

N. 06645/2013 REG.PROV.COLL.  
N. 02262/2013 REG.RIC.



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 n. 2262 del 2013, proposto dalla Tecnoftalmica s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Grez e Associati s.r.l. in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18,

*contro*

l'A.S.L. di Rieti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Marcone, presso il cui studio in Roma, piazza dell'Orologio, n. 7, è elettivamente domiciliata, nonché,

*nei confronti di*

Alcon Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,

*per l'annullamento*

della delibera n. 70 del 23 gennaio 2013, adottata dal Direttore generale della A.S.L. 110 di Rieti, di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento triennale della fornitura in service di kit Custom Pack per

facoemulsificazione e dei relativi sistemi multifunzionali per chirurgia oftalmica per l'esecuzione dell'intervento in cataratta presso l'UOC Oftalmologica del P.O. di Rieti, Cig 3953494E71; nonché di qualsiasi atto presupposto e consequenziale e, in particolare, il bando, il disciplinare, il capitolato, i chiarimenti resi, i verbali di gara, l'aggiudicazione provvisoria, il diniego (n. 6665 del 21 febbraio 2013) all'informativa ex art. 243 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, nonché per la condanna della A.S.L. di Rieti al risarcimento del danno e per la declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulato.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della A.S.L. di Rieti;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 2 luglio 2013 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

#### FATTO

1. Con ricorso notificato in data 1 marzo 2013 e depositato il successivo 7 marzo la Tecnoftalmica s.r.l. ha impugnato, tra gli altri, la delibera n. 70 del 23 gennaio 2013, adottata dal Direttore generale della A.S.L. di Rieti di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento triennale della fornitura in service di kit Custom Pack per facoemulsificazione e dei relativi sistemi multifunzionali per chirurgia oftalmica per l'esecuzione dell'intervento in cataratta presso l'UOC Oftalmologica del P.O. di Rieti, Cig 3953494E71.

Espone, in fatto, che l'appalto doveva essere aggiudicato con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa e che la lex specialis prevedeva

l'assegnazione di 40 punti per l'offerta economica e 60 per quella tecnica, punti, questi ultimi, divisi in 19 per il kit custom e 41 per il facoemulsificatore. Alla procedura ha partecipato, oltre ad essa, la sola Alcon Italia s.p.a., che si è aggiudicata la gara con 90,59 punti (di cui 31,59 per l'offerta economica e 59 per l'offerta tecnica, divisi in 19 per il kit custom e 40 per il facoemulsificatore). Alla ricorrente sono stati attribuiti 89 punti (di cui 40 per l'offerta economica e 49 per l'offerta tecnica, divisi in 12 per il kit custom e 37 per il facoemulsificatore). Tra le due concorrenti c'è dunque una differenza di soli 1,59 punti.

2. Avverso i predetti provvedimenti la ricorrente è insorta deducendo:

a) Violazione di legge e falsa applicazione art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006 e della lex specialis di gara – Eccesso di potere per omessa e/o carente istruttoria – Disparità di trattamento, illogicità, travisamento e perplessità.

I criteri e sottocriteri elaborati sono troppo ampi e generici nella loro formulazione e si pongono in palese violazione dell'art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006.

b) Violazione di legge e falsa applicazione art. 83, d.lgs. n. 163 del 2006 e della lex specialis di gara – Eccesso di potere per omessa e/o carente istruttoria – Disparità di trattamento, illogicità, travisamento e perplessità sotto ulteriore e diverso profilo.

In via gradata rispetto al primo motivo, la ricorrente censura che dalle scarse motivazioni rese dalla Commissione si evince che essa ha seguito criteri di valutazione sconosciuti ai concorrenti, integrati in via postuma.

c) Violazione e falsa applicazione artt. 3, l. n. 241 del 1990 e 83, d.lgs. n. 163 del 2006 e della lex specialis di gara – Eccesso di potere per omessa e/o carente istruttoria – Disparità di trattamento, illogicità, travisamento e perplessità sotto ulteriore profilo.

In via ancora subordinata rispetto ai primi due motivi, la ricorrente afferma che illegittimamente la Commissione non ha esplicitato alcunché in ordine

ai punteggi assegnati ai due concorrenti.

d) Violazione di legge e falsa applicazione artt. 3, l. n. 241 del 1990 e 83, d.lgs. n. 163 del 2006 e della lex specialis di gara – Eccesso di potere per omessa e/o carente istruttoria – Disparità di trattamento, illogicità, travisamento e perplessità sotto ulteriore profilo.

In via ancora più subordinata rispetto ai tre motivi che precedono la ricorrente afferma che la Commissione ha errato nel valutare le “caratteristiche della fluidica” (in relazione alla quale alla Alcon sono stati attribuiti 7 punti su 7 e alla Tecnoftalmica 5,5 punti su 7) e la “garanzia globale” (in relazione alla quale alla Alstom sono stati attribuiti 2 punti su 2 e alla Tecnoftalmica 1,5 punti su 2).

e) Sull’informativa ex art. 243 bis, d.lgs. n. 163 del 2006. Impugnazione della nota n. 6665 del 21 febbraio 2013 per illegittimità derivata rispetto a quanto precede.

La nota n. 6665 del 21 febbraio 2013, con la quale l’A.S.L. di Rieti ha riscontrato l’informativa resa dalla ricorrente ex art. 243 bis, d.lgs. n. 163 del 2006, è inficiata per illegittimità derivata.

3. La ricorrente ha altresì chiesto la condanna della A.S.L. di Rieti a risarcirle il danno subito in conseguenza dell’illegittima aggiudicazione, preferibilmente in forma specifica e, solo ove questa non fosse più possibile, per equivalente.

4. Si è costituita in giudizio la A.S.L. 100 di Rieti, che ha preliminarmente eccepito inammissibilità del primo motivo di ricorso sul rilievo che la lex specialis di gara avrebbe dovuto essere immediatamente impugnata; nel merito ha sostenuto l’infondatezza del ricorso.

5. La Alcon Italia s.p.a. non si è costituita in giudizio.

6. Con memorie depositate alla vigilia dell’udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

7. Con ordinanza n. 1417 del 28 marzo 2013 è stata accolta l’istanza

cautelare di sospensiva.

8. All'udienza del 2 luglio 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

## DIRITTO

1. Come esposto in narrativa la Tecnoftalmica s.r.l. impugna l'aggiudicazione definitiva alla Alcon Italia s.p.a. della procedura aperta, bandita dalla A.S.L. di Rieti per l'affidamento triennale della fornitura in service di kit Custom Pack per facoemulsificazione e dei relativi sistemi multifunzionali per chirurgia oftalmica per l'esecuzione dell'intervento in cataratta presso l'UOC Oftalmologica del P.O. di Rieti. Tale aggiudicazione è stata disposta dopo che il procedimento si era concluso con uno scarto tra le due uniche concorrenti di soli 1,59 punti, avendo ottenuto la Alcon Italia s.p.a. 90,59 punti (di cui 31,59 per l'offerta economica e 59 per l'offerta tecnica) e la ricorrente 89 punti (di cui 40 per l'offerta economica e 49 per l'offerta tecnica).

Con il primo motivo la Tecnoftalmica afferma l'illegittimità della lex specialis di gara per essere i criteri e sottocriteri elaborati troppo ampi e generici nella loro formulazione, in palese violazione dell'art. 83, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Nel costituirsi in giudizio l'Azienda sanitaria ha eccepito la tardività di tale motivo sul rilievo che il disciplinare avrebbe dovuto essere impugnato immediatamente, e non a conclusione della procedura. L'eccezione non è suscettibile di positiva valutazione, essendo noto che il bando di gara è immediatamente impugnabile solo quando contiene clausole escludenti o che impediscono la formulazione dell'offerta (Cons. St., A.P., 29 gennaio 2003, n. 1; id. 4 dicembre 1998, n. 1; id., sez. V, 15 maggio 2013, n. 2625; id., sez. III, 18 gennaio 2013, n. 293; id., sez. V, 3 agosto 2011, n. 4625; id. 14 luglio 2011, n. 4274). Ed invero, come chiarito anche dalla più recente giurisprudenza, le clausole del bando o della lettera di invito, che onerano l'interessato ad un'immediata impugnazione, sono soltanto quelle che

prescrivono in modo inequivoco requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (Cons.St., sez. V, 5 ottobre 2011, n. 5454 e 19 settembre 2011, n. 5323). Non è questo certamente il caso all'esame del Collegio atteso che le disposizioni della lex specialis di gara che individuano i criteri di valutazione dell'offerta non hanno carattere escludente, non precludendo alla ricorrente di partecipare alla gara, con la conseguenza che le stesse sono divenute lesive solo a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata. Il Collegio intende quindi confermare tale conclusione, alla luce del predetto orientamento giurisprudenziale al quale aderisce, almeno sino a che lo stesso non verrà superato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, alla quale la questione è stata rimessa dalla Sez. VI con ordinanza n. 653 dell'1 febbraio 2013.

2. Passando all'esame del merito del primo motivo, il Collegio ritiene di poter confermare la valutazione negativa dello stesso effettuata in sede cautelare.

Ha chiarito la giurisprudenza amministrativa che l'art. 83, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nello stabilire che il bando di gara, per ciascun criterio di valutazione prescelto, può prevedere, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi, ha effettuato una scelta che trova giustificazione nell'esigenza di ridurre gli spazi per gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantendo in tale modo l'imparzialità delle valutazioni a tutela della par condicio tra i concorrenti, i quali devono tutti essere messi in condizione di formulare un'offerta che consenta di concorrere effettivamente all'aggiudicazione del contratto in gara (Cons. St., sez. V, 7 gennaio 2013, n. 7; Tar Pescara 10 giugno 2013, n. 311).

Il Collegio ritiene peraltro che tale principio vada visto in relazione al tipo di gara. Nel caso in esame, avendo la procedura ad oggetto la fornitura in service di kit Custom Pack per facoemulsificazione e dei relativi sistemi multifunzionali per chirurgia oftalmica per l'esecuzione dell'intervento in cataratta, i criteri individuati dal disciplinare risultano sufficienti allo scopo perseguito dal citato comma 4 dell'art. 83, mettendo altresì in grado i concorrenti di predisporre un'offerta tecnica effettivamente rispondente alle esigenze della stazione appaltante, individuando le parti che alla stessa appaiono maggiormente importanti.

Aggiungasi che alcuni dei criteri indicati nelle due voci "Kit custom" e "Facoemulsificatore" sono divisi in sub criteri (caratteristiche dei microbisturi, caratteristiche dei camini, caratteristiche dei teli di copertura dei pazienti, ergonomia dell'apparecchiatura facoemulsificatore), mentre non lo sono quelli che già di per sé hanno un connotato di specificità.

3. Ritiene peraltro il Collegio che il maggiore o minore grado di dettaglio dei criteri e sub criteri di valutazione dell'offerta ha una sua diretta incidenza sulla possibilità di valutare le singole componenti l'offerta tecnica con il solo punteggio numerico, che integra una sufficiente motivazione a condizione che siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo (Cons. St., sez. III, 15 aprile 2013, n. 2032; sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169; sez. V, 17 gennaio 2011, n. 222; sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7266). Ove tale specificità manchi non è possibile comprendere l'iter logico seguito dall'Amministrazione nella propria valutazione tecnica e dunque le ragioni per cui una parte dell'offerta tecnica sia stata valutata in misura inferiore rispetto a quella della controinteressata.

Così, ad esempio, ponendo a raffronto la valutazione dell'offerta tecnica dell'Alcon effettuata dalla Commissione di gara il 13 settembre 2012 (verbale n. 6) e quella dell'offerta tecnica della Tecnoftalmica effettuata il

successivo 8 novembre (verbale n. 7) – entrambe evincibili solo dalle schede allegate ai rispettivi verbali, non riportando questi ultimi alcuna motivazione – non si evince perché per la voce: a) “Caratteristiche teli copertura dei tavoli” alla Alcon siano stati dati 2 punti e alla ricorrente 0,5 (con uno scarto di 1,5 punti); b) “Garanzia globale” alla Alcon siano stati dati 2 punti e alla ricorrente 1,5 (con uno scarto di 0,5 punti). In quest’ultimo caso, ad esempio, dalla documentazione versata in atti dalla ricorrente risulta – senza con questo volersi sostituire nella valutazione alla successiva attività che dovrà essere espletata – una certa differenza tra le due offerte con la conseguenza che la motivazione sarebbe stata necessaria per capire le ragioni che hanno indotto ad assegnare punteggi così vicini tra loro (2 alla Tecnoftalmica e 1,5 alla Alcon). Naturalmente l’accertata carenza di motivazione si riferisce all’intero giudizio espresso dalla Commissione, ivi compresi i casi in cui alle due concorrenti sono stati attribuiti, per le diverse voci, gli stessi punti e persino alle ipotesi in cui alla ricorrente è stato attribuito un punteggio maggiore, atteso che lo scarto di soli 1,59 punti avrebbe potuto essere colmato non solo assegnando più punti all’offerta della Tecnoftalmica ma anche assegnandone meno all’offerta della Alcon.

4. L’accoglimento del terzo motivo di ricorso, che il Collegio ha dovuto esaminare prioritariamente rispetto al secondo motivo, stante la sua stretta connessione con il primo motivo, non esime dall’esame di detto secondo motivo atteso che la sua fondatezza porterebbe al rifacimento dell’intera gara. Ed infatti con lo stesso la ricorrente ha affermato che la Commissione ha illegittimamente valutato le offerte con criteri non previsti dalla *lex specialis*.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione. Rileva infatti il Collegio che il diverso punteggio attribuito ai “manipoli di faco” e alle “caratteristiche della fluidica”, che la ricorrente richiama a dimostrazione



del vizio denunciato, non è connesso a criteri che la Commissione si sarebbe data ex post, dopo l'apertura delle offerte tecniche. E' naturale, infatti, che la diversa quantità di manipoli fatto con cui il sistema può operare incide sulla qualità del prodotto stesso, così come, in relazione alle caratteristiche della fluidica la riduzione del surge post occlusione fino al 75% e fino al 50% è espressione di una diversa prestazione resa dalla fluidica.

5. L'accoglimento del terzo motivo di ricorso, per le ragioni esplicitate sub 3, esime il Collegio dall'esame del quarto e del quinto motivo.

6. Deve essere invece respinta l'istanza di risarcimento danni, atteso che la sospensione cautelare disposta con ordinanza n. 1417 del 28 marzo 2013 ha impedito la stipula del contratto e l'esecuzione della fornitura.

7. Per le ragioni esposte sub 3 il ricorso deve essere pertanto accolto, con conseguente obbligo della Commissione di gara di rinnovare il procedimento di valutazione delle offerte, aggiungendo ai singoli punteggi numerici assegnati l'indicazione delle ragioni di ordine tecnico che ne costituiscono il supporto logico.

Tale conclusione deve ritenersi ampiamente satisfattiva dell'interesse (ancorché gradato) coltivato dalla ricorrente e comunque rispettoso dei principi enunciati e delle regole dettate dall'Adunanza plenaria con la sentenza n. 30 del 26 luglio 2012, che ha definito anche i limiti che incontrano l'intervento correttivo iussu iudicis imposto alla stazione appaltante

L'Alto consesso, con riferimento all'ipotesi di annullamento giurisdizionale dell'illegittima esclusione da una gara pubblica, ha infatti affermato che “nella gara per l'affidamento di contratti pubblici l'interesse fatto valere dal ricorrente che impugna la sua esclusione è volto a concorrere per l'aggiudicazione nella stessa gara; pertanto, anche nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in presenza del giudicato di annullamento dell'esclusione stessa sopravvenuto alla formazione della graduatoria, il

rinnovo degli atti deve consistere nella sola valutazione dell'offerta illegittimamente pretermessa, da effettuarsi ad opera della medesima commissione preposta alla procedura”.

Tale arresto sembra al Collegio potersi estendere anche all'ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per difetto di motivazione nell'assegnazione dei punteggi alle diverse componenti dell'offerta tecnica atteso che nell'uno come nell'altro caso le offerte erano state comunque già aperte e quindi rese note e il ricorrente ha l'interesse primario a concorrere alla medesima gara, soprattutto se, come nel caso in esame, sostiene che la propria offerta è superiore a quella della controinteressata. Ed invero, come osservato dall'Alto consesso la pretesa che il ricorrente fa valere, quando impugna la propria esclusione, è concorrere nella gara alla quale aveva chiesto di partecipare, ed è evidente che tale pretesa non può essere soddisfatta se non dalla comparazione della sua originaria offerta con le altre coevamente presentate. Affermare dunque che, viceversa, dopo il giudicato favorevole dovrebbe aprirsi una fase di presentazione di nuove offerte da parte sia del ricorrente che degli altri concorrenti, significa mutare l'interesse finale riconosciutogli in sede giurisdizionale in un evanescente interesse strumentale (così l'adunanza plenaria citata) alla partecipazione ad una gara sostanzialmente nuova. D'altro canto la riapertura della fase di presentazione delle offerte comporta essa stessa un'alterazione del canone della concorrenza, perché le nuove proposte sarebbero formulate da concorrenti che sono già a conoscenza o che possono aver conosciuto almeno nei tratti essenziali le originarie offerte degli altri partecipanti alla gara, giusta i meccanismi di pubblicizzazione previsti dall'art. 120, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207. Sussiste quindi in tale situazione il ben fondato rischio che le nuove proposte siano il frutto non di scelte di carattere meramente imprenditoriale, come le regole del mercato vogliono, ma anche di raffronti con le altre precedenti offerte e che,

pertanto, siano volte all'ottenimento dell'aggiudicazione anche a scapito del loro complessivo equilibrio economico.

8. Il ricorso deve pertanto essere accolto nei termini di cui in motivazione, ma le spese e gli onorari di giudizio possono essere integralmente compensati fra le parti costituite in considerazione della complessità della vicenda contenziosa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/07/2013

IL SEGRETARIO

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