

N. 05127/2013REG.PROV.COLL.
N. 04735/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4735 del 2013, proposto da:

Azienda Unita' Locale Socio Sanitaria n. 9 della Regione Veneto,
rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Garofalo, con domicilio eletto presso
lo stesso in Roma, via Tacito, 41;

contro

Savorelli srl, rappresentata e difesa dagli avv. Annamaria Tassetto, Franco
Zambelli e Mario Ettore Verino, con domicilio eletto presso quest'ultimo
in Roma, via Barnaba Tortolini n. 13;

nei confronti di

Kodak spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA- SEZIONE I n.
00351/2013, resa tra le parti, concernente fornitura pellicole radiografiche e
prodotti chimici per sviluppo e fissaggio e per il noleggio di attrezzature
per il trattamento e la stampa

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Savorelli srl e dell' A.U.L.S.S. n.9 della Regione Veneto;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2013 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Bernardi su delega dell' avv. Garofalo, Verino e Zambelli;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 9 della Regione Veneto, con deliberazione n. 241 del 3 febbraio 2000, ha aggiudicato in via definitiva alla Kodak s.p.a., con sede in Cinisello Balsamo (MI), la fornitura di pellicole radiografiche e prodotti chimici per sviluppo e fissaggio e per il noleggio di attrezzature per il trattamento e la stampa, per la durata di 4 anni e un corrispettivo presunto di lire 1.940.000.000 annui, a conclusione di procedura aperta, indetta con deliberazione n. 1477 del 10 giugno 1999 e basata sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2. L'A.U.S.L. comunicava, con nota n. 7391 dell'11 febbraio 2000, l'esito della procedura alla Savorelli s.p.a., con sede in Preganziol (TV), seconda classificata, che proponeva impugnativa degli atti di gara presso il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto deducendo vari profili di illegittimità.

Il T.A.R., con sentenza della I Sezione n. 351 del 17 gennaio 2013 depositata il 6 marzo 2013, ha accolto il ricorso ritenendo fondato e assorbente il primo motivo dedotto relativamente all'esatto contenuto dell'offerta tecnica presentata dalla Kodak.

La relazione tecnica allegata a detta proposta in effetti indicava, alla voce "assistenza tecnica", in 12 ore il tempo di intervento in caso di necessità manutentive delle apparecchiature, mentre nella scheda tecnica era previsto

il tempo di 4 ore dalla chiamata.

La Stazione appellante riteneva quindi con nota n. 1985 del 22 dicembre 1999, di chiedere una precisazione alla Fuji Medical Systems Italia nonché alla KODAK, che, con lettera del 24 dicembre 1999, dichiarava il tempo di intervento in 4 ore, e successivamente sempre la Commissione assegnava a quel titolo alla Kodak punti 6 (sei) e alla Savorelli, che aveva indicato il tempo di 8 ore, punti 3 (tre), così pervenendo all'aggiudicazione della fornitura alla Kodak con uno scarto di 0,43 punti.

Il giudice di prime cure ha ritenuto che la precisazione richiesta dalla Commissione, per di più a buste aperte e con offerte già note, ha conseguito in concreto una vera e propria nuova offerta sostitutiva di quella originaria testimoniata e certificata sul punto nella sola relazione tecnica, per cui la conseguente diversa attribuzione del punteggio avrebbe determinato l'assegnazione della fornitura alla Savorelli.

Non essendo possibile il risarcimento in forma specifica, essendosi ormai esaurita la prestazione contrattuale, è stato disposto, riconosciuta la colpa della stazione appaltante, il risarcimento per equivalente – quantificato nel 3% dell'offerta annua per i 4 anni e 90 giorni di proroga previsti dal bando, con esclusione della proroga effettuata per altri tre anni in quanto non specificatamente contestata – più lo 0,50 quale danno curricolare comprensivo di quello all'immagine oltre a interessi e rivalutazione monetaria.

Parte resistente è stata condannata al pagamento delle spese di lite e alla restituzione del contributo unificato corrisposto dalla ricorrente.

3. L'A.U.L.S.S. n. 9 della Regione Veneto, con atto notificato l'11 giugno 2013 e depositato il 20 giugno 2013, ha interposto appello, con domanda di sospensiva, a sostegno della legittimità dell'operato della Commissione e dell'Amministrazione.

In via preliminare si deduce l'inammissibilità del ricorso di primo grado, già

proposta e non esaminata dal T.A.R., ai sensi degli articoli 112 c.p.c., 30 e 124 c.p.a., posto che l'unico interesse da far valere riguardava, a distanza di quasi 13 anni, il solo risarcimento del danno per equivalente, ma la Savorelli avrebbe concorso a provocare il pregiudizio lamentato non coltivando per ben 9 anni il ricorso, senza presentare neanche istanza di sospensiva o di prelievo e attivandosi solo dopo cinque anni dalla conclusione dell'appalto.

La richiesta risarcitoria per di più non era supportata, come richiesto dall'art. 124 c.p.a., da rigorosi e puntuali dati probatori né potevano in alcun modo ravvisarsi la colpa dell'Amministrazione né il nesso di causalità, potendosi semmai ipotizzare anche l' "errore scusabile"; non spettavano gli interessi compensativi sulla somma via via rivalutata e non provata, mentre il ristoro del "danno di immagine e curricolare" era stata proposto tardivamente con memoria del 21 dicembre 2012 ed era riferita a credito ormai prescritto.

Quanto al merito, la richiesta di precisazione costituiva in concreto, in sintonia con la normativa e la giurisprudenza in materia, un "chiarimento" di un dato già esistente in atti, e cioè di 4 h per intervento nella scheda sottoscritta dal legale rappresentante della Kodak e allegata nella busta, come prescritto dall'art. 14 del capitolato, alla relazione tecnica, che ad essa faceva riferimento così costituendo un *unicum*, e che invece prevedeva il termine di 12 ore..

Quindi nessuna modifica dell'offerta né violazione della *par condicio*, e comunque mancava la cd. "prova" di resistenza, desumibile anche dal giudice, non essendo scontata la richiesta attribuzione di un punteggio proporzionale diverso da quello già assegnato dalla Commissione con conseguente collocazione al primo posto della Savorelli, potendo la Commissione, discrezionalmente, riformulare il punteggio già riconosciuto e, in ipotesi, confermare la fornitura alla Kodak che, in ogni caso, secondo il ricalcolo dei punteggi effettuati dall'Azienda, avrebbe conseguito il

punteggio maggiore.

Le offerte tecniche erano state aperte ed esaminate in seduta riservata, come da art. 14 capitolato, per cui nessuna concorrente, e nemmeno la Kodak, poteva essere a conoscenza delle determinazioni della Commissione, che invece sono state esternate solo nella successiva seduta pubblica del 20 gennaio 2000, dopo aver prima acquisito il chiarimento della Kodak stessa.

Quanto alla contestata “riservatezza” della seduta si replica richiamandosi alla previsione del capitolato, che per l'appunto non imponeva tale prescrizione, alla giurisprudenza di questo Consesso (in particolare Adunanze Plenarie n. 8 e 16/2013) e alla modifica, introdotta con l'art. 12 del D.L. n. 52/2012 convertito in legge n. 94/2012, degli artt. 120, c. 2, e 283, c. 2, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, che escludono tale modalità per le procedure già chiuse o pendenti al 9 maggio 2012, di entrata in vigore della nuova normativa.

Richiama poi al riguardo le deduzioni già prodotte in primo grado circa le censure sollevate dalla Savorelli e assorbite dal T.A.R., sostenendo che i subcriteri, asseritamente stabiliti dopo l'apertura delle buste, consistevano in mere sottoclassificazioni e specificazioni dei criteri già fissati nella *lex specialis*, e che i giudizi numerici, come da riepilogo in tabelle analitiche, erano da ritenersi così sufficientemente motivati e insindacabili in quanto frutto di valutazioni tecnico-discrezionali.

In ogni caso, anche a voler recepire le doglianze relative a detti punteggi, il punteggio finale non sarebbe cambiato.

Priva di pregio era infine la lamentela circa la sottovalutazione della “territorialità” del servizio non corrispondente agli atti, posto che la Kodak ha dichiarato la disponibilità di tecnici dislocati anche nel Veneto.

Infine, la condanna alle spese era semmai da estendersi anche alla Kodak, pur'essa resistente.

L'Azienda, con memorie depositate il 31 dicembre 2012, 17 e 23 settembre 2013, ha ribadito argomentatamente i motivi dell'appello e replicato alle deduzioni della Savorelli.

4. La Savorelli s.p.a. si è costituita con memoria depositata il 19 luglio 2013, a sostegno della legittimità della sentenza impugnata.

Contesta l'eccezione di inammissibilità riferendo circa la presentazione di tre istanze di fissazione di udienza (2000 e 2010) e più domande di prelievo (2006 e 2009) e non ricorrendo alla domanda sospensiva per scelta processuale; sottolinea la tempestività della richiesta di risarcimento anche ai sensi dell'art. 30 c.p.a..

La istanza risarcitoria era idoneamente motivata e riconosciuta in misura addirittura inferiore alle aspettative, tenuto conto del comportamento della P.A. che ha consentito il servizio per oltre 7 anni senza indire altre gare.

Nel merito ripropone i motivi di primo grado, ed anche quelli assorbiti dal T.A.R..

Sostiene che la prova di resistenza, evidenziata in secondo grado, depone comunque a proprio favore, tenuto conto anche dello scarto finale (0,43) fra le due offerte, e censura nuovamente l'apertura e l'esame delle offerte tecniche in seduta riservata in violazione anche dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 16/2011 e la elaborazione dei sottocriteri di valutazione nella stessa sede.

Riproduce le censure relative alle tabelle riassuntive che non esplicitano come siano stati attribuiti i diversi punteggi relativi alla produttività e alle dimensioni della sviluppatrice nonché all'umidificatore interno alle macchine fornite, sopravvalutando inspiegabilmente i macchinari offerti dalla Kodak.

Infine, non sarebbe stata correttamente valutata la "territorialità" del servizio, asseritamente prescritta e garantita dalla Savorelli e non dalla Kodak.

5. La causa, rinviata all'esame di merito nella camera di consiglio del 12 luglio 2013, all'udienza pubblica del 3 ottobre 2013, è stata trattenuta in decisione.

6. L'appello è fondato, potendosi così prescindere dai profili di ammissibilità dedotti dalle parti, e di conseguenza la sentenza impugnata va riformata.

Nella fattispecie il T.A.R., nell'esaminare il ricorso proposto dalla Savorelli s.p.a., ha ritenuto meritevole di accoglimento, con assorbimento delle altre censure dedotte, il primo motivo con cui, di contrario avviso alla stazione appaltante, si sosteneva l'illegittimità dell'aggiudicazione della fornitura alla Kodak per avere la Commissione richiesto una "precisazione" circa i tempi di intervento, indicati nella relazione tecnica in 12 h e nella scheda allegata in 4 h.

I giudici di prime cure hanno infatti condiviso l'assunto secondo cui tale richiesta integrava l'ipotesi della modifica dell'offerta in corso di procedura dovendosi invece far riferimento alla sola relazione tecnica.

La conseguente riattribuzione dei punteggi avrebbe quindi determinato l'assegnazione della fornitura alla Savorelli, con connesso doveroso risarcimento del danno per equivalente, essendo da tempo ormai terminato l'appalto.

Ciò stante, occorre in via preliminare stabilire in concreto, ai fini del decidere, la valenza da attribuire alla nota dell' A.U.L.S.S. n. 9 n. 1985 del 22 dicembre 1999, con cui si chiedeva alla Kodak la precisazione sui tempi di intervento.

La Sezione è ben a conoscenza della numerosa giurisprudenza, anche di questo Collegio, sui confini e sul contenuto del cd. "soccorso istruttorio" e che, in tema di appalti pubblici, ha ormai affermato, nel ribadire l'ottemperanza dei principi da una parte della *par condicio* fra i concorrenti e dall'altra della massima partecipazione, ai fini della migliore scelta e

dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la distinzione ben netta fra attività di mera integrazione o di specificazione di dichiarazioni, già rese in sede di gara, rispetto alla differente ipotesi della introduzione di elementi o fatti nuovi, successivamente alla data di scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

Soltanto quest'ultima attività deve ritenersi assolutamente non consentita, in quanto contraria alla fondamentale regola della *par condicio competitorum*, per cui l'integrazione documentale non è ammessa laddove essa sopravvenga a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza dell'offerta presentata dalla concorrente, consentendole di “aggiustare” il tiro e di modificare *in itinere* la propria partecipazione alla gara in danno delle altre concorrenti, ma non nel senso che sia inibito alla stazione appaltante richiedere o alla concorrente provare, anche con integrazioni documentali, che la propria offerta fosse, sin dal principio e nella realtà effettuale, conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis* e che tale non apparisse per la presenza di un mero vizio formale o di un errore materiale.

L'integrazione documentale, in altri termini, non intende supplire ad un'offerta originariamente carente e dunque inammissibile, ma tende a non far escludere un'offerta che *ab initio* avrebbe dovuto essere ammessa, se non vi fosse stato il *lapsus calami*.

Per contro, laddove si tratti di esplicitare o di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto agli atti di gara, l'attività di integrazione non soltanto è consentita ma la stessa risulta dovuta, nel senso che la stazione appaltante è tenuta, in omaggio al principio di leale collaborazione codificato all'art. 46 del Codice dei contratti pubblici, a richiedere o a consentire la suddetta integrazione, in modo da rendere conforme l'offerta, anche in relazione al materiale documentale di corredo, a quanto richiesto dalla disciplina di gara (cfr., ex multis, III n. 4039 e 4370/2013 e V n. 1122/2013).

Orbene, a ben leggere gli atti, la citata nota dell'Amministrazione, che peraltro ha rivolto richiesta di chiarimenti ben più pregnanti anche alla Fuji Medical Systems Italia, può essere ricondotta nella mera integrazione o specificazione di dichiarazioni già rese in sede di gara.

In verità la stazione appaltante ha inteso “chiarire”, fra le due indicazioni contenute nell'offerta tecnica, una nella relazione tecnica e l'altra nella scheda tecnica sottoscritta dal legale rappresentante pro-tempore della Kodak e allegata ai sensi dell'art. 14 del capitolato, quale fosse quella esatta, e la Società ha formalmente confermato il dato relativo alle 4 h di intervento con la lettera del 24 dicembre 1999.

Ad avviso della Sezione quindi non ricorre l'ipotesi di modifica o rettifica dell'originaria offerta, bensì, in omaggio al principio della leale collaborazione ex art. 46 Codice Contratti, di “precisazione” e “chiarimento” relativamente a dato già in atti e che occorreva comunque accertare.

7. In considerazione della valenza pregiudiziale connessa alla fondatezza del motivo *de quo* l'appello sul punto va accolto con conseguente riforma della sentenza impugnata e quindi il rigetto del ricorso in primo grado e della istanza risarcitoria, che non ha più ragion d'essere.

Si soggiunge per completezza che anche l'assegnazione della fornitura che, secondo il T.A.R., sarebbe spettata alla Savorelli si fonda sull'assunto, invero indimostrato, che la conseguente diversa attribuzione dei punteggi al titolo predetto avrebbe conseguito d'obbligo l'aggiudicazione per l'appunto alla Savorelli, ma il giudice di prime cure ha così posto in essere una vera e propria “sostituzione” in valutazioni e determinazioni che semmai andavano restituite alla competenza della Commissione di gara.

In effetti, proprio le argomentazioni svolte dalle parti in merito alla cd. “prova di resistenza”, asseritamente a loro rispettivo favore, inducono il giudice a disattendere la asserita automaticità dell'attribuzione di un nuovo

punteggio sui tempi di intervento nella misura proporzionale sostenuta dal T.A.R., potendo invece la Commissione, nella sua valutazione discrezionale, rimodulare i punteggi così determinando l'aggiudicazione all'una o all'altra concorrente.

8. All'infondatezza del primo motivo del ricorso di primo grado consegue l'esame delle censure assorbite dal T.A.R. e, ad avviso del Collegio, anch'esse prive di pregio.

In primo luogo non si ritiene fondata la contestazione circa l'apertura delle offerte tecniche in seduta "riservata", posto che il capitolato non prevedeva esplicitamente la seduta "pubblica" per tale operazione e che, in ogni caso, l'obbligo di tale modalità poteva esigersi solo a datare del 9 maggio 2012, di entrata in vigore delle suindicate modifiche normative e come sostenuto da questa Adunanza Plenaria con decisioni n. 8 e 16/2013, e va evidenziato che nella fattispecie la procedura si era conclusa ben prima.

I subcriteri di valutazione stabiliti dalla Commissione costituivano invero, come asserito dalla Amministrazione, mere specifiche e distinzioni tecniche per "fotografare" e quindi ponderare al meglio la documentazione tecnica connessa alla fornitura proposta, sempre nel contesto dei criteri già dettagliati nell'art. 14 della disciplina di gara.

Le lamentele rivolte avverso singoli punteggi attribuiti solo numericamente nonché riguardo alle valutazioni relative alle sviluppatrici e degli umidificatori non trovano supporto negli atti, che invece testimoniano l'adeguatezza e l'articolazione delle specifiche determinazioni assunte dalla Commissione, e in effetti le argomentazioni della Savorelli sono volte a sostituire *tout court* le singole valutazioni della Commissione stessa che, in quanto di natura tecnico-discrezionali, risultano immuni da vizi di evidente illogicità e irrazionalità, anche per quanto concerne l'asserita sottovalutazione della "territorialità" del servizio.

9.1. In conclusione, per le considerazioni che precedono l'appello va accolto

e, per l'effetto, la sentenza impugnata va riformata con il conseguente rigetto del ricorso in primo grado e della connessa istanza risarcitoria.

9.2. Quanto alle spese di giudizio, è ben vero che il T.A.R. ha disposto la condanna alle spese del primo grado a carico della “parte resistente”, individuandola implicitamente nell' A.U.L.S.S. n. 9 e non anche nella Kodak pure costituitasi, ma la Sezione, tenuto conto della complessità della fattispecie e del tempo trascorso, ritiene di disporre la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio, rimanendo a carico della Savorelli – e non della A.U.L.S.S.- il contributo unificato già corrisposto.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese dei due gradi compensate. .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/10/2013

IL SEGRETARIO

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