



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 636 del 2013, proposto da:

Johnson & Johnson Medical Spa, in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Zoppellari, Laura Razetto, con domicilio eletto presso Laura Razetto in Genova, via XX Settembre N. 21/10;

contro

Ars Agenzia Sanitaria Regionale della Liguria, Regione Liguria; Ars Agenzia Regionale Sanitaria della Liguria Area Cra Centrale Regionale d'Acquisto, in nome del legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avv. Luigi Cocchi, Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso Gerolamo Taccogna in Genova, via Macaggi 21/8;

nei confronti di

Covidien Italia Spa, in nome del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Fidanza, con domicilio eletto presso Daniela Anselmi in Genova, via Corsica 19/10; B.Braun Milano Spa;

B.Braun Milano, s.p.a., in persona del legale rappresentante, non costituita.

per l'annullamento

dell'aggiudicazione del 19 aprile 2013 del contratto di fornitura di suture chirurgiche relativo alla gara indetta da Agenzia Sanitaria Regionale della Liguria, Regione Liguria e da Ars Agenzia Regionale Sanitaria della Liguria Area Cra Centrale Regionale d'Acquisto; degli artt. 5 e 6 del disciplinare nonché dei verbali di gara.

E per la condanna al risarcimento danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ars Agenzia Regionale Sanitaria della Liguria Area, Cra Centrale Regionale d'Acquisto e di Covidien Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2013 il dott. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Johnson & Johnson Medical Spa ha impugnato l'aggiudicazione del contratto di fornitura di suture chirurgiche disposta dalla Centrale Regionale d'Acquisto, i verbali di gara, gli artt. 5 e 6 del disciplinare e gli atti prodromici e connessi.

Cumulativamente ha chiesto la condanna al risarcimento danni.

In narrativa dell'atto introduttivo ha premesso in fatto che:

- ha partecipato alla procedura aperta, ai sensi dell'art. 55 d.lgs. 163/2006, avente ad oggetto l'affidamento della fornitura di suture chirurgiche da destinarsi alle Aziende sanitarie locali della Regione Liguria per un periodo di tre anni, con opzione di rinnovo per anni due, suddivisa in 19 lotti con importo a base d'asta pari a 12.601.466,40 euro;

- il criterio d'aggiudicazione per ciascun lotto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con l'attribuzione di 60 punti per la valutazione qualitativa e di 40 punti per quella quantitativa. A loro volta i 60 punti del parametro qualità sono stati suddivisi in criteri e sub-criteri con i rispettivi punteggi e sub-punteggi;

- la modalità d'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa doveva scaturire dall'applicazione del metodo ELECTRE, previsto dall'allegato G d.P.R. 207/2010 e dalle relative linee guida adottate dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori e forniture (dd. maggio e dicembre 2011) e che, all'art. 6 del disciplinare, con riferimento al prezzo, prevedeva (testualmente) "sarà riportato al coefficiente 1 il ribasso percentuale maggiore" l'assegnazione dell'intero punteggio di punti 40 all'offerta economica migliore; con riferimento invece alla qualità, sia che la valutazione del singolo criterio avvenisse con il confronto a coppie che mediante l'attribuzione discrezionale da parte di ciascun commissario di un coefficiente suddiviso in scale di valore, stabiliva "è riportata a 1 la media più alta e proporzionata a tale media massima per le medie provvisorie prima calcolate".

- all'esito della gara s'è aggiudicata i lotti 6, 8, 9, 15, 17 e 19 mentre gli altri lotti sono stati (nn.3, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 16) aggiudicati a Covidien e a Braun (nn.1, 2, 4 e 5);

- nel corso della seduta pubblica del 21.03.2013, il rappresentante della ricorrente ha formulato, anche agli effetti dell'art. 243-bis d.lgs. 163/2006, le osservazioni relative alla tecnica d'utilizzo del metodo Electre secondo quanto indicato nel disciplinare che "pedissequamente applicato dal Seggio di gara" si sarebbe tradotto "in un sistema d'individuazione dell'offerta graduata del tutto illogico" foriero di "squilibri applicativi e non rispettoso dei principi di proporzionalità e progressività nell'attribuzione dei punteggi";

- la Commissione di gara, anziché limitarsi per ciascun singolo sub criterio ad assegnare il massimo punteggio disponibile (coeff. 1) all'offerta migliore, avrebbe dovuto operare una riparametrazione finale all'offerta migliore, ossia procedere alla riparametrazione dei coefficienti qualitativi sul massimo punteggio previsto per l'elemento qualità: così correttamente operando (afferma la ricorrente) sarebbe risultata aggiudicataria anche dei lotti nn. 5, 7 e 12.

Da cui, in diritto, le seguenti censure:

Violazione dell'art. 83 d.lgs. 163/2006 in relazione agli Allegati G. e P d.P.R. n. 207 del 2010; Violazione dei principi generali in tema di libera concorrenza.

In aggiunta, la ricorrente ha dedotto l'illegittimità dell'art. 5 del disciplinare di gara per violazione degli artt. 2 e 83 d.lgs. 163/2006; Eccesso di potere e Violazione dei principi di proporzionalità.

La norma del disciplinare impugnata, secondo la censura, avrebbe consentito alla stazione appaltante di valutare offerte di tipologie di prodotti non perfettamente corrispondenti allo *standard* richiesto, sì da causare grave alterazione della regolarità del confronto concorrenziale.

La stazione appaltante e la controinteressata Covidien Italia Spa si sono costituiti in giudizio, eccependo

l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso, instando nel merito per la sua infondatezza.

Disposta, su sollecitazione delle parti, CTU.

Alla pubblica udienza del 12.12.2013 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta n decisione.

DIRITTO

Sono impugnati dalla società ricorrente l'aggiudicazione dei lotti (5, 7 e 12) del contratto di fornitura di suture chirurgiche disposta dalla Centrale Regionale d'Acquisto, i verbali di gara, gli artt.5 e 6 del disciplinare, nonché gli atti prodromici, conseguenti e connessi.

È cumulata l'azione di risarcimento dei danni.

Due sono gli ordini di censure.

Il primo lamenta l'errata tecnica d'utilizzo del metodo Electre che si sarebbe di fatto tradotto "in un sistema d'individuazione dell'offerta graduata del tutto illogico" foriero di "squilibri applicativi e non rispettoso dei principi di proporzionalità e progressività nell'attribuzione dei punteggi", sì da privilegiare, a discapito del criterio qualitativo che informava la procedura di gara, quello quantitativo del prezzo offerto.

Il secondo deduce l'illegittimità dell'art. 5 del disciplinare, laddove avrebbe consentito alla stazione appaltante di valutare offerte di tipologie di prodotti non perfettamente corrispondenti allo *standard* richiesto, dando luogo ad "una grave alterazione della regolarità del confronto concorrenziale".

In limine sulle eccezioni d'irricevibilità ed inammissibilità sollevate dalla società controinteressata.

La tardività del gravame è eccepita sul rilievo che la ricorrente già il 21.03.2013, nella seduta pubblica del seggio di gara, aveva denunciato alla stazione appaltante il vizio – riproposto in sede giurisdizionale col primo motivo di censura – che (a suo dire) inficia(va) la procedura concorrenziale: sicché il ricorso notificato il 22.05.2013, oltre il termine di 30 giorni, sarebbe irricevibile.

In realtà, solo all'esito dell'aggiudicazione dei lotti (sub nn. 5 ,7 e 12), vale a dire dopo che la stazione appaltante ha dato definitiva applicazione al criterio di valutazione delle offerte previsto all'art. 6 del disciplinare, s'è concretato l'effetto lesivo da cui ordinariamente decorre il termine d'impugnazione (cfr.,in tema, sul regime d'impugnazione delle clausole relative all'esecuzione delle operazioni di gara, per tutte, Cons. St., ad. plen. 29 gennaio 2003 n. 1).

È altresì infondata l'eccezione d'inammissibilità.

Gli argomenti dedotti dalla controinteressata a sostegno dell'eccezione muovono dall'asserita carenza d'interesse della ricorrente a censurare la (stessa) norma del disciplinare in forza della quale le sono stati aggiudicati altri lotti della fornitura.

Va però considerato che l'impugnazione è circoscritta all'aggiudicazione dei lotti affidati alla controinteressata (nn. 7e 12) e all'impresa Braun (n.5), non costituita in giudizio.

Sicché, in difetto di ricorso incidentale c.d. autonomo, seguendo la prospettazione contenuta in ricorso, la stazione appaltante dovrebbe limitarsi a rinnovare *ab imis* le operazioni di gara, emendandole dal vizio denunciato, per quei soli lotti oggetto d'impugnazione. Senza che l'accoglimento del gravame, in ragione della qualificazione della già disposta aggiudicazione – quale atto plurimo – travolga la totalità della procedura di gara né l'affidamento degli altri lotti (cfr., in termini, Cons.St., sez. sez. V, 9 giugno 2008 n. 2843; Id., sez. V, 11 maggio 2006 n. 2612).

Nel merito il ricorso è peraltro infondato.

Il nucleo sostanziale che informa il primo motivo d'impugnazione s'incentra sulle modalità d'applicazione del metodo Electre. Che sebbene applicato in conformità a quanto previsto dal disciplinare, sarebbe comunque difforme da quanto prescritto dalle norme che ne disciplinano l'utilizzo nelle procedure di gara (Allegati G. e P d.P.R. n. 207 del 2010).

La censura, seguendo il ragionamento espresso nelle memorie depositate in giudizio, troverebbe infine decisivo conforto nella conclusione attinta dal CTU laddove individua nell'omissione della seconda riparametrazione il vizio che inficia l'applicazione del metodo Electre.

In definitiva la censura di natura tecnica, condensata nel primo motivo di ricorso, ad avviso della ricorrente, sarebbe stata avallata dal CTU, "risultando incontestabile e pienamente coerente con il dettato normativo e con la ricostruzione sistematica operata in ricorso".

L'affermazione merita una breve riflessione.

La questione dedotta in giudizio con il motivo d'impugnazione in esame s'incentra sulla controllabilità empirica, di calcolo e di verifica quantitativa della tecnica impiegata per la valutazione qualitativa dell'offerta.

Ossia sulla corretta utilizzazione nel procedimento amministrativo di una tecnica scientifica. Con ciò intendendo – più nello specifico – l'impiego di un metodo matematico sofisticato, assoggettato a criteri tecnico-scientifici, all'interno dell'evidenza pubblica, a sua volta disciplinata da norme e principi di natura giuridica, ugualmente precettivi.

Fra i quali, per quel che qui più rileva, il c.d. autovincolo per la stazione appaltante scaturente dalle prescrizioni contenute nella *lex specialis* che essa stessa s'è data; la natura tecnico-discrezionale delle valutazioni espresse dalla Commissione di gara, i cui membri devono possedere, ai sensi dell'art. 84 cod. contr. pubbl., la competenza tecnica richiesta nella materia.

La menzionata dicotomia – vale dire l'impiego del metodo scientifico disciplinato da norme tecniche e il procedimento amministrativo, a sua volta conformato da norme e principi di legge – si riproduce "tal quale" nella fase contenziosa di legittimità, posto che il giudice, a differenza di quello civile che non incontra ostacoli nella valutazione della validità scientifica del metodo impiegato, ha di fronte a sé la decisione assunta dall'amministrazione sulle modalità d'impiego della tecnica utilizzata nel procedimento.

Sicché compito del giudice amministrativo è la verifica in concreto della corretta applicazione del metodo che l'amministrazione s'è data (autovincolandosi) negli atti di gara per individuare – nel caso che ne occupa – la qualità dell'offerta, non già il controllo in astratto della validità scientifica del metodo impiegato e dei suoi risultati pratici.

In simmetria la CTU.

Facendo ricorso a quelle stesse categorie giuridiche che governano il processo civile (cfr., Cass. sez. un., 30 dicembre 2011 n. 30175; Cass. 13 marzo 2009 n. 6155), in quello amministrativo non paiono consentite le consulenze tecniche c.d. percipienti: quelle in cui il consulente, fatto ovviamente salvo il controllo immanente del giudice *peritus peritorum*, è chiamato ad accertare (direttamente) i fatti mediante l'ausilio di specifiche competenze tecniche. Sono invece ammesse nel processo amministrativo, ex art. 67 c.p.a., le consulenze tecniche c.d. deducenti, volte a valutare i fatti accertati e dati per esistenti, come (già definitivamente) acquisiti nel corso del procedimento amministrativo. Che nel caso in esame, va ancora una volta ribadito, obbedisce alla *lex specialis*, ed i cui atti, soprattutto quelli contenenti manifestazioni di giudizi, sono espressione di valutazione tecnico-discrezionale riservata.

In altri termini, il compito del CTU è (circoscritto a) valutare il fondamento razionale ed epistemico del metodo applicato dall'amministrazione, non quello di sostituirsi ad essa per individuare il metodo tecnico più adeguato per raggiungere gli obiettivi avuti di mira.

Nel caso in esame il CTU, forse indottovi da quanto argomentato a riguardo dalla ricorrente nel motivo di censura, s'è macroscopicamente discostato da tale indirizzo.

Attenendosi ai quesiti assegnatigli, avrebbe dovuto dapprima accertare la corrispondenza del metodo in concreto

applicato dalla Commissione alle norme tecniche che ne disciplinano l'utilizzo; quindi valutare l'attendibilità del metodo (ancora una volta e va sottolineato come) in concreto utilizzato dalla stazione appaltante.

Viceversa, il consulente ha esteso l'indagine alla fase precedente del confronto a coppie, ha omesso il riscontro dialettico sulle considerazioni formulate dalle parti e dai CTP, non ha verificato la corrispondenza del metodo come disciplinato nella *lex specialis* rispetto alle linee guida impartite dall'AVCP, giungendo apoditticamente ad affermare, senza alcuna specifica motivazione desunta dalla normativa di riferimento, che la Commissione avrebbe dovuto operare una seconda riparametrazione dei punteggi qualitativi per attribuire l'intero punteggio a disposizione per valorizzare la qualità.

Cita a riguardo un precedente giurisprudenziale (Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2012 n. 5754), non pertinente, relativo al metodo aggregativo compensatore, che nulla ha da spartire con il metodo c.d. multicriteri, Electre.

In realtà, così venendo specificamente alla censura, alla luce del deposito in giudizio della documentazione afferente al metodo impiegato, l'applicazione fattane dalla stazione appaltante è immune da vizi od errori tecnici.

Alla suddivisione degli undici criteri in quattro categorie, di cui una economica, ha fatto seguito l'inserimento (con i relativi parametri, pesi e giudizi) nella matrice Electre di tutti gli undici criteri, senza che in ossequio alle previsioni contenute nell'Allegato G d.P.R. 207/2010, e come del resto prevedeva espressamente il bando, si rendesse necessaria una seconda riparametrazione al fine di inserire un solo elemento qualitativo nella matrice assieme a quello economico.

La bontà del metodo, come impiegato, trova del resto oggettivo riscontro nella letteratura scientifica prodotta in causa: prima fra tutte la nota (d.14.11.2013) dallo stesso inventore del metodo Electre inviata in risposta al quesito formulatogli dalla stazione appaltante.

Anche il secondo motivo d'impugnazione è infondato.

La ricorrente, invocando norme di principio, dubita della legittimità di un'opzione che in sé non è affatto contraria ad alcuna specifica disposizione, volta com'è a consentire l'estensione della platea dei partecipanti alla procedura concorrenziale.

A fronte della fornitura di prodotti specialistici, suddivisi in 19 lotti, la stazione appaltante ha dato la possibilità di partecipare anche a quelle imprese che disponessero di almeno l'80% dei prodotti compresi nel lotto.

Per uniformità di valutazione, in conformità ai canoni di *par condicio* e trasparenza, ha previsto un sistema di compensazione per i concorrenti che non avessero offerto il 100% (pur rimanendo entro la soglia limite dell'80%) dei prodotti del lotto cui aspiravano.

Il criterio compensativo, oltre a non essere *ex se* censurato dalla ricorrente, dà un esito non affatto irragionevole solo che si pensi che il concorrente è comunque vincolato al prezzo ed al quantitativo offerti. Libera invece la stazione appaltante di approvvigionarsi diversamente per i prodotti non offerti.

Conclusivamente il ricorso deve essere respinto.

Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di lite, individuabili nell'accentuata controvertibilità tecnica delle questioni dedotte in giudizio, fatta eccezione per le spese della consulenza tecnica, che rimangono a carico della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate, fatta eccezione per quella relative alla consulenza tecnica, che rimangono a carico della ricorrente.

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

Così deciso in Genovanella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore

Richard Goso, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/01/2014

IL SEGRETARIO

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