

N. 00021/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00862/2010 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 862 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Linkverse Srl, in proprio e come Capogruppo dell'A.T.I. con Infocert Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Ercole Romano, Paola Balzarini, M. Gabriella Bertoli, Gregorio Paroni, con domicilio eletto presso M. Gabriella Bertoli in Brescia, Piazza Mercato, 30;

contro

Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia, rappresentata e difesa dall'avv. Dario Meini, con domicilio eletto presso Dario Meini in Brescia, Borgo Wuhrer, 81 (Fax=030/3364979);

nei confronti di

El.Co Srl in proprio e quale partecipante in A.T.I. con Di.Tech Srl, Di.Tech Srl in proprio e quale partecipante dell'A.T.I., rappresentate e difese dagli avv. Vincenzo Avolio, Luciano Vittoria, con domicilio ex lege presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

per l'annullamento

- DELLA DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE 12/7/2010 N. 1090,
DI AGGIUDICAZIONE ALLA CONTROINTERESSATA DELLA
FORNITURA IN SERVICE PER 6 ANNI DEI MASTERIZZATORI
DI CD/DVD DELLE IMMAGINI DIAGNOSTICHE;

- DELLA COMUNICAZIONE 13/7/2010;

- DELL'OMESSA ESCLUSIONE DELL'IMPRESA PROCLAMATA
VINCITRICE;

- DEI VERBALI DI GARA IN PARTE QUA E DELLE RELATIVE
OPERAZIONI;

e per la declaratoria

- DELL'INEFFICACIA DEL CONTRATTO EVENTUALMENTE
STIPULATO E DELL'AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO A
FAVORE DELLA RICORRENTE;

e in subordine per la condanna

AL RISARCIMENTO DEL DANNO PER EQUIVALENTE, CON
APPLICAZIONE DELLE SANZIONI ALTERNATIVE.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera e delle
controinteressate;

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 la fornitura in service dei masterizzatori di CD/DVD delle immagini diagnostiche prodotte dal sistema PACS e del relativo materiale di consumo.

Il sistema di aggiudicazione previsto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un contratto di 6 anni con importo presunto 1.700.000 € IVA esclusa.

Esponde in punto di fatto Linkverse che l'art. 7 del disciplinare prevedeva l'assegnazione di un massimo di 50 punti per il prezzo e di 50 punti per la qualità, suddivisi tra 4 voci ossia:

- progetto d'implementazione ed architettura tecnico-funzionale del sistema
... 15
- unità robotiche previste
..... 11
- caratteristiche tecniche opzionali e referenze
..... 10
- integrazione RIS-PACS
..... 7
- assistenza tecnica e manutenzione
..... 7

Nel caso di mancato raggiungimento di almeno 30 punti era prevista l'esclusione dalla gara.

All'esito del confronto comparativo l'ATI ricorrente si è piazzata al secondo posto con 82,29 punti (32,29 per la parte tecnica e 50 per la proposta economica), dietro all'ATI controinteressata che ne ha riportati 88,23 (50 + 38,23).

Lamenta il raggruppamento ricorrente di essere stato penalizzato

nell'assegnazione del punteggio e di non aver potuto accedere agli atti.

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

a) Violazione dell'art. 13 comma 6 del D. Lgs. 163/2006, poiché il diniego di accesso agli atti più significativi della gara non può sorreggersi sulle addotte ragioni di segretezza;

b) Eccesso di potere per sviamento, manifesta illogicità ed incoerenza, violazione dei principi di imparzialità e buon andamento: l'ATI vincitrice doveva essere esclusa per avere formulato un'offerta non autosufficiente in quanto inidonea a garantire le funzionalità pretese dal capitolato tecnico (art. 1), poggiando l'attivazione del sistema su elementi esterni alla gara;

c) Violazione della par condicio, poiché l'ATI controinteressata ha potuto integrare la propria offerta – che era stata giudicata incompleta dalla Commissione – grazie ad un'indebita richiesta di chiarimenti;

d) Violazione dell'art. 83 del D. Lgs. 163/2006 per arbitrarietà, perplessità, insufficiente motivazione, carente istruttoria, poiché si registrano gravi penalizzazioni dell'ATI ricorrente nell'assegnazione del punteggio per l'offerta tecnica, e nello specifico:

 sul progetto d'implementazione ed architettura tecnico-funzionale del sistema la ricorrente ha ottenuto soltanto 10 punti per effetto di un ragionamento inesatto (riferimento a pc esterni per comandare i robot di masterizzazione con creazione di ulteriori point of failure);

 le proposte formative e di avviamento della ricorrente sono state giudicate scarse per effetto della comparazione di dati non omogenei;

 la proposta sulle unità robotiche meritava il massimo punteggio previsto;

 è incomprensibile la bassa valutazione delle caratteristiche tecniche opzionali e referenze (5 punti), quando la ricorrente ha già installato un analogo sistema di masterizzazione ad alta affidabilità;

☐ sull'integrazione RIS-PACS non si comprende quali hardware creerebbero criticità, con conseguente difetto di motivazione (dato che in realtà si prevede una riduzione di hardware);

☐ su assistenza tecnica e manutenzione, ritenuta “non sufficientemente specificata” (con attribuzione di 3 punti), nella tabella allegata “prospetto tecnico gara ...” vi sono tutte annotazioni positive;

e) IN VIA SUBORDINATA violazione dell'art. 84 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 97 della Costituzione e del principio di buon andamento, per plurimi vizi concernenti la composizione ed il funzionamento della Commissione.

L'ATI ricorrente chiede il risarcimento in forma specifica, dichiarandosi disponibile al subentro nel contratto, o in via subordinata la riparazione per equivalente.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda Ospedaliera e l'ATI controinteressata, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 644 adottata nella Camera di consiglio del 2/9/2010 la Sezione ha ordinato all'Azienda Ospedaliera il deposito di tutti i documenti riguardanti l'offerta dell'ATI vincitrice; ha poi ritenuto di fissare la data di discussione del merito della causa, la cui natura esige una rapida definizione, senza accordare misure cautelari.

Con motivi aggiunti depositati il 19/10/2010 parte ricorrente impugna gli atti già censurati, sollevando le seguenti ulteriori doglianze in diritto:

f) Eccesso di potere per sviamento, manifesta illogicità, incoerenza, violazione dell'art. 97 della Costituzione, poiché si riscontrano carenze progettuali nell'offerta della controinteressata, che confermano l'incompletezza del sistema offerto;

g) Ulteriori lacune dell'offerta dichiarata vincitrice, poiché in virtù del capitolato tecnico si doveva utilizzare lo standard HL 7 per la comunicazione con il RIS, mentre il sistema proposto dalla

controinteressata mette in comunicazione la componente aggiuntiva RIS e le unità robotiche, per cui queste ultime non comunicano in HL7 con il RIS ma con la sua componente aggiuntiva;

h) Ulteriori elementi di incongruità nella valutazione tecnica delle offerte.

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

DIRITTO

L'ATI ricorrente censura l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata della fornitura in service per 6 anni dei masterizzatori di CD/DVD delle immagini diagnostiche.

1. Con riguardo alla potestà di scelta di Linkverse Srl sulla graduazione dei motivi di ricorso, il Collegio ritiene 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.

2. Ciò posto la principale ragione di censura (cfr. puntualizzazione ricorrente pag. 2 memoria difensiva del 30/11/2010) risiede nella violazione della par condicio, poiché l'ATI controinteressata avrebbe potuto integrare la propria offerta – che era stata giudicata incompleta dalla Commissione – grazie ad un'indebita richiesta di chiarimenti: si sarebbe consentito all'ATI vincitrice (e solo ad essa) di fornire specificazioni sul sistema offerto, mentre analoga opportunità non è stata concessa alla ricorrente sui contenuti dell'assistenza tecnica e della manutenzione, voce ritenuta dalla stazione appaltante “non sufficientemente specificata”.

La doglianza è fondata.

2.1 È stato ripetutamente affermato in giurisprudenza che l'integrazione ammissibile in sede di gara su richiesta della stazione appaltante – allo

scopo di far prevalere la sostanza sulla forma – si rivela finalizzata unicamente ad ottenere precisazioni in ordine alla documentazione prodotta, in vista della sanatoria di eventuali irregolarità formali; una tale facoltà non può estendersi al caso in cui l'incompletezza o la non conformità alle prescrizioni di gara riguardi l'offerta tecnica ed economica, perché altrimenti verrebbe ad essere violato il principio della par condicio dei concorrenti mediante la modificazione postuma dell'offerta, con conseguente inammissibile incidenza sulla sostanza e non più solo sulla forma (T.A.R. Emilia Romagna Parma, sez. I – 6/2/2008 n. 90; Consiglio di Stato, sez. V – 11/12/2007 n. 6403).

Anche la Sezione ha affermato che la facoltà di integrazione si riferisce esclusivamente alla documentazione attestante il possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economica, mentre non è possibile specificare, rettificare, precisare, ovvero mutare sostanzialmente gli elementi negoziali costitutivi dell'offerta (sentenza T.A.R. Brescia – 5/3/2007 n. 180; sez. II – 27/5/2009 n. 1073; sez. II – 9/12/2009 n. 2510).

2.2 La regolarizzazione documentale può in buona sostanza essere consentita nel rispetto di un duplice limite: a) deve riferirsi a carenze puramente formali od imputabili ad errori solo materiali; b) non può mai riguardare produzioni documentali che abbiano violato prescrizioni del bando (o della lettera di invito) sanzionate con una comminatoria di esclusione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 14/9/2010 n. 6687; T.A.R. Umbria – 2/9/2010 n. 450).

2.3 Secondo principi ripetutamente affermati dalla giurisprudenza in tema di gare pubbliche, la possibilità che i concorrenti regolarizzino ovvero integrino la documentazione allegata alla domanda incontra, in definitiva, il limite dell'immodificabilità dell'offerta, della perentorietà del termine per la sua presentazione e, più in generale, non può tradursi in una lesione della fondamentale regola della par condicio che informa tutte le procedure di

confronto competitivo.

2.4 Nella gara oggetto di causa il Collegio ravvisa una grave violazione dei principi enunciati. Come osserva la stessa Azienda Ospedaliera nella propria memoria, la Commissione di gara ha deliberato (secondo quanto statuito nella terza seduta segreta – verbale 19/4/2010 doc. 6 ricorrente) di richiedere chiarimenti a tutte le concorrenti sui parametri della “formazione” e della “gestione di unità robotiche”, mentre la controinteressata è stata sollecitata a fornire un’ulteriore precisazione perché solo la sua offerta non racchiudeva indicazioni su hardware e attività accessorie, rendendosi necessario confermare l’assenza di costi occulti e l’estensione delle attività di gestione offerte. In particolare l’amministrazione ha domandato “di specificare su quali sistemi Codesta Spett.le ditta intenda installare il proprio software, da chi vengono forniti, chi debba farsi carico sia della gestione dell’hardware che del complessivo funzionamento dell’ambiente e quindi delle conseguenti interazioni e tuning tra applicativo e sistema server su cui viene installato” (doc. 4 Azienda).

Nel verbale successivo (seduta segreta del 4/5/2010) si dà lettura dei chiarimenti e viene predisposto un prospetto riassuntivo degli stessi, mentre nella quinta seduta del 12/5/2010 si procede alla valutazione comparativa delle offerte “tenuto conto dei chiarimenti prodotti”.

2.5 Una simile condotta del seggio di gara appare di per sé oggettivamente idonea a menomare il principio della par condicio ed il regolare svolgimento della procedura, che si fonda sull’applicazione tassativa dei canoni di trasparenza posti a salvaguardia dell’obiettività del giudizio.

A prescindere dall’ulteriore controversa questione del sopralluogo – che sarebbe stato permesso unicamente alla controinteressata – l’illegittimità dell’operato della Commissione è comunque manifesta e prescinde dall’effettiva rilevanza che le delucidazioni hanno assunto nella valutazione

complessiva dell'offerta: anche un'integrazione meramente ricognitiva – suscettibile di agevolare soltanto la comprensione del progetto da parte della Commissione – è sufficiente ad inficiare la legittimità dell'istruttoria a causa dell'insanabile vulnus arrecato al principio di parità di trattamento, tenuto conto che analoga facoltà non è stata riconosciuta all'ATI ricorrente per il parametro “assistenza tecnica e manutenzione”.

2.6 Qualora da una proposta rassegnata nell'ambito di una selezione trasparano lacune o imperfezioni la stazione appaltante non deve necessariamente disporre l'esclusione del concorrente che ne è autore, ma è semplicemente chiamata a non prendere in considerazione gli elementi omessi o non concordanti e ad effettuare la valutazione attenendosi alle allegazioni ed ai dati forniti, eventualmente sanzionando con un punteggio più basso l'incertezza o l'ambiguità di alcuni aspetti (cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I – 8/2/2010 n. 268): è viceversa inibito alla Commissione accordare all'offerente un'anomala “rimessione in termini”, mettendola in condizione di rimediare tardivamente alle carenze del proprio progetto tecnico, perché in tal modo sarebbe infranto il principio di imparzialità che impone di trattare senza discriminazioni i partecipanti, nel rispetto delle scadenze e delle procedure stabilite ex ante con la *lex specialis*.

2.7 L'accoglimento del motivo di gravame – a differenza di quanto opina parte ricorrente – determina l'annullamento dell'intera procedura di gara. Non è infatti possibile stabilire a priori se il vizio accertato ab origine dalla Commissione, ove non fosse stato sanato, avrebbe provocato l'esclusione della controinteressata dalla competizione, trattandosi di carenze verosimilmente non suscettibili di provocare la radicale inammissibilità dell'offerta. Sarebbe peraltro contraria ai principi di equità e proporzionalità una pronuncia che sanzionasse ipso jure con l'esclusione il riscontro di una richiesta di delucidazioni proveniente dalla stazione appaltante: non è conforme a giustizia ricavare conseguenze irreversibili a carico di chi si è

limitato a fornire una (dovuta) risposta.

Il vizio riguarda in definitiva la fase valutativa complessivamente considerata, il cui svolgimento è stato alterato dalla possibilità riconosciuta ad uno dei concorrenti di integrare indebitamente la propria proposta. Trattandosi, nella fattispecie, di valutazione tecnica discrezionale non ripetibile né da parte del giudice né da parte dell'amministrazione, non è ipotizzabile – ad offerte economiche già note – la rinnovazione parziale della procedura dopo aver eliminato l'atto illegittimo: l'accoglimento del motivo comporta dunque il travolgimento dell'intera gara (cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I – 8/2/2010 n. 268).

3. A questo punto permane unicamente l'interesse del raggruppamento ricorrente all'indagine dei motivi che, seppur proposti in via subordinata, sono suscettibili di provocare l'identico effetto determinato dall'accoglimento della censura appena affrontata. L'esame delle ulteriori doglianze tese a far riconoscere il proprio diritto all'aggiudicazione – che peraltro richiederebbero (per la loro complessità e il loro tecnicismo) l'espletamento di una consulenza tecnica – non recherebbe utilità alcuna all'aspirante affidatario, posto che l'amministrazione sarà comunque tenuta ad indire una nuova procedura selettiva, salve differenti valutazioni fondate sull'interesse pubblico. Il Collegio rileva altresì un concorrente profilo che avalla l'assunto appena esposto: se il giudice amministrativo ha il dovere di pronunciarsi su tutta la domanda proposta, nella peculiare fattispecie oggetto di causa l'interesse dell'ATI ricorrente ad ottenere una sentenza che affronti tutti i motivi di ricorso recede di fronte al principio di economicità del giudizio, il cui esito è comunque già segnato dal vizio riscontrato.

4. Lamenta la ricorrente la violazione dell'art. 84 del D. Lgs. 163/2006, dell'art. 97 della Costituzione e del principio di buon andamento, per plurimi vizi concernenti la composizione ed il funzionamento della Commissione in quanto:

- la stessa era formata dal Presidente, assistito dall'ufficiale arrogante e da un testimone e nessuno di questi ultimi faceva parte dell'organo decisionale, in violazione del principio di collegialità;
- la Commissione che ha valutato le offerte qualitative era diversa rispetto alla Commissione aggiudicatrice;
- la Commissione tecnica era formata da un solo esperto dotato di competenza tecnica (il Presidente) e da 4 medici, che risultano inadeguati ad assolvere il compito assegnato.

La doglianza è priva di pregio.

4.1 La giurisprudenza ha recentemente statuito (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 13/10/2010 n. 7470) che la gara aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è una procedura composta da varie fasi, alcune delle quali necessitano di competenze amministrative ed altre, invece, di competenze tecniche: le fasi amministrative possono state espletate in seduta pubblica da un funzionario/dirigente coadiuvato da testimoni e dall'Ufficiale rogante, mentre la fase di valutazione delle offerte tecniche può essere demandata ad una diversa Commissione composta da esperti.

Nella fattispecie l'offerta non è stata oggetto di alcuna valutazione demandata al solo Presidente del seggio di gara, essendosi questi limitato a vagliare l'ammissibilità formale delle proposte e dell'integrità dei plichi e a sovrintendere all'apertura pubblica delle buste economiche con lettura del prezzo offerto.

4.2 Sotto diverso profilo, il Codice manifesta un favor nei confronti di Commissari interni alla stazione appaltante, e l'art. 84 comma 2 del Codice – che richiede (non alla Commissione unitariamente intesa, ma) ai Commissari singolarmente considerati di essere “esperti” nel settore cui si riferisce l'oggetto del contratto – è stato interpretato secondo un criterio logico, non potendosi pretendere il possesso, da parte di ogni membro,

delle cognizioni tecnico-scientifiche necessarie per valutare ogni aspetto potenzialmente includibile nell'ambito di un progetto che richiede cognizioni e conoscenze del tutto diverse (T.A.R. Lazio Roma, sez. I-ter 8/5/2009 n. 5035).

Ad ogni modo l'Azienda Ospedaliera ha evidenziato che, con determina 425 del 17/3/2010 (cfr. all. 1 Azienda), è stata nominata la Commissione tecnica composta dal Presidente dott. Renato Taglietti (Responsabile dell'unità operativa sistema informatico) e dai titolari Raffaele Giubbini (Direttore del dipartimento diagnostica per immagini), Luigi Grazioli (Direttore dell'unità operativa Radiologia 1), Roberto Maroldi (Direttore dell'unità operativa Radiologia 2), Giulio Vezzoli (Direttore dell'unità operativa radiologia Presidio Gardone Valtrompia). Posto che sono stati altresì nominati altri 5 membri supplenti, è condivisibile quanto affermato dal legale dell'Azienda, ossia che i titolari sono i maggiori conoscitori ed utilizzatori di applicazioni tecniche e dell'attrezzatura messa a gara.

5. Il gravame è in conclusione è fondato e deve essere accolto per la fondatezza del primo motivo.

Poiché il contratto non è stato ancora stipulato, dall'annullamento degli atti impugnati deriva per l'amministrazione l'obbligo di rinnovare la procedura emendandola dai vizi rilevati, e tale effetto conformativo della sentenza deve ritenersi già satisfattivo per l'ATI ricorrente, la quale può risultare vincitrice all'esito della riedizione del potere amministrativo: non sussiste allo stato alcuna altra utilità che debba essere riconosciuta con lo strumento risarcitorio.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo a carico della stazione appaltante, mentre possono essere compensate nei confronti della controinteressata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di

Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe, e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Respinge la richiesta di risarcimento del danno per equivalente.

Condanna l'Azienda Ospedaliera a corrispondere alla ricorrente la somma di € 4.500 a titolo di spese, competenze ed onorari di difesa, oltre ad oneri di legge.

Condanna altresì l'amministrazione soccombente a rifondere alla ricorrente le spese del contributo unificato, ai sensi dell'art. 13 comma 6-bis del D.P.R. 30/5/2002 n. 115.

Spese compensate nei confronti delle controinteressate.

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

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 08/01/2011

IL SEGRETARIO

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