

**N. 01762/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01510/2011 REG.RIC.**



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 1510 del 2011, proposto da:
Telekna Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Enrico Minnei, Paolo Piva, Eliana Bertagnolli, con domicilio eletto presso Eliana Bertagnolli in Venezia- Mestre, via Fapanni, 46 Int. 1; A.T.I. Telekna Esperia Spa, Kuadra Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Enrico Minnei, con domicilio eletto presso Eliana Bertagnolli in Venezia- Mestre, via Fapanni, 46 Int. 1;

contro

Azienda Ulss N. 16 Padova, rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Cartia, con domicilio presso l'intestato Tribunale ai sensi dell'art. 25, I comma del DLgs n. 104/2010; Azienda Ospedaliera di Padova, rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Bianchini, con domicilio eletto presso Alfredo Bianchini in Venezia, Piazzale Roma, 464; Ati

Zanardo Srl - Peduss Service Dussmann Srl;

nei confronti di

Ati Plurima Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Dani, Pier Vettor Grimani, con domicilio eletto presso Pier Vettor Grimani in Venezia, S. Croce, 466/G; Consorzio Evole, Ati Servizi Italia Spa - Coopservice Spa; Felletti Spadazzi Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Mazzaroli, con domicilio presso l'intestato Tribunale ai sensi dell'art. 25, I comma del DLgs n. 104/2010;

per l'annullamento

della delibera del direttore generale dell'Azienda Ulss n.16 di Padova n. 543 del 17.06.2011 recante aggiudicazione definitiva della gara "per l'affidamento in outsourcing del servizio di logistica del materiale sanitario dell'Azienda Ospedaliera di Padova e dell'Azienda ULSS n. 16 di Padova" (cig 2207800E2E), comunicata con nota del 21.6.2011 (prot. n. 52012), e degli atti ivi citati; nonché di ogni altro atto annesso, connesso o presupposto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss N. 16 Padova e di Azienda Ospedaliera di Padova e di Ati Plurima Spa e di Felletti Spadazzi Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2011 il dott. Claudio Rovis e uditi per le parti i difensori come specificato nel

verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO

Con deliberazione direttoriale 31.12.2004 n. 1226 l'ASL n. 16 di Padova indiceva, in unione d'acquisto con l'Azienda Ospedaliera, un appalto concorso ai sensi degli artt. 6 e 10 del DLgs n. 157/1995 per l'affidamento in gestione esterna del magazzino farmaceutico sanitario delle due Aziende sanitarie da aggiudicarsi con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 23, I comma, lett. b) del DLgs n. 157/1995.

Successivamente, con deliberazione 20.12.2006 n. 1035 l'ASL n. 16 disponeva la revoca della predetta procedura di gara sulla base di sopravvenute esigenze organizzativo-logistiche e degli indirizzi espressi dalla Regione del Veneto, disponendo contestualmente la proroga degli affidamenti in essere.

Avverso tale deliberazione l'ATI Telekna-Esperia proponeva impugnazione avanti all'intestato Tribunale (ricorso RG n. 464/2007) lamentando l'illegittimità della revoca della procedura di gara e chiedendo il risarcimento del danno sofferto.

All'esito del predetto giudizio, con sentenza 8 maggio 2008 n. 1547 questo Tribunale annullava gli atti impugnati.

Tale sentenza veniva impugnata avanti il Consiglio di Stato dall'ASL n. 16 e dall'Azienda Ospedaliera di Padova (ricorso R.G. n. 5691/2008).

In pendenza del giudizio, con deliberazioni 11.08.2008 n. 653 e 10.11.2008 n. 880 l'ASL n. 16 di Padova disponeva la prosecuzione della procedura di gara in precedenza revocata fissando un termine a tutte le originarie imprese partecipanti per la conferma o la presentazione di una nuova offerta economica, per la presentazione di una nuova cauzione provvisoria e per l'indicazione di un eventuale sito alternativo per l'esecuzione dei servizi appaltati.

Avverso la determinazione n. 880/2008 proponeva un'ulteriore impugnazione l'ATI Telekna-Esperia (ricorso RG n. 89/2009) rivendicando il diritto a che la gara fosse proseguita esclusivamente nei suoi confronti.

Successivamente, con sentenza n. 2882/2009 il Consiglio di Stato confermava la sentenza di primo grado n. 1547 del 2008.

Con sentenza 17.12.2009 n. 48/2010 questo Tribunale, previa riunione con altri ricorsi connessi, rigettava il ricorso RG n. 89/2009 proposto dall'ATI Telekna-Esperia.

Avverso la predetta sentenza interponeva appello al Consiglio di Stato l'ATI Telekna-Esperia (R.G. n. 666/2010): l'appello veniva (parzialmente) accolto con sentenza 28.5.2010 n. 7396 con cui si disponeva, in particolare, la prosecuzione "ad offerte e commissione invariate" dell'originaria procedura di gara riavviata con deliberazione n. 880/2008 e, contestualmente, l'annullamento di tutti gli atti compiuti a seguito della riapertura della gara disposta con la predetta deliberazione 10.11.2008 n. 880 dell'ASL n. 16 di Padova.

Ciò stante, la commissione giudicatrice, appositamente riconvocata rispettando, per quanto possibile, la precedente composizione, procedeva alla valutazione delle offerte originariamente presentate dalle imprese partecipanti.

Esperite le operazioni di gara, con deliberazione 17.6.2011 n. 543 l'ASL n. 16 aggiudicava definitivamente l'appalto all'ATI Plurima spa/Cooperativa Solidarietà e di ciò veniva data comunicazione alle imprese concorrenti con nota 21.6.2011 prot. n. 57012.

Tali provvedimenti venivano quindi impugnati con il presente gravame dall'ATI Telekna-Esperia, quinta graduata su sei partecipanti.

Resistevano in giudizio l'ASL n. 16, l'Azienda ospedaliera di Padova, l'ATI Plurima spa/Cooperativa Solidarietà (aggiudicataria della procedura concorsuale) e Felletti Spadazzi spa eccependo, preliminarmente (le prime tre), l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse (la ricorrente, invero, essendosi collocata al quinto posto della graduatoria, non avrebbe fornito la c.d. prova di resistenza in merito al fatto che, qualora il ricorso fosse accolto, essa e non le imprese precedentemente graduate sarebbe risultata aggiudicataria) e (la sola ASL n. 16) per violazione del principio di immodificabilità soggettiva dell'offerta, ed opponendo tutte, nel merito, l'infondatezza del proposto gravame, del quale conseguentemente chiedevano la reiezione.

La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza del 17 novembre

2011.

DIRITTO

1.- Le censure formulate dalla ricorrente sono infondate, e ciò esime il collegio dal valutare le eccezioni di inammissibilità del ricorso.

2.- Con il primo motivo la ricorrente contesta - sotto il profilo della violazione di legge, con particolare riguardo all'art. 84 del Dlgs n. 163/2006 - la circostanza che l'aggiudicazione provvisoria a seguito dell'apertura delle offerte economiche sarebbe stata disposta dal RUP anziché dalla commissione giudicatrice.

Il motivo è infondato.

Premesso, invero, che la presente procedura concorsuale, indetta prima dell'entrata in vigore del codice degli appalti, è regolata dalla normativa ad esso previgente (che trova tuttora applicazione in forza della clausola di ultrattività contenuta nell'art. 253 del DLgs n. 163/2006 e, comunque, in forza del principio "tempus regit actum"), e premesso altresì che spettano in via esclusiva alla commissione giudicatrice le sole attività di valutazione che implicano un giudizio connotato da discrezionalità (mentre laddove si tratti, invece, di espletare attività che non implicano valutazione o scelta non sussiste alcuna riserva di esclusività in capo alla commissione giudicatrice, potendo le stesse essere svolte da organi ordinari dell'Amministrazione), nel corso della seduta pubblica del 15 febbraio 2011 (che viene appunto contestata dalla parte ricorrente) il RUP, dopo aver enumerato i punteggi attribuiti dalla Commissione

alle offerte tecniche, si è limitato a procedere all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche attribuendo ad ognuna delle ditte il relativo punteggio mediante l'applicazione di una formula matematica e a provvedere, quindi, a dare atto dell'aggiudicazione in favore del RTI Plurima-Cooperativa Solidarietà.

Nel caso di specie, dunque, il RUP non ha operato alcuna valutazione di carattere discrezionale e/o tecnico, con la conseguenza che deve ritenersi che un siffatto espletamento delle operazioni di gara (ove il RUP ha svolto compiti di natura meramente accertativa e vincolata) risulta conforme alle disposizioni legislative vigenti in materia (cfr. TAR Veneto, I , 27.1.2010 n. 174, confermata da CdS, V, 13.10.2010 n. 7470).

3.- Con il secondo motivo la ricorrente lamenta una non corretta custodia degli atti di gara, insuscettibile di garantire il rispetto della inaccessibilità degli stessi, anche in riferimento alla loro movimentazione tra stazione appaltante, TAR Veneto e sedi della commissione giudicatrice.

La censura, così come formulata, non merita accoglimento.

La procedura di gara è stata interessata dall'ordinanza istruttoria n. 9/2008 di questo Tribunale, cui l'Amministrazione ha (doverosamente) adempiuto: successivamente la documentazione, opportunamente ritirata, è stata consegnata al "Dipartimento interaziendale acquisizione beni e servizi" dell'ASL n. 16 e qui custodita nell'ufficio del direttore, come da verbale 5.12.2008. In data

16.12.2008, come da relativo verbale (ove si dà atto della regolare conservazione dei plichi), le offerte tecniche sono state poi consegnate alla commissione giudicatrice, che le ha custodite presso la propria sede (cfr. il relativo verbale) e quindi, al termine delle operazioni, restituite al Dipartimento, come risulta dai verbali di gara. Quest'ultimo, infine, le ha riconsegnate alla commissione in data 4.1.2011 per consentire la prosecuzione della gara in conformità con l'ordine impartito dalla sentenza n. 7396/2010 del Consiglio di Stato. Le offerte economiche sono state invece sempre conservate, fin dalla loro acquisizione, nella cassaforte del Dipartimento ed aperte nella seduta pubblica del 25.2.2011, come risulta attestato dal verbale di aggiudicazione provvisoria di pari data. Sul punto, peraltro, giova ricordare che, com'è stato ripetutamente osservato dalla giurisprudenza, laddove la procedura di gara (come nell'appalto concorso ovvero nell'ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) sia caratterizzata da una netta separazione tra la valutazione dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione delle offerte tecniche, è interdetto al seggio di gara la conoscenza delle percentuali di ribasso offerte, ciò per evitare ogni possibile influenza nella valutazione dell'offerta tecnica (cfr., da ultimo, CdS, V, 21.3.2011 n. 1734): ebbene, coerentemente con l'anzidetto principio, nel caso di specie – ove la gara è stata indetta mediante appalto concorso - la revisione

della valutazione tecnica è stata effettuata senza conoscere le offerte economiche, aperte queste ultime – come si è accennato – in seduta pubblica successivamente al rinnovato apprezzamento, da parte della commissione giudicatrice riconvocata nella sua composizione (per quanto possibile) originaria, delle offerte tecniche.

Ora – a prescindere dalla considerazione che l'ATI ricorrente non ha comunque contestato la concreta manipolazione dei plichi recanti l'offerta -, se è vero che la commissione giudicatrice, riconvocata con deliberazione 1.12.2010 n. 1108 in ottemperanza alla sentenza CdS n. 7396/2010, ha ricevuto la documentazione tecnica già valutata (in versione “aggiornata”, come consentito dall'Amministrazione sanitaria) dall'originaria commissione, è altresì vero non solo che le offerte economiche erano ancora segretate al momento della valutazione compiuta dalla commissione nominata con la predetta delibera n. 1108, ma anche che le modalità procedurali di aggiudicazione della gara erano state compiutamente definite dal Consiglio di Stato che aveva ordinato la prosecuzione della gara stessa “ad offerte e commissione invariate”: talchè l'Amministrazione appaltante, privata di qualsiasi margine di discrezionalità, non poteva far altro che conformarsi al predetto dettato ritrasmettendo la documentazione tecnica originariamente prodotta dai concorrenti alla commissione giudicatrice ed aggiudicando la gara sulla base delle offerte economiche presentate nel 2005 e rimaste, come si è detto, costantemente conservate nella

cassaforte del Dipartimento.

4.- In ordine alla pretesa enucleazione da parte della commissione giudicatrice di ulteriori criteri di valutazione in occasione della seduta del 14 dicembre 2005, l'infondatezza della censura è conseguente all'osservazione che – in disparte la considerazione che, diversamente da quanto affermato dalla ricorrente, la commissione giudicatrice non ha introdotto ulteriori criteri o sub-criteri di valutazione, ma si è limitata ad articolare, all'interno dei primi due dei quattro criteri di valutazione previsti dall'art. 7, punto A del capitolato d'appalto (struttura organizzativa, ubicazione del magazzino e gestione del servizio; e sistema informativo e procedure d'interfaccia), gli elementi di specificazione individuati dal precedente art. 6 attribuendo a ciascuno di essi un valore ponderale percentuale nell'ambito del punteggio globale definito dal capitolato stesso, agendo, dunque, nel rispetto dei principi di trasparenza dell'azione amministrativa e di "par condicio" – alla stregua della disciplina previgente al codice dei contratti, qui applicabile "ratione temporis" in virtù, come si è detto, sia dell'art. 253 del codice stesso, sia del principio "tempus regit actum", si ammetteva pacificamente che la commissione di gara potesse procedere, prima dell'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, alla specificazione dei criteri di aggiudicazione indicati nella lex specialis (cfr. CdS, V, 13.7.2010 n. 4502; VI, 23.7.2008 n. 3638; TAR Roma, III, 17.1.2007 n. 289; TAR Milano, III, 23.8.2006 n. 1930).

L'operato della commissione giudicatrice, che si è limitata ad elaborare dei fattori di ponderazione per l'attribuzione dei punteggi, risulta, quindi, pienamente conforme alla normativa applicabile alla presente procedura concorsuale in relazione all'epoca della sua indizione, con la conseguenza che non possono ritenersi pertinenti i più recenti orientamenti giurisprudenziali "in subiecta materia", in quanto formati in relazione ad un diverso quadro normativo.

5.- Con il quarto motivo la ricorrente censura l'operato della commissione giudicatrice per non aver provveduto alla riverifica del possesso dei requisiti di ammissione in capo ai partecipanti alla gara.

Il motivo non ha pregio.

Il verbale 14.12.2005 n. 1, da cui sono ripartite le operazioni di gara, non è stato interessato né dalle determinazioni in autotutela dell'Amministrazione sanitaria, né da alcuna pronuncia giurisdizionale: conseguentemente, in ottemperanza a CdS n. 7396/2010 (che aveva disposto che la gara riprendesse "a commissione invariata"), la gara è stata correttamente ripresa a decorrere dalla fase procedimentale dell'esame delle offerte tecniche quale momento successivo alla fase della verifica di ammissibilità delle domande di partecipazione, precedentemente conclusa dall'Amministrazione con delibera direttoriale 26.7.2005 n. 624.

6.- Lamenta ancora la ricorrente la violazione del giudicato formatosi sulla sentenza CdS n. 7396/2010 e la violazione dell'ordinanza n. 304/2010 dell'intestato Tribunale per aver la commissione

giudicatrice asseritamente fatto salva l'attività istruttoria compiuta nei primi mesi del 2006 con i sopralluoghi ai magazzini che, in quanto travolta dalla decisione del Consiglio di Stato, andava ripetuta.

Anche tale doglianza non è condivisibile.

Atteso, invero, che la *lex specialis* imponeva di indicare l'ubicazione dei magazzini che sarebbero stati allestiti in caso di aggiudicazione della gara contestualmente facoltizzando (ma non obbligando) la commissione all'effettuazione di un sopralluogo di verifica, la commissione, nella propria discrezionalità, ha ritenuto di non reiterare i pregressi sopralluoghi, travolti dal giudicato, e di valutare l'idoneità dei siti indicati dai concorrenti esclusivamente alla stregua della documentazione dai medesimi presentata.

7 – Analoghe considerazioni valgono anche relativamente all'ulteriore censura con cui la ricorrente contesta la violazione del giudicato della sentenza CdS n. 7396/2010 sotto il diverso profilo di una presunta, asserita modificazione dell'offerta relativa all'ubicazione del magazzino da parte dell'ATI aggiudicataria.

La modifica del sito, consentita prima della rinnovazione del procedimento disposta "ad offerte invariate" da CdS n. 7396/2010, non è stata tenuta in alcuna considerazione dalla commissione riconvocata, che ha valutato esclusivamente i documenti presenti nella documentazione originaria (cfr. la nota 19.7.2011 n. 59842 dell'ASL n. 16).

8.- Privo di pregio è pure il settimo motivo con cui la ricorrente

stigmatizza la circostanza che la stazione appaltante si sarebbe limitata a chiedere chiarimenti in ordine (soltanto) ad un elemento di costo (l'affitto dell'immobile da destinare a magazzino) non oggetto di remunerazione da parte della stazione appaltante, chiarimento peraltro asseritamente non fornito dall'interessata.

Come, invero, risulta dalla nota 17.2.2011 la stazione appaltante ha chiesto all'aggiudicataria le giustificazioni in relazione alle voci di prezzo che compongono l'offerta. Successivamente alla risposta dell'interessata (doc. 13 dell'Azienda ospedaliera), con nota 14.3.2011 la stazione ha chiesto ulteriori chiarimenti (circa il costo del lavoro, le soluzioni tecniche adottate, il costo delle misure di sicurezza, il costo del magazzino), forniti in data 18.3.2011. In prosieguo, poi, è stato chiesto all'aggiudicataria di confermare l'offerta economica formulata il 25.9.2005 per un periodo di 180 giorni e di specificare, altresì, se la riduzione del costo dell'affitto del magazzino avrebbe compensato l'aumento del costo della manodopera.

Anche tale precisazione è stata resa dall'ATI odierna controinteressata.

Orbene, i chiarimenti richiesti si sono resi necessari per stabilire se l'offerta economica originariamente presentata potesse - in relazione, in particolare, ad alcuni parametri (il costo del lavoro e dell'affitto dell'immobile da adibire a magazzino) - effettivamente garantire lo svolgimento del servizio con le caratteristiche e la qualità allora promesse, tenuto conto del notevole lasso temporale trascorso dalla

presentazione dell'offerta stessa.

9.- Con l'ultima doglianza, infine, la ricorrente contesta l'adeguatezza, sotto il profilo motivazionale, dei giudizi formulati dalla commissione di gara nei confronti di taluni elementi di offerta.

A prescindere, invero, dal fatto che la commissione di gara gode di un'ampia discrezionalità nell'attribuzione del punteggio agli elementi costituenti l'offerta tecnica in un appalto concorso, discrezionalità che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale se non in presenza di macroscopiche irrazionalità e incongruenze – qui non ravvisabili –, l'infondatezza del rilievo è conseguente alla considerazione che la commissione non solo ha tradotto in forma numerica le proprie valutazioni (ed il punteggio numerico costituisce idonea motivazione quando, come nel caso di specie, la *lex specialis* individua puntualmente i criteri di valutazione per ciascun elemento da esaminare), ma ha addirittura dotato i punteggi numerici di corredi motivazionali esplicativi, come risulta inequivocabilmente dalla semplice lettura dei verbali di gara (si veda in particolare il verbale n. 5 con l'allegata tabella riepilogativa).

10.- Per le considerazioni che precedono, dunque, il ricorso è infondato e va respinto.

Le spese possono essere compensate in ragione della particolarità della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese e competenze del giudizio tra le parti.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente FF, Estensore

Riccardo Savoia, Consigliere

Alessandra Farina, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/11/2011

IL SEGRETARIO

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