



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4857 del 2012, proposto da:

A.O.R.N. "A. Cardarelli" di Napoli,

in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dall'avv.to Lidia Buondonno ed elettivamente domiciliata presso la sede di rappresentanza della Regione Campania, in Roma, via Poli, 29,

contro

CAM HOSPITAL s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Giuseppe Vitolo ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso, in Roma, Lungotevere dei Mellini, 17

nei confronti di

SVAS Biosana s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Armando Profili ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso, in Roma, via G. Palumbo, 26,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sezione Prima, n. 1998/2012, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva per l'acquisizione di dispositivi in service per l'allestimento del padiglione A dell'azienda ospedaliera.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellata;

Visto l'atto di appello incidentale della cointeressata SVAS Biosana s.r.l.;

Vista la memoria prodotta dall'appellata a sostegno delle sue difese;

Vista l'Ordinanza n. 2947/2012, pronunciata nella Camera di Consiglio del giorno 27 luglio 2012, di reiezione della domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 18 dicembre 2012, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Rosanna Panariello, in sostituzione dell'avv. Lidia Buondonno, per l'appellante

principale e l'avv. Antonio Romano, in sostituzione dell'avv. Giuseppe Vitolo per l'appellata, nessuno essendo ivi comparso per l'appellante incidentale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con la sentenza indicata in epigrafe il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 6692/2011 proposto dalla società odierna appellata avverso la determina dirigenziale n. 1542 in data 28 settembre 2011 (ed avverso gli atti presupposti e connessi) con la quale l'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Antonio Cardarelli di Napoli ha approvato gli atti di gara e l'aggiudicazione definitiva in favore dell'odierna appellante incidentale della procedura ristretta per l'acquisizione per una durata di cinque anni di dispositivi in service per l'allestimento del padiglione A (lotto B apparecchi per triturapadelle):

- ha respinto le censure del ricorso principale postulanti l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria per violazione delle specifiche tecniche stabilite dal capitolato;
- ha statuito l'inammissibilità per carenza di interesse delle doglianze proposte dall'aggiudicataria in via incidentale, con le quali si contestavano gli atti di gara qualora interpretati in senso ostativo alla partecipazione alla gara della medesima;
- ha accolto i motivi di ricorso dedotti avverso il giudizio espresso dalla Commissione aggiudicatrice relativamente all'offerta tecnica delle partecipanti (odierna appellata ed appellante incidentale), rilevando, in primo luogo, che “la Commissione, nonostante la carenza pur esistente di una caratteristica tipica chiaramente indicata dalla normativa di gara, ha nondimeno attribuito alla SVAS il punteggio massimo per le performance funzionali e gestionali, senza mostrare di tenere conto di tale difetto”; nonché, in secondo luogo, che “il giudizio della Commissione si palesa carente in quanto nella relazione tecnica non risulta che siano stati debitamente considerati tutti gli aspetti indicati dalla normativa di gara come essenziali ai fini dell'idoneità dell'apparecchio, quali il controllo elettronico di tutte le funzioni, il sistema di disinfezione, il coperchio di chiusura, i sistemi di sicurezza, i supporti e le caratteristiche dei presidi monouso”.

Il T.A.R. adito, in accoglimento del ricorso principale, annullava dunque gli atti impugnati, dichiarando inoltre “l'inefficacia del contratto stipulato per l'affidamento del servizio in questione con decorrenza dalla nuova aggiudicazione definitiva”.

2. – Avverso tale sentenza, pubblicata il 2 maggio 2012 e notificata il 10 maggio 2012 (con perfezionamento della notifica stessa nei confronti dei destinatari in data 15 maggio 2012), ha interposto appello, notificato il 14 giugno 2012, l'A.O.R.N. “A. Cardarelli”, censurando l'erroneità dell'annullamento dei gravati provvedimenti pronunciato dal Giudice di primo grado.

Ed invero, secondo l'appellante principale, “l'operato della commissione risulta del tutto conforme alle disposizioni contenute nel bando e nel disciplinare di gara, nonché alle norme in materia di pubblici appalti e, come risulta dai verbali depositati e dalla relazione tecnica, ogni aspetto relativo all'idoneità dell'apparecchio è stato valutato singolarmente e le offerte sono state confrontate tra di loro in relazione a ciascuna caratteristica tecnica degli apparecchi offerti” (pag. 3 app.).

“Contrariamente a quanto ritenuto dal Giudice di prime cure”, si afferma ancora nell'atto di appello, “la commissione, come emerge dai verbali, ha determinato l'offerta valutando i livelli di prestazione offerti da ciascuna partecipante rispetto all'oggetto dell'appalto, al prezzo, alle caratteristiche e di tutto è data contezza nei verbali, nei quali sono confrontate le caratteristiche dei rispettivi apparecchi” (pag. 4 app.).

L'Azienda appellante ha chiesto dunque, in riforma dell'impugnata sentenza, l'integrale reiezione del ricorso principale di prime cure.

3. – Si è costituita la società appellata (ricorrente principale in primo grado), riproponendo le doglianze tutte ivi svolte e chiedendo la reiezione dell'appello.

4. – Ha proposto altresì appello incidentale la società controinteressata in primo grado (che aveva conseguito l'aggiudicazione definitiva poi annullata dal T.A.R.), riproponendo le censure di cui al suo ricorso incidentale di prime cure e contestando, con argomenti identici a quelli dell'appellante principale, la sussistenza dei vizi di illogicità ed arbitrarietà ravvisati dal Giudice di primo grado nel giudizio della Commissione di gara.

5. – L'appellata ha contestato, con memoria depositata in data 24 luglio 2012, la fondatezza anche dell'appello incidentale.

6. – Con Ordinanza n. 2947/2012, pronunciata nella Camera di Consiglio del giorno 27 luglio 2012, è stata respinta la domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata.

Con memoria in data 26 novembre 2012 l'appellata ha ribadito le sue tesi circa l'illegittimità dell'aggiudicazione della gara de qua alla controinteressata odierna appellante incidentale.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 18 dicembre 2012.

7. – Va premesso:

- che le statuizioni del T.A.R. di reiezione delle censure del ricorso principale di primo grado vòlte a far valere una causa di esclusione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria per pretesa violazione delle specifiche tecniche previste dal Capitolato non sono state fatte oggetto di impugnazione incidentale dalla parte vincitrice nel primo grado medesimo; ogni relativa questione ésula dall'ambito oggettivo del devolutum a questo Giudice di appello, mentre risulta inammissibile la riproposizione in memoria delle censure stesse da parte dell'appellata, che il c.p.a. limita, all'art. 101, alle sole domande ed eccezioni “dichiarate assorbite o non esaminate nella sentenza di primo grado”. Da ciò deriva anche la parziale inammissibilità dell'appello incidentale proposto dall'originaria controinteressata, nella parte in cui (riproducendo le censure del ricorso incidentale di primo grado) è vòlto a censurare la *lex specialis*, nella misura in cui si dovesse ritenere che la stessa “preveda effettivamente come vincolanti le specifiche tecniche” (pag. 7 app. inc.);

- che l'appello incidentale è stato pacificamente proposto a termini già scaduti per la proposizione dell'appello principale, sicché si verte in fattispecie di appello incidentale tardivo ai sensi dell'art. 334 c.p.c., da ritenersi ammissibile a prescindere dalla natura c.d. propria od impropria dell'appello stesso (nella fattispecie trattasi invero di appello incidentale improprio, che, proposto da una delle parti soccombenti in primo grado, assume solo formalmente la veste del gravame incidentale, per realizzare il *simultaneus processus*) alla luce dell'indubbia valenza generale dell'istituto dell'impugnazione incidentale tardiva nel processo amministrativo (art. 334 c.p.c.; ora, art. 96, co. 4, c.p.a.; in giurisprudenza, v. Cons. St., VI, 4 ottobre 2011, n. 5434), il cui termine di proposizione, come stabilito dal comma 5 dell'art. 96 c.p.a. e dimezzato ex art. 119 – comma 2 – c.p.a., risulta qui rispettato;

- che si può prescindere dall'esame dell'eccezione, sollevata dall'appellata, di irricevibilità dell'appello incidentale per tardivo deposito, in quanto l'appello stesso è, come di seguito si vedrà, comunque da respingersi nel merito.

8. – Posta pertanto l'ammissibilità, nei limiti di cui sopra, dell'appello incidentale, nel merito delle questioni versate in giudizio (sostanzialmente identiche così come prospettate nell'appello principale ed in quello incidentale) si osserva che entrambi gli appelli sono infondati.

Il T.A.R. correttamente ha invero rilevato, in relazione al gravato giudizio espresso dalla Commissione giudicatrice relativamente alle offerte tecniche presentate dalle due concorrenti odierne contendenti, che “nella relazione tecnica non risulta che siano stati debitamente considerati tutti gli aspetti indicati dalla normativa di gara come

essenziali ai fini dell'idoneità dell'apparecchio, quali il controllo elettronico di tutte le funzioni, il sistema di disinfezione, il coperchio di chiusura, i sistemi di sicurezza, i supporti e le caratteristiche dei presidi monouso".

Infatti, dalla relazione di valutazione e comparazione delle offerte tecniche rispetto al capitolato di gara (che prevedeva alcune caratteristiche delle apparecchiature oggetto di fornitura "da considerarsi tipiche nel senso che hanno la funzione di indirizzare la Ditta Concorrente verso la fascia di prodotto adeguata a soddisfare le esigenze dell'A.O.R.N. Cardarelli": art. 1.1 "Oggetto dell'appalto") risulta che la Commissione, anziché articolare i sub-parametri di cui alle "specifiche tecniche" ed al "questionario tecnico" allegati al Capitolato Speciale d'Appalto nell'ambito dei parametri di valutazione dell'offerta tecnica previsti dal disciplinare di gara ("Caratteristiche tecnologiche e costruttive": punti 150; "Aspetti funzionali e qualitativi": punti 100) ed attribuire poi sulla base di un'analitica e motivata valutazione di ciascun sub-parametro il punteggio complessivo previsto per ciascuno dei veduti parametri di riferimento, ha enucleato dalle performances funzionali e gestionali delle apparecchiature offerte "talune caratteristiche che si ritengono premianti" (solo in parte – quattro su diciotto - coincidenti con i detti sub-parametri), pervenendo poi ad un giudizio di favore nei riguardi dell'offerta dell'odierna appellante incidentale (con conseguente attribuzione ad essa del miglior punteggio per i predetti parametri individuati dalla legge di gara), per di più dando a tal fine peso a caratteristiche nemmeno incluse tra quelle preliminarmente ritenute "premianti" e comunque alle stesse non chiaramente e direttamente riconducibili (come avviene ad es. per la "migliore economicità di utilizzo" ovvero per il sensore che "agevola l'utilizzo in sicurezza") se non all'ésito di un adeguato percorso logico-motivazionale, che invece manca del tutto nella citata relazione e non risulta nemmeno utilmente surrogabile dalle "controdeduzioni" ex post allegate all'atto di appello principale, che comunque evidenziano gli stessi vizi rilevabili nella relazione tecnica predisposta in sede di gara (v. ad es. il rilievo dato in esse agli aspetti della "economia di gestione e della sicurezza", all'infuori di qualsiasi riferimento preciso ai sub-parametri definiti dalla legge di gara).

Tanto vale a concretizzare una indebita integrazione dei criteri e sub-criteri stabiliti da quest'ultima, con la introduzione di nuovi elementi di valutazione, laddove, com'è noto, spetta solo alla prima la determinazione e la specificazione di eventuali sotto criteri di valutazione (Cons. Stato, sez. III, 01.02.2012, n. 514; id., sez. III, 23.12.2011, n. 6804; id., sez. V, 13.07.2010, n. 4502; id., sez. V, 16.06.2010, n. 3806; id., sez. VI, 17.05.2010, n. 3052; id., sez. VI, 11.03.2010, n. 1443; id., sez. V, 15.02.2010, n. 810).

Del resto, la esclusione della facoltà, da parte della commissione, di integrare il bando di gara mediante la previsione di criteri integrativi dello stesso, ossia di criteri valutativi, viene avvalorata anche dalla giurisprudenza comunitaria; a tale proposito, basti richiamare la sentenza 24.01.2008 (proc. C-532/2006) della Corte di Giustizia CE, nella quale si statuisce la necessità che "...tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le offerte ... infatti i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi ... pertanto un'amministrazione aggiudicatrice non può applicare regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti ... gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici".

In sostanza, nella fattispecie, la commissione ha previsto, in violazione dei veduti principi, nuovi criteri di valutazione dell'offerta tecnica rispetto alla lex specialis, per di più omettendo un adeguato discorso giustificativo, che, anche per via schematica (griglie motivazionali), consenta di ricollegare l'attribuzione del punteggio alle "caratteristiche premianti" da essa predefinite.

Tanto vale a disvelare, nell'attribuzione del punteggio per i parametri dell'offerta tecnica "caratteristiche tecnologiche e costruttive" e "aspetti funzionali e qualitativi", profili di violazione di legge e di eccesso di potere per illogicità, che si pongono a monte della stessa opinabilità del giudizio tecnico-discrezionale formulato dalla Commissione, che costituisce l'unico limite, nel caso all'esame non attinto, al sindacato del giudice amministrativo sull'attività di valutazione ad essa demandata.

Inammissibili, invece, si rivelano le specifiche censure svolte dall'appellata, nelle memorie depositate in questo grado, rispetto alla valutazione della voce "Relazione Tecnica" (per la quale la legge di gara prevede l'attribuzione di un punteggio massimo di 200 punti), che non trovano riscontro nella corrispondente, generica, doglianza del ricorso originario (pagg. 8-9), cui non hanno fatto ritualmente séguito motivi aggiunti all'ésito dell'intervenuto deposito in giudizio dinanzi al T.A.R., da parte dell'Amministrazione, dei documenti relativi all'offerta tecnica della controinteressata.

9. – In conclusione, la sentenza di primo grado resiste, nei termini di cui sopra, ai proposti appelli, che pertanto devono essere, l'uno (quello principale) respinto e l'altro (quello incidentale) in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto.

Le spese del presente grado possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe:

- respinge l'appello principale;
- in parte dichiara inammissibile ed in parte respinge l'appello incidentale;
- per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, addì 18 dicembre 2012, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2013

IL SEGRETARIO

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