



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 Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1524 del 2010, proposto da:
Vitalaire Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Riccardo Montanaro, Diego Vaiano, Francesco Cataldo, con domicilio eletto presso l'avv.to Riccardo Montanaro in Torino, via del Carmine, 2;

contro

Azienda Sanitaria Locale Cn2 Alba - Bra, in persona del Direttore generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv.to Marco Pizzetti, con domicilio eletto presso l'avv.to Marco Pizzetti in Torino, via Mercantini, 6;

Azienda Sanitaria Locale Cn1 di Cuneo - Mondovi' e Savigliano;

nei confronti di

Medigas Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Silvia Tizian, Gianluca Gariboldi, con domicilio eletto presso l'avv.to Silvia Tizian in Torino, c.so Castelfidardo, 21;

per l'annullamento

della determinazione n. 1655 del 15.11.2010, comunicata alla ricorrente con nota del successivo 18.11.2010, nella parte in cui l'ASL CN2 di Alba - Bra ha aggiudicato definitivamente in favore della Madigas Italia S.r.l. il lotto n. 3 della gara per l'affidamento del servizio di ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare in favore degli assistiti delle AA.SS.LL. CN1 e CN2, concernente il servizio di ossigenoterapia domiciliare in favore dei pazienti della ASL CN2;

di tutti i verbali relativi alle operazioni di gara;

ove esistenti, degli atti relativi al subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta;

del bando di gara, del capitolato speciale e del disciplinare tecnico, con particolare riferimento a quanto verrà dedotto nel corpo del ricorso;

di ogni altro atto comunque presupposto, connesso e/o conseguente,

nonché

per la declaratoria di inefficacia

del contratto di appalto, ove medio tempore stipulato

e per il subentro

nello stesso, ricorrendone i presupposti di cui agli artt 121 e ss. del

d.lgs. n. 104/2010

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Cn2 Alba - Bra e di Medigas Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2011 la dott.ssa Paola Malanetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Parte ricorrente ha adito l'intestato Tar e impugnato gli atti in epigrafe deducendo i seguenti motivi di ricorso:

Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione dell'art. 10 del capitolato speciale. Violazione dei principi di trasparenza, par condicio e necessaria verbalizzazione di tutte le operazioni di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e presupposti, contraddittorietà ed irragionevolezza. Contesta parte ricorrente la mancata verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria.

Illegittimità della procedura di gara. Violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza, imparzialità e correttezza della Pubblica Amministrazione. Violazione dei generali principi di pubblicità delle

sedute deputate alla apertura dei plichi contenenti le offerte. Contesta parte ricorrente che scorrettamente le buste contenenti le offerte tecniche siano state aperte in seduta riservata.

Violazione dei principi di continuità e concentrazione delle sedute di gara. Violazione dell'art. 71 r.d. n. 827/1924. Violazione dell'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006, nonché dei principi relativi alla segretezza delle offerte e alle modalità di custodia delle offerte. Contesta parte ricorrente che tra la prima seduta di gara deputata alla verifica della documentazione amministrativa e la seconda, dedicata alle offerte tecniche, siano trascorsi 73 giorni, in violazione del principio di continuità delle operazioni di gara e senza che dalla verbalizzazione delle attività di gara risulti che siano state predisposte cautele idonee a garantire la corretta conservazione dei plichi.

Violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del Capitolato speciale. Violazione e falsa applicazione della direttiva 2004/18/CE, 46° considerando. Violazione dei principi di unicità e collegialità delle commissioni di gara. Contesta parte ricorrente che le sedute concernenti la verifica della documentazione amministrativa e la valutazione delle offerte economiche siano state espletate dal solo direttore del provveditorato, assistito da testimoni e ufficiale rogante, mentre la sola fase di valutazione delle offerte tecniche è stata espletata dalla vera e propria commissione di gara.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 78 del d.lgs. n.

163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del Capitolato speciale d'appalto; violazione dei principi di par condicio e trasparenza delle operazioni di gara difetto di motivazione. Contesta parte ricorrente l'idoneità dei criteri di valutazione delle offerte tecniche.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 78 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del Capitolato speciale d'appalto; violazione dei principi di par condicio e trasparenza delle operazioni di gara; difetto di motivazione e istruttoria. Contesta parte ricorrente l'omessa motivazione dell'attribuzione dei punteggi.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 6 del d.lgs. n. 219 del 2006; violazione e falsa applicazione del d.m. salute 29 febbraio 2008; violazione della determinazione dell'Agenzia Italiana del Farmaco del 25.1.2006; violazione dell'art. 1 co. 41 della l. n. 662/96 e dell'art. 48 co. 33 della l. n. 326/2003, nonché della delibera CIPE n. 3/2001; eccesso di potere per illogicità, contraddittorietà e difetto di istruttoria. Contesta parte ricorrente le modalità di calcolo della base d'asta.

Si sono costituite l'amministrazione resistente e la controinteressata contestando in fatto e diritto gli assunti di cui al ricorso.

Con ordinanza n. 76/2011 l'istanza cautelare è stata respinta; con ordinanza n. 773/2011 la sezione terza del Consiglio di Stato ha confermato la statuizione cautelare di primo grado.

All'udienza del 20/12/2011 la causa è stata discussa e decisa nel merito; parte ricorrente ha insistito nella domanda di annullamento dell'aggiudicazione e di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto medio tempore stipulato.

DIRITTO

L'analisi dei motivi di ricorso segue l'ordine prospettato dalla ricorrente medesima.

La prima censura attiene alla presunta mancata verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria la quale ha ottenuto un elevato punteggio tecnico (47 su 50 punti previsti dal capitolato) e offerto un significativo ribasso d'asta del 12,5%, conseguendo il massimo punteggio previsto per l'offerta economica.

Costituendosi in giudizio tanto l'amministrazione resistente che la controinteressata hanno evidenziato e documentato come la verifica di anomalia sia stata regolarmente espletata; sul punto la ricorrente ha preso atto della documentazione prodotta, riservandosi ulteriori approfondimenti.

Nelle memoria per il merito, notificata a controparte, ferma la circostanza in fatto emersa in giudizio secondo cui la verifica di anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria si è regolarmente svolta, la ricorrente non ha più insistito sulla prima censura, sulla quale si ritiene dunque non persistere alcun interesse alla decisione.

Parte ricorrente ha per contro particolarmente insistito in relazione al secondo motivo di ricorso, con il quale si contestata la regolarità

dell'aggiudicazione in ragione delle modalità di apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica.

Nel caso di specie il bando distingueva le operazioni concernenti i plichi generali dell'offerta (sigillati) e le buste (chiuse) contenenti rispettivamente la documentazione amministrativa e l'offerta economica, la cui apertura la legge di gara demandava ad un seggio di gara, nonché le buste contenenti le offerte tecniche, la cui valutazione era demandata, in seduta riservata, ad una commissione di gara appositamente nominata.

Come si evince dal verbale della prima seduta pubblica di gara del 6.5.2000, in atti sub. doc. 2 di parte ricorrente, in detta seduta pubblica, il seggio di gara procedeva alla verifica dell'integrità dei complessivi plichi tempestivamente pervenuti e alla apertura e verifica di completezza della documentazione amministrativa contenuta nella busta "A"

In una seconda seduta riservata la commissione di gara ha invece aperto le buste contenenti le offerte tecniche, procedendo alla loro valutazione riservata.

Sul punto in sede cautelare il Tribunale, conformemente ad una propria precedente giurisprudenza, ha ritenuto ammissibile che lo stesso soggetto deputato, per la tipologia di appalto da aggiudicarsi secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa, alla valutazione riservata dell'offerta tecnica potesse, nel medesimo contesto, aprire le buste contenenti l'offerta tecnica stessa. Tanto più poi se la parte

ricorrente non ha addotto alcun concreto dubbio di alterazione della documentazione inerente le offerte.

La valutazione espressa in sede cautelare, pur condivisa in sede di appello, non risulta tuttavia più conforme all'orientamento successivamente assunto dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Infatti, nelle more del giudizio di merito, sullo specifico punto, oggettivamente controverso in giurisprudenza, è intervenuta la decisione n. 13 del 28.7.2011 dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato.

Il supremo consesso amministrativo ha dato atto del contrasto giurisprudenziale in essere, in particolare in quanto, secondo un primo orientamento, l'obbligo di pubblicità delle sedute di gara coinvolgerebbe solo l'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica mentre, secondo altro orientamento, dovrebbe svolgersi in seduta pubblica quantomeno la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta tecnica.

Fatte tali premesse il supremo consesso ha fornito una interpretazione sistematica della disciplina, in particolare alla luce dei generali principi che governano la materia, estremamente garantista, sotto un profilo quantomeno procedurale, delle esigenze di trasparenza e pubblicità della gara.

Si legge infatti nella pronuncia in questione:

“il principio di pubblicità delle gare per i contratti pubblici è radicato in canoni di diritto comunitario e interno costantemente applicati dalla giurisprudenza amministrativa. In proposito è agevole il richiamo, oltre che all’art. 97 della Costituzione, alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, da cui è scaturito il Codice italiano dei contratti pubblici, le quali agli articoli, rispettivamente 10 e 2 stabiliscono, con espressione di portata ineludibile: “Le amministrazioni aggiudicatrici.. agiscono con trasparenza””. Prosegue quindi la plenaria affermando che: “la verifica della integrità dei plichi non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacchè la pubblicità delle sedute risponde all’esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni ma anche all’interesse pubblico alla trasparenza ed all’imparzialità dell’azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli e parti i plichi. L’adunanza plenaria ritiene che la regola costituisca corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno sopra ricordati in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti e, come tale, meriti di essere

confermata e ribadita con specifico riferimento all'apertura della busta dell'offerta tecnica. Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica costituisce passaggio essenziale e determinante dell'esito della procedura concorsuale, e quindi richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti nel procedimento.”

Preso quindi atto del rigoroso orientamento assunto dall'adunanza plenaria, vista l'opportunità di conformarsi a tale orientamento che il giudice di appello applica allo stato anche alle procedure svoltesi prima del consolidarsi di tale indirizzo interpretativo, la domanda di annullamento dell'aggiudicazione non può che trovare accoglimento poiché il dedotto vizio procedurale comporta necessariamente la riedizione della gara.

L'accoglimento del motivo in questione implica quindi l'assorbimento di ogni altra doglianza, sussistendo per questa sola ragione la necessità di una riedizione della gara.

Quanto alla ulteriore domanda di declaratoria di inefficacia del contratto nelle more stipulato ritiene il collegio di dover fare applicazione dei particolari poteri valutativi circa la decorrenza dell'inefficacia del contratto conferiti al collegio dell'art. 122 del codice del processo amministrativo; sul punto, in fattispecie pressochè identica, si veda anche la sentenza della sezione seconda di questo TAR n. 1131/2011.

Nel caso di specie non può che osservarsi che :

il servizio svolto (ossigenoterapia e ventiloterapia domiciliare in favore di assistiti della ASL) è servizio essenziale non suscettibile di interruzione;

il vizio riscontrato è un vizio procedurale;

esso è stato come tale valutato in un contesto di evoluzione delle soluzioni giurisprudenziali, che non consente di ravvisare in capo all'amministrazione alcuna particolare negligenza nella conduzione delle operazioni di gara né una colpevole responsabilità specifica per il complessivo esito sfavorevole del giudizio.

Inoltre, poichè il tipo di vizio riscontrato implica la riedizione della gara, non è valutabile l'ulteriore domanda, pure originariamente proposta da parte ricorrente, di subentro nel contratto, residuando la sola possibilità di declaratoria di inefficacia del contratto a fronte della complessiva esigenza di riedizione della gara; tale riedizione soddisfa, per parte sua, l'esigenza della ricorrente di avere una nuova opportunità di aggiudicazione in base ad una procedura correttamente svolta.

L'art. 122 del codice del processo amministrativo consente al giudice che dichiara l'inefficacia del contratto di fissarne la più opportuna decorrenza, tenendo conto anche degli interessi delle parti e dello stato di esecuzione del contratto.

Non vi sono dubbi che una periodica prestazione di servizi sia suscettibile di avvicendamento del prestatore del servizio; tuttavia la

delicatezza del servizio e la peculiarità della vertenza giustificano la persistenza del contratto già stipulato per un lasso di tempo idoneo a consentire all'amministrazione di procedere regolarmente ad una nuova gara e conseguente aggiudicazione, senza alcuna soluzione di continuità in un servizio che risulta essenziale per la salute degli utenti. La soluzione adottata non comporta pregiudizio per la ricorrente, la quale non può vantare titoli di aggiudicazione sulla base di una procedura che lei stessa contesta nel suo complessivo svolgimento ed allo stesso tempo non può che ottenere, solo all'esito di una nuova procedura e dei tempi alla medesima necessariamente connessi, una nuova chance di aggiudicazione.

Si ritiene quindi di fissare la decorrenza della declaratoria di inefficacia del contratto dal centoottantesimo giorno successivo al deposito della motivazione della presente decisione.

Stante la peculiarità della vertenza e le oscillazioni giurisprudenziali sulle questioni controverse sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

accoglie il ricorso e per l'effetto annulla gli atti impugnati nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;

visto l'art. 122 c.p.a. dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra l'amministrazione e la controinteressata decorsi 180 giorni dal deposito della motivazione della presente sentenza;
compensa le spese di lite.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Paola Malanetto, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/01/2012

IL SEGRETARIO

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