

N. 00406/2015 REG.PROV.COLL.
N. 01945/2014 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 la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1945 del 2014, proposto da:
Hospital Service S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giuliano Di
Pardo, Luigi Quaranta, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.
Luca Capoluongo in Milano, via Mario Pagano, 54;

contro

Fondazione Irccs Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico di
Milano, Fondazione Irccs Istituto Nazionale dei Tumori di Milano,
rappresentati e difesi dagli avv.ti Bassano Baroni e Alberto Vittorio
Fedeli, presso lo studio dei quali ha eletto domicilio in Milano via
Pattari n. 6;

nei confronti di

Adapta Processi Industriali Per L'Igiene e La Sterilizzazione spa,
rappresentata e difesa dall'avv. Pier Filippo Giuggioli, presso lo
studio del quale ha eletto domicilio, in Milano, via Serbelloni, 14;
Servizi Italia Spa, in proprio e in qualità di capogruppo mandataria

con Lavanderia Industriale Cipelli Srl e Tintoria Lombarda di Fasoli Aldo Spa, tutte rappresentate e difese dall'avv. Paolo Sansone, presso lo studio del quale hanno eletto domicilio in Milano, Via G.B.Bazzoni, 2;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- Della determinazione n. 2422 del 19.11.2013, recante "approvazione documentale di rito e indizione di gara" per l'affidamento del "Servizio di noleggio, lavaggio, ritiro, consegna della biancheria piana, vestiario per il personale e materasseria della Fondazione Ircss Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico (amministrazione capofila) e della Fondazione Ircss Istituto Nazionale dei Tumori";
- Della determinazione n. 220 del 29,01,2014, che ha disposto la nomina della Commissione Tecnica;
- Del bando;
- Del disciplinare;
- Del capitolato;
- Di tutti gli allegati alla normativa di gara, inclusi quelli n. 0. 1. 1-bis, 2.2-bis, 3,4, 4-bis;
- Di tutti i chiarimenti, inclusi quello n. 1 del 20.12.2013, n. 2 del 2.1.2014, n. 3 del 13.1.2014, n. 4 del 14.1.2014, n. 5 del 14.1.2014, n. 6 del 16.1.2014, n. 7 del 16.1.2014, n. 8 del 16.1.2014, n. 9 del 16.1.2014, n. 10 del 20.1.2014, n. 11 del 20.1.2014;

- di tutti i verbali di gara , ivi incluso quello del 29.01.2014, del 11.2.2014, del 18.2.2014, del 19.2.2014, del 20.2.2014, del 25.2.2014, del 26.2.2014, del 10.3.2014, del 18 marzo 2014, del 28 marzo 2014, del 16.04.2014, di tutti i rispettivi allegati, ivi incluso quello A;
- del Duvri e di tutti i rispettivi allegati;
- Della nota protocollo n. 6887 del 29.4.14 con cui l'Amministrazione ha chiesto ad Adapta spa di giustificare il prezzo espresso;
- Della nota protocollo n. 212/2012 all. 51 del 19 Maggio 2014, con cui l'amministrazione ha chiesto ad Adapta spa di integrare le giustificazioni dell'offerta economica presentate;
- Della determinazione n. 1154 del 23 maggio 2014 recante aggiudicazione definitiva;
- Della nota prot. n. 1296 dell'11.6 2014 con cui l'Amministrazione ha rigettato l'istanza ex art. 243-bis codice appalti proposta dalla Hospital service srl;
- Delle note del 7 e 20 maggio con cui Adapta ha giustificato i costi dell'offerta economica nonché delle note giustificative presentate da RTI Servizi Italia di estremi e contenuti non conosciuti;
- Dell'eventuale contratto di appalti già stipulato;
- Di ogni atto consequenziale, connesso o presupposto, anche di contenuto non conosciuto.

Nonché per la condanna
della stazione appaltante al risarcimento del danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Irccs Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico di Milano e di Adapta Processi Industriali Per L'Igiene e La Sterilizzazione e di R.T.I. Tra Servizi Italia Spa, Lavanderia Industriale Cipelli Srl e Tintoria Lombarda di Fasoli Aldo Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 gennaio 2015 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere, sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento.

Si sono costituite in giudizio l'amministrazione resistente e le parti controinteressate, eccettuando l'infondatezza del ricorso avversario, di cui hanno chiesto il rigetto.

Le parti hanno prodotto memorie e documenti.

Con ordinanza n. 965/2014, depositata in data 11 luglio 2014, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso; con ordinanza n. 4051/2014, depositata in data 11 settembre 2014, il Consiglio di Stato ha accolto l'appello cautelare.

All'udienza del giorno 8 gennaio 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Con determinazione n. 2422, del 19 novembre 2013, la Fondazione Irccs Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico di Milano ha indetto una gara per l'affidamento del servizio di noleggio, lavaggio, ritiro, consegna della biancheria piana, vestiario per il personale e materasseria della Fondazione stessa e della Fondazione Irccs Istituto Nazionale dei Tumori di Milano.

La gara, da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, era suddivisa in tre lotti.

La ricorrente ha partecipato alla procedura solo per il lotto 1, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di noleggio, lavaggio, ritiro e consegna della biancheria piana e vestiario per il personale della Fondazione Irccs Ca' Granda e della Fondazione Irccs Istituto Nazionale dei Tumori.

All'esito delle operazioni di gara, la ricorrente si è collocata al terzo posto della graduatoria finale, con 91,50 punti complessivi, mentre al secondo posto si è posta l'Ati con capogruppo Servizi Italia Spa, con 92,66 punti complessivi e al primo posto si è situata la società Adapta spa, con 95,37 punti complessivi.

Con determinazione n. 1154, del 23 maggio 2014, la stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione definitiva in favore di Adapta s.p.a..

2) La parte ricorrente articola più censure, contestando tra l'altro la violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara, in quanto la stazione appaltante non ha proceduto all'apertura della campionatura delle forniture in seduta pubblica, nonostante la lex specialis configurasse la produzione dei campioni come un elemento essenziale dell'offerta.

La censura è fondata.

L'art. 1.6 del capitolato speciale, rubricato "campionatura di gara d'appalto", prevede che le "concorrenti sono tenute a presentare, pena l'esclusione, contestualmente alla presentazione dell'offerta, presso il guardaroba della Fondazione IRCCS in via F. Sforza n. 35 a Milano la campionatura dei prodotti di cui agli allegati 1, 1 bis, 2, 2 bis e 3 al presente capitolato ... campionatura che sarà oggetto di valutazione da parte della Commissione Tecnica e trattenuta sino a fine contratto".

La stessa norma stabilisce che "saranno considerate anche le campionature di prodotti che presentano lievi variazioni rispetto alle relative descrizioni tecniche", precisando che "ogni campione fornito dovrà riportare un'apposita dicitura che lo renda riconoscibile e immediatamente associabile alle schede tecniche richieste nel disciplinare", fermo restando che "le concorrenti potranno integrare la campionatura con altri articoli qualora lo ritenessero necessario".

Si aggiunge che "durante la validità del contratto tutti i capi oggetto del servizio devono corrispondere esattamente a quelli campionati in

sede di gara”.

Il disciplinare di gara, nell'individuare i criteri di valutazione delle offerte, dispone all'art. 7, punto b.1, relativo al criterio denominato “espletamento del servizio di noleggio della biancheria”, che sono attribuibili fino a 12 punti per le “caratteristiche delle tipologie e delle fogge dei capi, la qualità dei tessuti (con relative schede tecniche)”, precisando che “oltre alla documentazione sarà esaminata la prevista campionatura dei capi presentati con particolare attenzione al grado di perfezione del loro confezionamento, al grado di fruibilità, ecc. ...”.

Come già evidenziato in sede cautelare, l'inerenza o meno della campionatura al contenuto dell'offerta, con le conseguenze che ne derivano in ordine al dovere di acquisirla in seduta pubblica o meno, deve essere esaminata in relazione alle caratteristiche e alla disciplina di ciascuna gara e non in via generale ed astratta.

Rispetto alla gara in esame, il coordinamento tra l'art. 1.6 del capitolato speciale e l'art. 7, punto b.1, del disciplinare di gara, rende evidente che le campionature sono un elemento essenziale dell'offerta.

Invero, la campionatura deve essere prodotta a pena di esclusione unitamente all'offerta, sicché soggiace ai medesimi termini di presentazione ed è ad essa direttamente associata in base alla lex specialis, inoltre deve essere oggetto di valutazione da parte della Commissione, con la precisazione che la valutazione deve essere

effettuata anche per le campionature che “presentano lievi variazioni rispetto alle relative descrizioni tecniche”.

Tali elementi evidenziano che, in base alla *lex specialis*, la campionatura non è un semplice elemento illustrativo della scheda tecnica relativa a ciascun prodotto da fornire, ma un parametro materiale in base al quale la Commissione valuta i contenuti tecnici dell’offerta, attribuendo i relativi punteggi, anche quando il campione non riflette esattamente il contenuto della scheda tecnica.

Si tratta di una scelta che la *lex specialis* ribadisce con l’art. 7.b.1 del disciplinare di gara, ove, nel descrivere un particolare criterio di valutazione qualitativa dell’offerta, si prescrive che la definizione delle caratteristiche, delle tipologie e delle fogge dei capi, nonché la qualità del tessuto, devono essere esaminate non solo tramite la documentazione, ossia le schede tecniche, ma anche attraverso l’esame dei campioni “con particolare attenzione al grado di perfezione del loro confezionamento, al grado di fruibilità”.

Quelli da ultimo indicati sono aspetti qualitativi non immediatamente emergenti dalla schede tecniche, sicché rispetto ad essi solo i campioni esprimono la qualità dell’offerta, a conferma della loro essenzialità per l’individuazione in modo certo del contenuto dell’offerta.

Tale connotazione è coerente con l’art. 46, comma 1 bis, del d.l.vo 2006, n. 163, che individua proprio nell’incertezza assoluta dell’offerta una causa di esclusione dalla gara.

L'appartenenza della campionatura all'offerta è confermata dal fatto che, ex art. 1.6 del capitolato, durante la validità del contratto tutti i capi forniti “devono corrispondere esattamente a quelli campionati in sede di gara”, sicché la campionatura è parametro di individuazione dell'oggetto del contratto di appalto e ciò spiega perché i campioni stessi sono l'elemento intorno al quale è stato formulato un particolare criterio di valutazione, afferente a caratteristiche dei prodotti valutabili solo tramite l'esame materiale della campionatura.

In senso contrario, non rileva la circostanza che l'art. 1.6 del capitolato preveda la possibilità per i concorrenti di integrare la campionatura con altri articoli.

La norma non vale ad escludere l'appartenenza della campionatura all'offerta, quale elemento essenziale di essa, ma si spiega considerando che la produzione obbligatoria di campioni è prevista solo in relazione a determinate tipologie di prodotti, sicché la disposizione deve essere ragionevolmente riferita alla possibilità di produrre campioni ulteriori rispetto a quelli espressamente indicati dalla norma.

Insomma, nella fattispecie in esame la disciplina di gara è diretta ad assicurare l'immediata cognizione da parte della commissione giudicatrice delle caratteristiche intrinseche e qualitative di ogni singolo articolo, che concorre e qualifica l'offerta di prestazione del servizio da aggiudicare.

Le norme della *lex specialis* suindicate – da osservare a pena di esclusione - si collegano al disposto di cui all'art. 42, comma 1, lett. l) del d.l.vo n. 163 del 2006, che consente, nei casi di fornitura di prodotti, la previsione del deposito di campioni quali modalità di prova del requisito di capacità tecnica.

Detta previsione trova la sua ratio nell'esigenza di disporre, fin dalla fase di qualificazione, di un parametro fermo di raffronto dei contenuti dell'offerta tecnica cui deve poi corrispondere l'esecuzione del contratto e l'art. 42, comma 1, lett. l), cit., prende in considerazione tutte le ipotesi in cui nel rapporto contrattuale con l'amministrazione aggiudicatrice concorra la messa a disposizione di beni individuati.

Sotto altro profilo, va precisato che la clausola escludente non incorre nella comminatoria di nullità prevista dall'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006, perché è volta a garantire la certezza dell'offerta.

Essa corrisponde ad un interesse specifico della stazione appaltante, che si identifica nell'apprezzamento su un piano di effettività dei requisiti di idoneità dell'impresa ammessa alla gara a rendere una prestazione conforme alle specifiche del disciplinare di gara e trova referente normativo nell'art. 42, comma 1, lett. l), del d.l.vo. innanzi citato (per queste considerazioni si veda Consiglio di Stato, 23 ottobre 2014, n. 5225).

Una volta chiarito che la campionatura è, nella gara in esame, un

elemento essenziale dell'offerta, è evidente che la sua acquisizione doveva avvenire in seduta pubblica, in coerenza con i principi di pubblicità posti dal diritto comunitario e nazionale.

Da tempo la giurisprudenza ha precisato che il principio di pubblicità delle gare per i contratti pubblici è radicato in canoni di diritto comunitario e interno; in tal senso rilevano sia il richiamo, all'art. 97 della Costituzione e 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" – sia il riferimento al d.l.vo n. 163 del 2006, che, nel recepire le Direttive ricordate, all'art. 2, comma 1, specifica il precetto comunitario imponendo che l'aggiudicazione degli appalti pubblici avvenga nel rispetto del principio, oltre che di trasparenza, di "pubblicità con le modalità indicate dal presente codice".

Pertanto, seppure il d.l.vo n. 163/2006 non enuncia direttamente alcuna regola specifica in materia di svolgimento delle sedute di gara, nondimeno la giurisprudenza ha precisato che si deve comunque svolgere in pubblico la verifica della integrità di tutti i plichi contenenti l'offerta presentata, con esplicita menzione anche di quello riguardante l'offerta tecnica (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 23 dicembre 2010, n. 8155; Consiglio di Stato, sez. VI, 22 aprile 2008 n. 1856).

Del resto, 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 trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché 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 dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2010, n. 6939; Consiglio di Stato, sez. V, 10 novembre 2010, n. 8006).

Si tratta di una regola che esprime una ragionevole 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, riferibile anche all'apertura della busta dell'offerta tecnica.

Tale operazione, infatti, come per la documentazione amministrativa e per l'offerta economica, costituisce un 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 dal procedimento (cfr. Consiglio di Stato, Ad Pl., 28 luglio 2011, n. 13; Consiglio di Stato, Ad. Pl., 31 luglio 2012, n. 31).

Il principio giurisprudenziale ora richiamato è stato recepito dal diritto positivo; in particolare, l'art. 12 del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, ha integrato l'art. 120, comma 2, d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, che nel testo vigente, da un lato, estende la pubblicità delle operazioni della Commissione all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche, dall'altro, ha ribadito che la pubblicità delle sedute, posta a presidio dei principi di correttezza e imparzialità, va osservata per tutte le fasi in cui si articola la procedura, salva la valutazione delle offerte tecniche e l'assegnazione dei relativi punteggi, che devono essere svolte in seduta segreta.

Nel caso di specie non è contestato che l'acquisizione della campionatura sia avvenuta al di fuori della seduta pubblica, sicché è palese la violazione del principio di pubblicità lamentata dalla parte ricorrente, in quanto, si ripete, la lex specialis della gara comprendeva i campioni dei prodotti da fornire tra gli elementi essenziali dell'offerta.

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame, la cui portata sostanziale ed incidente sull'integralità delle operazioni di gara consente di prescindere dall'esame delle ulteriori doglianze articolate nel ricorso.

3) Viceversa, deve essere respinta la domanda risarcitoria perché presentata in modo del tutto generico, senza alcuna dimostrazione della sussistenza degli elementi costitutivi di detta responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c., fermo restando che anche la quantificazione

del pregiudizio non è supportata da alcun elemento dimostrativo.

4) In definitiva, il ricorso è fondato e deve essere accolto nella parte relativa alla domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

Le spese seguono la soccombenza nei rapporti tra la parte ricorrente e l'amministrazione resistente, che ha dato causa alla lite violando palesemente il principio generale di pubblicità delle operazioni di gara, mentre restano compensate nei rapporti tra le altre parti, in ragione dell'estraneità di esse alla violazione accertata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando:

- 1) accoglie la domanda di annullamento contenuta nel ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione indicato in epigrafe;
- 2) respinge la domanda risarcitoria formulata dalla parte ricorrente;
- 3) condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese della lite in favore della parte ricorrente, liquidandole in euro 3.000,00 (tremila), oltre accessori di legge e restituzione del contributo unificato, mentre le compensa nei rapporti tra le altre parti.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 gennaio
2015 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2015

IL SEGRETARIO

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