

Publicato il 15/04/2022

N. 00513/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00144/2022 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 144 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Lav.I.T società coop. di produzione e lavoro in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Carlo Tangari, con domicili digitali come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda sanitaria locale di Barletta-Andria-Trani, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Scarpellini Camilli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Puglia Medical s.r.l., mandataria della costituenda a.t.i., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Danilo Piscopo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Servizi Ospedalieri s.p.a., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della deliberazione del Commissario straordinario dell'ASL BT n. 2252 del 29.12.2021, comunicata a mezzo pec in data 3.1.2022, di aggiudicazione in favore della controinteressata costituenda a.t.i. tra Puglia Medical s.r.l. e Servizi Ospedalieri s.p.a. della *“procedura aperta telematica per la fornitura in noleggio di materassi antidecubito, con relativo software di gestione, per il fabbisogno di PP.OO. della ASL BT”*;

- nonché degli atti istruttori ivi richiamati e di tutti i verbali di gara e, in particolare, di quelli n. 1 del 3.6.2021, n. 2 del 15.6.2021, n. 3 del 21.6.2021, n. 4 dell'8.9.2021, n. 5 del 3.11.2021, n. 6 del 7.12.2021 e n. 7 del 14.12.2021 approvati con il predetto provvedimento e di ogni altro eventuale verbale, nei limiti di interesse, oltre che delle note prot. n. 4959 del 20.1.2022, n. 2821 del 13.1.2022, n. 4275 del 18.1.2022, recanti diniego parziale di accesso all'offerta tecnica della predetta a.t.i.;

- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, se e in quanto stipulato, nelle more del giudizio, tra l'Amministrazione resistente e l'a.t.i. controinteressata;

- nonché per l'accertamento, *ex art. 116, comma 2, c.p.a.* dell'illegittimità del diniego parziale della stazione appaltante sulle istanze di accesso formulate dalla ricorrente.

Sui motivi aggiunti presentati da Lav.I.T. società cooperativa di produzione e lavoro il 14.3.2022:

- della nota prot. n. 13361 del 18.2.2022 del presidente della Commissione giudicatrice (direttore unità di medicina interna dell'Ospedale di Barletta) recante *“relazione osservazioni gara materassi anti-decubito ASL BT”*;

- nonché, anche per i motivi di seguito specificati, emersi alla luce dell'acquisizione di copia integrale dell'offerta dell'a.t.i. controinteressata, oltre che per tutti quelli già dedotti con il ricorso introduttivo, della deliberazione del Commissario straordinario di aggiudicazione della fornitura *de qua*; nonché degli atti istruttori e connessi e di tutti i verbali di gara come già richiamati con ricorso principale.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Puglia Medical s.r.l., mandataria della costituenda a.t.i., e dell'Azienda sanitaria locale di Barletta-Andria-Trani;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2022 il dott. Lorenzo Ieva e uditi per le parti i difensori gli avvocati Gennaro Rocco Notarnicola e Calo Tangari, per la ricorrente, l'avv. Andrea Scarpellini Camilli, per l'Azienda sanitaria, e l'avv. Danilo Piscopo, per la controinteressata;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso depositato come previsto in rito, l'istante cooperativa impugnava l'aggiudicazione disposta con delibera n. 2252 del 29.12.2021 (comunicata il 3.1.2022) a favore della controinteressata costituenda associazione temporanea d'impresa (a.t.i.), con mandataria Puglia Medical s.r.l., della *"procedura aperta telematica per la fornitura in noleggio di materassi antidecubito, con relativo software di gestione, per il fabbisogno di PP.OO. della ASL BT"*, per un importo a base d'asta pari a €. 2.119.920,00.

In fatto, va rilevato che il criterio di aggiudicazione veniva individuato dalla *lex specialis* di gara in quello del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, sulla scorta dei seguenti parametri: - offerta tecnica: punteggio massimo di n. 70 punti (con soglia di c.d. sbarramento pari al punteggio di n. 42 punti su n. 70); - offerta economica: punteggio massimo di n. 30 punti.

Al termine della valutazione effettuata dalla Commissione giudicatrice, in seduta riservata, in data 3.11.2021, la stessa Commissione, in successiva seduta pubblica e con modalità telematica "da remoto", procedeva a dare lettura dei punteggi attribuiti *"all'unanimità"* alle offerte tecniche dei concorrenti, come da verbale di gara n. 5.

La ricorrente LAV.I.T. conseguiva un punteggio totale di n. 65 punti, superiore a quello di tutti gli altri concorrenti. L'a.t.i. controinteressata con capogruppo Puglia Medical s.r.l. otteneva, invece, un punteggio totale di n. 46 punti (con dunque n. 9 punti di scarto).

Nel corso della predetta seduta pubblica del 3.11.2021, l'a.t.i. contestava la valutazione della propria offerta (cfr. verbale n. 6 del 7.12.2021). Indi, con successiva propria lettera dell'8.11.2021 (acquisita al prot. n. 75910 del 9.11.2021), la a.t.i. formulava una serie di "osservazioni" sulla propria offerta e ribadiva di non condividere il giudizio di merito espresso dalla Commissione giudicatrice.

In data 7.12.2021, la Commissione si riuniva in seduta riservata per l'esame di tali osservazioni e, in accoglimento di queste ultime, procedeva alla rideterminazione *ex post* del punteggio già assegnato all'a.t.i. con capogruppo Puglia Medical s.r.l. in relazione al parametro concernente le "caratteristiche tecniche" dei materassi antidecubito (sia ad alto che a medio/basso rischio), elevandolo da n. 21 a n. 30 punti, ossia di ben n. 9 punti.

Ne conseguiva l'incremento del punteggio complessivo ottenuto dalla stessa a.t.i. a n. 55 punti, da quello originario di n. 46, peraltro già reso noto in precedenza.

Nella successiva seduta di gara del 14.12.2021, veniva data lettura dei nuovi punteggi assegnati alle *offerte tecniche* dei concorrenti in gara. Indi, aveva luogo l'apertura delle *offerte economiche* con l'assegnazione dei punteggi – fra gli altri – di n. 19,16 alla cooperativa LAV.I.T. e n. 30,00 alla succitata costituenda a.t.i., per aver questa offerto il prezzo più conveniente.

Quest'ultima, quindi, all'esito della valutazione comparativa delle offerte e alla riparametrazione dei punteggi, si classificava, a seguito del rinnovato giudizio, al primo posto della graduatoria con il punteggio complessivo di n. 89,23 (pari, appunto, alla somma di n. 59,23 punti per l'offerta tecnica e di n. 30,00 per quella economica) davanti all'odierna deducente LAV.I.T. che conseguiva punti n. 89,16 (n. 70,00 per il progetto più n. 19,16 per il prezzo indicato).

Il nuovo divario di punteggio finale tra le offerte delle predette concorrenti risultava, dunque, pari ad appena n. 0,07 punti, questa volta a favore dell'a.t.i. con Puglia Medical s.r.l. mandataria.

Seguiva, l'aggiudicazione all'a.t.i. controinteressata, oggetto d'impugnazione.

In diritto, la ricorrente proponeva cinque censure considerabili unitariamente per identità di *ratio*, contestandosi nella sostanza la possibilità da parte della Commissione di gara di poter rideterminare i punteggi dell'offerta tecnica, dopo averli resi pubblici, senza peraltro alcuna espressa motivazione, ma semplicemente riassegnando i precedenti punteggi numerici già attribuiti, evidenziando una simile modalità di procedere l'inattendibilità complessiva dell'operato della predetta Commissione e della stessa amministrazione.

In particolare, venivano dedotte la violazione degli artt. 3 e 97 Cost., dell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50 del 2016, la violazione degli artt. 15, 17.1 e 17.2 del disciplinare di gara, la violazione dell'art. 3, l. n. 241 del 1990, la violazione dei principi di trasparenza, imparzialità e *par condicio* dei concorrenti, la violazione dell'obbligo di verbalizzazione della seduta della Commissione, nonché l'eccesso di potere per carenza di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità, contraddittorietà ed erronea presupposizione, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, lo sviamento di potere.

2.- Si costituivano, anche con deposito di documenti, il giorno antecedente la camera di consiglio per l'esame delle richieste misure cautelari, sia la società controinteressata sia l'Azienda sanitaria, in particolare insistendo l'aggiudicataria sulla non accessibilità della propria offerta tecnica.

3.- Indi, a seguito di ampia discussione, all'esito della camera di consiglio del 22.2.2022, il Collegio disponeva l'acquisizione dell'offerta tecnica dell'a.t.i. controinteressata e, sospesi gli atti gravati in via interinale, fissava successiva camera di consiglio per la decisione sulla domanda cautelare.

4.- Seguiva la proposizione di motivi aggiunti, con i quali veniva segnatamente gravata la nota prot. n. 13361 del 18.2.2022, a firma del presidente della Commissione giudicatrice, recante "*relazione osservazioni gara materassi anti-*

decubito ASL BT”, che però riporta data successiva all’impugnata delibera di aggiudicazione, nonché venivano calibrate le censure poste, sulla base dell’acquisizione della copia integrale dell’offerta della costituenda a.t.i. controinteressata.

5.- Depositati ulteriori documenti e scambiate memorie conclusionali, alla successiva camera di consiglio del 22.3.2022, dopo breve discussione, la causa veniva trattenuta per la decisione con sentenza in forma semplificata.

6.- Il ricorso e i motivi aggiunti sono fondati.

Emerge dalla piana lettura della delibera di aggiudicazione, come anche dai verbali di gara, che la valutazione tecnico-discrezionale esperita dalla Commissione giudicatrice in ordine al pregio delle offerte tecniche, con particolare riguardo alle offerte della ricorrente e dell’aggiudicataria, siano state un primo tempo espresse, contrassegnando per un maggior valore di ben n. 9 punti l’offerta della ricorrente. Poi, dopo aver reso pubblica la valutazione, in secondo tempo, la Commissione, sempre formata dagli stessi componenti, ha rivalutato il pregio dell’offerta tecnica dell’a.t.i. controinteressata, in modo tale da riuscire a far “recuperare” siffatto divario, guadagnando l’operatore economico offerente, arrivato in prima battuta in seconda posizione, la prima posizione, con uno scarto di soli 0,07 punti.

Tuttavia, nella lettura del deliberato di aggiudicazione non v’è traccia della motivazione espressa, tal da rendere nota quali siano le circostanze o gli apprezzamenti, che abbiano indotto la Commissione ad un simile mutamento di giudizio; non v’è traccia di alcuna motivazione neanche nel verbale della seduta della Commissione, in cui si è proceduto a rideterminare i punteggi.

Emerge però che sono stati rideterminati i valori numerici attribuiti a ben n. 8 punti-criteri, già oggetto di precedente valutazione, con un incremento del punteggio finale pari a ben n. 9 punti.

Nel dettaglio, la Commissione ha provveduto a rideterminare i punteggi nel modo che segue:

A.- Materassi antidecubito alto rischio: modalità di funzionamento: punti 4 in luogo di 2; funzione trasporto: punti 2 in luogo di 1; sistema “CPR” (tempo di sgonfiaggio in secondi): punti 2 in luogo di 1; caratteristiche migliorative: punti 4 in luogo di 3.

B- Materassi antidecubito medio/basso rischio: modalità di funzionamento: punti 3 in luogo di 2; funzione trasporto: punti 2 in luogo di 1; gestione procedure *nursing*: punti 2 in luogo di 1; caratteristiche migliorative: punti 4 in luogo dei 3 originari.

Quanto invece alle formulate “opposizioni” espresse dall’a.t.i. controinteressata, non se ne comprende bene il contenuto. In realtà, esse paiono in parte “generiche doglianze” e in altra parte “contrapposte valutazioni” di parte, meramente riproduttive dell’offerta formulata e già valutata dalla Commissione, in prima istanza.

Imperscrutabile appare pure il senso concreto della nota – postuma all’esito della gara e, pertanto, censurata con i proposti motivi aggiunti – a firma del solo Presidente della commissione. Difatti, non già il collegio della commissione, bensì quest’ultimo in via monocratica ha tentato di dar conto della rivalutazione discrezionale, effettuata dal collegio perfetto della Commissione (Cons. St., sez. III, 18 maggio 2021 n. 3847), qualificando erroneo il precedente apprezzamento e quindi sostenendo che nei beni offerti dall’offerente rivalutato sussista comunque la conformità alle caratteristiche da bando.

Una simile nota però non è idonea ad integrare l’operato della Commissione, nella misura in cui proviene dal solo Presidente e non già dall’organo collegiale e per di più è successiva alla chiusura dei lavori della stessa e financo all’aggiudicazione finale. Per cui, trattasi di un documento interno, predisposto in funzione della difesa in giudizio, che non può valere né come etero-integrazione della motivazione, comunque non consentibile, né è utile a sanare alcun vizio procedimentale o sostanziale.

Dirimente ogni questione, è la considerazione di fondo per cui la corretta applicazione dei principi di imparzialità, di trasparenza e di *par condicio* per gli operatori economici, partecipanti ad una gara, comporta che l'apprezzamento qualitativo delle offerte formulate – che viene effettuato non a caso in apposita seduta riservata, proprio per consentire il libero confronto dialogico tra i componenti della commissione, franco da condizionamenti esterni – una volta cristallizzato in un verbale fide-facente e datane pubblicità all'esterno e, quindi, fuoriuscito dall'ambito riservato, assume carattere di stabilità e definitività.

Un simile giudizio tecnico-discrezionale non può esser contestato in via procedimentale, ad opera degli stessi operatori economici, che non accettino il giudizio formulato e che quindi sovrappongano proprie valutazioni di parte opinabili.

Né per espresso disposto normativo (art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50) è predicabile alcuna forma di soccorso istruttorio o procedimentale sull'offerta tecnica, nel caso di specie più che altro una sorta di auto-soccorso. Né peraltro, nel caso in esame, viene neppure in evidenza una fattispecie di rettifica di mero errore evidente e riconoscibile (Cons. St., sez. V, 27 marzo 2020 n. 2146; Corte giust. U.E., sez. VIII, 10 maggio 2017, causa C-131/2016).

Né ad ogni modo è possibile attivare alcuna forma di dialogo infra-procedimentale su ritenuti necessari chiarimenti, dopo che la Commissione si sia espressa, potendo i chiarimenti delle parti esser formulati da questi o richiesti dalla Commissione solo prima dell'esperimento della valutazione delle offerte e non già dopo, onde evitare di elidere *ab imis* qualsivoglia attentato al cruciale principio della *par condicio*.

Ma nel caso di specie – in concreto – non v'è alcun soccorso istruttorio, alcuna mera rettifica, alcun chiarimento fornito o richiesto, bensì una pura rideterminazione dei giudizi già espressi e resi pubblici nelle forme previste, su mera rimostranza del concorrente graduato in seconda posizione.

Non è infine neanche possibile pensare all'attivazione *ex officio* di una qualche forma di autotutela (invero alquanto atipica), non sussistendone affatto, nel caso concreto, i presupposti della necessità di rimozione di alcun'illegittimità (o dell'esercizio dello *jus poenitendi*), né alcun specifico interesse qualificato, né alcuna ragione, neppure sinteticamente motivata, per provvedervi.

A ben vedere, il giudizio che formula una Commissione giudicatrice, una volta esternato, è nella sua intrinseca essenza intangibile. Può esser contestato, se ve ne siano i presupposti, con i consueti rimedi previsti dall'ordinamento, ossia per lo più a mezzo della proposizione di un ricorso giurisdizionale. Ma, non può ritenersi che esso sia nella disponibilità della Commissione, tal da consentirle *ad libitum* la possibilità, in ogni tempo, di poterla cambiare, frustrando in tal modo la stessa attendibilità del giudizio dato.

Non può esser un tale giudizio finale modificato ogni qual volta alcuno degli offerenti si dolga della valutazione ricevuta, perché qualora si ammettesse che il giudizio una volta formalizzato all'esterno sia poi liberamente contestabile da ciascun partecipante alla gara, questo potrebbe in ipotesi mutare ogni volta, ad ogni altra diversa contestazione, non riuscendo mai a trovare una sua stabilità.

Né può ritenersi che il giudizio finale debba trovare condivisione o accettazione da parte dei soggetti, le cui offerte tecniche od economiche siano state valutate. Nel caso di specie, v'è una procedura di gara competitiva, i cui stadi fondamentali sono scolpiti dalla legge, dal bando, dal disciplinare e dal capitolato tecnico e l'unico organo deputato ad esprimere la valutazione (riservata) e poi a palesare il giudizio (pubblico) è la Commissione esaminatrice.

La "regolamentazione" di qualsiasi procedimento di evidenza pubblica prevede, ad un certo punto, che la Commissione giudicatrice renda noto il giudizio sulle offerte presentate e questo giudizio, magari ampiamente discusso in seduta riservata, una volta esternato, è quello definitivo, quello che cioè imprime un certo assetto al pregio delle offerte valutate nella data gara e,

in considerazione delle formalità procedurali, previste a garanzia sostanziale della *par condicio* degli operatori economici partecipanti, non può esser mutato *ad libitum*.

Un intervento sarebbe ammissibile in linea teorica sotto forma di autotutela, ma richiede i presupposti e comporta il ricorso alle regole proprie di tale istituto, *in primis* un'ampia motivazione, qui certamente mancante, come già in precedenza evidenziato, non potendosi ammettere un'integrazione postuma della motivazione, peraltro ad opera solo di uno dei componenti dell'organo collegiale.

Nella fattispecie concreta si è visto che la variazione del giudizio espresso ha consentito alla società in un primo tempo giunta seconda di recuperare per invero il cospicuo divario che la separava dalla prima, al punto da non render plausibile alcun intendimento né *lato sensu* correttivo né, per quanto comunque non possibile per ragioni di *par condicio*, di migliore ponderazione dei parametri e delle intrinseche caratteristiche dei beni offerti.

In ultima analisi, i censurati vizi in ordine alla singolarità degli atti della Commissione giudicatrice sussistono e può esser assorbita ogni altra questione, pur posta, in ordine alla legittimità delle scelte tecnico-discrezionali operate in sede di seconda valutazione.

7.- In conclusione, per le sopra esposte motivazioni, il ricorso e i motivi aggiunti vanno accolti, con conseguente annullamento degli atti impugnati.

8.- Le spese del giudizio seguono il principio della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo. I contributi unificati vanno rifusi, in applicazione dell'art. 13, comma 6-*bis*.1, del d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto annulla i gravati atti.

Condanna in solido l'Azienda sanitaria locale di Barletta-Andria-Trani e la società controinteressata a pagare in favore della cooperativa ricorrente le

spese del giudizio che si liquidano in complessive €. 2.000,00 oltre accessori di legge. C.U. rifiuti.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rita Tricarico, Presidente FF

Donatella Testini, Primo Referendario

Lorenzo Ieva, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Lorenzo Ieva

IL PRESIDENTE

Rita Tricarico

IL SEGRETARIO