

N. 00026/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00653/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 653 del 2010, proposto da:

Cofely Italia Spa, rappresentata e difesa dall'avv.to Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Alberto Salvadori in Brescia, Via XX Settembre n. 8;

contro

Azienda Ospedaliera "Mellino Mellini" di Chiari, rappresentata e difesa dagli avv.ti Rocco Mangia e Stefano Quadrio, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv.to Chiara Ghidotti in Brescia, Via Solferino n. 55;

nei confronti di

Rvm Impianti Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giulio Rivadossi e Mauro Ballerini, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Brescia, Viale della Stazione n. 37;

per l'annullamento

DEGLI ATTI, COMPRESA L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA,
DELLA GARA INDETTA DALL'AZIENDA OSPEDALIERA PER
L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI GESTIONE DEGLI

IMPIANTI TECNOLOGICI E DELLE MANUTENZIONI DEGLI
IMMOBILI PER IL PERIODO 1/7/2010 – 30/6/2019;
e per la dichiarazione di inefficacia
DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE STIPULATO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera "Mellino
Mellini" di Chiari e di Rvm Impianti Srl;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2010 il dott. Stefano
Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La presente sentenza viene redatta, per quanto possibile, nell'ordinaria
forma semplificata prescritta dall'art. 120 comma 10 del Codice del
processo amministrativo, in virtù del quale "Tutti gli atti di parte e i
provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta,
ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74", che disciplina appunto la
pronuncia in forma semplificata.

La ricorrente riferisce di aver partecipato alla procedura selettiva per
l'affidamento novennale del servizio di gestione degli impianti tecnologici e
di manutenzione degli immobili dell'Azienda Ospedaliera (periodo
1/7/2010 – 30/6/2019).

Il sistema di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente
più vantaggiosa – con un massimo di 35 punti per il prezzo e di 65 per la
qualità – per un importo complessivo a base d'asta di 15.971.083,33 € oltre
IVA.

All'esito del confronto comparativo la ricorrente si è piazzata al secondo

posto con 92,97 punti (57,97 per il pregio tecnico e 35 per la proposta economica), dietro alla controinteressata che ne ha riportati 99,91 (65 + 34,91). La Commissione sottoponeva l'offerta della vincitrice a verifica di anomalia, che si concludeva con esito positivo.

Espone Cofely che la richiesta di accesso ai documenti di gara veniva evasa solo parzialmente.

Con gravame ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione la ricorrente impugna gli atti in epigrafe, deducendo i seguenti motivi di diritto:

IN VIA PRINCIPALE

a) Inammissibilità dell'offerta di RVM per indeterminatezza e violazione dei principi di par condicio, in quanto la stessa – per la componente 3.d di cui alla lex specialis – contemplava un corrispettivo variabile, che non conferisce alcuna certezza all'ammontare della spesa posta a carico della stazione appaltante;

b) Inammissibilità dell'offerta di RVM per omessa produzione del computo metrico estimativo riferito ad una proposta migliorativa delle 4 formulate;

c) Illegittimità dei verbali di gara e delle valutazioni formulate dalla Commissione, in quanto:

I. in violazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006 la Commissione, prima di esprimere i giudizi su ciascun componente dell'offerta, ha effettuato una comparazione tra i progetti presentati, adottando una metodologia non prevista dalla disciplina di gara;

II. vi è carenza assoluta di motivazione con riguardo alle offerte tecniche relativamente ai sub-criteri 1.a, 1.b, 1.c, 2.a, 2.d, 3.a, 3.c, 4.a, 4.b, 4.c, 4.d, 4.e, 4.f, 5.a, poiché sulla proposta di Cofely la Commissione si è limitata ad un giudizio generico, superficiale e standardizzato, adoperando una formula stereotipata per ben 13 componenti di valutazione (pari a 32 punti

sui 65 a disposizione);

III. vi è illogicità della motivazione per i componenti 2.b, 2.c, 3.b, 3.d, in quanto la Commissione non ha preso in considerazione il contenuto dell'offerta di Cofely ma ha esaminato il merito della sola proposta di RVM;

IN VIA SUBORDINATA

d) Illegittimità della nomina della Commissione, disposta con atto del direttore generale del 17/3/2010, per violazione dell'art. 84 del D. Lgs. 163/2006, in quanto il consesso risulta composto da 5 membri senza che si dia conto della sussistenza in capo ad essi degli indispensabili requisiti;

e) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, inosservanza del disciplinare e dei principi di pubblicità e trasparenza delle operazioni di gara, poiché non risultano rispettate le garanzie procedurali minime per assicurare l'integrità e la corretta custodia delle buste;

f) Illegittimità del diniego di accesso all'offerta tecnica.

La ricorrente chiede la riparazione in forma specifica o in via subordinata per equivalente, con risarcimento della perdita di chance.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda Ospedaliera e la controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame. L'Azienda chiede l'inversione dell'esame dei punti di ricorso, poiché (come affermato dal Consiglio di Stato) il giudice deve dare priorità alle questioni che meritano logicamente e giuridicamente precedenza di trattazione: tali sono quelle il cui accoglimento travolgerebbe l'intera gara e renderebbe irrilevante l'esame dei motivi relativi alla valutazione delle offerte.

La controinteressata propone ricorso incidentale, assumendo la violazione dell'art. 86 del D. Lgs. 163/2006 e l'eccesso di potere per inosservanza del disciplinare di gara con conseguente mancata esclusione della ricorrente, che non avrebbe raggiunto la soglia dei 6/10 del punteggio massimo attribuibile (pari a 390 punti), limitandosi a conseguire soltanto 357

tenuto conto dell'erronea assegnazione di 72 punti per le proposte migliorative.

Con ordinanza n. 444, adottata nella Camera di consiglio del 15/7/2010, questo Tribunale ha motivatamente respinto la domanda incidentale di sospensione degli atti impugnati formulata nel ricorso principale.

Alla pubblica udienza del 16/12/2010 il ricorso veniva chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La Società ricorrente censura gli atti, compresa l'aggiudicazione definitiva, della gara indetta dall'Azienda Ospedaliera per l'affidamento novennale del servizio di gestione degli impianti tecnologici e della manutenzione degli immobili.

Con ricorso incidentale RVM Impianti S.r.l. lamenta a sua volta la mancata esclusione della ricorrente dalla procedura competitiva, sussistendo un elemento della sua offerta in aperto contrasto con la disciplina di gara.

1. La questione preliminare che si pone è quella di stabilire quale delle due impugnazioni proposte, principale ed incidentale, debba essere esaminata per prima, tenendo conto che in graduatoria si è posizionata una terza concorrente.

1.1 Secondo un indirizzo che si è andato consolidando negli ultimi tempi, nel caso di ricorso incidentale c.d. "interdittivo" o "preclusivo" – e cioè in tutti quei casi nei quali il giudice si rende conto, analizzando i due gravami, che l'accoglimento del ricorso incidentale priverebbe del tutto di interesse il ricorrente principale – le esigenze di economia processuale rendono del tutto inutile esaminare in via prioritaria il ricorso introduttivo: ciò in quanto l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale – che assume natura impugnatoria ma efficacia di eccezione in senso tecnico avverso il medesimo provvedimento già gravato in via principale – precluderebbe l'accoglimento del primo.

In base a detto orientamento, quando il gravame incidentale mette in discussione la legittimazione processuale del ricorrente principale – anche attraverso la prospettazione di questioni che attengono al merito della vicenda – la sua trattazione assume priorità logica (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 24/11/1997 n. 1367; sez. V – 8/5/2002 n. 2468), e nei procedimenti concorsuali ciò si verifica, per esempio, laddove con la contro-impugnazione si deduca che il ricorrente principale sarebbe dovuto essere escluso dalla gara.

1.2 I principi sopra indicati sono condivisi dalla prevalente giurisprudenza in materia di gare d'appalto qualora l'impresa vincitrice – evocata in giudizio – deduca in via incidentale che l'impresa sconfitta doveva essere esclusa dalla gara: ciò perché se il ricorso incidentale è accolto, quello principale diviene improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse, oppure inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione in capo all'impresa originaria ricorrente, il cui interesse diviene di mero fatto (cfr. Consiglio Stato, sez. V – 28/12/2005 n. 6643; 9/10/2007 n. 5276; T.A.R. Liguria, sez. II – 18/2/2010 n. 630). L'annullamento dell'atto impugnato in via principale non recherebbe alcun vantaggio alla ricorrente, perché la sua offerta non potrebbe comunque aggiudicarsi la gara (Consiglio di Stato, sez. V – 20/5/2008 n. 2380; sentenze T.A.R. Brescia – 26/11/2008 n. 1689; sez. II – 26/5/2009 n. 1064; sez. II – 23/6/2010 n. 2380).

1.3 E' pur vero che l'accoglimento del gravame incidentale promosso dalla controinteressata avverso la mancata esclusione della ricorrente non priva di utilità l'esame dei motivi del gravame principale quando affiori un interesse strumentale alla riedizione del confronto comparativo, ravvisabile in quanto parte ricorrente deduca – come nella fattispecie (seppur in via subordinata) – la radicale illegittimità dell'intera procedura di gara.

1.4 Il Collegio ritiene in ogni caso di affrontare preliminarmente il gravame incidentale, poiché la sua eventuale fondatezza precluderebbe il

riconoscimento del bene della vita al quale la ricorrente aspira in via principale, ossia l'aggiudicazione dell'appalto.

2. In proposito la controinteressata assume la violazione dell'art. 86 del D. Lgs. 163/2006 e l'eccesso di potere per inosservanza del disciplinare di gara con conseguente mancata esclusione della ricorrente, che non avrebbe raggiunto la soglia dei 6/10 del punteggio massimo attribuibile (pari a 390 punti), limitandosi a conseguire soltanto 357: Cofely ha in effetti ottenuto 429 punti, 72 dei quali associati alle proposte migliorative elaborate (pari a 1.725.641,98 €), ma questi ultimi non dovevano essere riconosciuti perché – nel dettaglio del quadro economico dei lavori – non erano specificati gli oneri per la sicurezza.

Il motivo è infondato.

2.1 Secondo l'art. 87 comma 4 ultimo periodo del Codice dei contratti pubblici i costi relativi alla sicurezza “devono essere specificamente indicati nell'offerta e risultare congrui rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi o delle forniture”. Il comma 3-bis del precedente art. 86 dispone altresì che “Nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei `servizi o delle forniture”.

2.2 Dalla combinazione delle disposizioni in esame affiorano due obblighi giuridici che si dirigono rispettivamente nei confronti dei concorrenti che intendano partecipare alle procedure di gara – imponendo loro di presentare l'offerta economica con la quantificazione degli oneri che ritengono di dover sopportare per adempiere esattamente agli obblighi di sicurezza sul lavoro – e nei confronti dell'amministrazione appaltante, che è

tenuta a valutare la congruità degli importi esibiti (T.A.R. Sardegna, sez. I – 26/6/2009 n. 1047). Le imprese partecipanti devono quindi indicare puntualmente gli oneri economici da sostenere per soddisfare gli obblighi di sicurezza sul lavoro, al duplice fine di assicurare la formulazione di un'offerta consapevole su un aspetto nevralgico e di consentire alla stazione appaltante la verifica di attendibilità dell'ammontare dedicato.

2.3 Ciò significa che nelle procedure di gara, in assenza della preventiva fissazione della spesa per la sicurezza da parte dell'amministrazione aggiudicatrice quale specifica componente del costo del lavoro, è necessario che il relativo importo venga scorporato dalle offerte dei singoli concorrenti e sottoposto a verifica per valutare se sia congruo rispetto alle esigenze di tutela dei lavoratori.

La giurisprudenza ha di recente statuito (Consiglio di Stato, sez. V – 23/7/2010 n. 4849) che la mancanza di una specifica previsione sul tema nella lex specialis non toglie che la norma primaria – immediatamente precettiva ed idonea ad eterointegrare le regole procedurali – imponga agli offerenti di indicare separatamente i costi per la sicurezza: nonostante la mancanza di una comminatoria espressa nella disciplina speciale di gara, l'inosservanza della prescrizione implica la sanzione dell'esclusione, in quanto rende l'offerta incompleta sotto un profilo particolarmente rilevante alla luce della natura costituzionalmente sensibile degli interessi protetti, ed impedisce alla stazione appaltante un adeguato controllo sull'affidabilità dei suoi componenti.

2.4 Le conseguenze riconosciute dalla giurisprudenza alla mancata quantificazione dei costi per la sicurezza non sono però applicabili nel caso di specie alle proposte migliorative elaborate dalla ricorrente, le quali rivestivano un mero scopo informativo e non assumevano rilevanza sotto il profilo economico (cfr. pag. 14 punto f del disciplinare di gara - doc. 2 ricorrente). In buona sostanza la formulazione di interventi di tipo

migliorativo non rendeva gli stessi assimilabili all'offerta economica, ed anzi proprio la *lex specialis* sminuiva il peso degli importi complessivi di spesa, la cui quantificazione era del tutto indicativa. Il punteggio massimo attribuibile al parametro – pari a 8 punti – era unicamente ancorato al pregio qualitativo delle migliorie proposte e non valorizzava in alcun modo gli oneri finanziari connessi, per cui non può ritenersi incompleta la previsione di un valore onnicomprensivo, privo dello scorporo degli oneri per la sicurezza. Del resto gli artt. 87 comma 4 e 86 comma 3-bis statuiscono che la valutazione di adeguatezza e sufficienza deve investire i costi della sicurezza afferenti all'offerta economica, che nella specie risulta correttamente formulata dalla ricorrente con l'evidenziazione di tutte le sue componenti fondamentali.

In conclusione il gravame incidentale è infondato e deve essere respinto.

3. Passando all'esame del ricorso principale, una prima questione da risolvere investe la potestà di scelta di Cofely sulla graduazione dei motivi di ricorso, alla luce delle obiezioni sollevate dall'Azienda Ospedaliera: quest'ultima ha infatti dedotto che il giudice deve affrontare prioritariamente le censure che meritano logicamente una precedenza di trattazione.

3.1 La resistente aderisce alla tesi secondo la quale rientra nel potere del giudice amministrativo – che poggia sul particolare oggetto del giudizio impugnatorio legato all'esercizio della funzione pubblica – decidere l'ordine di trattazione delle censure sulla base della loro consistenza oggettiva e del rapporto esistente fra le stesse sul piano logico-giuridico, non alterabile dalla semplice richiesta dell'interessato: il giudice antepone infatti quei motivi che evidenziano in astratto una più radicale illegittimità del provvedimento, comunque idonei, in caso di accoglimento, a soddisfare l'interesse sostanziale dedotto in giudizio (Consiglio di Stato, sez. V – 6/4/2009 n. 2143). Così ad esempio, impugnata una graduatoria

concorsuale, il ricorrente non potrebbe pretendere che sia esaminata prima la censura che conduce al conseguimento della nomina o dell'aggiudicazione e poi, in caso di mancato accoglimento, far valere un motivo di illegittimità riguardante l'intera procedura: ciò sul rilievo secondo cui non si può conseguire una nomina o un'aggiudicazione a seguito di una selezione la cui procedura sia integralmente invalida.

3.2 Detta impostazione non appare persuasiva, ritenendo il Collegio che il principio dispositivo che informa ogni tipo di processo ad impulso di parte – ed il giudizio amministrativo in particolare – comporta che il ricorrente abbia il potere di scegliere le domande da proporre e di indicare l'ordine da osservare nell'esame dei motivi, ed il giudice non può affrontare le doglianze graduandole in modo difforme da quanto espressamente prospettato nel gravame introduttivo. E' dunque condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale l'ordine da seguire nell'esame delle censure “non può prescindere dal principio dispositivo, che regola anche il processo amministrativo e comporta la necessità di esaminare prima quelle censure, da cui deriva un effetto pienamente satisfattivo della pretesa del ricorrente. È evidente che in presenza di un motivo diretto ad escludere il primo classificato di una gara di appalto e di altro motivo tendente ad una rinnovazione (parziale o totale) delle operazioni di gara, solo l'accoglimento della prima censura soddisfa l'interesse della seconda classificata ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto” (Consiglio di Stato, sez. VI – 25/1/2008 n. 213). Anche in materia di gare d'appalto il giudice, nella disamina delle contestazioni, deve sempre dare priorità a quelle dal cui accoglimento scaturisce il conseguimento del bene della vita al quale il ricorrente aspira in via primaria, quale quella diretta ad ottenere l'esclusione dalla selezione della ditta prima classificata.

4. A questo punto il Collegio è esonerato dall'esame dell'eccezione in rito formulata dalle parti resistenti, poiché il ricorso è infondato nel merito.

5. Con la prima censura la ricorrente lamenta l'inammissibilità dell'offerta di RVM per indeterminatezza e violazione dei principi di par condicio, in quanto la stessa – per la componente 3.d di cui alla lex specialis – contemplava un corrispettivo variabile, che non conferisce alcuna certezza sull'ammontare della spesa posta a carico della stazione appaltante. La proposta riguarda la modalità di contabilizzazione e rendicontazione dell'attività di manutenzione: se si registra una maggior spesa sugli importi di contratto si ripartisce l'onere tra amministrazione e impresa (nella misura del 50% ciascuno), mentre se si realizza un risparmio questo è rimesso a disposizione dell'Azienda: in altri termini la spesa può variare in aumento ed eccedere l'importo fissato nel contratto, gravando sulla pubblica amministrazione senza alcun limite massimo, quando sia l'art. 17 che gli artt. 33, 34, 35 e 36 del capitolato non consentono la formulazione di offerte aleatorie poiché tutti gli oneri sono a carico dell'appaltatore ed ogni offerta che risulti in aumento rispetto alla base d'asta deve essere esclusa (art. 19).

La doglianza non è condivisibile.

5.1 L'offerta dell'impresa vincitrice per la manutenzione ordinaria (doc. 9 controinteressata) contempla la suddivisione della cifra messa a disposizione in costo del personale (40%) e del materiale (60%), e la scelta di non assegnare al servizio risorse umane in misura predeterminata bensì un monte ore di manodopera da ridurre progressivamente in base alle prestazioni realmente erogate, con la contabilizzazione per costo orario dei dipendenti realmente impiegati e del materiale utilizzato: i risparmi sul canone medio mensile sono stornati a favore dell'amministrazione, mentre le eccedenze di spesa sono suddivise al 50% tra l'impresa e la stazione appaltante.

5.2 Osserva anzitutto il Collegio che la proposta contestata risulta formulata nell'ambito dell'offerta tecnica, poiché il punto 2.c del

disciplinare afferisce alla soluzione organizzativa che tende ad ottimizzare “le modalità operative di intervento rispetto alla manutenzione ordinaria”. La *lex specialis* dunque valorizzava le idee innovative suscettibili di migliorare l’esecuzione delle prestazioni – soppesate economicamente dalla stazione appaltante in 900.000 € su base novennale (cfr. doc. 8 Azienda - codice 22) – per impianti elettrici, meccanici, opere da fabbro, vetraio, falegname e pittore, opere edili e fornitura del materiale relativo, pulizia canali, grondaie e marciapiedi, opere in alluminio, fornitura e posa corrimano e piastre. La modalità di gestione degli oneri di manutenzione consiste in un sistema peculiare capace di rispondere alle esigenze di maggiore efficienza e responsabilizzazione dell’attività dell’impresa, pur producendo al contempo riflessi sul piano economico: la proposta, tuttavia, non incide sul ribasso esibito, che resta fisso ed invariabile, e non interferisce con la par condicio dei concorrenti, poiché l’impostazione organizzativa – nell’addossare “all’Ente appaltante una spesa proporzionale al lavoro effettuato e non un costo fisso” – garantisce “un sicuro risparmio” (cfr. pag. 28 relazione 3 offerta tecnica RVM). In buona sostanza il valore economico dell’offerta è immune dal rischio di indebiti ed inammissibili incrementi, mentre il risparmio prospettato si collega ad un sistema gestionale che contabilizza le effettive necessità manutentive correlando i costi alle reali necessità di intervento, e permette un minor dispendio di risorse dedicate allo scopo.

5.3 L’ampia durata del contratto rende verosimile l’esecuzione di opere aggiuntive (estensioni, riqualificazioni, manutenzioni straordinarie – cfr. art. 10 capitolato), con l’assunzione dei corrispondenti oneri di manutenzione ordinaria non preventivabili a priori con assoluta esattezza e precisione. Lo stesso disciplinare tecnico definisce all’art. 2 i lavori “extracontrattuali” che possono rendersi necessari durante il corso della gestione. In questo contesto, il compimento di prestazioni non previste

può riflettersi anche sul valore degli interventi correnti di riparazione e sistemazione, cosicchè l'offerta di RVM – fermo il rispetto dell'importo massimo risultante dal ribasso praticato e dunque dell'impegno negoziale preso – si rivela ragionevolmente sensibile alle imprevedibili variazioni di fabbisogno manutentivo che dovessero verificarsi

Né può valere, a favore di parte ricorrente, la denunciata aleatorietà che caratterizzerebbe anche la manutenzione straordinaria. Al di là dei profili di inammissibilità della censura, la proposta di RVM definisce il percorso per affrontare le esigenze che sopravvengano nel corso della gestione, con un contraddittorio tra parte pubblica e privata sulla base di un preventivo predisposto dalla seconda (cfr. pag. 29 relazione 3), senza sconfinare oltre l'importo destinato a tali prestazioni e compreso nella base d'asta.

5.4 Non corrisponde dunque al vero che, con l'offerta tecnica, RVM abbia sostanzialmente inciso sull'offerta economica variando l'importo contrattuale oltre la base d'asta: le uniche oscillazioni possibili sono soltanto quelle che permettono un risparmio di spesa il quale – essendo associato alle reali ed effettive necessità manutentive – non pone alcun problema in termini di affidabilità dell'offerta. Le nuove esigenze, peraltro, insorgono per effetto di opere non previste né prevedibili a priori, e che plausibilmente devono essere realizzate nel corso dei 9 anni e comportano la necessità di sostenere nuovi oneri.

6. Con ulteriore doglianza Cofely si duole della mancata esclusione dell'offerta di RVM per l'omessa produzione del computo metrico estimativo riferito ad una proposta migliorativa delle 4 formulate. Dall'esame degli atti risulterebbero depositati soltanto 3 computi, per cui mancherebbe quello riferito alla proposta n. 4 “manutenzione una tantum di tutte le persiane motorizzate facciate monoblocco PO di Chiari”: ai sensi della lex specialis i concorrenti dovevano produrre i computi metrici relativi ad ogni intervento proposto.

La censura è infondata in fatto.

6.1 Dalla documentazione depositata agli atti risulta che la controinteressata ha formulato 4 offerte migliorative accompagnate dai relativi computi metrici, con accorpamento dei dati della “sistemazione di tutte le pareti ventilate del fabbricato monoblocco PO di Chiari” con quelli della “Manutenzione una tantum delle persiane motorizzate del monoblocco PO di Chiari” (cfr. allegato offerta economica – pag. 5 all. 10 controinteressata), per i quali era previsto un prezzo di 16.500 €.

7. Con ulteriore doglianza la ricorrente lamenta l’illegittimità dei verbali di gara e delle valutazioni formulate dalla Commissione, in quanto:

- in violazione dell’art. 83 del D. Lgs. 163/2006 la Commissione, prima di esprimere i giudizi su ciascun componente dell’offerta, ha effettuato una comparazione tra i progetti presentati, adottando una metodologia non prevista dalla disciplina di gara;
- vi è carenza assoluta di motivazione con riguardo alle offerte tecniche relativamente ai sub-criteri 1.a, 1.b, 1.c, 2.a, 2.d, 3.a, 3.c, 4.a, 4.b, 4.c, 4.d, 4.e, 4.f, 5.a, poiché sulla proposta di Cofely la Commissione si è limitata ad un giudizio generico, superficiale e standardizzato, adoperando una formula stereotipata per ben 13 componenti di valutazione (pari a 32 punti sui 65 a disposizione);
- vi è illogicità della motivazione per i componenti 2.b, 2.c, 3.b, 3.d, in quanto la Commissione non ha preso in considerazione il contenuto dell’offerta di Cofely, ma ha esaminato il merito della sola proposta di RVM, utilizzando sempre la stessa formula motivazionale ossia “Quanto sopra distingue nettamente l’offerta della ditta RVM Impianti rispetto agli altri due concorrenti le cui proposte vengono valutate equivalenti e più che sufficienti”: risulta esaminata una sola offerta, ritenuta nettamente diversa dalle altre.

La doglianza è priva di pregio.

7.1 La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che, nell'offerta economicamente più vantaggiosa, il punteggio numerico può essere ritenuto una sufficiente motivazione quando i criteri di giudizio stabiliti siano estremamente puntuali ed analitici, sicché anche il solo dato numerico – predeterminato nel minimo e nel massimo – è idoneo a dimostrare la logicità dell'apprezzamento tecnico (Consiglio Stato, sez. V – 6/10/2003 n. 5899; Consiglio Stato, sez. VI – 10/1/2003 n. 67; T.A.R. Lombardia Milano, sez. III – 5/11/2003 n. 4916). La stazione appaltante non ha dunque l'obbligo di esplicitare in maniera discorsiva le ragioni che supportano ciascun punteggio, a tal fine supplendo la preventiva fissazione di una fitta rete di parametri, idonei a garantire la trasparenza e l'imparzialità dell'amministrazione nell'esercizio della discrezionalità ad essa spettante (T.A.R. Toscana, sez. I – 18/2/2009 n. 269; T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. I – 14/1/2009 n. 15). In buona sostanza la congruità della valutazione compiuta dalla Commissione di gara è direttamente proporzionale alla specificazione dei criteri (Consiglio di Stato, sez. V – 29/11/2005 n. 6759; T.A.R. Campania Napoli, sez. I – 21/3/2007 n. 2572; T.A.R. Brescia – 30/8/2007 n. 833; 9/12/2008 n. 1727).

7.2 Nel caso affrontato dal Collegio l'esame delle offerte è stato effettuato dalla Commissione sulla base di una griglia di voci predeterminate. In particolare, nell'ambito dei criteri generali di valutazione, i sub-criteri sono stati puntualmente indicati dalla lex specialis di gara, in quanto il disciplinare predisposto dall'Azienda individua 5 parametri (associando a ciascuno un punteggio massimo) e 18 sotto-voci accompagnate dai relativi sub-punteggi. Nel contesto descritto già il valore numerico poteva ritenersi sufficiente – collegandosi a criteri predeterminati e specifici – e tuttavia la Commissione ha ulteriormente giustificato le singole attribuzioni con brevi giudizi ovvero con argomentazioni più diffuse; a questo proposito la

Sezione ha ripetutamente sottolineato (cfr. sentenze 6/7/2009 n. 1368; 20/5/2010 n. 2069; 19/11/2010 n. 4660) che il punteggio assegnato (nel caso di specie supportato da ulteriori enunciati discorsivi) deve permettere al giudice di ricostruire il filo logico che lo collega alla proposta progettuale, e di risalire agli elementi utili a suffragare la coerenza e l'attendibilità delle conclusioni raggiunte dalla Commissione: in altri termini le indicazioni numeriche non possono essere esaminate isolatamente, ma vanno associate al sub-criterio di riferimento e alle esplicitazioni dei documenti di gara sul punto, che costituiscono il veicolo per enucleare ed analizzare il pertinente capitolo dell'offerta.

7.3 Alla luce di tali premesse, nella fattispecie emerge la correttezza della condotta della stazione appaltante, la quale (come già sottolineato) ha esaminato i singoli capitoli di offerta di ciascun concorrente ed ha attribuito i punteggi sostenendoli con una specifica motivazione. Non può allora ritenersi ingiustificato l'utilizzo di espressioni anche frequentemente ripetute, poiché l'apprezzamento tecnico della Commissione non può essere sottoposto a censura se il percorso logico-giuridico delineato non rivela contraddizioni e se la ricorrente non mette in luce specifici e puntuali elementi di irragionevolezza: incombe infatti all'esponente l'onere di dedurre incongruenze, e ciò è avvenuto soltanto per i casi analizzati al punto successivo.

7.4 Sulle specifiche deduzioni di parte ricorrente (punti 2.b, 2.c, 3.b e 3.d), l'esame del verbale della Commissione del 15/4/2010 (cfr pagg. 7, 8 e 9) dà conto di una dettagliata motivazione elaborata per ciascuno dei differenti parametri contestati. Nello specifico la "capillare conoscenza degli impianti" è in realtà associata "all'articolata modalità di gestione del servizio" e in ogni caso è un elemento che ben può rappresentare un valore aggiunto rispetto all'attività da espletare. Per la suddivisione del costo di manutenzione si rinvia alla prima censura esaminata, mentre per la

componente 3.b la valutazione si rivela più che esaustiva.

8. Con la prima censura proposta in via subordinata la ricorrente deduce l'illegittimità della nomina della Commissione, disposta con atto del direttore generale del 17/3/2010, per violazione dell'art. 84 del D. Lgs. 163/2006, in quanto il consesso risulta composto da 5 membri senza che si dia conto della sussistenza in capo ad essi degli indispensabili requisiti, ossia dell'esperienza nello specifico settore cui si riferisce l'appalto (comma 2), dell'insussistenza di situazioni di incompatibilità (comma 4), dell'appartenenza all'organico dell'Azienda e delle procedure di designazione seguite (comma 8).

8.1 La doglianza è infondata, poiché l'Azienda ha dato conto delle qualifiche rivestite dai 5 componenti della Commissione, evidenziando che il dirigente responsabile dell'area gestione risorse logistiche, beni e servizi ha agito in qualità di Presidente, mentre gli altri 4 membri erano tutti dipendenti ed esperti nel settore di gara (il responsabile del servizio protezione e prevenzione, il responsabile del settore progettazione e programmazione, il responsabile del settore gare, lavori pubblici, beni e servizi, il responsabile del servizio tecnologie biomediche). Dunque la scelta è caduta su 5 dipendenti dell'Azienda, titolari di funzioni altamente qualificate che denotano un'esperienza e una professionalità maturata nell'apparato di appartenenza ed in settori identici o affini a quello oggetto dell'appalto. Si può dunque concludere che i soggetti selezionati vantavano i requisiti prescritti, mentre la ricorrente non ha evidenziato situazioni specifiche di incompatibilità.

9. Con ulteriore contestazione la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 97 della Costituzione e l'inosservanza del disciplinare e dei principi di pubblicità e trasparenza delle operazioni di gara, poiché non risultano rispettate le garanzie procedurali minime per assicurare l'integrità e la corretta custodia delle buste. Ad avviso di Cofely non sussistono elementi

di certezza sull'integrità dei plichi per tutta la durata della procedura e sulla segretezza del contenuto delle offerte, e ciò in quanto:

- il verbale 15/4/2010 (doc. 5) contempla l'esame delle offerte tecniche in seduta riservata, ma non dà conto di quando le buste sono state aperte né puntualizza se le stesse erano integre e sigillate all'apertura;
- i plichi contenenti le offerte tecniche non sono stati aperti in seduta pubblica né risultano controfirmati i documenti in essi inseriti e rinvenuti, né è stato redatto il verbale delle relative operazioni;
- o dopo la chiusura dei lavori del 15/4/2010 non è stata disposta alcuna cautela per garantire l'integrità delle buste e la segretezza delle offerte;
- o non risulta dai verbali dove i plichi sono stati custoditi e con quali modalità per tutta la durata dei lavori dal 19/3/2010 al 28/4/2010;
- o dopo la seduta pubblica di lettura delle offerte si è tenuta una seduta riservata per l'esame della congruità dell'offerta aggiudicataria, sulla base di giustificazioni che non risultavano prodotte ed imputabili a RVM, e dunque non vi è certezza della loro effettiva inclusione nelle buste.

Detta prospettazione non merita condivisione.

9.1 In ossequio al tradizionale orientamento della giurisprudenza amministrativa sulla mancata assunzione delle dovute cautele nella custodia delle buste, questo Tribunale (sentenze 23/5/2005 n. 554; 29/12/2004 n. 1987) ha statuito che – in presenza dell'obbligo di garantire la non manomissione dei documenti di una gara pubblica da parte della stazione appaltante – è da presumere che lo stesso sia stato assolto adottando le normali precauzioni per la conservazione degli atti amministrativi, tali da assicurare la genuinità ed integrità dei plichi: pertanto la doglianza secondo la quale le buste contenenti le offerte non sarebbero state adeguatamente custodite è irrilevante allorché non sia stato addotto alcun elemento concreto e specifico atto a far ritenere che possa essersi verificata la sottrazione o la sostituzione dei pieghi, la manomissione delle offerte o un

altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura (T.A.R. Campania Napoli, sez. I – 8/7/2010 n. 16615; T.A.R. Sardegna, sez. I – 17/2/2006 n. 238).

Secondo tale linea interpretativa, non è sufficiente invocare la mancanza di idonee cautele a salvaguardia della non manomissione dei plichi – insinuando il generico sospetto di condotte idonee ad inquinare lo svolgimento della procedura – senza che sia dedotta alcuna altra circostanza oggettiva suscettibile di generare il ragionevole dubbio di uno scorretto e negligente assolvimento del dovere di custodia.

9.2 Detto orientamento è stato di recente sottoposto a rivisitazione, avendo la giurisprudenza stabilito che la Commissione giudicatrice deve predisporre particolari cautele a tutela della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche, e deve farne esplicita menzione nel verbale di gara (Consiglio di Stato, sez. V – 12/12/2009 n. 7804).

Dunque l'integrità dei pieghi che racchiudono le offerte delle imprese partecipanti è uno degli elementi sintomatici della segretezza delle stesse e della par condicio di tutti i concorrenti, assicurando il rispetto dei principi – consacrati dall'art. 97 della Costituzione – di buon andamento e imparzialità cui deve conformarsi l'azione amministrativa: in definitiva ove dalle risultanze processuali emergesse che, per inosservanza di norme precauzionali, la documentazione è rimasta esposta al rischio di manomissione, le operazioni di gara debbono essere ritenute invalide, senza che a carico dell'interessato possa configurarsi un onere – del resto impossibile da adempiere – di provare un concreto evento di danno (Consiglio di Stato, sez. V – 21/5/2010 n. 3203).

9.3 Il Collegio esprime la propria preferenza per l'indirizzo tradizionale nella materia controversa ma in ogni caso, anche volendo aderire al più rigoroso orientamento richiamato, nella specie le cautele appaiono

soddisfatte dal concreto iter procedimentale intrapreso dalla Commissione di gara.

9.4 In primo luogo il verbale del 19/3/2010 dà conto che, in seduta pubblica, alle ore 10.10 la Commissione ha provveduto:

- alla verifica dei plichi e del loro stato, risultando gli stessi “integri e sigillati”;
- all’individuazione delle 3 buste contenenti l’offerta economica;
- alla loro raccolta e collocazione in un piego che è stato chiuso e controfirmato sui lembi da tutti i presenti;
- alla consegna al Presidente per la custodia e per assicurarne l’integrità fino alla seduta pubblica di apertura;
- all’apertura della buste che racchiudevano la documentazione amministrativa per l’ammissione alla gara;
- all’apertura dei plichi contenenti la documentazione tecnica e alla verifica della completezza del contenuto;
- alla successiva rinnovata chiusura della documentazione tecnica suddetta nei pieghi originari, con controfirma dei lembi e consegna al Presidente per la custodia;
- all’apertura, nella seduta del 28/4/2010, delle buste che racchiudevano l’offerta economica, dopo aver dato atto della loro integrità e chiusura.

E’ pertanto chiaro che la verifica dell’integrità e della regolare chiusura delle buste contenenti l’offerta economica nonché dei contenuti dell’offerta tecnica si è svolta in seduta pubblica, e pertanto le esigenze di garanzia della corretta custodia dei plichi – tese ad evitare anche in astratto ed in via preventiva qualsiasi rischio di alterazione o manomissione per tutta la durata del procedimento – risultano pienamente assicurate dalla stazione appaltante. Nella specie si è riscontrata pubblicamente la sigillatura delle buste che racchiudevano l’offerta economica, le quali non erano state aperte in precedenza ed erano state conservate in luogo idoneo. Quanto alla

mancata menzione – nel verbale del 15/4/2010 – dell'apertura delle offerte tecniche, le esigenze di trasparenza sono state soddisfatte in precedenza, con la verifica in seduta pubblica del materiale contenuto e con la successiva chiusura con le formalità necessarie.

9.5 Con riguardo al dubbio sulla data delle giustificazioni, che non sarebbero state prodotte con l'offerta, è sufficiente osservare che si tratta di elementi che ben possono essere rappresentati successivamente alla formulazione della proposta, ed anche dopo lo svolgimento della gara.

10. L'istanza di ostensione risulta infine soddisfatta con la produzione documentale della stazione appaltante nel corso del processo.

In conclusione deve essere respinto anche il ricorso principale, per quanto attiene sia alla domanda annullatoria che a quella risarcitoria.

La soccombenza reciproca tra i contendenti privati e la obiettiva peculiarità della fattispecie giustificano la compensazione integrale delle spese di giudizio tra tutte le parti in causa, fermo restando che il contributo unificato resta a carico della Società ricorrente, che l'ha anticipato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando:

- respinge il ricorso incidentale;
- respinge il ricorso principale.

Spese compensate e contributo a carico della parte ricorrente che l'ha anticipato.

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione, che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario, Estensore

Francesco Gambato Spisani, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2011

IL SEGRETARIO

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