



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 579 del 2010, proposto da:
Tesan S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio nonché quale mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con Telbios S.p.a., Alba Società Cooperativa Sociale, Castel Monte Soc. Coop. Soc. Onlus, Rispetto Castel Monte Soc. Coop. Soc. Onlus, rappresentato e difeso dall'Avv. Francesco Campanile, dall'Avv. Nicola Creuso e dall'Avv. Stefania Lago, con domicilio eletto in Venezia presso lo studio dell'Avv. Dora Venturi, San Marco, 941;

contro

Azienda U.L.S.S. n. 8 di Asolo (Tv), in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Luigi Garofalo, con domicilio eletto presso il suo studio in Venezia, Piazzale Roma, 468/B; Consorzio Stabile Centro

Orizzonti Soc. Coop. a r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Vittorio Loi, dall'Avv. Nico Moravia e dall'Avv. Ludovico Marco Benvenuti, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Venezia, Santa Croce, 205;

nei confronti di

Intema Sanità S.r.l.;

per l'annullamento

della deliberazione n. 98 dd. 4 febbraio 2010 del Direttore Generale dell'Azienda U.L.S.S. n. 8 di Asolo (Treviso), recante l'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento del servizio di gestione integrata delle attività di *front-end* in ambito aziendale CIG 0340660186 a favore del costituendo raggruppamento di imprese Consorzio Stabile Cento Orizzonti Soc. Coop. a r.l. – Intema Sanità S.r.l. ; della nota prot. n. 20100006173 dd. 5.2.2010 a firma “*d'ordine del Direttore Generale il Direttore Amministrativo*” dell'Azienda U.L.S.S. n. 8 di Asolo, recante la comunicazione dell'intervenuta aggiudicazione a favore della parte contro interessata; di tutti i verbali, del bando, del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto; e – ancora – per l'annullamento e/o la declaratoria di nullità e/o di inefficacia del relativo contratto, laddove stipulato tra le parti.

Visti il ricorso in epigrafe con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda U.L.S.S. n. 8 di

Asolo e del Consorzio Stabile Centro Orizzonti Soc. Coop. a r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Stabile Cento Orizzonti Soc. Coop. a 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 28 ottobre 2010 il dott. Fulvio Rocco e uditi per le parti i difensori

Sono presenti l'Avv. Creuso per la parte ricorrente, l'Avv. Miatto, in sostituzione dell'Avv. Garofalo, per l'Azienda U.L.S.S. n. 8 di Asolo e l'Avv. Moravia per il contorinteressato Consorzio Stabile Cento Orizzonti Soc. Coop. a r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con bando spedito alla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee* in data 31 luglio 2009 e ivi pubblicato in data 4 agosto 2009 (S147) l'Azienda U.L.S.S. n. 8 di Asolo (Treviso) ha indetto una procedura aperta avente per oggetto l'affidamento del servizio di gestione integrata delle attività di *front-end* in ambito aziendale, C.I.G. 0340660186.

La durata dell'affidamento era fissata in 60 mesi e la base d'asta, non superabile a pena di esclusione della relativa offerta, era pari a € 18.750.000,00.- rapportata all'intera durata dell'affidamento medesimo.

L'aggiudicazione doveva avvenire, a' sensi e per gli effetti dell'art. 83 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa da valutarsi con un massimale di 60 punti per la qualità dell'offerta e con un massimale di 40 punti per il prezzo.

Per quanto attiene alla qualità, i 60 punti erano suddivisi dall'art. 5 del disciplinare di gara nel seguente modo:

A) Qualità tecnica e di visione del progetto relativo al servizio (es. organizzazione del lavoro, sistema di analisi dell'attività e di *reporting* del committente, qualità delle soluzioni architetture in termini di *hardware*, *software* e di rete utilizzati, ecc.) max punti 5;

B) Qualità della definizione dei modi, dei tempi del processo di introduzione e di integrazione dei nuovi servizi informatici con il sistema gestionale d'Azienda ed assunzione dei precedenti applicativi: max punti 7;

C) Esperienza e competenza del concorrente (referenza negli ultimi tre anni nella fornitura di servizi CRM nel settore sanità e di altri relativi ai servizi oggetto dell'appalto, ecc.): max punti 5;

D) Contenuto del piano di CRM:

1) standard operativi (comunicativi/relazionali, professionali, tecnici): punti 4;

2) soluzione gestionale e tecnica per accesso, informazione, prenotazione: punti 4;

3) sistema tecnologico telefonico *call center*: punti 5;

4) soluzione logico-estetica dell'arredo fornito: punti 2;

- 5) affidabilità delle procedure: punti 2;
- 6) programma di formazione del personale: punti 2;
- 7) sistema di *back up*, *disaster recovery*, *business continuity*: punti 2;
- 8) soluzione *privacy* per l'assistito e sistema SSO: punti 2;
- E) Gestione risorse umane (es. qualità della soluzione organizzativa adottata per coordinare e gestire il personale impiegato, qualità professionale del personale impiegato, qualità dei processi di soluzione, addestramento ed aggiornamento del personale ...): max punti 6;
- F) Effettuazione di servizi aggiuntivi che integrino le funzionalità richieste (nel campo dell'accesso avanzato ai servizi e della gestione documentale): max punti 4;
- G) Effettuazione del servizio (anche di una singola attività in concessione) da parte di una cooperativa di tipo B (L. 8 novembre 1991 n. 381);
- H) Sistema di informazione e di controllo delle attività esercitate: organizzazione strumenti valutativi degli assistiti; modalità auto sanzionatorie e correttive comportamenti operatori: punti 3;
- I) Reportistica interna ed esterna ed altre informazioni sui servizi: punti 2;
- J) Programma di *marketing*: punti 3.

Nel medesimo art. 5 del disciplinare di gara si specifica, quindi, quanto segue:

“Alla Ditta che in sede di valutazione qualitativa avrà ottenuto il punteggio più alto, verranno attribuiti 60 punti ed alle altre Ditte punteggi direttamente

proporzionali, secondo la seguente formula: Punteggio qualità: Ditta considerata = $60 \times \text{punteggio assegnato} / \text{miglior punteggio}$. Prezzo. Alla Ditta che avrà proposto il miglior prezzo per l'unico lotto, il Seggio di gara attribuirà 40 punti ed ai prezzi delle altre Ditte punteggi inversamente proporzionali, secondo la seguente formula: Punteggio prezzo: Ditta considerata = $40 \times \text{prezzo più basso} / \text{prezzo Ditta}$. Pertanto, il servizio sarà aggiudicato, salvo verifica della congruità dei prezzi, alle Ditte che avranno ottenuto complessivamente il punteggio più alto (prezzo+qualità). Nell'attribuzione dei punteggi per il prezzo e per la qualità, nonché nella "riparametrazione" del punteggio qualità a 60, l'Amministrazione utilizzerà due cifre decimali dopo la virgola, arrotondando la seconda cifra decimale all'unità superiore se la terza è uguale o superiore a cinque. Esempio: 1,234 = 1,23 1,235 = 1,24 1,236 = 1,24. Saranno escluse dalla gara le proposte che, sulla base della documentazione inviata dalle Ditte concorrenti, avranno ottenuto un punteggio/qualità inferiore a 36/60 prima della riparametrazione e i progetti che risulteranno non conformi alle caratteristiche stabilite nel Capitolato speciale d'appalto. Qualora la Commissione giudicatrice lo ritenga necessario, potrà acquisire, ad integrazione di quanto già richiesto e presentato, ulteriore documentazione".

Alla gara hanno partecipato due costituenti raggruppamenti di impresa: il primo composto dalla Tesan S.p.a., mandataria, e da Telbios S.p.a., Alba Società Cooperativa Sociale, Castel Monte Soc. Coop. Soc. Onlus, Rispetto Castel Monte Soc. Coop. Soc. Onlus, mandanti; il secondo dal Consorzio Stabile Cento Orizzonti Soc. Coop. a r.l., mandatario, e da Intema Sanità S.r.l., mandante.

La gara si è conclusa con l'aggiudicazione a favore di Cento Orizzonti

– Intema.

Il raggruppamento vincitore ha ottenuto l'aggiudicazione con un punteggio complessivo di 96,97 punti, di cui 60 per l'offerta tecnica e 36,97 per l'offerta economica; il raggruppamento rappresentato da Tesan, secondo classificato, ha ottenuto complessivamente 83,85 punti, dei quali 43,85 per l'offerta tecnica e 40 punti per l'offerta economica.

Relativamente alla medesima offerta economica, va precisato che i 40 punti conseguiti da Tesan sono derivati da un ribasso del 7,70% sull'importo a base d'asta, nel mentre i 36,97 punti conseguiti da Cento Orizzonti sono derivati da un ribasso dello 0,1264% sull'importo medesimo.

1.2.1. Ciò posto, con il ricorso in epigrafe Tesan S.p.a., in proprio nonché quale mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con Telbios S.p.a., Alba Società Cooperativa Sociale, Castel Monte Soc. Coop. Soc. Onlus, Rispetto Castel Monte Soc. Coop. Soc. Onlus chiede l'annullamento della deliberazione n. 98 dd. 4 febbraio 2010 del Direttore Generale dell'Azienda U.L.S.S. n. 8 di Asolo (Treviso), recante l'aggiudicazione dell'appalto per l'affidamento del predetto servizio di gestione integrata delle attività di *front-end* in ambito aziendale CIG 0340660186 a favore del costituendo raggruppamento di imprese Consorzio Stabile Cento Orizzonti Soc. Coop. a r.l. – Intema Sanità S.r.l. ; della nota prot. n. 20100006173 dd. 5.2.2010 a firma “d'ordine del Direttore Generale il Direttore Amministrativo” dell'Azienda U.L.S.S. n. 8 di Asolo, recante la comunicazione

dell'intervenuta aggiudicazione a favore della parte contro interessata; di tutti i verbali, del bando, del disciplinare di gara e del capitolato speciale di appalto; nonché di ogni atto annesso, connesso o presupposto; e – ancora – per l'annullamento e/o la declaratoria di nullità e/o di inefficacia del relativo contratto, laddove stipulato tra le parti.

1.2.2. Con un primo ordine di censure la ricorrente deduce l'avvenuta e falsa applicazione dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006, nonché violazione e falsa applicazione della punto III.2.1. del bando di gara e delle pagg. 3 e 4 del disciplinare di gara, nonché eccesso di potere per difetto di presupposto.

La ricorrente evidenzia in tal senso che la G.P.I. S.p.a., facente parte del Consorzio Cento Orizzonti e dal Consorzio medesimo indicata quale esecutrice di una parte delle prestazioni oggetto dell'affidamento e - per conseguenza - tenuta a' sensi di quanto disposto a pag. 4, secondo capoverso del disciplinare di gara, a rendere le dichiarazioni di possesso dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare di cui all'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006, ha viceversa omesso – pur dopo aver indicato il nominativo dei propri attuali amministratori – di dichiarare che *“non ricorre, sia nei confronti del concorrente che delle persone fisiche sopra indicate, alcuna delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti ... di cui alle lettere a), b) c) ... dell'art. 38, comma 1, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i.”*, nonché di dichiarare *“l'assenza (o meno) di sentenze di condanna con il beneficio della non menzione (art. 38, comma 2, del D.L.vo 163 del 2006”*.

La ricorrente rimarca che tali omissioni, intrinsecamente gravi, comportano l'esclusione dalla gara e che, nondimeno, l'Azienda Sanitaria non ha provveduto in tal senso.

1.2.3 Con un secondo ordine di censure la ricorrente deduce l'avvenuta violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 sotto altro profilo, nonché violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara.

La ricorrente, dopo aver premesso che *“secondo l'orientamento giurisprudenziale assolutamente prevalente (per tutte Cons. Giust. Amm. 17 agosto 2009 n. 681) l'obbligo di rendere le dichiarazioni circa l'insussistenza delle cause di esclusione di cui alla lettera c) dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 si estende anche a coloro che hanno rivestito le funzioni di amministratore con poteri di rappresentanza (ovvero le funzioni di direttore tecnico) di imprese, la cui azienda (o anche solo un ramo di essa) sia stata acquisita dal concorrente ad una pubblica gara, il tutto – ovviamente – fermo restando il limite temporale del triennio antecedente la pubblicazione del bando (triennio che, nel caso di specie, risale al 3 agosto 2006, ovvero al 4 agosto 2006, a seconda che si prenda come riferimento la data di pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana ovvero nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, rispettivamente avvenute il 3 agosto 2009 e il 4 agosto 2009)”* (cfr. pag. 6 dell'atto introduttivo del presente giudizio.

Intema Sanità S.r.l., mandante di Cento Orizzonti, avrebbe disatteso – secondo la prospettazione della ricorrente – tale obbligo.

A tale riguardo la ricorrente documenta che Intema S.r.l. ha ceduto nel marzo del 2010 alla medesima Intema Sanità il ramo d'azienda

avente ad oggetto *“l’attività di sistemi informativi in ambito sanitario e della medicina sia verso pubbliche amministrazioni che verso enti privati”*, e ciò nel contesto di una scissione parziale di Intema S.r.l. per incorporazione della parte scissa nella neo-costituita Intema Sanità S.r.l.

In questo modo, quindi, Intema Sanità S.r.l. è *“subingredita di pieno diritto in tutto il patrimonio attivo e passivo ad essa assegnato e con l’acquisizione di tutte le attività, i diritti, ragioni ed azioni del relativo ramo di azienda della Intema S.r.l. ed assumendo le passività, gli obblighi e gli impegni da quella assunti, nulla escluso ed eccettuato acquisendone tutti gli elementi costitutivi”* (cfr. doc.ti 8 e 11 di parte ricorrente).

Nondimeno, nella gara per cui è ora causa Intema Sanità non ha reso le dichiarazioni di cui all’anzidetto art. 38, lett. c), del D.L.vo 163 del 2006 anche con riguardo a tutti coloro che hanno rivestito le funzioni di amministratori della cedente Intema S.r.l. nell’arco temporale corrispondente al triennio anteriore alla data di pubblicazione del bando di gara: e, segnatamente, tale omissione – parimenti rilevante ai fini dell’esclusione dalla gara stessa – al Sig. Pasquale Carrano, amministratore delegato della medesima Intema S.r.l. dall’aprile del 2008.

1.2.4. Con un terzo ordine di censure la ricorrente deduce l’avvenuta violazione e falsa applicazione dell’art. 75 del D.L.vo 163 del 2006 in relazione all’art. 48 del medesimo decreto legislativo, nonché eccesso di potere per difetto di presupposto.

Secondo la prospettazione della ricorrente, l’aggiudicataria del servizio non avrebbe prestato la garanzia provvisoria di cui all’art. 75 del

D.L.vo 163 del 2006 con riferimento a tutti i soggetti che fanno parte del proprio raggruppamento, segnatamente omettendo da tale adempimento la Società Argentea, membra del Consorzio Cento Orizzonti che ha ad esso prestato il requisito della capacità tecnica, e G.P.I. S.p.a., parimenti membra di Cento Orizzonti e che ha prestato a quest'ultimo il requisito della capacità patrimoniale..

1.2.5. Con un quarto ordine di censure la ricorrente deduce – da ultimo - l'avvenuta violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.L.vo 163 del 2006, nonché violazione del principio di effettiva concorrenza tra i partecipanti alla gara, ed eccesso di potere per illogicità, ingiustizia manifesta, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà e sviamento.

Tesan reputa in tal senso illegittima l'anzidetta formula di computo per il punteggio prezzo da attribuire alle imprese che non hanno offerto il prezzo migliore, ossia $Ditta\ considerata = 40 \times \text{prezzo più basso} / \text{prezzo Ditta}$.

La ricorrente evidenzia che tale formula utilizza l'elemento del prezzo quale valore assoluto da confrontare tra i diversi concorrenti senza alcun riferimento al prezzo a base d'asta, e reputa che da essa discendano effetti aberranti.

La medesima ricorrente rimarca in tal senso che se si raffronta il ribasso del 7,70% da essa offerto e corrispondente ad un'offerta pari ad € 17.306.280,00.- con il ribasso dello 0,1264% offerto da Cento Orizzonti e a sua volta pari ad un'offerta di € 18.726.619,80.- , ossia inferiore a soli € 23.000,00.- all'importo posto a base di gara, e se si

raffrontano quindi i punteggi assegnati ai concorrenti per l'elemento economico (ossia 40 punti a Tesan e 36,97 a Cento Orizzonti), si ricava la conseguenza per cui un ribasso di 60 volte superiore a quello proposto dal raggruppamento aggiudicatario viene considerato con una differenza di soli 3,03 punti rispetto ai 40 punti disponibili.

In tal modo, pertanto, ad avviso della ricorrente sarebbe stata di fatto illegittimamente nullificata l'incidenza dell'elemento prezzo nel contesto di una gara che pur contempla, a' sensi dell'art. 83 del D.L.vo 163 del 2006, una valutazione riferita non solo alla qualità ma anche al costo delle offerte in gara.

2. Si è costituita in giudizio l'Azienda U.L.S.S. n. 8 di Asolo, replicando puntualmente alle censure avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso.

3.1. Si è parimenti costituito in giudizio il Consorzio Stabile Cento Orizzonti Soc. coop. a r.l., replicando parimenti alle censure avversarie concludendo per la loro reiezione.

3.2.1. Il medesimo Consorzio, tuttavia, ha pure proposto ricorso incidentale avverso gli atti impugnati dalla ricorrente principale nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione di quest'ultima dalla gara.

3.2.2. In tal senso, con un primo ordine di censure Cento Orizzonti deduce la mancata esclusione di Tesan per omesse e non veritiere dichiarazioni sui requisiti di ordine generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.L.vo 163 del 2006, con violazione e falsa applicazione degli artt. 43, 46, 46, 75 e 77-bis del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, nonché violazione e falsa applicazione del punto III.2.1,

lett. b), del bando di gara e dell'art. 1 del disciplinare di gara ed eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La ricorrente incidentale afferma in tal senso che anche Tesan avrebbe omesso di dichiarare i nominativi di tutti i soggetti dotati di poteri di rappresentanza delle singole società, ovvero cessati nel triennio antecedente la pubblicazione del bando di gara, con la conseguenza che i soggetti medesimi non avrebbero rilasciato le dichiarazioni inerenti il possesso dei requisiti contemplati dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.L.vo 163 del 2006 e che, pertanto, la stessa Tesan doveva essere esclusa dalla gara.

Cento Orizzonti in tal senso rileva che la mandante Telbios ha dichiarato l'inesistenza di amministratori con poteri di rappresentanza cessati nel triennio antecedente alla pubblicazione di gara e che – per contro – consta l'esistenza del Sig. Giuseppe Veredice, Vice-Presidente del Consiglio di Amministrazione di tale Società, cessato dalla carica il 7 settembre 2007.

La ricorrente incidentale evidenzia inoltre che anche la mandante Castel Monte Soc. coop. sociale – Onlus ha omesso di segnalare un Vice-Presidente del proprio Consiglio di Amministrazione a tutt'oggi in carica, Sig.ra Livia Consolo, nonché di un Vice-Presidente cessato dalla carica il 14 maggio 2009, ossia il Sig. Ernesto Zerppa.

Castel Monte avrebbe pure omesso di segnalare i nominativi dei direttori del proprio settore sanitario, Sig. Giuseppe Gazzola e Sig. Stefano Zani.

A sua volta, anche la mandante Rispetto Castel Monte Soc. Coop.

Sociale – Onlus avrebbe omesso l'esistenza di due Presidenti del proprio Consiglio di Amministrazione cessati dalla carica rispettivamente il 12 dicembre 2007 e il 5 giugno 2007, ossia il Sig. Giovanni Cavallin e il Sig. Diego Salvador, nonché di altri membri del Consiglio di Amministrazione cui competerebbero poteri di rappresentanza, ossia i Signori Carmelo Gagliano, Alice Paro, Luisa Bertini e – ancora una volta – il predetto Sig. Diego Salvador, nei cui riguardi consterebbe rilasciata dal 9 giugno 2009 una delega di poteri quale Vice-Presidente del Consiglio di Amministrazione della Società. Cento Orizzonti rileva – altresì – che anche la mandante Alba Cooperativa Sociale avrebbe omesso di dichiarare la posizione della Sig.ra Anna Carmignato, Vice-Presidente del Consiglio di Amministrazione cessata dalla carica il 14 marzo 2007 e della Sig.ra Stefania Tagliaferro, procuratore speciale in carica dal 23 aprile 2009; né la stessa Tesan avrebbe reso una dichiarazione regolare, avendo omesso di menzionare la posizione del proprio procuratore speciale Sig. Vittorio Lo Creta, cessato da tale incarico il 12 dicembre 2006.

Ad avviso di Cento Orizzonti, l'omessa segnalazione dei nominativi testè menzionati e la conseguente omissione delle rispettive dichiarazioni inerenti il possesso dei requisiti contemplati dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.L.vo 163 del 2006 avrebbero dovuto comportare l'esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese rappresentato da Tesan.

3.2.3. Con un secondo ordine di censure Cento Orizzonti deduce l'omessa esclusione di Tesan per omessa dichiarazione del possesso

del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-ter del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, con conseguente violazione di tale disposizione, nonché del comma 2 dello stesso articolo, dell'art. 2, comma 19, lett. b), della L. 15 luglio 2009 n. 94, del punto III.2.1., lett. b), del bando di gara e dell'art. 1 del disciplinare di gara sotto altro profilo e – ancora – eccesso di potere per difetto di istruttoria.

La ricorrente incidentale evidenzia in tal senso che, ad eccezione della mandante Telbios, nessuno dei membri del raggruppamento di imprese rappresentato da Tesan ha dichiarato il possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1-lett. m-ter), del D.L.vo 163 del 2006 come introdotto dall'art. 2, comma 19, lett. b) della L. 94 del 2009, ossia che, anche in assenza nei propri confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa previste dalla lett. b) dello stesso comma 1 dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 e pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'art. 7 del D.L. 13 maggio 1991 n. 152 convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 1991 n. 203, hanno comunque denunciato i fatti all'Autorità giudiziaria.

3.2.4. Con un terzo ordine di censure Cento Orizzonti deduce la mancata esclusione di Tesan dalla gara per irregolarità della cauzione provvisoria in quanto mancante nell'intestazione della denominazione delle imprese mancanti, con conseguente violazione e/o falsa applicazione degli artt. 75 e 48 del D.L.vo 163 del 2006, violazione e falsa applicazione del punto III.1.1.del bando di gara, dell'art. 1 del

disciplinare di gara sotto altro profilo nonché dell'art. 9 del capitolato speciale d'appalto e – ancora – eccesso di potere per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

3.2.5. Con un quarto ordine di censure Cento Orizzonti deduce la mancata esclusione di Tesan dalla gara per irregolarità della cauzione provvisoria in quanto mancante nell'intestazione della denominazione dell'impresa ausiliaria Telecom S.p.a., con conseguente violazione e/o falsa applicazione degli artt. 75, 48 e 49 del D.L.vo 163 del 2006, violazione e falsa applicazione del punto III.1.1. del bando di gara, degli artt. 1 e 4 del disciplinare di gara sotto altro profilo nonché dell'art. 9 del capitolato speciale d'appalto sotto altro profilo e – ancora – eccesso di potere sotto ulteriore profilo per difetto di istruttoria e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

3.2.6. Da ultimo, con un quinto ordine di censure Cento Orizzonti deduce la mancata esclusione di Tesan per omesse dichiarazioni sul requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), del D.L.vo 163 del 2006 in relazione agli amministratori di società che hanno affittato o ceduto la propria azienda a favore di una società mandante del raggruppamento di imprese di cui la medesima Tesan è mandante, con conseguente violazione e/o falsa applicazione dell'art. 38, commi 1, lett. c), e 2 del D.L.vo 163 del 2006, violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara e, in particolare, del punto III.1.1. del bando di gara e dell'art. 1 del disciplinare di gara sotto altro profilo e – ancora – eccesso di potere per difetto di istruttoria e per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

Cento Orizzonti evidenzia e documenta in tal senso che la mandante Castel Monte ha acquistato in data 26 maggio 2008 l'azienda della T.C.G. S.r.l. e in data 18 febbraio 2008 ha preso in affitto l'azienda della Global Service S.r.l.

Sia T.C.G. che Global Service sono state quindi sciolte e poste in liquidazione.

Castel Monte, tuttavia, ha ommesso di segnalare ai fini della presente gara la posizione dei Signori Andrea Colusso e Roberta Battistella, già amministratori di T.C.G., nonché del Sig. Giovanni Rossi, a sua volta già amministratore di Global Service: e, ad avviso di Cento Orizzonti, anche l'omessa segnalazione dei nominativi testè menzionati e la conseguente omissione delle rispettive dichiarazioni inerenti il possesso dei requisiti contemplati dall'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D.L.vo 163 del 2006 avrebbero dovuto comportare l'esclusione dalla gara del raggruppamento di imprese rappresentato da Tesan.

3.3. Con proprie memorie, sia Tesan che l'Azienda U.L.S.S. n. 8 di Asolo hanno puntualmente replicato alle censure contenute nel ricorso incidentale, concludendo per la loro reiezione.

4. Con ordinanza n. 375 dd. 9 giugno 2010 la Sezione ha “ritenuto che – in relazione sia alla durata del servizio reso oggetto di affidamento, sia alla data convenientemente sollecita in cui (era) fissata la pubblica udienza di trattazione del merito di causa – nessun grave e irreparabile pregiudizio (era) ravvisabile per la posizione della parte ricorrente, e che pertanto la domanda cautelare” proposta da quest'ultima “(poteva) essere – allo stato – respinta”.

5. Alla pubblica udienza del 28 ottobre 2010 la causa è stata trattenuta per la decisione.

6.1. Il Collegio deve innanzitutto farsi carico di decidere se disaminare per prima l'impugnativa principale proposta da Tesan, ovvero quella incidentale proposta da Cento Orizzonti.

6.2. Come è ben noto, qualora le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, il giudice: a) può, per ragioni di economia processuale, esaminare con priorità il ricorso principale (quando la sua infondatezza comporta l'improcedibilità di quello incidentale) ovvero quello incidentale (la cui infondatezza comporta l'esame di quello principale); b) non può, in base ai principi di parità delle parti e di imparzialità, determinare una soccombenza anche parziale in conseguenza dei criteri logici che ha seguito nell'ordine di trattazione delle questioni; ed invero, qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato, deve tener conto dell'interesse minore e strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e, conseguentemente, deve esaminare anche l'altro, tenuto conto che la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, con conseguente obbligo della Pubblica amministrazione di indirne una ulteriore (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 1 febbraio 2010 n. 417, anche con riferimento a Cons. Stato, A.P., 10 novembre 2008 n. 11).

Pertanto, per i principi della parità delle parti e d'imparzialità del giudice, quando le due uniche imprese ammesse alla gara abbiano

ciascuna impugnato l'atto di ammissione dell'altra, la scelta in merito all'ordine di trattazione tra ricorso principale e ricorso incidentale non può avere rilievo decisivo sull'esito della lite; e, quindi, eventuale fondatezza del ricorso incidentale, esaminato preliminarmente, non preclude l'esame di quello principale, né la fondatezza del ricorso principale,, dapprima esaminato, preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di una ulteriore gara (cfr. sul punto T.A.R. Lazio, Latina, 3 agosto 2009 n. 758).

Fermo quanto sopra e in difetto di espressa previsione di legge, per determinare l'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale il giudice amministrativo si ispira – comunque – al principio di effettività della tutela giurisdizionale (cfr. T.A.R. Molise, 7 ottobre 2009 n. 669) e in quello, comunque ad esso subordinato, di economia processuale (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. VI, 19 giugno 2009 n. 4147), giungendo ove del caso a determinare una soccombenza che di per sé comunque si produrrebbe, sia pure in base a una diversa *ratio decidendi*, anche invertendo l'ordine di trattazione delle questioni (cfr., puntualmente, T.A.R. Campania Salerno, Sez. I, 23 ottobre 2009 n. 5978); e nell'evenienza della declaratoria dell'infondatezza del ricorso principale si deve comunque dare atto della sopravvenuta carenza di interesse alla trattazione del ricorso incidentale, con conseguente pronuncia di improcedibilità (T.A.R. Lazio Roma, Sez. III, 25 novembre 2009 n. 11649).

In relazione a tutto quanto testè evidenziato, il Collegio reputa

pertanto di disaminare prioritariamente il ricorso principale proposto da Tesan

7.1. Tutto ciò premesso, l'impugnativa di Tesan va respinta.

7.2. Con il primo ordine di censure, Tesan ha dedotto – come rilevato innanzi - l'avvenuta e falsa applicazione dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006, nonché violazione e falsa applicazione della punto III.2.1. del bando di gara e delle pagg. 3 e 4 del disciplinare di gara, nonché eccesso di potere per difetto di presupposto, evidenziando in tal senso che la G.P.I. S.p.a., facente parte del Consorzio Cento Orizzonti e dal Consorzio medesimo indicata quale esecutrice di una parte delle prestazioni oggetto dell'affidamento e - per conseguenza - tenuta a' sensi di quanto disposto a pag. 4, secondo capoverso del disciplinare di gara, a rendere le dichiarazioni di possesso dei requisiti di ordine generale per la partecipazione alle gare di cui all'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006, ha viceversa omesso – pur dopo aver indicato il nominativo dei propri attuali amministratori – di dichiarare che *“non ricorre, sia nei confronti del concorrente che delle persone fisiche sopra indicate, alcuna delle cause di esclusione dalla partecipazione alle gare per l'affidamento di appalti ... di cui alle lettere a), b) c) ... dell'art. 38, comma 1, del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i.”*, nonché di dichiarare *“l'assenza (o meno) di sentenze di condanna con il beneficio della non menzione (art. 38, comma 2, del D.L.vo 163 del 2006”*.

La ricorrente reputa che tali omissioni comportino l'esclusione dalla gara e rileva che, nondimeno, l'Azienda Sanitaria non ha provveduto in tal senso.

Il Collegio – per parte propria – evidenzia innanzitutto che il § III.2.1. del bando di gara contemplava quali *“informazioni e formalità necessarie per valutare la conformità ai requisiti”* di carattere generale per la partecipazione alla gara: *“a) iscrizione nel Registro delle Imprese presso la competente Camera di Commercio ...; b) inesistenza delle cause di esclusione di cui all’art. 38 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e ogni altra situazione che determini l’incapacità a contrarre con la Pubblica Amministrazione; c) (dichiarazione) ... che l’impresa è in regola con gli obblighi concernenti le dichiarazioni e conseguenti adempimenti nei confronti degli enti assicurativi e previdenziali preposti; d) condizione in ordine alle norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili di cui alla L. 12 marzo 1999 n. 68; e) (dichiarazione circa l’) applicazione integrale di tutte le norme contenute nel contratto collettivo nazionale di lavoro e nei relativi accordi integrativi e impegno, per tutto il personale impiegato, all’osservanza di tutte le norme vigenti in materia di sicurezza, prevenzione, protezione e igiene del lavoro”*.

Nel disciplinare di gara si prescriveva – quindi – l’inserimento nella Busta B della *“documentazione indicata, a pena l’esclusione, dal bando di gara, nelle modalità descritte nei punti III.2.1, III.2.2. e III 2.3. del bando medesimo”*, potendo i concorrenti avvalersi in proposito anche dello *“schema indicativo”* predisposto dall’Amministrazione aggiudicatrice.

Ciò posto, e nella riscontrata assenza di disposizioni ulteriormente specificatrici dei summenzionati obblighi, G.P.I., consorziata di Cento Orizzonti che in caso di aggiudicazione sarebbe stata chiamata a svolgere i servizi resi oggetto di gara, ha inserito tra la propria documentazione amministrativa tutte le dichiarazioni testualmente

richieste dall'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 e dalla disciplina della *lex specialis* testè richiamata.

Tali dichiarazioni, segnatamente introdotte nella busta "B", sono state sottoscritte dall'amministratore unico e legale rappresentante Sig. Fausto Manzana (cfr. doc. 15 di parte resistente), nonché – rispettivamente – dai Signori Paolo Girardi, Walter Fedrizzi e Ruggero Pedri (cfr. *ibidem*, rispettivamente, i doc.ti 16, 17 e 18).

Non si vede, quindi, il motivo per cui la Commissione di gara avrebbe dovuto escludere l'offerta presentata dal raggruppamento Tesan.

Né l'esclusione poteva essere disposta in ragione del mancato utilizzo da parte di Tesan dello "schema" – per l'appunto "indicativo" predisposto in proposito dall'Amministrazione aggiudicatrice: e ciò non solo per l'espressa precisazione contenuta nel disciplinare di gara, secondo la quale l'impresa partecipante alla gara "può", ma non deve, avvalersi degli schemi indicativi annessi al disciplinare medesimo, ma anche – e soprattutto – perché, in via generale, a' sensi dell'art. 73, comma 4, del D.L.vo 163 del 2006 come modificato dall'art. 3 del D.L.vo 26 gennaio 2007 n. 6, "la prescrizione dell'utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle domande non può essere imposta a pena di esclusione".

Né, concludendo sul punto, può essere accolta la censura della ricorrente secondo cui il raggruppamento Tesan doveva essere escluso dalla gara in quanto G.P.I. non avrebbe comunque dato contezza nella propria dichiarazione di condanne con il beneficio della non menzione eventualmente pronunciate nei confronti dei

propri titolari di poteri rappresentativi.

Invero, il comma 2 dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 dispone che “il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione”: ma, nel caso di specie, la circostanza per cui i soggetti a ciò tenuti in quanto amministratori o comunque rappresentanti abbiano sottoscritto una dichiarazione nella quale, conformemente al comma 1, lett. c) del medesimo art. 38, affermano *“che nei propri confronti non sono state pronunciate sentenze di condanna passata in giudicato, o emessi decreti penali di condanna divenuti irrevocabili, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; e di non aver subito condanne con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18”* (cfr. doc.ti 15 *usque* 18 cit.) all'evidenza assorbe, con effetto liberatorio, anche le ipotesi in cui possa essere stato accordato anche il beneficio della non menzione.

7.3. Con il secondo ordine di censure la ricorrente principale ha dedotto la mancata osservanza degli obblighi di dichiarazione imposti dall'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 per il fatto che Sistema Sanità S.r.l., mandante di Cento Orizzonti, non avrebbe comprovato il possesso dei requisiti ivi contemplati in capo agli amministratori di

Intema S.r.l., dalla quale la medesima Intema Sanità S.r.l. aveva acquistato un ramo d'azienda a seguito di scissione parziale della società cessionaria e conseguente incorporazione nella propria azienda della parte scissa.

Secondo la prospettazione di Tesan, quindi, Intema Sanità avrebbe segnatamente omesso di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, lett. c), del D.L.vo 163 del 2006 con riguardo alla posizione del Sig. Pasquale Carrano, già amministratore delegato di Intema S.r.l., reputando l'omissione stessa rilevante ai fini dell'esclusione dalla gara del raggruppamento Tesan.

Anche tale ordine di censure va respinto.

Va innanzitutto premesso che la *lex specialis* di gara di per sé non disciplina un obbligo specifico in tal senso, per cui va fatto rinvio alla sovrastante disciplina contenuta nel medesimo art. 38, comma 1, lett. c), ultimo periodo del D.L.vo 163 del 2006, in forza della quale “in ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata”, restando “salva in ogni caso l'applicazione dell'articolo 178 del codice penale e dell'articolo 445, comma 2, del codice di procedura penale”.

Secondo la prospettazione di Tesan, tale disciplina ricomprenderebbe in sé anche le ipotesi nelle quali il concorrente acquisito, in forza di un contratto di affitto ovvero di un'operazione di scissione e di

sussequente incorporazione – la disponibilità di un ramo d’azienda già facente capo ad altra impresa, con la conseguenza che anche per gli amministratori di quest’ultima necessiterebbe presentare un’apposita dichiarazione di possesso dei requisiti generali contemplati dallo stesso art. 38 del D.L.vo 163 del 2006.

La tesi sostenuta dalla ricorrente principale trova invero il supporto della decisione di Cons. Giust. Sic., 17 agosto 2009 n. 7681, secondo cui – per l’appunto – “a giustificazione della necessità della dichiarazione relativa agli amministratori ed ai direttori dei rami d’azienda acquisiti, si sottolinea che la rilevanza della gestione di cui si tratta non deve necessariamente riguardare tutta l’azienda, ma può anche essere relativa ad una sola parte di essa, ovvero ad un ramo, senza che venga per ciò stesso meno la connessione tra la gestione e la personalità penalmente responsabile. Detta connessione sarà valutata nei singoli casi per verificarne i possibili effetti sulle procedure concorsuali in argomento. Da ciò la necessità dell’osservanza della prescrizione che impone la di-chiarazione”.

A ragione la difesa della ricorrente ha peraltro evidenziato che, secondo la ben più diffusa e recente decisione di Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2010 n. 6550, conforme ad altra recente decisione di quella stessa Sezione (21 maggio 2010 n. 3213), secondo cui “priva di pregio è la doglianza con la quale si sostiene che l’aggiudicataria avrebbe dovuto dichiarare nella domanda di partecipazione, a pena di esclusione, l’intenzione di avvalersi dei requisiti acquisiti per effetto della cessione del ramo d’azienda stipulata anteriormente alla

procedura. Occorre osservare che in materia di procedure ad evidenza pubblica le clausole di esclusione poste dalla legge o dal bando in ordine alle dichiarazioni cui è tenuta la impresa partecipante alla gara sono di stretta interpretazione dovendosi dare esclusiva prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute restando preclusa ogni forma di estensione analogica diretta ad evidenziare significati impliciti, che rischierebbe di vulnerare l'affidamento dei partecipanti, la *par condicio* dei concorrenti e l'esigenza della più ampia partecipazione (cfr. le decisioni di questo Consiglio, Sez. V, 28 settembre 2005 n. 5194 e 13 gennaio 2005 n. 82; Sez. IV, 15 giugno 2004 n. 3903; Sez. VI, 2 aprile 2003 n. 1709). Inoltre, al fine di integrare i requisiti di partecipazione ad una gara di appalto ed a prescindere da un'espressa previsione del bando, sono certamente riconducibili al patrimonio di una società o di un imprenditore cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo d'azienda i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all'attività propria del ramo ceduto. In tal caso infatti nessuna norma del Codice dei contratti impone al cessionario di dichiarare espressamente, nella domanda, di partecipare alla gara grazie ai requisiti acquisiti con la precedente cessione; né varrebbe richiamare gli artt. 51 e 49, dal momento che si riferiscono rispettivamente alle diverse ipotesi nelle quali la cessione sia avvenuta nel corso della gara ovvero il concorrente ricorra ad imprese ausiliarie mediante l'avvalimento al fine di integrare i propri requisiti per partecipare alla

gara. ... Manca nel Codice appalti una norma, con effetto preclusivo, che preveda in caso di cessione d'azienda antecedente alla partecipazione alla gara un obbligo specifico di dichiarazioni in ordine ai requisiti soggettivi della cedente riferita sia agli amministratori e direttori tecnici in quanto l'art. 51 del Codice si occupa della sola ipotesi di cessione del ramo di azienda successiva alla aggiudicazione della gara. Ne discende che in assenza di tale norma e siccome la cessione di azienda comporta non una successione a titolo universale del cessionario al cedente bensì invece una successione nelle posizioni attive e passive relative all'azienda tra soggetti che conservano distinta personalità giuridica, non può essere esclusa l'impresa cessionaria del ramo d'azienda che non abbia presentato le relative dichiarazioni in ordine alla posizione della cedente, con conseguente infondatezza della relativa doglianza”.

Il Collegio, a sua volta, aderisce a tali puntuali notazioni, e respinge l'omologa censura proposta da Tesan.

7.4. Con un terzo ordine di censure la ricorrente principale ha dedotto l'illegittimità della mancata esclusione di Cento Orizzonti dalla gara in quanto tale Consorzio ha presentato, a' sensi e per gli effetti dell'art. 75 del D.L.vo 163 del 2006, una cauzione provvisoria – segnatamente sotto forma di polizza fideiussoria rilasciata dalla Elba Assicurazioni S.p.a. (cfr. doc. 21 di parte resistente) – di per sé non contemplante quali soggetti garantiti anche le imprese indicate quali ausiliarie del Consorzio medesimo nella propria domanda di partecipazione alla gara.

In buona sostanza, secondo la tesi della ricorrente principale se il soggetto ausiliario presta al soggetto partecipante alla gara i propri requisiti di capacità economico-finanziaria ovvero di capacità tecnico-organizzativa rendendo in tal senso apposite dichiarazioni circa il proprio possesso dei requisiti prestati, allora – e per ineludibile conseguenza – anche il documento costitutivo della garanzia provvisoria non può che recare un'intestazione comprensiva dell'ausiliario medesimo, a discapito – in caso contrario – di un'evidente carenza di garanzia per l'amministrazione aggiudicatrice.

Il Collegio dissente da tale tesi.

Va innanzitutto evidenziato che, a' sensi dell'art. 1 del disciplinare di gara, nella busta "B", recante la documentazione amministrativa, doveva essere inserita – tra l'altro – la *"cauzione provvisoria, pari al 2% dell'importo dell'unico lotto, costituita secondo quanto specificato dall'art. 9 del capitolato speciale"*, il quale – a sua volta – disponeva che la garanzia doveva essere presentata dal concorrente, con la precisazione che *"nel caso di raggruppamento temporaneo di imprese o di Consorzio non ancora costituito nelle forme di legge, la cauzione provvisoria, pena l'esclusione dalla gara, dovrà essere intestata a tutte le imprese raggruppande o consorziande ed essere presentata dall'impresa alla quale sarà conferito il ruolo di capogruppo mandataria"*.

Nessuna disposizione, quindi, menzionava un obbligo di inclusione nell'intestazione della cauzione provvisoria segnatamente riferito alle imprese ausiliarie; né può identificarsi un obbligo di legge al riguardo discendente dall'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006, posto che ivi, dopo

aver contemplato un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, si dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente, a nome della quale è rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori: e, se lo stesso legislatore individua dunque nell'impresa avvalente l'unico soggetto titolare del contratto di appalto, risulta allora del tutto illogico affermare che l'onere cauzionale deve gravare (anche) su di un soggetto ulteriore e diverso, in ordine al quale rileva solo il rapporto interno con l'avvalente medesimo, ferma restando la predetta responsabilità solidale *ex lege* dell'ausiliario nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Va anche soggiunto che, a fronte del diverso orientamento di T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 29 luglio 2009 n. 4537 assunto dalla ricorrente principale a fondamento della propria tesi, secondo T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 3 dicembre 2009 n. 12455, deve viceversa escludersi che ricorra l'esigenza di estensione della cauzione provvisoria anche alle imprese ausiliarie.

7.5. Con il quarto ed ultimo ordine di censure la ricorrente principale ha dedotto l'avvenuta violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.L.vo 163 del 2006, nonché la violazione del principio di effettiva concorrenza tra i partecipanti alla gara, ed eccesso di potere per illogicità, ingiustizia manifesta, travisamento dei presupposti di fatto e di diritto, contraddittorietà e sviamento.

Tesan reputa in tal senso illegittima l'anzidetta formula di computo per il punteggio prezzo da attribuire alle imprese che non hanno

offerto il prezzo migliore, ossia Ditta considerata = 40 x prezzo più basso/prezzo Ditta.

La ricorrente evidenzia che tale formula utilizza l'elemento del prezzo quale valore assoluto da confrontare tra i diversi concorrenti senza alcun riferimento al prezzo a base d'asta, e reputa che da essa discendano effetti aberranti.

La medesima ricorrente rimarca in tal senso che se si raffronta il ribasso del 7,70% da essa offerto e corrispondente ad un'offerta pari ad € 17.306.280,00.- con il ribasso dello 0,1264% offerto da Cento Orizzonti e a sua volta pari ad un'offerta di € 18.726.619,80.- , ossia inferiore a soli € 23.000,00.- all'importo posto a base di gara, e se si raffrontano quindi i punteggi assegnati ai concorrenti per l'elemento economico (ossia 40 punti a Tesan e 36,97 a Cento Orizzonti), si ricava la conseguenza per cui un ribasso di 60 volte superiore a quello proposto dal raggruppamento aggiudicatario viene considerato con con una differenza di soli 3,03 punti rispetto ai 40 punti disponibili.

In tal modo, pertanto, ad avviso della ricorrente sarebbe stata di fatto illegittimamente nullificata l'incidenza dell'elemento prezzo nel contesto di una gara che pur contempla, a' sensi dell'art. 83 del D.L.vo 163 del 2006, una valutazione riferita non solo alla qualità ma anche al costo delle offerte in gara.

Il Collegio, per parte propria, evidenzia che a' sensi dell'art. 83 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, "per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di

individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Il regolamento, per i servizi, tiene conto di quanto stabilito dal D.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117 e dal D.P.C.M. 18 novembre 2005, in quanto compatibili con il presente codice”.

Tali decreti, anche a prescindere dalla loro recezione nel regolamento di attuazione del Codice (non ancora vigente al momento dell’emanazione del bando della gara per cui ora è causa), devono dunque intendersi a tutt’oggi come vigenti e costitutivi di una disciplina di principio già applicabile nelle more dell’entrata in vigore del regolamento medesimo, e ciò anche avuto riguardo alla disciplina transitoria contenuta negli artt. 253, comma tredici, e 256, comma 4, del D.L.vo 163 del 2006.

Ciò posto, a’ sensi dell’art. 2 del D.P.C.M. 117 del 1999 “le amministrazioni aggiudicatrici, per la determinazione dell’offerta più vantaggiosa, prendono in considerazione i seguenti elementi: a) caratteristiche qualitative, metodologiche e tecniche, ricavate dalla relazione di offerta (progetto tecnico);b) prezzo” e, relativamente all’elemento di cui alla lettera a), “indicano i contenuti della relazione tecnica di offerta in rapporto allo specificato servizio, tenendo conto di uno o più elementi seguenti: sistema organizzativo di fornitura del servizio; metodologie tecnico-operative; sicurezza e tipo di macchine; strumenti e attrezzature utilizzate”.

A' sensi del susseguente art. 4, "l'attribuzione dei punteggi ai singoli contenuti dell'offerta avviene assegnando un coefficiente compreso tra 0 e 1, espresso in valori centesimali, a ciascun elemento dell'offerta (progetto tecnico). Il coefficiente è pari a zero in corrispondenza della prestazione minima possibile. Il coefficiente è pari ad 1 in corrispondenza della prestazione massima offerta. Tali coefficienti sono applicati ai fattori ponderali che l'amministrazione ha indicato nel bando di gara per ogni elemento. La somma che ne risulta determina il punteggio totale attribuito all'offerta (progetto tecnico). Ai fini della determinazione del coefficiente di cui all'art. 2, comma 1, lettera b), (prezzo) la commissione giudicatrice utilizza la formula indicata nell'allegato A , che forma parte integrante del presente decreto".

La formula è: $X = P_i * C / PO$, dove:

X = Coefficiente totale attribuito al concorrente iesimo.

P_i = Prezzo più basso.

C = Coefficiente (40-60) di cui all'art. 3, comma 1.

PO = Prezzo offerto.

La formula testè riportata, vincolante senza che residuino in proposito ulteriori possibilità di valutazione (cfr. sul punto T.A.R. Lazio, Sez. I, 24 settembre 2007 n. 3361), non è pertanto dissimile dalla formula qui contestata da Tesan; né, comunque, può ragionevolmente sussistere l'effetto distorsivo affermato dalla medesima ricorrente principale relativamente alla valutazione dell'offerta economica in quanto la *lex specialis* contemplava nella

specie anche un analogo sistema di riparametrazione dell'offerta qualitativa mediante la formula *“Ditta considerata= 60 x punteggio assegnato/miglior punteggio”*.

8. Dalla reiezione del ricorso principale consegue l'improcedibilità del ricorso incidentale proposto da Cento Orizzonti (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 850)..

9. Le spese e gli onorari del giudizio possono essere integralmente compensati tra le parti, restando peraltro a carico della ricorrente principale il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale in epigrafe, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del giudizio, confermando a carico della parte ricorrente il pagamento del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115.

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

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

Vincenzo Antonio Borea, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2011

IL SEGRETARIO

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