



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 Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 18 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Gsa - Gruppo Servizi Associati Soc. Cons. P.A., rappresentata e difesa dagli avv. Luca De Pauli, Luca Ponti, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria "Santa Maria della Misericordia" di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso Federico Rosati Avv. in Trieste, via Donata 3; Asl 104 - Medio Friuli;

nei confronti di

C.O.S.M. Societa' Cooperativa Sociale, Minerva Soc. Cons. P.A. non costituite in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

- a) della determinazione dirigenziale del direttore del "Dipartimento Servizi Condivisi" n. 1473/2010 dd. 9 dicembre 2010, comunicata con nota prot. 74979 dd. 13 dicembre 2010 ad oggetto"(ID10SER2007) Servizio di lavaggio stoviglie, pulizia e disinfezione ambiente e attrezzature presenti in cucina, mensa e dispense dell'ASS4 IDSER2007. Procedura aperta. Approvazione verbali ed individuazione del miglior offerente
- b) del provvedimento di nomina della Commissione di gara, di data ed estremi sconosciuti
- c) del Verbale di gara n. 1 dd. 3 novembre 2010
- d) del Verbale di valutazione tecnica n. 1 dd. 11 novembre 2010
- e) del Verbale di valutazione tecnica n. 2 dd. 12 novembre 2010
- f) del Verbale di gara n. 2 dd. 23 novembre 2010
- g) della nota prot. 0615 dd. 5 gennaio 2011 del Direttore dei Servizi Condivisi
- h) del Capitolato Speciale di Appalto
- i) di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti a quelli come sopra indicati, ivi compresi quelli eventualmente nelle more emanati nonchè per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato in relazione alla procedura aperta de qua tra la Stazione appaltante ed i controinteressati e per il risarcimento dei danni patiti e patienti dalla ricorrente

quanto ai motivi aggiunti depositati in data 10.3.2011:

j) della Determinazione dirigenziale del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi n.70/2011 dd. 27 gennaio 2011 comunicata con nota prot. 6426 dd. 31 gennaio 2011 relativa a “gara procedura aperta per l'affidamento del servizio di lavaggio stoviglie, pulizia e disinfezione ambiente e attrezzature presenti in cucina, mensa e dispense dell'ASS4... Comunicazione annullamento provvedimento impugnato”;

k) della Determinazione di indizione di nuova procedura di gara, di data ed estremi sconosciuti;

l) di tutti gli altri atti connessi, presupposti e conseguenti a quelli come sopra indicati, ivi compresi quelli eventualmente nelle more emanati

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Azienda Ospedaliero Universitaria "Santa Maria della Misericordia" di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2011 il dott. Oria Settesoldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente GSA ha partecipato alla procedura aperta avente ad oggetto il servizio lavaggio stoviglie, pulizie e disinfestazione attrezzature e ambiente presenti in cucina, mensa e dispense per la ASS n. 4 “Medio Friuli” (cod. ID10SER207), indetta dall’Azienda Ospedaliero Universitaria “Santa Maria della Misericordia”, di Udine per il tramite del proprio Dipartimento Servizi Condivisi, per un importo a base d’asta di euro 1.232.400,00 (oltre ad ulteriori 123.240,00 in caso di proroga contrattuale), oltre IVA di legge, per una durata complessiva di mesi sessanta, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa,

La graduatoria finale vedeva al primo posto la costituenda ATI, formata da COSM e MINERVA (p.ti 97,32939) e, al secondo posto, la odierna ricorrente GSA (p.ti 90,08220).

Con Determinazione n. 1473/2010 del 9 dicembre 2010 si provvedeva quindi alla approvazione di tutti i verbali, dichiarando aggiudicatario definitivo della procedura la costituenda ATI formata da COSM e da MINERVA, per l’importo di euro 1.198.876,40.

GSA formulava (in data 28 dicembre 2010) propria istanza di autotutela ai sensi dell’art. 243 bis d.lgs. 163/2006, con richiesta di provvedere:

«1) in principalità, alla esclusione dalla gara dell’ATI COSM – MINERVA, con salvezza di tutti gli ulteriori atti successivi, e quindi con finale aggiudicazione alla scrivente GSA

2) in via subordinata ed in ogni caso, al ricalcolo dei punteggi, alla

redazione di una nuova graduatoria, e quindi alla finale aggiudicazione alla scrivente GSA, da proclamarsi prima in graduatoria giusta quanto sopra».

A tale invito il Dipartimento Servizi Condivisi faceva seguito nei seguenti termini:

a) con una nota d.d. 3 gennaio 2011, prot. 00143, con cui «con riferimento alla procedura in oggetto ed in relazione agli esiti della stessa, si comunica che questo Dipartimento sta procedendo, nel rispetto delle diverse situazioni giuridiche soggettive ai fini e per gli effetti dell'articolo 7 della L. 241/990, alla riconvocazione della commissione tecnica al fine di procedere alle opportune verifiche circa i chiarimenti tecnici richiesti da alcune ditte partecipanti alla stessa. Dell'esito della valutazione di cui sopra verrà data tempestiva comunicazione»

b) con nota d.d. 5 gennaio 2011, prot. 0605, inoltrata a tutti i concorrenti e per conoscenza a GSA, con cui «con riferimento alla procedura di cui all'oggetto, si comunica, ai fini e per gli effetti dell'articolo 7 della L. 241/1990, che questo Dipartimento, a seguito della ricezione della nota di contestazione della ditta GSA SOC CONS P A, di cui si allega copia, procederà alla verifica di quanto esposto nella nota medesima e quindi all'eventuale adozione dei provvedimenti conseguenti, in esito, in particolare, al possesso in capo a tutte le società concorrenti dei requisiti essenziali richiesti negli atti di gara. Alla luce di quanto sopra, si invita codesta società a

voler produrre ogni documentazione ed osservazione ritenute inerente a quanto contestato entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della presente».

La ricorrente ha quindi proposto il presente ricorso, in ragione dell'asserito totale travisamento della sua istanza ex art. 243 bis d.lgs. 163/2006 di GSA (definita «nota di contestazione») e del fatto che – con procedimento in contraddittorio aperto a tutti i partecipanti – la stazione appaltante preannunciava di voler verificare solamente il «possesso in capo a tutte le società concorrenti dei requisiti essenziali richiesti dagli atti di gara» concedendo un termine di giorni 10 «dal ricevimento della presente» ai vari concorrenti,

Questi i motivi:

1. IN MERITO ALLA COMPOSIZIONE DELLA COMMISSIONE DI GARA

1.1. Violazione di legge (art. 84 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) – Incompetenza – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione – Violazione di legge (art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Illegittimità derivata

La Commissione di gara, nominata per la valutazione delle offerte, era presieduta dalla dott.ssa Carmen SCHWEIGL, funzionaria del Dipartimento, che in relazione ad una precedente procedura di gara, relativa ad una offerta presentata da GSA, aveva posto in essere condotte dichiarate illegittime con la sentenza T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 1 marzo 2010, n. 141/2010, pronunciata nel ricorso n.

463/2009 e passata in giudicato.

Si sostiene pertanto che la dott.ssa SCHWEIGL non avrebbe potuto venire nominata quale Presidente della Commissione nella gara de quo, in virtù di quanto stabilito dall'art. 84, co. 6 d.lgs. 163/2006 e che neppure sarebbe stato affrontato il problema della incompatibilità del Presidente di Commissione, non sussistendo motivazione specifica al riguardo.

1.2. Violazione di legge (art. 84 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in relazione all'art. 51 c.p.c.) – Incompetenza – Eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione – Violazione di legge (art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Illegittimità derivata

In ogni caso, si evidenzia la circostanza per cui GSA, in relazione a procedure di gara poste in essere dall'allora denominato "Centro Servizi Condivisi" abbia proposto numerosi gravami, correlati ad atti posti in essere dalla stessa dott.ssa SCHWEIGL e che, in relazione alla vicenda processuale di cui alla sentenza sopra richiamata, GSA ha diffidato, ai fini risarcitori, la struttura "Dipartimento Servizi Condivisi" della Azienda Ospedaliera e personalmente la stessa dott.ssa SCHWEIGL, precisando che l'essere destinatari di una diffida a fini risarcitori configurerebbe la causa di incompatibilità di cui all'art. 51 c.p.c., richiamato dall'art. 84, c. 5 d.lgs. 163/2006.

2. IN MERITO ALLA MANCATA ESCLUSIONE DEL COSTITUENDO ATI COSM - MINERVA

2.1. Violazione di legge (art. 5 delle Norme di Partecipazione – art.

86 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 186, in relazione al DM 25 febbraio 2009)

– Difetto di istruttoria

L'ATI COSM – MINERVA avrebbe dovuto venire esclusa dalla procedura di gara in quanto la sua offerta economica sarebbe stata eccessivamente bassa in relazione alla voce “spese per la sicurezza”, quantificate in complessivi euro 1.037,00 riferiti a tutta la durata contrattuale (pari ad anni cinque), mentre parte ricorrente sostiene che il costo minimo da indicare sarebbe stato di euro 9.750,00 (pari a 13 lavoratori a tempo pieno x 5 anni x 150 euro), che dovevano essere aggiunti ai 12.000,00 di base (e quindi, portare quanto meno l'offerta ad vocem ad euro 21.750,00).

2.2. Violazione di legge (art. 86 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – art. 26 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81) – Difetto di istruttoria

In ragione della offerta formulata, palesemente carente in punto sicurezza giusta quanto sopra, la Stazione appaltante avrebbe dovuto quanto meno provvedere ad una verifica in punto congruità della offerta della ATI COSM – MINERVA, verifica che non risulta essere stata in alcun modo compiuta, con un palese difetto di istruttoria.

2.3. Violazione di legge (art. 86 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in relazione al DM 25 febbraio 2009 – art. 26 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81)

– Illogicità – Violazione del principio di proporzionalità ed adeguatezza – Illegittimità derivata

In subordine, si evidenzia l'illegittimità del combinato disposto

dell'art. 6 del Capitolato Speciale di Appalto e della scheda allegata (p. 35), denominata “stima delle spese per la sicurezza “, che - ove interpretata nel senso di consentire ai concorrenti la legittima indicazione onnicomprensiva per le spese relative alla sicurezza di una somma a forfait, calcolata in euro 12.000 per tutta la durata dell'appalto —sarebbe manifestamente incongrua ed inadeguata, in relazione al combinato disposto dell'art. 86, co. 3 bis d.lgs. 163/2006, dell'art. 26 d.lgs. 81/2008 e del D.M. 25 febbraio 2009 (tabella allegata), a mente del quale il costo minimo medio aziendale per la sicurezza di un operaio è almeno di 150 euro l'anno, e va a sommarsi agli ulteriori oneri per la sicurezza, derivanti dai costi legati alla riduzione dei rischi interferenti.

Solamente a questi ultimi, noti alla sola Amministrazione, dovrebbe perciò potersi riferire la cifra “base” indicata dalla stessa Stazione appaltante (così come sancito espressamente dall'art. 26, co. 5 d.lgs. 81/2008);

3. IN MERITO ALLA ATTRIBUZIONE DEL PUNTEGGIO RIFERITO ALLA VOCE “N. ADDETTI”

3.1. Violazione di legge (artt. 5 e 9 delle Norme di Partecipazione – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Travisamento – Illogicità – Arbitrarietà – Errore di fatto – Difetto di motivazione

Per quanto concerne la categoria “programma di lavoro”, sottovoce “n. addetti”, l'ATI COSM – MINERVA si è vista attribuire il punteggio massimo disponibile (100%, con peso 10, per un totale di

1000 punti assegnati), senza alcuna motivazione (e con la semplice apposizione del numero “13” nella relativa casella, riferito evidentemente al numero degli addetti indicati dall’offerente) mentre GSA, che aveva indicato il numero di 44 addetti, alla fine si è vista attribuire il punteggio di 500 (50%, con peso 10, totale 500), con la seguente motivazione:

«44 addetti: è incongruente il monte ore con il n. degli addetti indicati (ad es. 8 addetti per turno, 4 addetti per interventi di pulizie di fondo ecc)».

Del tutto arbitrariamente la stazione appaltante avrebbe quindi:

- a) attribuito il massimo punteggio ad un soggetto che aveva indicato un numero di addetti per l'appalto intrinsecamente basso (il massimo, 44, era stato indicato proprio da GSA).
- b) attribuito la valutazione solo nella media a chi aveva indicato il massimo numero di addetti
- c) reinterpretato, in senso penalizzante e senza nemmeno pensare di andare a richiedere chiarimenti, l’offerta formulata da GSA e ritenuta incongrua.

4. IN MERITO ALLA ATTRIBUZIONE DEL PUNTEGGIO RIFERITO ALLA VOCE “ADDETTI PREVISTI PER LE SOSTITUZIONI”

4.1. Violazione di legge (artt. 5 e 9 delle Norme di Partecipazione – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Travisamento – Illogicità – Arbitrarietà – Errore di fatto – Difetto di motivazione

Considerazioni del tutto analoghe si ripropongono per il punteggio assegnato alla voce “numero di addetti previsti per le sostituzioni”, che GSA ha indicato in numero di 60 (contando in particolare sul suo forte radicamento nel territorio provinciale di Udine) ed in relazione al quale, la Stazione appaltante ha attribuito alla ricorrente il valore ponderale del 25% del punteggio disponibile (e quindi, “pesando” la voce per 2, i punti risultati sono stati solamente 50), con la seguente motivazione:

«60 addetti generici: le sostituzioni non sono calcolate sul fabbisogno del servizio in argomento ma fanno riferimento alla generale disponibilità della ditta non indicando quanti soggetti saranno formati sullo specifico servizio oggetto dell'appalto».

La ricorrente sostiene che nessuna disposizione contenuta nella lex specialis, consentiva alla Commissione di gara di mettere in discussione le offerte presentate dai concorrenti, dubitare della loro credibilità, procedere ad una attribuzione del punteggio sulla base della “sensazione” e che invece andava rigidamente applicata la regola sancita dall'art. 9 delle Norme, in forza della cui corretta applicazione:

- a GSA sarebbe spettato il massimo punteggio (pari al 100%, corrispondente a 200 punti, avendo formulato la migliore offerta in senso assoluto)
- all'ATI COSM – MINERVA avrebbe dovuto essere attribuito il 50% (o meglio il 25%, avendo indicato 5 addetti mentre, ad esempio,

CNS ne aveva indicati 10).

5. IN MERITO ALLA ATTRIBUZIONE DEL PUNTEGGIO RIFERITO ALLA VOCE “ATTREZZATURE”

5.1. Violazione di legge (artt. 5 e 9 delle Norme di Partecipazione – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Travisamento – Illogicità – Arbitrarietà – Errore di fatto – Disparità di trattamento – Difetto di motivazione

In relazione alla voce “attrezzature”, sottoelemento di valutazione “quantità di attrezzature”, la valutazione operata dalla Commissione (limitandosi ad esaminare la posizione della ricorrente e della ATI controinteressata) è stata la seguente:

- la costituenda ATI COSM – MINERVA si è vista attribuire il 100% del punteggio disponibile (peso 5, totale punti 500) con la motivazione «la quantità è adeguata alle esigenze»
- GSA ha invece ottenuto il 75% del punteggio (e quindi 375), con la motivazione: «quantità sufficiente alle esigenze ma viene prevista anche dell’attrezzatura per S. Daniele che non era richiesta».

la motivazione sarebbe manifestamente illogicità ed incongrua, a maggior ragione tenendo conto del fatto che anche ATI COSM – MINERVA aveva proposto una fornitura di attrezzature per San Daniele (di cui in motivazione di giudizio non vi è cenno alcuno).

Tenendo poi conto del fatto che le attrezzature proposte da GSA erano intese come aventi carattere migliorativo, ed al servizio degli operatori in caso di necessità eventuali e non prevedibili sarebbe

stato doveroso, quanto meno, parificare il punteggio attribuito a GSA ed alla ATI COSM – MINERVA, attribuendo alternativamente ad entrambe il 100% ovvero il 75%.

6. IN MERITO ALLA ATTRIBUZIONE DEL PUNTEGGIO RIFERITO ALLA VOCE “FORMAZIONE PERSONALE”

6.1. Violazione di legge (artt. 5 e 9 delle Norme di Partecipazione – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Travisamento – Illogicità – Arbitrarietà – Errore di fatto – Motivazione perplessa ed incongruente

In relazione alla voce “formazione personale”, compresa nell’elemento di valutazione “tipologia dei corsi (contenuto, ore x addetto, periodicità)”, la Commissione si è comportata nei termini seguenti:

- ha attribuito alla ATI COSM – MINERVA il punteggio del 100% (con peso 7, e quindi 700 punti), con la motivazione «contenuti adeguati alle esigenze dell’appalto, le ore x addetto sono 158 totali (tutti i corsi), periodicità costante e continua con frequenza differenziata per le diverse tipologie per addetto»
- ha attribuito a GSA il 75% (e quindi il punteggio di 525), con la motivazione «586 ore x addetto in 5 anni, tipologia e contenuti completa e dettagliata oltre che ampia, periodicità ben strutturata: c’è un’incongruenza tra il dato dell’allegato 4 (586 ore) e il riepilogo nella documentazione al punto 4 (536 ore)».

Anche se fosse vera l’incongruenza evidenziata dalla Stazione

appaltante non si comprenderebbe la ragione della attribuzione di un punteggio inferiore a chi comunque aveva indicato il massimo numero di ore di formazione per addetto (586 ovvero secondo quanto afferma la Stazione appaltante 536, contro le 158 di ATI COSM – MINERVA).

La supposta incongruenza, di cui è cenno in motivazione, comunque non sussisterebbe perchè il dato numerico delle 586 ore sarebbe pienamente coincidente sia nell'all. 4 del progetto , in quanto risultante dalla somma delle ore di formazione di base ed integrative (376 nei cinque anni) e le ore di formazione in materia di sicurezza (210 nei cinque anni), a sua volta esattamente corrispondente alla indicazione “ore di formazione per addetto” indicate nella tabella finale dell'all. 4 (“Questionario alle norme di partecipazione alla gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio”).

Vi sarebbe quindi stato un travisamento dell'offerta e un'erronea comprensione della medesima.

7. IN MERITO ALLA ATTRIBUZIONE DEL PUNTEGGIO RIFERITO ALLA VOCE “CERTIFICAZIONE QUALITÀ”

7.1. Violazione di legge (artt. 5 e 9 delle Norme di Partecipazione – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Travisamento – Illogicità – Arbitrarietà – Errore di fatto – Motivazione perplessa ed incongruente - Violazione del principio della proporzionalità ed adeguatezza

Per quanto concerne la voce “certificazioni di qualità” (“tipologia

certificazioni”), la Commissione di gara sarebbe incorsa in errore di valutazione, procedendo alla somma algebrica delle certificazioni possedute dalle aziende dell’ATI.

7.2. Violazione di legge (artt. 37 e 43 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – art. 9 delle Norme di Partecipazione) – Travisamento – Illogicità – Arbitrarietà – Errore di fatto e di diritto – Violazione del principio di proporzionalità

La stazione appaltante non avrebbe potuto in alcun caso provvedere alla “moltiplicazione” delle certificazioni spese della ATI COSM – MINERVA, considerando valide ai fini della attribuzione del punteggio 7 certificazioni, giacché non ne esistono più di 4 in rerum natura ed utilmente spendibili ai fini dell’appalto de quo.

8. CONSIDERAZIONI COMUNI SULLA CONDOTTA TENUTA DALLA ST. APPALTANTE

8.1. Violazione di legge (art. 46 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Violazione del principio del giusto procedimento – Difetto di istruttoria e di motivazione – Illogicità – Arbitrarietà

In relazione a tutte le contestazioni riferite alla attribuzione dei punteggi si denuncia la violazione del principio del giusto procedimento nonché del generale principio, normativamente sancito dall’art. 46 d.lgs. 163/2006, che fa dovere alle Amministrazioni di avanzare richieste di chiarimento e di approfondimento in ordine ai profili, eventualmente dubbi, riferiti

alla formulazione delle offerte.

IN. CONCLUSIONE IN RELAZIONE ALLE OPERAZIONI DI GARA

9. GSA sostiene che, ricalcolando in modo corretto il punteggio assegnato alle voci come sopra indicate, si sarebbe classificata al primo posto, con il punteggio finale di 99,24 mentre l'ATI COSM – MINERVA si sarebbe collocata in posizione deteriore, beneficiando del punteggio finale di 97,33.

10. ULTERIORI PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ

10.1. Violazione di legge (art. 243 bis d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Illogicità – Arbitrarietà – Travisamento

Così come si è esposto in parte narrativa, GSA ha provveduto all'inoltro alla Stazione appaltante di una richiesta ai sensi dell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 («Procedura aperta per l'affidamento del servizio di lavaggio stoviglie, pulizia e disinfezione ambiente e attrezzatura presenti in cucina, mensa e dispense dell'ASS n. 4 – Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 243 bis d.lgs. 163/2006)», inviata in data 28 dicembre 2010 ed a cui la Stazione appaltante ha risposto con una prima nota, datata 3 gennaio 2011, nella quale prefigurava una «riconvocazione della commissione tecnica al fine di procedere alle opportune verifiche circa i chiarimenti tecnici richiesti da alcune ditte partecipanti alla stessa» e poi con una seconda nota, datata 5 gennaio 2011, nella

quale dichiarava di voler procedere «alla verifica di quanto esposto nella nota medesima e quindi all'eventuale adozione dei provvedimenti conseguenti, in esito, in particolare, al possesso in capo a tutte le società concorrenti dei requisiti essenziali richiesti negli atti di gara».

A parere della ricorrente ciò dimostrerebbe come il Dipartimento abbia completamente travisato il senso della informativa ex art. 243 bis d.lgs. 163/2006 di GSA, con sostanziale diniego di autotutela di cui si chiede l'annullamento.

10.2. Violazione di legge (artt. 13 e 243 bis d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241 – art. 3 D.P.R. 12 aprile 2006, n. 184) – Illogicità – Arbitrarietà – Travisamento

Si contesta l'intervenuto inoltre alle altre partecipanti della comunicazione ai sensi dell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 di GSA; nell'assunto che, ai sensi di tale norma non è previsto che la Stazione appaltante apra un contraddittorio con tutti i possibili interessati e che l' informativa ai sensi dell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 di GSA conteneva profili di ordine riservato, segnatamente afferenti alla offerta progettuale predisposta ed alla organizzazione aziendale, non suscettibili di essere partecipati in difetto di previo consenso ai sensi dell'art. 13 d.lgs. 163/2006 e comunque dell'art. 3 del D.P.R. 184/2006.

Tale profilo viene ritenuto passibile di autonoma censura, ed al di là degli esiti della impugnazione degli atti di gara, fonte autonoma di

responsabilità risarcitoria da parte della Stazione appaltante.

Il ricorso conclude con la richiesta di declaratoria della inefficacia del contratto e di risarcimento del danno, con preferenza per il ristoro in forma specifica, nell'assunto che si ritiene che il ricalcolo della graduatoria abbia carattere vincolato, se non proprio meccanico.

Con i successivi motivi aggiunti GSA ha poi impugnato la decisione di annullare in autotutela il provvedimento di aggiudicazione oggetto del ricorso originario con revoca della relativa gara nonché la successiva determina di indizione nuova gara.

Vengono dedotti i seguenti ulteriori motivi:

In merito alla mancata esclusione del costituendo ATI COSM-MINERVA

2.4. Violazione di legge (art. 37 d.lgs 163/2006 – art. III.2.3. del bando di gara) – Violazione del principio della corrispondenza tra la quota di possesso dei requisiti, la quota del servizio da prestarsi e la quota di effettiva partecipazione al raggruppamento; nell'assunto che COSM ha dichiarato di possedere il 61,01% del richiesto requisito di fatturato specifico maturato nel triennio ma, secondo la dichiarazione relativa alle quote di servizio da eseguirsi, andrebbe ad eseguire una percentuale di servizio più alta e pari al 65,59%.

In merito all'annullamento in autotutela

10.3. Violazione di legge (artt. 3 e 21 nonies l. 241/90) difetto di motivazione – sviamento – errore di fatto – violazione del principio di proporzionalità e del minimo mezzo – eccesso di potere –

istruttoria carente ed insufficiente;

si contesta in primis un deficit motivazionale dovuto alla mancata precisazione dei vizi di cui l'amministrazione ammette di aver riscontrato l'esistenza ("alcune delle eccezioni presentate dalla ditta GSA trovavano fondamento nella documentazione tecnica presentata").

Si contesta poi l'affermazione che, essendo ormai già noti i termini dell'offerta sia tecnica che economica, sarebbe stato impossibile un ricalcolo in maniera trasparente, nell'assunto che, invece, le proposte di ricalcolo contenute nel ricorso introduttivo avrebbero avuto natura sostanzialmente vincolata.

L'annullamento in autotutela sarebbe servito al fine sviato di sottrarre al vaglio giurisdizionale l'appalto, in assenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla riedizione della gara mentre la semplice emenda dei vizi di legittimità evidenziati sarebbe stata possibile ed avrebbe soddisfatto le legittime aspettative del ricorrente senza gli ulteriori costi della sua riedizione.

10.4. Illegittimità derivata della decisione di indizione di una nuova gara.

L'amministrazione intimata si è costituita in giudizio controdeducendo e chiedendo la dichiarazione di cessata materia del contendere in relazione al ricorso introduttivo ed il rigetto dei motivi aggiunti.

DIRITTO

Ritiene il Collegio anzitutto che sia prioritario l'esame del motivo aggiunto 10.3, che si rivolge proprio contro la decisione di annullamento in autotutela, essendo evidente la priorità logica di tale censura.

Va ricordato che con la determinazione del Direttore D.S.C, n. 70/2011 del 27/1/2011 l'aggiudicazione dell'appalto di servizi all'ATI C.O.S.M./Minerva, impugnata con il ricorso introduttivo, è stata integralmente annullata e contestualmente si è proceduto alla revoca della gara "in quanto l'iter procedurale seguito non consente più la conclusione dello stesso in modo trasparente essendo già noti tutti gli elementi delle offerte tecniche ed economiche dei diversi concorrenti".

Anziché limitarsi alla sola rinnovazione della fase di valutazione delle offerte tecniche ed economiche già presentate dai concorrenti,-fase che – sempre secondo la ricorrente - sarebbe stata assolutamente vincolata dovendo portare alla esclusione dell'aggiudicataria o, in subordine, al rifacimento della graduatoria secondo automatiche attribuzioni di punteggio, la stazione appaltante, ad avviso della G.S.A., si sarebbe illegittimamente determinata al travolgimento dell'intero procedimento concorsuale.

Da ciò deriverebbe l'illegittimità della disposta autotutela, in quanto la riedizione completa della gara eccederebbe i limiti dei vizi di legittimità riscontrati, sarebbe del tutto sproporzionata e gravemente lesiva delle legittime aspettative della ricorrente G.S.A..

Controdeduce al riguardo la stazione appaltante, sostenendo che l'integrale rinnovazione del procedimento di gara, una volta valutati i vizi di legittimità eccepiti con il ricorso principale, sarebbe stato deciso in applicazione di principi giurisprudenziali consolidati circa la portata dell'annullamento di un'aggiudicazione basata anche su apprezzamenti discrezionali (come nel caso della gara con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa), con la conseguente ritenuta necessità di rinnovare l'intero procedimento di gara, a partire dalla fase di presentazione delle offerte.

Osserva al riguardo il Collegio che tale orientamento giurisprudenziale risulta solo parzialmente applicabile al caso di specie.

La ricorrente ha infatti dedotto, anche nella propria istanza di autotutela ex art. 243 d.lgs 163/2006, sia motivi tesi a dimostrare la necessità dell'esclusione dalla gara del raggruppamento Cosm-Minerva, sia motivi rivolti a contestare l'attribuzione del punteggio a quest'ultima e alla stessa ricorrente.

Pertanto l'amministrazione può legittimamente invocare il citato orientamento giurisprudenziale a sostegno della propria decisione soltanto per quanto concerne i motivi che avrebbero comportato una nuova valutazione dei titoli ai fini dell'attribuzione del punteggio che, nonostante l'assunto di parte ricorrente, non poteva ritenersi automatico e quindi non avrebbe potuto essere legittimamente rivisto ad offerte ormai aperte e integralmente conosciute. Diverso è

il discorso per quanto concerne le cause di esclusione di Cosm-Minerva perché, se queste fossero state fondate, ne discendeva automaticamente l'aggiudicazione della gara in favore del secondo classificato e cioè della ricorrente.

Ne consegue che, per quanto attiene il presente ricorso, il Collegio ritiene di dover preliminarmente pronunciarsi in ordine alle censure di cui al motivo 2.1 del ricorso introduttivo e 2.4 dei motivi aggiunti, che sono gli unici due motivi dal cui accoglimento dovrebbe derivare l'automatica esclusione del raggruppamento Cosm-Minerva. Infatti il restante motivo 2.2 comporta comunque la necessità di una valutazione di congruità, che è per definizione non priva di discrezionalità ed il motivo 2.3. si rivolge nei confronti delle previsioni di bando.

Il motivo 2.1 è ad avviso del Collegio infondato; infatti la stessa ricorrente ricorda che l'ATI Cosm-Minerva aveva regolarmente proceduto ad indicare il costo per la sicurezza ma ne stigmatizza la sottostima, la quale non può essere comunque motivo di esclusione – tanto più in assenza di comminatoria di bando – ma giustifica una valutazione di congruità che l'amministrazione avrebbe semmai dovuto fare ma che, per le ragioni già considerate, non è più in grado di fare.

Nemmeno il motivo 2.4 è ad avviso del Collegio fondato, dato che il Collegio, a prescindere dall'esatta verifica delle percentuali calcolate dalla ricorrente nei motivi aggiunti, ritiene, con la prevalente

giurisprudenza, che agli appalti di servizi non sia estensibile il principio di corrispondenza sostanziale, già in fase di offerta, tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'A.T.I. e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, da tempo affermatosi in materia di lavori e sancito nell'art. 37 comma 6, d.lgs n. 163 del 2006, posto che nei primi (per i quali il nostro ordinamento non contempla un rigido sistema normativo di qualificazione dei soggetti esecutori) alle Amministrazioni aggiudicatrici è riconosciuta una più ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti di capacità tecnica e nella correlazione di questi con l'istituto del raggruppamento di imprese. Per gli appalti di servizi, infatti, l'art. 37 comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 si limita a stabilire che le associazioni temporanee di imprese devono specificare le parti del servizio che saranno eseguite da ciascun singolo operatore, mentre il successivo art. 42 nulla dispone in merito al rapporto tra requisiti di capacità tecnica e quota di partecipazione all'associazione temporanea. (T.A.R. Trentino Alto Adige Trento, sez. I, 19 ottobre 2010 , n. 199, T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 09 ottobre 2009 , n. 9861, T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 27 febbraio 2009 , n. 423, T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 07 maggio 2008 , n. 1092)

Verificata come sopra l'infondatezza delle censure tese a dimostrare la necessità dell'esclusione dell'offerta dell'ATI Cosm-Minerva, si può tornare ad esaminare la censura 10.3 dei motivi aggiunti, rivolta contro la decisione di annullamento in autotutela che, a questo

punto, si rivela infondata. Infatti, posto che la stazione appaltante non aveva appigli per disporre l'esclusione dalla gara della sopracitata concorrente e che, d'altra parte aveva riscontrato la fondatezza "di alcune delle eccezioni presentate dalla ditta GSA" , e quindi, per forza di cose, di quelle tese a dimostrare l'illegittimità dell'attribuzione dei punteggi e/o della mancata esecuzione della verifica di congruità dell'offerta Cosm-Minerva sotto il profilo degli oneri per la sicurezza, la decisione di auto annullare si rivela indenne dagli appunti mossigli perché sostanzialmente obbligata, dovendosi escludere che nel caso di specie si vertesse in ipotesi di procedure di aggiudicazione "automatiche", quali possono ritenersi solo quelle col metodo della valutazione della sola offerta prezzo.(Consiglio Stato, Sez. V,9/6/2008 n. 2843. Nel caso di specie non si poteva infatti evitare l'effettuazione di valutazioni contraddistinte da discrezionalità tecnica, con attribuzione di punteggi legati a valutazioni di ordine tecnico; ne deriva che la rinnovazione parziale, dopo la intervenuta conoscenza delle precedenti offerte e della attribuzione del punteggio, non poteva più ritenersi legittimamente possibile.

L'infondatezza del motivo 10.3 (e del conseguente motivo di illegittimità derivata sub 10.4), che si incentravano sulla decisione di autotutela e conseguente nuova indizione gara rendono inoppugnabile l'intervenuto provvedimento di autotutela (determinazione Direttore D.S.C, n. 70/2011 del 27/1/2011). Ne consegue che deve essere dichiarata cessata la materia del contendere

su tutti i restanti motivi del ricorso introduttivo con i quali veniva censurata l'aggiudicazione dell'appalto di servizi all'ATI C.O.S.M./Minerva e lo stesso bando di gara, dato che la prima risulta essere stata integralmente annullata e che si è contestualmente proceduto alla revoca della gara.

Resta da esaminare la domanda di condanna dell'Amministrazione resistente "al risarcimento dei danni patiti e patienti dalla ricorrente a fronte e in conseguenza dell'avvenuta illegittima e ingiustificata diffusione di stralcio dell'offerta di G.S.A. agli altri partecipanti", che è manifestamente infondata perché l'amministrazione, avendo tratto dalle censure formulate da GSA indicazioni della possibile illegittimità dell'intero procedimento di gara, risulta aver correttamente adempiuto ad un obbligo di legge inviando a tutti i partecipanti al procedimento la comunicazione di avvio del procedimento di autotutela ai sensi dell'art. 7 della L. 241/1990.

Il collegio non riesce poi a vedere come l'allegazione dell'esposto di GSA con il quale venivano contestate le illegittimità addotte per l'esercizio del potere di autotutela possa aver recato alcun danno alla ricorrente ed al riguardo la medesima si limita ad una dichiarazione apodittica e del tutto generica con conseguente inammissibilità della domanda.

Per quanto sopra deve essere dichiarata la cessata materia del contendere in ordine al ricorso introduttivo e i motivi aggiunti e le domande risarcitorie devono essere respinti.

Le spese del ricorso introduttivo seguono la soccombenza e sono compensate per i motivi aggiunti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia
(Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, comprensivo dei motivi aggiunti, dichiara cessata la materia del contendere nei termini di cui in motivazione e per il resto lo rigetta nei termini di cui in motivazione.

Condanna l'Azienda Ospedaliero Universitaria "Santa Maria della Misericordia" a rifondere alla ricorrente le spese e competenze del ricorso introduttivo, liquidate in complessivi € 3000 + IVA e Cassa Pensioni, oltre alla rifusione del relativo contributo unificato e compensa fra le parti le restanti spese del giudizio per la parte relativa ai motivi aggiunti.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Saverio Corasaniti, Presidente

Oria Settesoldi, Consigliere, Estensore

Stefano Mielli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/08/2011

IL SEGRETARIO

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