

N. 00401/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00435/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 435 del 2011, proposto da:

Zerodue Societa' Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Ranalli, con domicilio eletto presso l'avv. Lietta Calzoni in Perugia, via Bonazzi, 9;

contro

Azienda Ospedaliera di Terni, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Patrizia Becceco, con domicilio eletto presso l'avv. Donato Antonucci in Perugia, via Baglioni, 10;

nei confronti di

Consorzio Progetto Multiservizi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento, di estremi sconosciuti, con cui l'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni ha aggiudicato definitivamente il “servizio di consegna referti diagnostici / consegna carrozzine”, al Consorzio Progetto Multiservizi;

- del provvedimento, di estremi sconosciuti, con cui l'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni ha ritenuto di non escludere dalla gara indetta per l'affidamento del "servizio di consegna referti diagnostici / consegna carrozzine" il Consorzio Progetto Multiservizi e, nel contempo lo ha dichiarato aggiudicatario provvisorio del predetto servizio;
- del verbale di gara n.1 del 7.4.2011;
- del verbale di gara della Commissione Tecnica n. 1 del 14.04.2011;
- del verbale di gara della Commissione Tecnica n. 2 del 20.4.2011;
- del- verbale di gara della Commissione Tecnica n. 3 del 06.05.2011;
- di ogni altro atto presupposto e/o conseguente, comunque, inclusi, per quanto possa occorrere:
- l'atto, di estremi e contenuto sconosciuti, con cui l'Azienda Ospedaliera S. Maria ha valutato positivamente i requisiti generali e speciali del Consorzio Progetto Multiservizi;
- la lettera d'invito dell'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni, il bando ed il capitolato speciale di appalto limitatamente alla parte in cui dovessero essere interpretati nel senso di consentire l'ammissione di concorrenti anche qualora il progetto manchi della componente "carrozzine da fornire all'Azienda in comodato d'uso" e nella parte in cui sono stati determinati i criteri relativi alla componente tecnica dell'offerta;
- il contratto di affidamento "servizio di consegna referti diagnostici / consegna carrozzine" qualora stipulato;
- per l'accertamento e dichiarazione del diritto della ZERODUE Società Cooperativa Sociale di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto del « servizio di consegna referti diagnostici / consegna carrozzine», indetto dall'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni, con conseguente reintegrazione in forma specifica;
- per la dichiarazione di inefficacia del contratto (se) stipulato dall'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni, con il Consorzio Progetto Multiservizi, con

conseguente accertamento e dichiarazione del diritto della ZERODUE Società Cooperativa Sociale a subentrare nel contratto con effetti retroattivi, o, in via subordinata, dal momento del dispositivo;

- nonché, in via subordinata, per l'annullamento dell'intera procedura di gara (correlata agli atti indicati nell'epigrafe del ricorso), con condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Terni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2011 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che nella fattispecie in esame sussistono i presupposti per la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60 del cod. proc. amm., potendosi dunque fare ricorso alla sentenza in forma semplificata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente impugna il provvedimento con cui l'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni ha aggiudicato definitivamente il «servizio di consegna referti diagnostici/consegna carrozzine» al controinteressato Consorzio Progetto Multiservizi, chiedendo l'aggiudicazione dell'appalto, previa pronuncia di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, od in subordine il risarcimento del danno.

Premette che si tratta di una procedura negoziata indetta il 28 dicembre 2010, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di distribuzione dei referti medici e delle carrozzine allocate presso la portineria, ed anche la consegna in comodato d'uso gratuito di 10 carrozzine; il contratto ha

durata di tre anni, prorogabili di uno; l'importo annuo a base d'asta è fissato in euro 40.800,00.

Il criterio di aggiudicazione prescelto dall'Amministrazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendosi l'assegnazione di un punteggio di 50/100 per la parte economica e di 50/100 per la parte tecnica.

Il progetto tecnico della ricorrente è stato valutato come il migliore, ed allo stesso sono stati assegnati 47 punti su 50; al progetto tecnico del consorzio controinteressato sono stati invece assegnati punti 35,50 su 50; la Commissione giudicatrice ha però ommesso di valutare il fatto che il progetto/offerta tecnica del Consorzio Progetto Multiservizi non prevede la fornitura in comodato d'uso delle dieci carrozzine, come inequivocabilmente si evince dalla relazione illustrativa al progetto versata agli atti del procedimento di gara. Il Consorzio Progetto Multiservizi doveva dunque essere escluso dalla gara.

Al contrario, è stato ammesso alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica; la ricorrente ha offerto 39.900,00 euro, mentre la controinteressata 30.386,00 euro annui; tale offerta peraltro non tiene ovviamente conto della fornitura delle 10 carrozzine, il cui valore stimabile è di circa 8/9 mila euro.

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione della lettera d'invito e del capitolato speciale di appalto (artt. 2 e 3); violazione dei principi di imparzialità e correttezza nelle procedure di evidenza pubblica; eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria, illogicità manifesta.

L'avviso di gara prevede quale oggetto dell'affidamento il servizio di consegna dei referti diagnostici e la consegna delle carrozzine; analoga prestazione è stabilita dall'art. 2 del capitolato speciale, alla cui stregua la ditta aggiudicataria dovrà consegnare in comodato d'uso gratuito dieci

carrozzine.

Parte necessaria dell'offerta era dunque la messa a disposizione di dieci carrozzine da consegnare in comodato d'uso gratuito all'Azienda Ospedaliera, mentre l'offerta del Consorzio Progetto Multiservizi non prevede la messa a disposizione gratuita di tali carrozzine; doveva conseguentemente essere esclusa dalla gara.

2) Violazione della lettera di invito e del capitolato speciale d'appalto; violazione dei principi di imparzialità e correttezza nelle procedure di evidenza pubblica; travisamento dei fatti; difetto di motivazione e di istruttoria; eccesso di potere per irrazionalità ed illogicità dell'azione della Commissione tecnica, nella considerazione che, ove anche non si fosse voluto escludere il Consorzio, la valutazione dell'offerta del medesimo doveva necessariamente tenere conto del predetto difetto dell'offerta (mancanza della fornitura di dieci carrozzine in comodato d'uso), con la doverosa attribuzione di un punteggio ben più basso rispetto a quello degli altri partecipanti, ed in particolare rispetto a quello attribuito alla società ricorrente.

3) Violazione dei principi di congruità, proporzionalità e logicità dei criteri di valutazione nelle procedure di evidenza pubblica; difetto di motivazione.

La lettera di invito è illegittima nella misura in cui, nella formulazione dei criteri di assegnazione dei punteggi, nulla dice in ordine all'aspetto della distribuzione delle carrozzine e della fornitura in comodato d'uso delle stesse, benché tale profilo sia, ai sensi degli artt. 2 e 3 del capitolato, elemento costitutivo e valutativo del progetto stesso.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera "S. Maria" di Terni resistendo alle censure avversarie e chiedendone la reiezione.

Nella camera di consiglio del 7 dicembre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Le tre censure in cui si articola il ricorso possono essere esaminate congiuntamente in quanto tra loro connesse e complementari, incentrate come sono sull'asserita incompletezza dell'offerta aggiudicataria che non avrebbe indicato una prestazione essenziale dell'appalto, costituita dalla consegna in comodato d'uso gratuito di dieci carrozzine, sì da dover essere esclusa dalla gara, o quanto meno valutata in termini meno positivi di quanto non abbia fatto la Commissione giudicatrice.

Deduce parte ricorrente che l'appalto ha inequivocabilmente un contenuto misto, riguardando il servizio di consegna dei referti diagnostici e la consegna delle carrozzine, come si evince dall'avviso di gara, ed anche dall'art. 2 del capitolato speciale, che enuclea le caratteristiche del servizio, e sul quale parametrare il "progetto offerta", come stabilito dal successivo art. 3 dello stesso capitolato.

Allega ancora la Zerodue società cooperativa sociale che la relazione tecnica predisposta dal controinteressato Consorzio Progetto Multiservizi non contempla affatto la consegna delle carrozzine in comodato d'uso, limitandosi a stabilire, a pagina 3, che «il servizio verrà svolto presso i locali dell'azienda ospedaliera di Terni, la quale metterà a disposizione un box presso la portineria centrale. Sarà garantita la presenza giornaliera di una persona allo sportello negli orari sopra descritti, la persona addetta si occuperà della distribuzione al pubblico dei referti medici che saranno consegnati alla medesima dai vari reparti e servizi interessati, inoltre tale addetto si occuperà di consegnare su richiesta da parte dell'utente che ne avrà bisogno della distribuzione di 10 carrozzine in comodato d'uso messe a disposizione dall'azienda ospedaliera S. Maria di Terni, gli utenti potranno farne richiesta direttamente all'addetto allo sportello».

L'Azienda Ospedaliera, da parte sua, tende a marcare il profilo contenutistico del servizio oggetto di gara, evidenziando che, alla stregua di quanto disposto dall'art. 2 del capitolato, lo stesso ha ad oggetto la

distribuzione dei referti medici e delle seggiole a rotelle allocate presso la portineria centrale del presidio ospedaliero, tenendolo distinto dalla fornitura delle carrozzine; il progetto offerta riguarderebbe solamente l'illustrazione delle procedure operative del servizio, mentre la fornitura costituirebbe un'obbligazione distinta ed aggiuntiva, prevista dalla *lex specialis* (tra l'altro, l'impresa aggiudicataria ha sottoscritto in ogni sua parte il capitolato speciale), il cui inadempimento rileverebbe in fase di esecuzione del contratto e ne comporterebbe la risoluzione.

L'assunto dell'Amministrazione, ad avviso del Collegio, prova troppo, mancando un'offerta, proveniente dalla controinteressata aggiudicataria, che nel suo complesso ricomprenda la fornitura in comodato gratuito delle dieci carrozzine; ciò dicasi avuto riguardo tanto alla relazione tecnica, quanto all'offerta economica.

E' pur vero che il Consorzio Progetto Multiservizi ha sottoscritto, in tutte le pagine, il capitolato speciale, ed a tale adempimento la lettera di invito attribuisce il valore di completa ed incondizionata accettazione delle clausole in esso contenute, ma, a bene considerare, ciò equivale ad esprimere la volontà dell'offerente di eseguire le obbligazioni contrattuali nell'esatta connotazione indicata nel capitolato, oltre che di accettazione delle regole di gara (in termini Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2011, n. 3877; Sez. V, 30 gennaio 2007, n. 425).

La sottoscrizione del capitolato non comporta dunque che, in sede di formulazione dell'offerta, tale volontà sia automaticamente rispettata, a prescindere dal suo concreto contenuto, in quanto può accadere che l'offerta effettivamente presentata sia diversa da quanto previsto dal capitolato ed espressamente accettato.

Nel descritto contesto, la mancanza di un'offerta specifica e conforme alla *lex specialis* non costituisce dunque una mera carenza documentale, ma determina un'incertezza sul contenuto dell'offerta, che ne giustifica

l'esclusione anche alla stregua di quanto disposto dal nuovo e più rigoroso art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici, peraltro inapplicabile *ratione temporis*.

Proprio in ragione di carenza sostanziale, e non formale, l'offerta non può ritenersi integrabile *ex post*, in particolare attraverso la dichiarazione sostitutiva in data 28 novembre 2011 del Consorzio Progetti Multiservizi (con allegato un preventivo privo di data certa, e che, anzi, risulta trasmesso per telefax il 18 novembre 2011), atteso che si determinerebbe, quanto meno, una violazione del principio della *par condicio*.

2. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione.

L'esigenza di rinnovazione della gara impone di disattendere, allo stato, la domanda di risarcimento del danno per equivalente, risultando la società ricorrente seconda graduata, e potendo dunque legittimamente aspirare all'aggiudicazione.

Né si desume dalla documentazione versata in atti che sia intervenuta la stipulazione del contratto con il Consorzio Progetto Multiservizi, non occorrendo dunque una pronuncia di inefficacia del contratto stesso.

La peculiarità della vicenda giustifica la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione impugnato.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre 2011

con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2011

IL SEGRETARIO

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