

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2929 del 2011, proposto da:
Miglionico S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Daniele de Gennaro e Domenico D'Ambrosio, con domicilio eletto in Roma, via Cosseria, 2, presso lo studio dell'avv. Alfredo Placidi;

contro

Azienda Policlinico Umberto I di Roma, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Cristina Boccia, con domicilio eletto in Roma, via del Policlinico, 155;

nei confronti di

Castellini S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

per l'annullamento

della nota n. 037/ri/2011 del 28 febbraio 2011, recante comunicazione ai sensi dell'art. 79, comma 5, d. lgs. n. 163 del 2006, della intervenuta aggiudicazione definitiva della procedura di gara avente ad oggetto l'affidamento di un contratto pubblico per la fornitura di n. 27 riuniti odontoiatrici e di n. 4 apparecchi per radiologia endorale presso l'Azienda Policlinico Umberto I di Roma;
della delibera n. 105 del 24.2.2011 del Commissario Straordinario dell'Azienda Policlinico Umberto I di Roma, concernente l'approvazione degli atti di gara e l'aggiudicazione definitiva;
dei verbali del 19.1.2011, del 14.9.2010, dell'8.9.2010, del 25.10.2010, del 13.1.2011, nonché degli allegati 1 e 2 della seduta non pubblica del 13.1.2011;
della deliberazione dell'Azienda intimata n. 519 del 2010 di autorizzazione ad indire la gara, del sottostante avviso di gara e della deliberazione dell'Azienda di nomina della Commissione giudicatrice.

Visti il ricorso e i relativi allegati; Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Policlinico Umberto I di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2011 il Cons. Maria Luisa De Leoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato il 31 marzo 2011 e depositato il successivo 6 aprile 2011, la Società ricorrente impugna gli atti specificati in epigrafe e ne chiede l'annullamento.

Riferisce in fatto di aver partecipato alla gara, con bando pubblicato sulla G.U.dell'Unione Europea n. 2010 112-170189 dell'11 giugno 2010, con la quale l'Azienda Policlinico Umberto I di Roma indiceva un appalto pubblico denominato "Progetto di rinnovamento tecnologico Clinica Odontoiatrica", prevedendo la fornitura di n. 27 Riuniti Odontoiatrici e di n. 4 Apparecchi per Radiologia Endorale, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. All'uopo deduce:

1. violazione e/o omessa applicazione dell'art. 83 d. lgs. n. 163 del 2006. Omessa applicazione dell'art. 3 della scheda amministrativa allegata alla lex specialis di gara. Violazione del principio

basico di par condicio tra i partecipanti alla procedura aperta e dei principi costituzionali di buon andamento, di imparzialità e di trasparenza della P.A.. Violazione ed omessa applicazione dell'art. 3 legge n. 241 del 1990. Eccesso di potere sotto vari profili.

La ricorrente, con un punteggio di 73,37 si è collocata al secondo posto, dietro l'aggiudicataria con punti 74,71. Tale minima differenza è, tuttavia, ad avviso della ricorrente, frutto di erronea attribuzione dei punteggi in relazione alla componente denominata "qualità (punteggio tecnico) max 60 punti".

Ed infatti, con riferimento alla voce "condizioni di fornitura (max 4 p.) della Sezione "qualità (punteggio tecnico)" di cui all'art. 3 della scheda amministrativa, per la sottovoce "tempi di consegna – max 3 p.", per la quale il bando richiedeva che il tempo di consegna dei Riuniti odontoiatrici non dovesse essere superiore a giorni 30, la Commissione ha riconosciuto alla ricorrente un punteggio di 0,60 (gg 25) ed alla controinteressata quello di 0,25 (giorni 28).

Tuttavia, osserva la ricorrente, illegittimamente la S.A. si è discostata dalla progressione del punteggio utilizzata nelle sue variazioni (incrementi e/o decrementi minimi pari a 2,50 p.) ed inoltre, illegittimamente ha attribuito un differenziale di soli 0,35 punti alle due offerte contrariamente a quanto applicato alle offerte delle altre due concorrenti (gg. 28 l'una e gg. 21 l'altra) con un differenziale pari a 0,071 punti per die.

Con riferimento alla voce "Condizioni di assistenza (max 13 punti) nella sezione Qualità (punteggio tecnico) di cui all'art. 3 della scheda amministrativa, per la sottovoce "durata garanzia (max 6 punti), la ricorrente si è vista assegnare dalla Commissione punti 0,25 a fronte di un massimo di sei punti e pur avendo offerto una durata della garanzia superiore (50 mesi) a quella minima richiesta dalla lex specialis (48 mesi).

Sottovoce "tempo di fornitura dell'apparecchiatura sostitutiva".

Per tale sottovoce la ricorrente deduce la violazione della par condicio tra i concorrenti, avendo la Commissione assegnato il punteggio massimo all'aggiudicataria (punti 3) e non 2,50 in ragione di un'offerta di n. 10 gg inferiore a quella minima (0,25 x 10).

Anche in relazione alla voce "costo di utilizzo e di gestione (max p. 3), la sottovoce "costo annuo percentuale del contratto di assistenza post garanzia (max p. 3) i criteri di valutazione sembrano diversi, essendosi discostata dalla progressione di punteggio utilizzata nelle precedenti valutazioni. Alla ricorrente, infatti, andava assegnato il punteggio complessivo di 0,50 anziché di 0,30.

Per la sottovoce "ingombro e peso (max 5 p.) della voce "Caratteristiche tecniche migliorative dei riuniti odontoiatrici", sia la ricorrente che la controinteressata hanno ricevuto punti 5 a fronte del peso del riunito della Castellini di Kg 218 mentre quello della ricorrente è di Kg 189.

Per la sottovoce "numero e tipologia strumenti rotanti offerti (max 4 p.), la controinteressata illegittimamente ha avuto attribuito un punteggio superiore di 0,25 rispetto a quello conseguito dalla ricorrente.

Parimenti illegittima, erronea ed ingiustificata appare la valutazione fatta dalla Commissione per la sottovoce "funzioni e strumenti del carter assistente (max p. 2), laddove alla ricorrente viene assegnato il punteggio di 1,25 a fronte di quello dell'aggiudicataria di 1,50.

Per la sottovoce "caratteristiche pedale (max p. 2) entrambe le concorrenti hanno ricevuto lo stesso punteggio. Tuttavia non è stato considerato che le caratteristiche del pedale Miglionico risultano di gran lunga superiori a quelle della prima classificata.

Come pure appare spropositato il punteggio offerto alla controinteressata (p. 0,50 in più) per la sottovoce "caratteristiche lampada scialitica (max p. 2)". Analogamente per la sottovoce "caratteristiche lampada foto polimerizzante (max p. 2) per la quale le concorrenti riportano l'identico punteggio di 1,5 p. pur presentando la lampada Miglionico caratteristiche superiori rispetto a quella offerta della controinteressata.

Anche per la sottovoce "movimentazione poltrona (max p. 4) la valutazione è stata erronea, poiché è stato dato ai concorrenti lo stesso punteggio (p. 2,75), mentre la poltrona Miglionico s.r.l. offre un numero di posizioni memorizzabili superiore a quello della controinteressata.

La ricorrente contesta, altresì, il punteggio di 5 p. assegnato alla controinteressata a fronte di punti 3 assegnati alla stessa per la sottovoce “metodo di disinfezione (max p. 5), rilevando che, come peraltro dedotto dalla Commissione stessa, il metodo di disinfezione offerto dalla ricorrente risulta “sempre attivo” e per di più “non richiede pause”. Al contrario, il metodo di disinfezione Castellini S.p.a. necessita di una “pausa contatto scelta 2 - 5 -10 minuti”.

Per quanto concerne le “caratteristiche migliorative, la ricorrente rileva che la Commissione, pur evidenziando una significativa gamma di miglorie dell’offerta Miglionico s.r.l. ha, tuttavia, attribuito alla stessa un punteggio di soli 2,50, di 0,50 punti superiore a quello della Castellini s.p.a.;

2. violazione ed omessa applicazione della lex specialis di gara e del d. lgs. n. 163 del 2006 in punto di nomina della Commissione giudicatrice e, più in generale, di corretto espletamento della gara. Eccesso di potere per manifesta abnormità procedimentale.

Assume la ricorrente che la Commissione di gara è stata nominata con deliberazione n. 11 del 13 settembre 2010, mentre già in data 8.9.2010 e, quindi, in assenza dell’atto di nomina si è riunita per incaricare i due componenti ad effettuare l’istruttoria volta alla verifica dei requisiti tecnici inseriti negli allegati al Capitolato speciale;

3. violazione e/o omessa applicazione dell’art. 5 del Capitolato speciale della gara, denominato “Modalità di espletamento della gara”. Violazione della par condicio tra i partecipanti alla procedura aperta, dei basici principi in tema di regolare costituzione e funzionamento delle commissioni d’esame nei concorsi pubblici. Violazione del principio di affidamento; eccesso di potere sotto vari profili.

Assume la ricorrente che la Commissione, già in data 13 gennaio 2011 (vale a dire ben sei giorni prima della seduta pubblica del 19 gennaio 2011) avrebbe aperto le buste contenenti le offerte economiche dei singoli concorrenti, venendone, quindi, a conoscenza, ed assegnando il punteggio economico alle singole offerte;

4. violazione dell’art. 3 della scheda amministrativa anche con riferimento all’art. 5 del Capitolato speciale della gara, denominato “Modalità di espletamento della gara”. Violazione della par condicio tra i partecipanti alla procedura aperta. Violazione dei principi in tema di regolare costituzione e funzionamento delle commissioni d’esame nei concorsi pubblici; del principio di collegialità dei lavori della Commissione di gara. Violazione del principio di affidamento; eccesso di potere sotto vari profili.

La Commissione pur avendo richiesto alle singole partecipanti di effettuare prove dimostrative, ciò nondimeno non ne ha dato alcun resoconto non avendo redatto alcun verbale, con la conseguenza che non è dato sapere né quali siano state le modalità di svolgimento di tali prove né la composizione della Commissione stessa, né i singoli punteggi.

Aggiunge, infine, la violazione del principio di collegialità da parte della Commissione, poiché la medesima nella prima seduta dell’8 settembre 2010 ha delegato solo due componenti per la valutazione delle caratteristiche tecniche e funzionali dei sistemi offerti.

L’Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, eccepisce preliminarmente la irricevibilità del ricorso per essere stato proposto oltre il termine di trenta giorni dalla comunicazione inviata dall’Azienda ex art. 79, comma 5, del d. lgs. n. 163 del 2006, per violazione dell’art. 243-bis dello stesso decreto legislativo, nonché per omessa impugnativa del Capitolato speciale di gara. Nel merito conclude per la infondatezza del ricorso.

La domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato è stata respinta con ordinanza n. 1734 del 2011.

In prossimità della pubblica udienza le parti hanno prodotto memorie, ribadendo le proprie ragioni.

DIRITTO

Oggetto del presente gravame è il provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura di gara avente ad oggetto l’affidamento di un contratto pubblico per la fornitura di n. 27 riuniti odontoiatrici e di n. 4 apparecchi per radiologia endorale presso l’Azienda Policlinico Umberto I di Roma, disposto dalla Stazione Appaltante in favore della Società Castellini S.p.a..

Il Collegio, preliminarmente, osserva che le sentenze in materia di appalti vanno redatte, ai sensi dell'art. 120, co. 10, cod. proc. amm. in forma semplificata, sicché si riporta a quanto già affermato in sede cautelare nella ordinanza n. 1734 del 2011, secondo cui:

“Considerato che il ricorso è stato consegnato all'ufficiale giudiziario per la notifica il 30 marzo 2011 (venerdì), con la conseguenza che il notificante ha rispettato il termine di trenta giorni introdotto dall'art. 120 c.p.a., decorrente dal 28 febbraio 2011 (venerdì);

Considerato che la violazione dell'art. 243 bis del codice degli appalti non determina l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso;

Considerato che non sono immediatamente impugnabili le clausole della lex specialis che non incidono direttamente ed immediatamente sull'interesse del soggetto a partecipare alla gara, con la conseguenza che l'onere di immediata impugnazione riguarda le sole clausole del bando di gara che concernono i requisiti soggettivi di partecipazione dei soggetti interessati, e non si estende alle clausole relative alle modalità di valutazione delle offerte, di svolgimento della gara, od attinenti all'astratta qualificazione dell'oggetto della prestazione (Tar Umbria 21 gennaio 2010 n. 26);

Considerato che nel verbale n. 1 l'indicazione della data dell'8 settembre 2010, anteriore al giorno di costituzione della commissione (13 settembre 2010), è frutto di un errore materiale, essendosi, in realtà, la seduta tenuta l'8 ottobre 2010;

Considerato che l'esistenza di tale errore materiale risulta palese dal richiamo, nello stesso verbale n. 1, alla delibera n. 11 del 13 settembre 2010, e cioè ad una delibera assunta in data successiva a quella in cui si sarebbe svolta la seduta trascritta in detto verbale n. 1 (8 settembre 2010);

Considerato che la regola secondo cui la Commissione giudicatrice ha natura di collegio perfetto, e deve quindi operare con il plenum e non con la semplice maggioranza dei suoi componenti, è applicabile allorché la Commissione è chiamata a compiere scelte decisorie e discrezionali, rispetto alle quali determinante appare il contributo di tutti i componenti del collegio ai fini di una corretta formazione della volontà collegiale; non è invece applicabile allorché la Commissione è chiamata a svolgere compiti a carattere non valutativo, che si sostanziano in un'attività puramente preparatoria ovvero del tutto vincolata, (Tar Umbria 21 gennaio 2010 n. 26)”.
La predetta ordinanza ha rinviato alla successiva fase di merito l'esame delle censure dedotte avverso l'attribuzione dei punteggi alle offerte.

Sgombrato, quindi, il campo dalle eccezioni sollevate dall'Amministrazione e dalle censure dedotte dalla ricorrente attinenti la Commissione di gara, il Collegio può passare ad esaminare le censure volte a contestare specificamente l'attribuzione dei punteggi relativi alla componente “qualità” dell'offerta tecnica.”

A questo proposito, appare opportuno rammentare il costante indirizzo giurisprudenziale, secondo cui le valutazioni effettuate dalla Commissione di gara costituiscono pur sempre espressione di ampia discrezionalità, finalizzate a stabilire in concreto l'idoneità tecnica delle offerte. Conseguenza di ciò che le valutazioni stesse non sono sindacabili dal giudice amministrativo se non nei casi in cui sussistono elementi idonei ad evidenziare uno sviamento logico od un errore di fatto o, ancora, una contraddittorietà *ictu oculi* rilevabile.

Giova, altresì, precisare che laddove la lex specialis articola analiticamente i parametri per l'assegnazione dei punteggi, risultano palesi anche le motivazioni del punteggio dato in relazione alle caratteristiche tecniche.

Nel caso di specie, la Scheda Amministrativa allegata al Capitolato speciale di gara prefissava dettagliatamente il punteggio attribuibile alle singole voci e sottovoci, indicatori della valenza tecnica dell'offerta, sicché il giudizio della Commissione si estrinsecava nel punteggio assegnato per ciascuna voce.

Sempre in via preliminare, il Collegio osserva che la ricorrente deduce in varie censure la incongruenza nei criteri di valutazione, avendo la Commissione applicato criteri diversi in relazione alla valutazione di diverse voci dell'offerta tecnica, essendosi discostata dalla progressione di punteggio utilizzata nella valutazione di vari elementi dell'offerta stessa.

La censura va disattesa.

Invero, la ricorrente parte dal presupposto che la Commissione abbia adottato nelle sue valutazioni un criterio di punti 0,25 sia per gli incrementi che per i decrementi per qualsiasi parametro di valutazione, lamentando che in diversi punti tale parametro non sia stato rispettato.

Osserva il Collegio che il Capitolato speciale di gara non prevede affatto l'applicazione di tale criterio, poiché non tutte le valutazioni previste si adattano all'elaborazione di un criterio di proporzionalità lineare.

Tale ultimo criterio, invero, è stato seguito dalla Commissione laddove non determinava risultati abnormi, ad esempio per la sottovoce "durata garanzia" mentre in altri casi è stato adottato un algoritmo di calcolo di tipo quadratico non lineare al fine di incrementare il gradiente di penalizzazione all'aumentare ad esempio del costo percentuale della manutenzione o per i tempi di consegna, ovvero algoritmi iperbolici in un determinato intervallo di valori, ad esempio per i tempi di consegna; tal'altra a principi di proporzionalità, ad esempio per la voce "tempo di fornitura dell'apparecchiatura sostitutiva".

Nell'ultima memoria depositata in prossimità della pubblica udienza, la ricorrente ha integrato il sopra riportato motivo, precisando che tali metodi erano sconosciuti, poiché, al momento della predisposizione dell'offerta, i concorrenti non erano a conoscenza dei criteri motivazionali applicati per la valutazione dell'offerta tecnica.

Osserva il Collegio, che la integrazione del motivo così come riportato in memoria sembrerebbe volto a censurare la mancata previa determinazione dei criteri da parte della Commissione e, quindi, in quanto tale, costituisce motivo nuovo rispetto a quello introduttivo, con la conseguenza che esso deve essere dichiarato inammissibile per essere stato dedotto in memoria non notificata.

Ciò posto in via generale ed assorbente, si deve poi precisare, per completezza, che è infondata la prima censura relativa ai tempi di consegna, per la quale il bando destinava punti 3 e, quale requisito minimo, il tempo di consegna di giorni trenta. Invero, la ricorrente assume che la Commissione, in sede di valutazione, si sarebbe discostata dalla progressione di punteggio di fatto utilizzata nelle valutazioni (incrementi e/o decrementi minimi pari a 0,25 punti).

La Commissione, invero, nella determinazione del punteggio ha fatto applicazione di uno dei criteri sopra indicati, quali quello dell'algoritmo iperbolico, per penalizzare ulteriormente l'offerta che prevede periodi di consegna più lunghi.

Del pari infondata è la seconda doglianza dedotta relativa alla voce "condizioni di assistenza"

La ricorrente censura l'insufficienza del punteggio dato (0,25 punti) a fronte della durata della garanzia superiore a quella minima richiesta dalla *lex specialis*: 50 mesi rispetto ai 48 mesi previsti dalla *lex specialis*.

In questo caso la Commissione, avendo determinato l'applicazione del punteggio massimo (6 punti) per un'offerta di ulteriori 48 mesi rispetto a quelli richiesti, ha applicato il principio di proporzionalità, assegnando alla ricorrente punti 0,25 per una offerta superiore di soli due mesi.

Parimenti per la sottovoce "tempo di fornitura dell'apparecchiatura sostitutiva" la Commissione ha ritenuto non idoneo il criterio della progressione di punteggio, adottando, quindi, il criterio del decremento lineare del punteggio attribuito, assegnando 2 punti alla consegna in sei giorni e, per le offerte che prevedevano la consegna in cinque giorni o meno, l'assegnazione è stata per tutte di tre punti.

Anche con riferimento al costo percentuale del contratto di assistenza post garanzia il criterio prospettato dalla ricorrente non è stato adottato, in quanto sono stati assegnati punti 0,25 per decrementi dello 0,5% del costo del contratto post garanzia. La Commissione ha attribuito il punteggio massimo di punti 3 alle offerte che prevedevano una percentuale compresa tra lo 0% ed il 5% estremi inclusi, poiché ha ritenuto che il mercato difficilmente presenta un costo annuo di manutenzione inferiore al 5%. La Commissione ha, altresì, adottato l'algoritmo di calcolo in forma quadratica e non lineare al fine di incrementare il gradiente di penalizzazione all'aumentare del costo percentuale della manutenzione.

Per quanto riguarda la sottovoce "ingombro e peso", la ricorrente contesta che sia stato attribuito il medesimo punteggio (5 punti) sia ad essa che all'aggiudicataria.

Peraltro il medesimo punteggio è stato giustificato poiché i relativi pesi si differenziavano in misura minima di circa il 15% e, quindi, senza alcun problema alla portata del solaio, sicché non sarebbe giustificata una diversa assegnazione di punteggio.

Si deve soggiungere, infine, che tutte le ulteriori censure svolte dalla parte ricorrente al fine di contestare, sul piano della logicità, dell'adeguatezza istruttoria e della coerenza motivazionale, il giudizio espresso dalla commissione in sede di valutazioni, individuali e comparative, delle offerte e di conseguente assegnazione dei punteggi appaiono fondate esclusivamente sull'assunto che i vari componenti dell'offerta, proposti dalla stessa ricorrente, siano migliori di quelli della controinteressata in relazione a determinate caratteristiche.

In proposito il Collegio non può non rilevare che tali giudizi costituiscono espressione massima della discrezionalità tecnica, che non appare inficiata da illogicità o da indici di sviamento, come puntualmente specificato in sede di memoria dall'amministrazione con riferimento a tutti i punti oggetto di contestazione.

Quanto sopra conduce alla inammissibilità delle censure volte a sovrapporre il giudizio della ricorrente al giudizio, opinabile ma non illogico o erroneo, condotto dalla Commissione in ordine alla idoneità sostanziale del prodotto risultato aggiudicatario.

Infine, deve essere esaminata la censura relativa alle prove dimostrative delle apparecchiature, volte alla verifica della sussistenza dei requisiti tecnici di cui al Capitolato di gara, dedotta sotto due profili: l'uno relativo alla mancata verbalizzazione di detto riscontro e l'altro, formulato con memoria non notificata, che si siano svolte alla presenza di due soli componenti della Commissione. Sul punto va osservato che tale attività si presentava come meramente preparatoria volta a rilevare il corretto funzionamento delle apparecchiature e ad accertare che gli accessori e i componenti fossero solo componenti HW/SW, effettivamente inclusi nella fornitura al prezzo indicato nell'offerta economica complessiva, i cui esiti, riportati dai due componenti della Commissione, sono confluiti nella valutazione complessiva effettuata dalla Commissione composta di tutti i suoi elementi.

Ne consegue che la doglianza si palesa infondata e, in relazione al suo secondo profilo, anche inammissibile, in quanto proposta per la prima volta, come più sopra precisato, con memoria non notificata.

Alla stregua delle superiori argomentazioni, il ricorso deve essere respinto.

Stante la complessità della vicenda all'esame, può disporsi la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/11/2011