



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 staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 702 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Gms S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Nicoletta Zeni e Fabio Romanenghi, con domicilio eletto in Brescia presso lo studio della prima, Via Malta, 16;

contro

Azienda Ospedaliera Mellino Mellini - Chiari (Bs), non costituita in giudizio;

nei confronti di

Ge Medical System S.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione del Direttore Generale dell'A.O. Mellino Mellini n. 229 del 13 maggio 2014, comunicata a mezzo piattaforma Sintel il 22 maggio 2014, di aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio di assistenza tecnica e manutenzione delle apparecchiature

radiologiche PP.OO di Chiari, Iseo, Orzinuovi e Cardiologia emodinamica P.O. di Chiari - lotto 3, a favore della controinteressata;

- dei verbali di gara, nella parte relativa al lotto 3;

- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso a quelli di cui sopra, ivi compreso il contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria;

nonché per il risarcimento del danno in forma specifica, con affidamento del contratto o per equivalente.

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2014 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'A.O. Mellino Mellini, a differenza che negli anni precedenti, in cui procedeva all'affidamento del servizio a trattativa diretta (previa acquisizione della dichiarazione che ciascuno dei produttori effettua manutenzione in via esclusiva sulle proprie apparecchiature), ha bandito una gara per la manutenzione delle apparecchiature radiologiche, ripartita in tre lotti: 1: apparecchiature Philips; 2:

apparecchiature GE e 3: apparecchiature GMS. Per i primi due lotti hanno partecipato esclusivamente, rispettivamente, Philips e GE. Quest'ultima ha offerto, per la manutenzione delle sue apparecchiature, un ribasso del 3 %.

Per il lotto 3, oltre alla GMS ha partecipato alla gara (da condursi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) anche la GE, la quale ha ottenuto il maggior punteggio tecnico: 45,5 riparametrati a 60 punti complessivi, suddivisi in 5 criteri: descrizione dell'organizzazione dell'assistenza tecnica (5 punti); modalità e operazioni di esecuzione della manutenzione preventiva (10); modalità e operazioni di esecuzione della manutenzione correttiva (15 punti); modalità e operazioni di esecuzione delle verifiche di sicurezza elettrica (5 punti); tempi massimi annuali di fermo macchina (15 punti). La GMS otteneva 43 punti, riparametrati a 56,70.

La GE otteneva anche i 40 punti connessi alla miglior offerta economica, grazie ad un ribasso del 34 %, contro il 17,96 % di sconto praticato dalla GMS.

L'offerta superava il controllo di anomalia e veniva, dunque, aggiudicata in via definitiva alla GE il 13 maggio 2014 (con comunicazione il 22 maggio).

Data la difficoltà di entrare in disponibilità della documentazione tecnica cui ha chiesto di avere accesso, la ricorrente ha proposto un ricorso parzialmente al buio, in cui ha dedotto:

1. violazione dell'art. 84, comma 8 del d. lgs. 163/06 ed eccesso di potere per irragionevolezza manifesta connessa al fatto che la commissione non sarebbe stata composta di "adeguate professionalità", dal momento che i suoi componenti sono un architetto (presidente), un ingegnere, un ragioniere (corrispondente con il responsabile del procedimento) e un geometra in sostituzione del ragioniere (segretario è stato designato un architetto);
2. violazione dell'art. 84, comma 4 del d. lgs. 163/06, in quanto il responsabile del procedimento ha partecipato alla prima seduta, per la verifica della regolarità della documentazione amministrativa e solo successivamente è stato sostituito dal geometra;
3. eccesso di potere per difetto di motivazione, irragionevolezza manifesta, difetto di istruttoria e disparità di trattamento: pur non potendo la ricorrente entrare nel merito dei particolari dell'offerta, in quanto solo da poco conosciuta, essa ha censurato comunque l'illogicità di un giudizio tecnico che ha preferito l'offerta di un'azienda diversa da quella produttrice degli apparecchi, la quale non conosce gli stessi e non possiede l'indispensabile software per la manutenzione. La stazione appaltante avrebbe, quindi, dovuto farsi carico di approfondire meglio l'offerta della GE, in specie considerando anche l'ampissimo sconto praticato, dieci volte superiore a quello offerto con riferimento alle proprie apparecchiature e doppio rispetto a quello della ricorrente;
4. omessa o carente motivazione, in quanto la valutazione solo

numerica operata dalla Commissione sarebbe del tutto incomprensibile.

Alla Camera di consiglio del 3 luglio 2014 è stato disposto il rinvio della trattazione, essendo già stato notificato il ricorso per motivi aggiunti, nel quale parte ricorrente ha dedotto:

5. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e irragionevolezza manifesta; violazione della *lex specialis* della gara. GE, infatti, in sede di istanza di partecipazione ha dichiarato di fare ricorso all'avvalimento, circa il requisito di cui all'art. 7 del disciplinare di gara (il quale impone al concorrente di avere la disponibilità di tecnici con l'autorizzazione da parte dei produttori delle apparecchiature ad intervenire sulle stesse), specificando che la ditta di cui si avvale, la Biomed, sarebbe in grado di garantire personale adeguatamente qualificato per la manutenzione "in possesso dell'autorizzazione da parte dei produttori delle apparecchiature ad intervenire sulle stesse a copertura dell'intero parco macchine oggetto del servizio". Tale autorizzazione, però, non è stata allegata, né avrebbe potuto esserlo, atteso che GMS non ha rilasciato né a GE, né a Biomed alcuna autorizzazione ad operare sulle macchine presenti presso l'Azienda ospedaliera di Chiari. Più precisamente, Biomed ha dichiarato di avvalersi di due tecnici che sono stati dipendenti di GMS, ma ai quali non è stata mai rilasciata alcuna autorizzazione ad intervenire sulle apparecchiature installate nell'AO resistente.

Inoltre, né tali tecnici, né Biomed, né GE hanno mai ottenuto da

GMS il software necessario alla manutenzione e il suo aggiornamento. Software che, peraltro, è stato anche oggetto di un furto, regolarmente denunciato.

In sede cautelare sono stati ravvisati i presupposti per la concessione della richiesta misura sospensiva degli effetti dei provvedimenti impugnati.

In vista della pubblica udienza, parte ricorrente ha depositato una memoria nella quale, constatata la mancata costituzione delle parti avverse, ha richiamato quanto già dedotto nel ricorso e nei successivi motivi aggiunti, precisando che, non essendo intervenuta la stipulazione del contratto con terzi, è venuto meno l'interesse alla domanda volta ad ottenere il risarcimento per equivalente, mentre permane quello alla caducazione degli atti ovvero, in caso di mancato accoglimento dei primi due motivi di censura, all'affidamento del contratto.

Alla pubblica udienza del 4 dicembre 2014, la causa, su conforme richiesta del procuratore di parte ricorrente, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La domanda caducatoria contenuta nel ricorso in esame è suscettibile di accoglimento.

A prescindere dall'entrare nel merito della dedotta carenza di professionalità in capo ai componenti della Commissione, questa, nella sua composizione originaria, risulta essere stata costituita in

violazione del comma 4 dell'art. 84 del d. lgs. 163/2006. Nella prima seduta, infatti, la commissione di gara ha visto la presenza, come componente, del ragioniere, il quale è stato nominato anche responsabile del procedimento di aggiudicazione in questione.

La giurisprudenza è costante nel ritenere illegittima tale commistione di ruoli, che non garantisce la massima indipendenza dei commissari di gara voluta dal legislatore.

Nella recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 04 novembre 2014, n. 5441, tale principio è stato riaffermato, laddove si legge che: “si deve osservare che l'art. 84 del D.Lgs. n. 163 del 2006, relativo alla composizione della commissione giudicatrice, per il caso di aggiudicazione di un appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, al comma 4 prevede che i commissari diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

Come evidenziato da ricorrente giurisprudenza, l'incompatibilità mira a garantire l'imparzialità dei commissari di gara che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, quali compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili ...omissis... (Consiglio di Stato, sez. VI, 29.12.2010, n. 9577; sez. V, 22.6.2012, n. 3682).”.

Pertanto, la designazione in commissione del ragioniere che,

pacificamente, svolgeva anche il ruolo di responsabile unico del medesimo procedimento, si pone in difformità dalla norma, che ammette il cumulo delle responsabilità della gara di appalto solo con riferimento alla "presidenza" della commissione in capo ai "dirigenti" degli enti locali.

Per quanto attiene al merito della scelta operata dalla stazione appaltante nell'aggiudicare la gara alla controinteressata, appare opportuno ricordare, preliminarmente, che l'appalto in questione aveva ad oggetto la manutenzione di apparecchiature mediche prodotte dall'odierna ricorrente che, però, si è classificata solo al secondo posto, anche in ragione del punteggio ottenuto per l'aspetto tecnico.

In assenza di difese della parte avversa, appare, invero, condivisibile la perplessità espressa dalla ricorrente circa la ragionevolezza del giudizio formulato sull'offerta della concorrente, ritenuta migliore, sotto il profilo tecnico, rispetto a quella della ditta produttrice delle apparecchiature oggetto di manutenzione (odierna ricorrente).

La mancata costituzione delle parti intime, inoltre, non consente di superare i dubbi, già espressi in sede cautelare, circa la attendibilità e veridicità anche sotto il profilo economico di un'offerta, quella risultata aggiudicataria, contenente uno sconto sul costo delle prestazioni offerte maggiore di quello praticato dalla ditta produttrice, ancora più improbabile in mancanza della disponibilità del software di manutenzione delle apparecchiature, che la ditta

produttrice nega di aver mai concesso all'aggiudicataria ovvero alla ditta da questa individuata per la fornitura dei tecnici addetti alla manutenzione. Circostanza, quest'ultima, che, ragionevolmente e razionalmente incide, prima di tutto, sulla possibilità stessa della prestazione da parte della ditta risultata vincitrice.

In ogni caso, il complessivo e generico giudizio di illogicità della valutazione dell'offerta della controinteressata come migliore, per le ragioni ora esposte, pare poter condurre al richiesto annullamento, in ragione del fatto che l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche risulta essere, di fatto, assolutamente priva di motivazione. Del tutto inutile è, infatti, l'utilizzo della "scala semantica dell'importanza relativa" (documento 5) predisposta dalla commissione, in quanto è certamente logico, ma parimenti incapace di fornire indicazioni sul percorso valutativo seguito dalla commissione, il fatto che il punteggio 1 equivalga a minima preferenza e il punteggio 6 equivalga alla massima preferenza.

In ragione di tutto ciò, il ricorso merita accoglimento, con la conseguenza che gli atti di gara dovrebbero essere tutti annullati. Ragioni di efficienza ed efficacia della tutela giurisdizionale rendono, però, opportuno l'annullamento della sola aggiudicazione, con conseguente individuazione del vincitore della gara nella società odierna ricorrente. Né il vizio inficiante la nomina della commissione, né la mancata fissazione di più precisi parametri di valutazione delle offerte, infatti, paiono pregiudicare il pieno

soddisfacimento dell'interesse pubblico in assenza di altre ditte partecipanti alla gara.

Risulta così soddisfatta la richiesta di parte ricorrente di ottenere il risarcimento del danno in forma specifica.

Le spese del giudizio, infine, debbono seguire l'ordinaria regola della soccombenza e pertanto vanno poste a carico delle parti intimete, le quali provvederanno, nella misura di un mezzo ciascuna, anche al rimborso del contributo unificato dalla ricorrente anticipato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla l'impugnata aggiudicazione.

Accoglie la richiesta del risarcimento del danno in forma specifica, come in motivazione precisato. Condanna le parti intimete al pagamento delle spese del giudizio a favore della ricorrente, in misura pari a Euro 3.000,00 (tremila/00) ciascuna, per un totale di 6.000 (seimila/00) Euro, oltre ad IVA, C.P.A. e accessori di legge, se dovuti, nonché al rimborso del contributo unificato dalla ricorrente anticipato, nella misura di un mezzo ciascuna.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/12/2014

IL SEGRETARIO

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