

N. 10137/2010 REG.SEN.

N. 00737/2010 REG.RIC.



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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 737 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Vitalaire Italia Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Piergiorgio Alberti, Francesco Cataldo, Diego Vaiano, con domicilio eletto presso Piergiorgio Alberti in Genova, via Corsica 2/11;

contro

Asl N.4 - Chiavarese, rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Cocchi, con domicilio eletto presso Luigi Cocchi in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

nei confronti di

Medigas Italia Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Gianluca Gariboldi, Alberto Quaglia, con domicilio eletto presso Mario Alberto Quaglia in Genova, via Roma 3/9;

per l'annullamento

della deliberazione n. 492 dell'8 luglio 2010, con la quale l'ASL n.4 di CHIAVARI HA aggiudicato definitivamente in favore della medigas italia s.r.l. la procedura aperta per l'affidamento del servizio di orrigenoterapia domiciliare in favore dei propri assistiti per il periodo settemre2010 agosto 2013

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl N.4 - Chiavarese e di Medigas Italia Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2010 il dott. Davide Ponte e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame introduttivo del giudizio la società ricorrente esponeva di aver partecipato alla procedura di gara in oggetto, concernente l'affidamento del servizio di orrigenoterapia domiciliare per tre anni. All'esito della procedura, per la quale presentavano offerta due imprese, veniva disposta l'impugnata aggiudicazione in favore dell'odierna controinteressata.

Avverso l'atto di esclusione si muovevano pertanto le seguenti censure:

- violazione degli artt. 38 d.lgs. 163\2006, 9 del capitolato speciale, dei principi della par condicio, eccesso di potere per irragionevolezza, sviamento, in quanto il presidente del cda e leg rappr.te ha omesso di rendere la dichiarazione prescritta ex art. 38;

- violazione degli artt. 86 ss. d.163, violazione dei principi di trasparenza e par condicio e necessaria verbalizzazione, eccesso di potere per difetto di istruttoria e

di presupposti, contraddittorietà e irragionevolezza, per mancanza della necessaria verifica dell'anomalia dell'offerta dell'odierna controinteressata;

- violazione dell'art. 84 d.lgs. 163 e del principio della collegialità delle commissioni di gara, in quanto le operazioni di verifica della documentazione e valutazione offerte economiche sono state svolte da una commissione formata da un solo soggetto.

Veniva altresì formulata istanza di declaratoria di inefficacia dell'eventuale contratto.

L'amministrazione intimata e la parte controinteressata si costituivano in giudizio e chiedevano il rigetto del gravame.

Con ordinanza n. 192 del 2010 questo Tar accoglieva la domanda cautelare proposta e per l'effetto fissava l'udienza di discussione e sospendeva l'esecuzione del provvedimento impugnato.

Con successivo atto di motivi integrativi le censure di cui al secondo ordine di rilievi venivano estese alla valutazione del costo del lavoro dell'offerta aggiudicataria, sotto il profilo del mancato rispetto dei minimi salariali, nonché avverso l'attribuzione di 10 punti su 40 della valutazione delle offerte tecniche a elementi rilevanti quali requisiti soggettivi di prequalificazione.

Alla pubblica udienza del 28/10/2010 la causa passava in decisione.

DIRITTO

Con il primo ordine di rilievi parte ricorrente contesta la mancanza della dichiarazione ex art. 38 d.lgs. 163/2006, da parte del presidente del c.d.a. e legale rappresentante secondo lo statuto della stessa impresa controinteressata.

La censura è infondata.

In linea di diritto questa sezione ha già avuto modo di evidenziare, come ricordato dalla difesa dell'amministrazione resistente, come l'analisi della questione debba prendere le mosse dal dato normativo dell'art. 38 cit., il quale, dopo aver dettato che "sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle

concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, nè possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti” che si trovino in una serie di situazioni individuate dalla norma, prevede che il possesso di tali requisiti possa essere attestato mediante dichiarazione.

In generale, va quindi ribadito che la ratio della normativa di cui all’art. 38 risiede nella esigenza di verificare la affidabilità complessivamente considerata dell’operatore economico che andrà a contrattare con la p.a. per evitare, a tutela del buon andamento dell’azione amministrativa, che quest’ultima entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale (cfr. ad es. Tar Liguria 962 e 9201\2010).

Le singole lex specialis dettano regole di specificazione di tale onere che, se da un lato assumono il valore di vincolo per la stessa stazione appaltante e per gli aspiranti partecipanti, dall’altro devono sottostare agli ordinari criteri della chiarezza di redazione e della ragionevolezza di applicazione. Nel caso di specie le contestazioni riguardano non tanto la sussistenza dei requisiti quanto la formale assenza di dichiarazione da parte di alcuni dei soggetti interessati.

La lex specialis di gara richiedeva sul punto una sola dichiarazione sostitutiva, sottoscritta dal titolare o legale rappresentante, con cui la ditta dichiarava di non trovarsi nelle situazioni di cui all’art. 38. Invero, la dichiarazione risulta essere stata presentata dall’amministratore delegato dell’impresa in conformità a quanto previsto dalla lex specialis, in termini altresì generali e quindi riferibili a tutti i soggetti eventualmente interessati. In tale contesto, di rispetto pieno della lex specialis e di un dato normativo attento alla concreta verifica dei requisiti, appare doveroso non addossare all’impresa la formulazione eventualmente generica del bando o del disciplinare.

A diverse conclusioni deve giungersi relativamente al secondo ordine di rilievi, concernenti la mancata sottoposizione dell’offerta risultata aggiudicataria alla

necessaria verifica di anomalia, anche alla luce dei motivi ulteriori tempestivamente dedotti in via integrativa.

Sul punto, appare innanzitutto pacifica la qualificazione in termini di anomalia dell'offerta in applicazione dei noti parametri normativi. L'amministrazione resistente, richiamando il bando e quanto evidenziato dal presidente del seggio in sede di gara, ha reputato sufficienti le giustificazioni preventive contenute nella stessa offerta, non ritenendo pertanto necessario svolgere un sub procedimento in contraddittorio.

In generale, è noto come la stessa Corte di Giustizia abbia evidenziato che il contraddittorio anticipato in materia, oltre a non essere un vero e proprio contraddittorio, non può comunque sostituire lo schema di tutela previsto dalle direttive, le quali richiedono l'esistenza di un dibattito effettivo in contraddittorio; ciò, a fini di corretto inquadramento ed estensione a tutte le ipotesi di verifica di anomalia (sia positiva che negativa), costituisce un requisito fondamentale del diritto comunitario in materia, al fine di evitare l'arbitrio dell'amministrazione aggiudicatrice e di garantire una sana concorrenza tra le imprese. In tale contesto la sfiducia comunitaria rispetto alle mere giustificazioni preventive si riflette sulla necessità di svolgere effettivamente tale verifica. Tale impostazione si trova ormai consolidata nell'attuale formulazione del codice degli appalti, nelle norme invocate da parte ricorrente nel testo attualmente vigente.

Nel caso de quo, pur dinanzi alla sussistenza dell'anomalia, sono state asseritamente valutate sufficienti le (peraltro non più previste dal dato normativo del vigente art. 86) valutazioni preventive; tuttavia sul punto manca qualsiasi indicazione circa lo svolgimento effettivo di tale valutazione e, a maggior ragione, manca qualsiasi esplicitazione delle ragioni positivamente considerate.

Inoltre, le ulteriori censure dedotte sul punto della mancata verifica dell'anomalia hanno evidenziato alcune rilevanti criticità, rispetto alle quali l'amministrazione ha

l'obbligo di pronunciarsi nella naturale (e comunque preliminare rispetto all'eventuale fase contenziosa giurisdizionale) sede procedimentale.

Con il terzo ed ultimo ordine di rilievi parte ricorrente contesta la violazione dell'art. 84 d.163 e del principio della collegialità delle commissioni di gara, in quanto le operazioni di verifica della documentazione e valutazione offerte economiche sono state svolte da una commissione formata da un solo soggetto.

La norma invocata statuisce che allorquando, come nella specie, "la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento. La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto".

Nel caso di specie, se per un verso anche qui non è contestato quanto dedotto, cioè lo svolgimento delle operazioni indicate da parte di un soggetto unico, per un altro verso l'amministrazione richiama il capitolato evidenziando come la necessità della commissione, intesa come organo collegiale, sarebbe limitata alle operazioni più specificatamente tecniche come dimostrato dalla relativa previsione dell'art. 84 solo per i casi di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Anche tale censura appare fondata.

Invero, le considerazioni pregevolmente svolte dalle parti resistenti sul punto non appaiono condivisibili, sia a fronte del dato normativo, che fa riferimento in generale alla valutazione e quindi non può che comprendere tutti gli aspetti inquadrabili in tale concetto (quindi anche la valutazione dei requisiti, dei documenti e dell'offerta economica), sia a fronte della ratio sottesa alla necessaria previsione di un organo che non può che essere collegiale.

Non dirimente sul punto appare la giurisprudenza invocata (CdS 7470\2010) relativo ad un caso in cui il Rup si è limitato alla sola lettura del prezzo offerto, mentre nella specie le attività svolta dal soggetto singolo in luogo della commissione sono state ben più ampie, anche di quelle istruttorie e non decisorie ormai pacificamente delegabili. La natura delle valutazioni rimesse alla commissione esclude altresì l'applicabilità dell'invocata sanatoria processuale ex art. 21 octies comam 2 l. 241 del 1990, non potendo con certezza ipotizzarsi che le valutazioni svolte dal previsto organo collegiale sarebbero state coincidenti con quelle svolte dal soggetto unico.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso va accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati.

Diversamente, nessun rilievo va attribuito alla paventata (in epigrafe del ricorso) domanda ulteriore, concernente la declaratoria di inefficacia del contratto, in quanto, se da un lato nelle more non risulta stipulato il paventato contratto, dall'altro lato le esigenze perseguite da parte ricorrente risultano adeguatamente garantite dall'accoglimento della domanda cautelare.

Sussistono giusti motivi, anche alla luce della novità di alcune delle questioni trattate, per compensare tra le parti le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento impugnato nei sensi e per gli effetti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente

Antonio Bianchi, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/10/2010

IL SEGRETARIO

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

Addi' _____ copia conforme del presente provvedimento e' trasmessa a:

IL FUNZIONARIO