattamento, lamentando, essenzialmente, l'errata valutazione delle offerte da parte della commissione di gara e la conseguente erronea attribuzione dei punteggi alle medesime, che evidenzerebbe nell'insieme una sistematica sottostima dell'offerta della ricorrente e sopravvalutazione di quella della controinteressata e che, se corretta, porterebbe al sovvertimento del risultato a favore dell'istante, soprattutto in considerazione dell'esiguo divario di punteggio fra le offerte stesse. Si sono costituite in giudizio l'amministrazione intimata e la società controinteressata, che hanno in via preliminare eccepito l'inammissibilità del ricorso, incentrato, secondo il loro assunto, su contestazioni alle valutazioni di merito operate dalla commissione giudicatrice, oltre che per genericità in relazione ad alcune censure, chiedendone, in ogni caso, la reiezione per infondatezza nel merito.

Con ordinanza n. 1075/2011 del 6 luglio 2011, la sezione ha respinto l'istanza cautelare di sospensione dei provvedimenti impugnati proposta dalla ricorrente.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 23 ottobre 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Deve, in via preliminare, esaminarsi l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata sia in relazione all'assunta insindacabilità del giudizio di merito valutativo della commissione di gara, sia in relazione alla genericità di singole censure dedotte.

Riguardo all'ultimo profilo, l'eccezione è da accogliere in relazione alla porzione di censure contenute nel terzo motivo (in particolare ai punti 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10) con le quali si assume un errore di valutazione del giudizio della commissione senza addurre una neanche minima motivazione a sostegno di tale asserito errore, ma rinviando a parti della relazione tecnica delle due offerte. Tali censure sono, dunque, inammissibili per genericità.

In relazione, invece, all'assunta insindacabilità del giudizio di merito valutativo della commissione di gara, devono premettersi i più recenti orientamenti cui è pervenuta la giurisprudenza amministrativa in tema di sindacabilità della discrezionalità tecnica nell'ipotesi di valutazioni operate nell'ambito di procedure concorsuali.

E' stato, innanzitutto, statuito in linea generale che le valutazioni tecniche sono suscettibili di sindacato giurisdizionale, non potendo ritenersi che le stesse coincidano con il merito amministrativo. Si è, inoltre, definitivamente chiarito che è necessario distinguere l'opportunità che identifica il merito, con l'opinabilità, che connota l'esercizio della discrezionalità tecnica. Ne consegue che quest'ultima è sindacabile quando risulta, in ragione del procedimento e dei criteri adottati, che la scelta tecnica sia irragionevole. Non è, però, possibile, in ossequio al principio di separazione delle funzioni giurisdizionali e amministrative, che il giudice sostituisca le

valutazioni tecniche opinabili, ma non irragionevoli, espresse dall'amministrazione con proprie valutazioni.

Nel controllo sull'esercizio della discrezionalità tecnica, al giudice amministrativo è consentito, dunque, censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, di modo che il relativo giudizio non divenga sostitutivo con l'introduzione di una valutazione parimenti opinabile. Pertanto, il giudice amministrativo – nella ricerca di un punto di equilibrio, da verificare di volta in volta in relazione alla fattispecie concreta, tra l'esigenza di garantire la pienezza e l'effettività della tutela giurisdizionale e quella di evitare che il giudice possa esercitare egli stesso il potere amministrativo che compete all'autorità – può sindacare con pienezza di cognizione i fatti oggetto dell'indagine e il processo valutativo mediante il quale l'autorità applica al caso concreto la regola individuata, ma, ove ne accerti la legittimità sulla base di una corretta applicazione delle regole tecniche sottostanti, il suo sindacato deve arrestarsi, in quanto diversamente vi sarebbe un'indebita sostituzione del giudice all'amministrazione, titolare del potere esercitato (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873).

Il sindacato giurisdizionale sui concetti giuridici indeterminati aventi valenza tecnica, nel rispetto della disciplina che presiede alla loro possibile impugnazione e disapplicazione, è consentito, quindi, soltanto nel caso in cui le scelte effettuate si pongano in contrasto con il principio di ragionevolezza tecnica. Non è sufficiente che la determinazione assunta sia, sul piano del metodo e del procedimento seguito, meramente opinabile; il giudice amministrativo, infatti, non può in attuazione del principio costituzionale di separazione dei poteri sostituire proprie valutazioni a quelle effettuate dall'amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 01 giugno 2012, n. 3283).

Il sindacato giurisdizionale in materia di valutazioni rimesse alla discrezionalità tecnica della p.a. (nella specie, ad un organo consultivo e temporaneo quale la commissione giudicatrice ex art. 84 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) può svolgersi anche con la verifica dell'attendibilità delle valutazioni tecniche compiute dall'amministrazione rispetto alla correttezza dei criteri utilizzati e applicati, ma resta comunque fermo il limite della relatività delle valutazioni tecnico-scientifiche, potendo il giudice amministrativo censurare la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, poiché, diversamente, all'apprezzamento opinabile dell'amministrazione sostituirebbe quello proprio e altrettanto opinabile (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1332).

E' stato, inoltre, statuito dalla giurisprudenza più tradizionale che nell'ambito del sistema di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le valutazioni tecniche delle commissioni di gara sono espressione di ampia discrezionalità, suscettibili di sindacato solo nei limiti della manifesta illogicità. Invero, le valutazioni delle commissioni di gara relativamente agli aspetti tecnici delle offerte sono espressione di discrezionalità tecnica sindacabile dal giudice amministrativo non attraverso una sostituzione dei giudizi, ma soltanto per manifesta illogicità o per palese travisamento dei fatti alla stregua di elementi oggettivi di riscontro (cfr. TAR Cagliari, sez. I, 20 febbraio 2012, n. 137) e che il giudizio di discrezionalità tecnica reso dalla Commissione di gara in sede di valutazione delle offerte, essendo connotato dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dall'opinabilità dell'esito della valutazione, sfugge al sindacato di legittimità del giudice amministrativo laddove non vengano in rilievo indici sintomatici del non corretto esercizio del potere sotto i profili del difetto di motivazione, dell'illogicità manifesta e dell'erroneità dei presupposti di fatto (cfr. TAR Campania, sez. I, 3 aprile 2012, n. 1557).

Sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso), sia la scelta dei criteri più adeguati (tra quelli esemplificativamente indicati dall'art. 83, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163) per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante, e impingendo nel merito dell'azione amministrativa restano sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie ovvero

macroscopicamente viziata da travisamento di fatto, con la conseguenza che il giudice amministrativo non può sostituire con proprie scelte quelle operate dall'amministrazione. La Commissione di gara, per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, gode, quindi, di un'ampia discrezionalità nell'attribuzione del punteggio agli elementi costituenti l'offerta tecnica, purché in linea con i criteri predefiniti nella lex specialis di gara. Tale discrezionalità, di natura tecnico amministrativa, non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale se non in presenza di macroscopiche irrazionalità e incongruenze.

La discrezionalità tecnica espressa dalla Commissione nell'ambito di una procedura di gara per l'affidamento di un appalto si esplica nella valutazione di fatti mediante un giudizio da effettuarsi alla stregua di canoni scientifici e tecnici e detto giudizio non può essere sindacato se non in presenza di irragionevolezza o incoerenza tecnica delle valutazioni medesime (TAR Calabria, sez. I, 3 aprile 2012, n. 345).

Si è, infine, osservato che, laddove l'attribuzione dei punteggi, analiticamente ripartiti secondo i criteri e sub-criteri della lex specialis trovi puntuale riscontro nei relativi verbali, le censure dedotte in sede di impugnazione e che prospettano una diversa valutazione delle offerte rispetto a quella seguita dalla Commissione si traducono in un inammissibile sindacato sul merito delle opzioni attinte, riservato all'amministrazione quale espressione della discrezionalità tecnica che informa la procedura (cfr., sul punto, TAR Liguria, sez. II, 11 aprile 2012, n. 526).

Solo in questi limiti, dunque, l'operato valutativo posto in essere dalla commissione di gara è sindacabile ad opera del giudice amministrativo.

Nella fattispecie in questione, la classifica tecnica aveva visto la ricorrente assegnataria di un punteggio pari a 54,78 e la controinteressata di 54,56, ma l'ordine si invertiva in seguito alla fase di verifica delle offerte economiche, all'esito della quale Olmi impianti è risultata aggiudicataria della fornitura con punti 74,23 contro i 73,46 di Park It.

La commissione di gara aveva stabilito che l'attribuzione dei punteggi (fino a 70 punti per l'offerta tecnica e 30 per quella economica) fosse operata in base all'analitica ripartizione dei criteri e sub-criteri di valutazione fissati nella lex specialis (che non costituisce oggetto di censura da parte della ricorrente), in particolare nella parte B del capitolato speciale dedicata alla scheda tecnica ai paragrafi 1 e 2 relativi rispettivamente alle "caratteristiche tecniche e requisiti" e alla "valutazione qualitativa", ai quali corrispondevano rispettivi punteggi e sub-punteggi. La metodologia di assegnazione dei punteggi (neppure questa oggetto di censura) era stata, poi, ulteriormente dettagliata dalla commissione nel verbale della seduta del 9 febbraio 2011, specificando di: "attribuire un punteggio pari a 0 della peculiare caratteristica laddove il requisito non è posseduto o è completamente difforme da quanto richiesto; attribuire un punteggio corrispondente ad una percentuale variabile tra l'1% ed il 59% del punteggio pieno della peculiare caratteristica laddove il requisito è soddisfatto in maniera non sufficiente, ovvero laddove gli elementi tecnici forniti nella documentazione non consentono una valutazione della caratteristica; di attribuire un punteggio corrispondente ad una percentuale pari al 60% del punteggio pieno della peculiare caratteristica laddove il concorrente dichiara la semplice rispondenza a quanto richiesto dal capitolato, senza fornire degli elementi che consentano una valutazione più approfondita; di attribuire un punteggio corrispondente ad una percentuale variabile tra il 61% e l'89% del punteggio pieno della peculiare caratteristica laddove il concorrente, oltre a dichiarare la rispondenza a quanto richiesto dal capitolato, offra ulteriori elementi che consentano una completa valutazione qualitativa della soluzione; di attribuire un punteggio corrispondente ad una percentuale variabile tra il 90% ed il 100% del punteggio pieno della peculiare caratteristica laddove il requisito è soddisfatto pienamente e vengono introdotti elementi di particolare pregio e pienamente qualificanti della soluzione, rispetto a quanto richiesto dal capitolato sempre per la peculiare caratteristica".

Tale modus operandi trova puntuale riscontro nella tabella riassuntiva allegata al verbale delle sedute di

valutazione, la cui completa compilazione era stata preceduta da alcune richieste di chiarimenti alle concorrenti su singoli punti delle offerte e nella quale, per ogni partecipante, ad ogni specifica caratteristica corrisponde il punteggio attribuito e la motivazione di tale attribuzione in base alle risultanze della relazione tecnica e della scheda tecnica allegata all'offerta del medesimo.

Dall'esame delle tabelle suddette, al cui contenuto ci si richiama integralmente per evidenti ragioni di sinteticità, il modus operandi della commissione risulta sempre congruo e caratterizzato da una corretta applicazione dei criteri di valutazione succitati, al contrario di quanto affermato dalla ricorrente, che, peraltro, non risulta aver fornito alcun elemento idoneo a dimostrare l'incongruenza, illogicità o erroneità delle succitate valutazioni, limitandosi a contrapporre un proprio giudizio a quello della commissione.

Si riporta, a titolo di esempio, la motivazione del punteggio attribuito alle offerte della ricorrente e della controinteressata per una delle caratteristiche del sistema di automazione per il pagamento della sosta, in particolare per la richiesta *“tecnologia di prossimità attiva tipo “stop and go” a mani libere (sistema di lettori) per entrata ed uscita”*, il cui punteggio massimo previsto era pari ad 8.

La ricorrente ha conseguito, per tale caratteristica, punti 4, con la seguente motivazione: *“Viene proposto un sistema stop & go passivo. Tuttavia è prevista la fornitura di n. 2000 TAG passivi per gli utenti Ospedale. Il sistema è ampiamente descritto, purtuttavia la commissione, riscontrando la non fornitura di un sistema attivo, come richiesto dal Capitolato, ritiene di non dover attribuire un punteggio pienamente sufficiente”* (cfr. pag. 3 della scheda).

La controinteressata ha, invece, conseguito, per tale caratteristica, punti 8, ovvero il massimo previsto, con la seguente motivazione: *“Il concorrente sembrerebbe offrire un lettore di TAG attivo.(Window button). (Chiedere chiarimento sulla presenza dei lettori AT4 in ciascuna delle 8 colonne), inoltre offrono un ulteriore sistema in aggiunta al primo con tecnologia stop & go con tag passivo fornendo anche 2000 TAG. Nel complesso soddisfacente. La risposta fornita al chiarimento posto soddisfa le richieste del capitolato”*.

Risulta evidente la congruità e logicità dell'attribuzione del punteggio alle due offerte, in considerazione del fatto che la ricorrente aveva offerto un sistema esclusivamente passivo (un sistema stop & go passivo più 2000 TAG passivi; cfr. pagg. 65 e ss relazione tecnica Park It) ed invece la controinteressata, oltre al medesimo sistema passivo della ricorrente, anche quello attivo richiesto specificamente dal capitolato speciale (lettore AT4 attivo in ciascuna delle 8 colonne, un ulteriore sistema in aggiunta al primo con tecnologia stop & go con tag passivo e ulteriori 2000 TAG; cfr. pagg 3 e ss. relazione tecnica Olmi Impianti).

Ne consegue l'infondatezza della censura della ricorrente, che aveva sostenuto l'erroneità di tali giudizi ed in particolare, in relazione alla specifica caratteristica succitata e al relativo punteggio attribuito, aveva sostenuto l'assimilabilità delle due offerte perché contemplanti entrambe gli stessi sistemi esclusivamente passivi.

Le valutazioni della commissione di gara sono da ritenersi, quindi, congrue e logiche ed immuni da vizi anche nell'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche, alla luce dei puntuali criteri e sub-criteri e relativi punteggi e sub-punteggi previsti dalla lex specialis.

Le censure dedotte in sede di impugnazione che prospettano una diversa valutazione delle offerte rispetto a quella seguita dalla commissione si traducono, dunque, in un inammissibile sindacato sul merito delle opzioni manifestate, riservato all'amministrazione quale espressione della discrezionalità tecnica che informa la procedura concorsuale.

Risulta, di conseguenza, non indispensabile al fine della risoluzione della controversia l'ammissione della consulenza tecnica di ufficio richiesta dalla ricorrente. Il procedimento seguito dalla stazione appaltante non presenta caratteri evidenti di illogicità o irragionevolezza, unici censurabili in questa sede, non essendovi motivo

in questo quadro per disporre consulenza tecnica di ufficio, prevista peraltro nel vigente codice del processo amministrativo soltanto se indispensabile, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2011, n. 2093).

Del resto, non avendo parte ricorrente fornito la prova dell'inattendibilità del giudizio tecnico fornito dalla commissione, che, anzi, risulta espresso in piena logicità e congruenza, la CTU richiesta, se concessa, avrebbe la funzione di sostituirsi alla prova dei fatti adottati, rivestendo, dunque, una funzione "esplorativa", in alcun modo ammissibile, non essendo la CTU un mezzo di prova, ma un mezzo di valutazione della prova già acquisita agli atti di causa.

La consulenza tecnica d'ufficio, in quanto mezzo d'indagine finalizzato ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni che comportino specifiche conoscenze, non può essere, infatti, disposta al fine di esonerare la parte dal fornire le prove di quanto assume ed è quindi legittimamente negata dal giudice qualora la parte tenda con esso a supplire alle deficienze delle proprie allegazioni od offerte di prova ovvero a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi di fatto o circostanze non provati. (Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 2009, n. 6688; 14 febbraio 2012, n. 724; 2 luglio 2012, n. 3860).

A conferma della bontà delle scelte operate dall'amministrazione deve, inoltre, osservarsi che il contratto oggetto della presente controversia è stato già eseguito e che la fornitura rispecchia perfettamente quanto richiesto dalla stazione appaltante, come risulta dai verbali di ultimazione della fornitura del 22 giugno 2012 e di verifica di conformità della stessa in data 10 luglio 2012, entrambi versati in atti.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va respinto, previa declaratoria di inammissibilità della porzione di censure dedotte genericamente e di quelle con cui la ricorrente pretende di sostituirsi al giudizio di merito valutativo dell'amministrazione.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile e, per il resto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti delle controparti, in via solidale, che si liquidano in complessive euro 4.000, compresi gli oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il 30/10/2012

IL SEGRETARIO

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