

N. 04067/2014REG.PROV.COLL.
N. 09875/2008 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9875 del 2008, proposto da:
Azienda Unità Sanitaria Locale Roma C, rappresentata e difesa
dall'avv. Andrea Maggisano, con domicilio eletto presso Andrea
Maggisano, in Roma, via Costantino Morin, 1;

contro

- Becton Dickinson Italia S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.
Giorgio Della Valle, Guido Salvatori Del Prato, con domicilio eletto
presso Giorgio Della Valle, in Roma, piazza Mazzini, 8, Sc. C;
- Biomerieux Italia S.p.a., Dia Sorin S.p.a., Instrumentation
Laboratory S.p.a., Bayer Diagnostics S.r.l., Beckman Coulter S.p.a.,
Menarini Industrie Farmaceutiche S.r.l., Horiba Abx S.a., Johnson &
Johnson Medical S.p.a., Delta Biologicals S.r.l., Menarini Diagnostics
S.r.l.;
- Roche Diagnostics S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Aldo

Travi, Fabio Lorenzoni, con domicilio eletto presso Fabio Lorenzoni, in Roma, via del Viminale, 43;

- Abbott S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Mario Sanino, Riccardo Arbib, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180 – anche appellante incidentale;

- Dasit S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Tassoni, Carlo Maria Muscolo, Claudio De Portu, con domicilio eletto presso De Portu Claudio, in Roma, via G. Mercalli, 13 (Studio Cancrini);

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE III, n. 06830/2008, resa tra le parti, concernente gara per fornitura sistemi per indagini diagnostiche;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 maggio 2014 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Bottoni su delega di Maggisano, Della Valle, Lorenzoni, Sanino e De Portu;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La controversia trae origine dall'appalto concorso, indetto dalla ASL Roma C con lettera di invito in data 22 marzo 2005, per la fornitura triennale di sistemi per indagini diagnostiche per i laboratori

di patologia clinica dei presidi ospedalieri Sant'Eugenio e C.T.O. "A. Alesini" e del Poliambulatorio di via A. Tempesta, da aggiudicarsi ai sensi dell'art. 19, comma 1, lettera b), del d.lgs. 358/1992.

La gara era suddivisa in 18 lotti (per un totale di 35 aggiudicazioni, riferite a "sublotti" indivisibili) con importo complessivo presunto di euro 4.000.000,00.

Era prevista l'attribuzione di 40 punti al prezzo e 60 punti alla qualità dei progetti.

L'art. 3 del capitolato stabiliva una griglia per l'attribuzione alle offerte-progetto dei punteggi qualitativi: fino a 35 punti venivano assegnati in relazione agli *"effetti sui processi organizzativi dei laboratori di patologia con particolari riferimenti ai vantaggi che ne derivano per le unità organizzative dell'Azienda"*; fino a 20 punti alle *"caratteristiche tecnico/scientifiche e funzionali degli analizzatori e dei processi diagnostici"*; fino a 5 al *"software di gestione dei singoli analizzatori e loro adattabilità al sistema gestionale presente nei laboratori di patologia clinica"*; era prevista anche una soglia, a pena di esclusione, pari alla metà più 0,1 del punteggio tecnico attribuibile (quindi, 30,1 punti).

L'aggiudicazione è stata disposta con delibera direttoriale n. 928 in data 2 agosto 2005.

2. Il TAR del Lazio ha deciso (III, n. 1722/2006) cinque ricorsi proposti da concorrenti non vincitori avverso detta aggiudicazione, annullando l'intera gara.

2.1. Un primo ricorso (n. 9886/2005), volto all'annullamento dell'aggiudicazione (alla Biomerieux Italia S.p.a.) del sublotto 15/A e

degli atti di gara presupposti, era stato proposto dalla Becton Dickinson Italia S.p.a..

La ricorrente lamentava:

- che la Commissione, per il primo dei criteri sopraindicati, avesse ommesso di specificare i generici criteri di valutazione delle offerte, ed avesse (sistematicamente e pregiudizialmente) attribuito, per il sublotto di interesse ed in quasi tutti gli altri casi, 60 punti alla prima e 30,1 alla seconda classificata, e che tale abissale differenza di punteggio avesse vanificato l'elemento prezzo, rendendo impossibile recuperare la penalizzazione derivante dai punteggi qualitativi (dato che, in base al capitolato, i punteggi venivano assegnati in proporzione invertita rispetto al prezzo più basso, comunque meritevole di 40 punti);

- che la valutazione da parte della Commissione non fosse avvenuta seguendo l'ordine cronologico di apertura delle buste, bensì esaminando complessivamente tutte le offerte relative a ciascun lotto, stabilendo il metodo di valutazione e attribuendo i punteggi solo successivamente.

2.2. Un secondo ricorso (n. 10275/2005) era stato proposto dalla Roche Diagnostics S.p.a., relativamente ai lotti 2A, 2B, 2C, 3A, 3B, 3C, 12A, 12C, 14A e 14B (aggiudicati a Instrumentation Laboratori S.p.a., Bayer Diagnostics S.p.a., Beckam Coulter S.p.a., Menarini S.r.l.) ed agli atti di gara presupposti.

2.3. Un terzo ricorso (n. 10320/2005) era stato proposto dalla stessa Becton Dickinson, relativamente all'aggiudicazione del sublotto 4/A

alla Instrumentation Laboratory.

2.4. Un quarto ricorso (n. 10670/2005) era stato proposto dalla Abbott S.p.a..

2.5. Un quinto ricorso (n. 11070/2005) era stato proposto dalla Delta Biologicals S.r.l..

3. Il Consiglio di Stato, su appello delle società aggiudicatrici di alcuni lotti (diversi da quelli per i quali Becton aveva presentato le offerte), le quali lamentavano di non essere state evocate in giudizio (Bayer Diagnostics S.r.l., Dasit S.p.a., Dia Sorin S.p.a. e Menarini Industrie Farmaceutiche Riunite S.r.l.), ha annullato la sentenza per difetto di contraddittorio ed ha rinviato la causa al primo grado (V, n. 2810/2007).

4. Dopo la riassunzione e l'integrazione del contraddittorio, il giudizio è stato definito dal TAR del Lazio in senso conforme alla prima pronuncia, mediante la sentenza oggi appellata (III, n. 6830/2008).

In particolare, il TAR ha (nuovamente) accolto il primo ricorso (n. 9886/2005) e dichiarato improcedibili per difetto di interesse gli altri, annullando l'intera gara; ciò (dopo aver disatteso le eccezioni di tardività, inammissibilità e difetto di giurisdizione), sulla base di argomentazioni così sintetizzabili:

- anzitutto, il TAR ha ritenuto fondate le censure relative all'assenza di predeterminazione di (adeguati, in quanto specifici) criteri di attribuzione dei punteggi sotto il profilo tecnico. Infatti, in difetto della doverosa e distinta predeterminazione dei parametri per l'attribuzione dei punteggi in relazione ai singoli elementi oggetto di

valutazione (c.d. formazione della griglia di sottovoci che consenta un esercizio “guidato” e controllabile della discrezionalità tecnica ed amministrativa insita nel giudizio della commissione), non si poteva evincere dal punteggio la motivazione reale della scelta, poiché i criteri generali stabiliti dal bando e dalla lettera di invito non erano tali da consentire, a fronte di un progetto di impianto di tale complessità, di rappresentare le peculiarità delle singole offerte, i parametri oggettivamente verificabili del giudizio, i criteri tecnico-economici che hanno condotto la commissione a preferire un progetto-offerta ad un altro; in concreto, l’omessa specificazione delle sottovoci di valutazione dell’offerta tecnica si è risolta nella sostanziale rimessione della scelta di un criterio determinante (quello dotato di 35 punti) al libero convincimento della Commissione, senza alcuna possibilità di controllo e graduazione del relativo punteggio attribuito;

- inoltre, i criteri di valutazione delle offerte risulterebbero stabiliti dalla commissione soltanto dopo l’esame dei progetti presentati dalle partecipanti alla gara (cfr. allegato 1 al verbale n. 2 del 27 luglio 2005), così violando il principio secondo il quale la conoscenza degli elementi dell’offerta e della loro paternità non può in alcun modo precedere l’elaborazione dei criteri di valutazione delle offerte stesse, costituendo un dato deviante della valutazione in quanto mette la commissione in grado di plasmare i criteri così da sortire un effetto potenzialmente premiale nei confronti di uno o più concorrenti; nessuna rilevanza, peraltro, può derivare, per integrare o interpretare l’attività risultante dai verbali di gara, dalla dichiarazione firmata dai

commissari in ordine alla precedenza temporale della determinazione dei criteri rispetto all'esame delle offerte.

5. L'appalto, nelle more della definizione del giudizio, è stato interamente eseguito; per questo motivo, già in data 20 gennaio 2009, era stata respinta (V, n. 372/2009) la domanda di sospensione dell'esecuzione della sentenza.

6. Nell'appello della ASL Roma C, vengono anzitutto trascritte le difese svolte in primo grado. Nei confronti della sentenza, la ASL, in sintesi, lamenta:

- che il TAR abbia disatteso l'eccezione di tardività del ricorso di Becton, in quanto i contenuti della *lex specialis* erano noti ai partecipanti fin dal gennaio 2005, i criteri di valutazione delle offerte erano (secondo la prospettazione dei ricorrenti in primo grado) immediatamente lesivi, e pertanto avrebbero dovuto essere impugnati senza attendere l'aggiudicazione ad altri della fornitura;
- che il TAR abbia negato il difetto di giurisdizione, travisando i dati fattuali; in realtà, ciascun concorrente era libero di partecipare per uno o più lotti (sublotti), il bando e il capitolato erano atti ad oggetto plurimo, concernenti tante gare quanti i lotti da aggiudicare autonomamente, ed in nessun modo poteva ravvisarsi l'esistenza di una gara unica; da ciò deriva anche l'impossibilità di annullare la gara per quel che concerne i lotti diversi da quello la cui aggiudicazione è stata impugnata col ricorso ritenuto fondato;
- nel merito, quanto alla mancanza di sottovoci/sottocriteri, che non compete al giudice amministrativo stabilire l'idoneità o meno dei

criteri di valutazione prefissati nel capitolato di gara, quando gli stessi sono conformi alla normativa e sono ritenuti idonei dalla commissione chiamata ad utilizzarli; in ogni caso, la ulteriore specificazione dei criteri era per la commissione una facoltà e non un obbligo, e la valutazione delle offerte espressa con punteggi corrispondenti ai parametri precostituiti nel capitolato non richiede altra motivazione;

- quanto alla asserita fissazione dei criteri di valutazione successiva alla conoscenza di tutte le offerte, che ciò non si evince da alcun atto, oltre ad essere smentito dalla univoca dichiarazione dei commissari in data 5 aprile 2006; inoltre, l'asserzione contraddice quanto esposto circa la censurata mancanza di criteri di valutazione; si è trattato, in realtà, di una valutazione comparativa delle offerte pervenute per ciascun lotto, con conseguente successiva assegnazione del punteggio.

7. Si sono costituite e controdeducono, tra le appellate:

- la Becton Dickinson, ribadendo le argomentazioni condivise dal TAR;

- la Roche Diagnostics, in senso analogo;

- anche la Abbott ribadisce, nelle forme dell'appello incidentale, le proprie censure circa la genericità dei criteri di valutazione e le modalità seguite dalla commissione (in senso analogo alla prospettazione della Becton), e le sviluppa con riferimento alla valutazione delle proprie offerte.

8. Delle società aggiudicatrici, si è costituita la Dasit, chiedendo l'accoglimento dell'appello principale ed in particolare ribadendo che

L'annullamento avrebbe dovuto essere disposto nei limiti dell'interesse di Becton (lotti 15/A e 4/A), oltre a difendere la valutazione della commissione dalle censure mosse dalla Abbott (riguardante l'aggiudicazione dei sublotti 1/A/B/C).

9. Si è già precisato che l'appalto è stato da tempo eseguito.

Permane l'interesse alla decisione dell'appello nella prospettiva di una eventuale domanda risarcitoria (in quella sede potrà essere valutata compiutamente, mediante ogni opportuna acquisizione istruttoria, anche la rilevanza del comportamento dell'Azienda, orientato a dare esecuzione alle aggiudicazioni nonostante i provvedimenti giurisdizionali intervenuti – e per questo diffusamente stigmatizzato soprattutto nel ricorso incidentale della Abbott).

10. L'appello principale della ASL deve essere respinto.

10.1. Riguardo alla tardività del ricorso di primo grado, va sottolineato che il TAR ha preso espressamente in considerazione e disatteso soltanto il profilo di censura legato alla decorrenza della notificazione a mezzo posta, viceversa non riproposto nell'appello.

Riguardo al profilo di tardività dedotto, deve convenirsi con il TAR che, secondo la giurisprudenza prevalente (formatasi sulla scia di Cons. Stato, A.P., 29 gennaio 2003, n. 1), soggiacciono all'onere di immediata impugnazione le sole clausole della *lex specialis* che stabiliscano requisiti soggettivi di partecipazione escludenti; mentre per le altre previsioni (tra di esse, quelle concernenti i criteri di valutazione ed attribuzione dei punteggi, oggetto delle censure ritenute fondate in primo grado), la cui applicazione comporta

l'esercizio di un potere discrezionale da parte della stazione appaltante, vale il principio secondo cui l'interesse al ricorso nasce con l'aggiudicazione, perché solo in tale momento il concorrente può dolersi di una effettiva lesione della propria situazione giuridica.

Le parti appellate insistono sul fatto che, qualora la *lex specialis* presenti criteri di valutazione incongrui e fonte d'incertezza e di imprevedibili effetti distorsivi sul contenuto dell'offerta, essa assume carattere immediatamente lesivo e fa scattare l'onere della impugnazione.

Il Collegio osserva che, a ben vedere, nel caso in esame si discute della legittimità dei criteri non in quanto suscettibili di fuorviare l'elaborazione dell'offerta e distorcerne il contenuto, bensì in quanto idonei, per la loro genericità, a lasciare alla Commissione giudicatrice un margine eccessivo di discrezionalità non sindacabile.

E che, comunque, ciò che appare decisivo ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole che prescrivono requisiti di partecipazione ad una gara pubblica, è non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma anche il rilievo che le stesse risultino legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto (cfr. Cons. Stato, III, 3 marzo 2014, n. 959; 24 maggio 2013, n. 2841), in tali casi configurandosi il successivo atto di esclusione come

meramente dichiarativo o ricognitivo di una lesione già prodotta (cfr. Cons. Stato, III, 16 ottobre 2013, n. 5035).

Sembra evidente che nel caso in esame si sia al di fuori di detto ambito.

Il motivo risulta pertanto infondato.

10.2. Il TAR ha disatteso l'eccezione di difetto di giurisdizione sotto il profilo del valore dei singoli lotti, ed ha ritenuto che, trattandosi di procedura unica riguardante la fornitura di elementi che non hanno autonomia funzionale (la suddivisione in lotti sarebbe stata dettata da esigenze pratiche legate alla tipologia della fornitura – analisi mediche – ed alla pluralità delle strutture beneficiarie), il superamento della soglia di rilevanza comunitaria discendesse dalla sommatoria del valore di tutti i lotti (peraltro il valore dei sublotti non era indicato).

Nell'appello, come rileva l'appellata Becton, la negazione che si fosse in presenza di una gara unica e la configurazione alternativa di tante gare quanti erano i lotti (sublotti) da aggiudicare, viene prospettata (non tanto – o, perlomeno, non espressamente - per ottenere una pronuncia di difetto di giurisdizione, bensì) ai fini della delimitazione dell'interesse a ricorrere e della pretesa ad escludere che l'ambito dell'annullamento conseguente all'accoglimento del ricorso coinvolga sublotti diversi da quelli alla cui aggiudicazione poteva aspirare Becton.

Il Collegio osserva che vi sono prevalenti elementi a favore della configurazione di una gara unica: anzitutto, la fissazione di un prezzo presunto complessivo, mentre, in assenza di indicazioni di valore, non

si saprebbe in che modo apprezzare i singoli sublotti; poi, la tipologia delle forniture da acquisire, distinte in lotti e sublotti per il tramite di schede tecniche allegate al capitolato speciale ma funzionalmente correlate (riflesso del collegamento tra le strutture destinate a fruirne); inoltre, l'unicità del bando di gara, del capitolato speciale, della commissione giudicatrice, dei criteri di valutazione, del provvedimento di aggiudicazione. Anche se non mancano elementi che invece deporrebbero per tante gare concomitanti quanti erano le forniture da aggiudicare: possibilità di presentare offerte anche per un solo sublotto; autonomia delle caratteristiche fondamentali dei sublotti, descritte nelle rispettive schede e rilevanti ai fini della valutazione delle offerte (la stessa Becton ha presentato due offerte per due sublotti ed ha proposto due ricorsi avverso le rispettive aggiudicazioni ad altri concorrenti).

In ogni caso, l'aspetto in esame deve considerarsi coperto dal giudicato formatosi sulla sentenza n. 2810/2007.

Nella decisione, infatti, in ordine alla questione della necessità, in relazione alle censure ritenute fondate dal TAR, di integrare il contraddittorio nei confronti di tutti i concorrenti aggiudicatari, si afferma che : *“Né può sostenersi che l'accoglimento di tale doglianza non avrebbe potuto avere riflessi negativi sulle altre aggiudicazioni stante l'autonomia delle procedure relative ai singoli lotti(tesi sostenuta da alcune delle imprese partecipanti alla gara nel corso del presente giudizio). Infatti la censura in questione pone in discussione il fondamento dell'impianto normativo che sta alla base della gara, che, benché suddivisa in lotti, aveva obiettivi e caratteristiche*

generalmente di carattere comune (vedasi i primi due articoli del capitolato speciale) e in funzione dei quali erano state poste determinate regole per la valutazione delle singole offerte. Dal che consegue che la censura in parola, diretta a modificare sostanzialmente i poteri della commissione e cioè dell'organo preposto a garantire il conseguimento delle suddette finalità, non può che travolgere tutti i giudizi conclusivi sui singoli lotti.".

Del resto, il principio secondo cui la forza del giudicato sostanziale assiste soltanto le pronunce a contenuto decisorio di merito, vale a dire quelle che statuiscono in ordine all'esistenza delle posizioni soggettive tutelate e dedotte in giudizio e non anche le statuizioni di carattere processuale, che producono effetti limitati al rapporto processuale, va temperato con l'unica eccezione, secondo la quale è idoneo a determinare un giudicato esterno l'accertamento sul fondamento della domanda che sia necessario e pregiudiziale alla decisione in rito (cfr. Cons. Stato, III, 24 maggio 2013, n. 2844; 2 febbraio 2012, n. 602), potendosi in questi casi parlare di decisione apparentemente (solo) processuale.

Le considerazioni esposte valgono a ritenere infondato il motivo di appello legato alla giurisdizione (ed a confermare la portata dell'effetto caducatorio derivante dalla censura accolta dal TAR).

10.3. L'esame dei motivi di appello concernenti l'infondatezza delle censure ritenute fondate dal TAR (quelle di inadeguatezza dei criteri di valutazione e della loro applicazione, e quelle di intempestività della loro fissazione) può partire dall'atto sul contenuto del quale fanno leva, in modo diverso, entrambi gli ordini di censure.

Nell'allegato n. 1 al verbale n. 2, della seduta della Commissione giudicatrice del 27 luglio 2005, si legge che “... *la commissione, esaminando i progetti ha dovuto esprimere un parere sulle qualità tecniche, sugli aspetti funzionali ed anche sui software di gestione degli analizzatori offerti. Per la prima caratteristica è sicuramente possibile usare una scala progressiva di valori (...). Viceversa per la funzionalità va considerato che il technology assessment, ossia la valutazione attenta ed accurata delle conseguenze che l'impatto tecnologico ha sull'organizzazione, sugli uomini che vi lavorano e quindi sui risultati. Tale giudizio non può consentire una gradualità di misura perché l'inserimento di un sistema analitico non pienamente rispondente alle esigenze del laboratorio, riducendone la funzionalità, produrrebbe danno. Per tale motivo, la commissione ha deciso, nell'ambito dei 35 punti assegnati alla funzionalità di attribuire il minimo a tutti quei prodotti non ritenuti adeguati alla funzionalità della struttura*”.

10.4. La giurisprudenza di questa Sezione è ferma nel richiedere, ai fini della legittimità delle valutazioni delle offerte da parte della commissione di gara espresse mediante attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica, una adeguata articolazione – per specificità dei parametri e limitatezza del *range* dei punteggi a ciascuno di essi attribuibile - dei criteri di valutazione da parte della *lex specialis*, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione dei singoli punteggi attribuiti (cfr., da ultime, Cons. Stato, III, 10 dicembre 2013, n. 5909; 18 ottobre 2013, n. 5060; 4 settembre 2013, n. 4431; 25 febbraio 2013, n. 1169).

Nel caso in esame ciò che è mancato non è tanto una motivazione

specifica sulla “funzionalità” o “rispondenza” alle esigenze della ASL delle singole offerte (per il sublotto n. 15/A, di interesse della Becton nel ricorso accolto dal TAR, concernente indagini diagnostiche in microbiologia, una motivazione - che considera comparativamente le due offerte valutabili, sotto i parametri del numero dei passaggi della fase di inoculo e della possibilità di eseguire separatamente l'identificazione biochimica e l'antibiogramma - è rinvenibile).

Piuttosto, è il criterio di valutazione in esame, in quanto formulato in termini assolutamente generici, ad apparire suscettibile di essere declinato dalla Commissione in modi assai differenti, enfatizzando, a posteriori, questa o quella esigenza delle strutture utilizzatrici, non precedentemente dichiarata ai fini della elaborazione dei progetti.

Inoltre, è mancata una coerenza logica tra la motivazione ed il punteggio attribuito.

Infatti, ciò che si evince testualmente dall'allegato n. 1, è che la commissione ha ritenuto di interpretare il primo criterio di cui all'art. 3 del capitolato, come insuscettibile di dare luogo ad una gradualità di punteggi; nel senso, cioè, che, per ciascun lotto, il migliore dei progetti (o, in ipotesi, i migliori, qualora si verificasse una coincidenza o una pari funzionalità di più progetti) potesse considerarsi “*pienamente rispondente alle esigenze del laboratorio*”; mentre ai progetti “*non ritenuti adeguati alla funzionalità della struttura*”, dovesse attribuirsi il punteggio minimo ai fini dell'ammissibilità.

Tale interpretazione evidenzia, ad avviso del Collegio, un duplice errore.

Anzitutto, un criterio intrinsecamente graduale (vi possono essere progetti pienamente funzionali e progetti solo parzialmente funzionali; comunque, un corretto giudizio avrebbe richiesto che venissero identificate le esigenze delle strutture da soddisfare e, in relazione ad esse, venissero valorizzate le caratteristiche distintive dei progetti) viene trasformato in un criterio assoluto; tutte le offerte diverse da quella (quelle) che mostra(no) una piena rispondenza funzionale, divengono, per ciò solo, addirittura “dannose” (in quanto determinano una “riduzione della funzionalità”, dato che questa viene valutata non rispetto alla situazione esistente, ma rispetto a quella, ottimale, che si ritiene possa essere assicurata dall'utilizzazione dell'offerta migliore).

Poi, quasi per compensazione, le offerte ritenute non adeguate, anziché penalizzate mediante la mancata attribuzione di punteggio (come sarebbe stato logico, se davvero non vi fosse stata alcuna rispondenza funzionale), vengono comunque, nella gran parte dei casi, apprezzate mediante l'attribuzione del punteggio minimo necessario a considerarle ammissibili.

In ogni caso, della mancanza di una valutazione ponderata effettivamente riferita alle caratteristiche dei singoli progetti, è sintomo il fatto che, nella stragrande maggioranza dei 35 sublotti (ma le 3 eccezioni appaiono dovute alla presentazione di una sola offerta valutabile sotto il criterio in questione) sia stato assegnato a tutti i concorrenti il massimo dei punteggi (rispettivamente, 20 e 5 punti) per due dei tre criteri, e per il terzo sia stato assegnato il massimo ad

un'offerta, ed a tutte le altre un punteggio assolutamente identico al decimo di punto (5,1), appena utile, come esposto, a far raggiungere la soglia di ammissibilità della valutazione qualitativa dell'offerta; circostanza singolare, ancora di più se si considera che si tratta di un appalto concorso, nel quale è richiesta una modulazione del contenuto dell'offerta, e quindi appare ragionevole che vengano presentati progetti diversi, con caratteristiche distintive peculiari, tali da dare origine ad una articolata graduazione di punteggi.

Tali circostanze, hanno indotto la Becton (ma l'argomentazione si trova anche in altri dei ricorsi decisi dalla sentenza appellata) ad ipotizzare che la Commissione giudicatrice, in quanto orientata a premiare, per ciascun sublotto, un determinato progetto (quello ritenuto migliore), abbia approfittato della genericità dei criteri per attribuire gli altri punteggi prescindendo dal valore comparativo dei progetti, ed in misura tale da determinare un solco incolmabile tra l'offerta prescelta e tutte le altre.

In effetti, la coesistenza, per ciascun sublotto, di un progetto eccellente e di tutti gli altri appena ammissibili, sempre con gli stessi punteggi (salve le eccezioni sopra indicate, in cui è stata ammessa una sola offerta), risulta possibile, ma davvero molto improbabile; tanto improbabile, da rendere non implausibile l'ipotesi di una graduatoria determinata dalla scelta del progetto ritenuto tecnicamente migliore alla luce di uno solo dei criteri rilevanti; nel senso che la Commissione si sia orientata per l'acquisizione di un sistema particolare, lo abbia valutato al massimo per il criterio della funzionalità e poi, per evitare

che l'attribuzione dei punteggi per gli altri criteri e per l'elemento economico potesse sovvertire la graduatoria, abbia acriticamente valutato gli altri sistemi al minimo per il suddetto criterio e parificato tutti i sistemi per gli altri due criteri tecnici, di fatto escludendo per gli altri sistemi ogni possibilità di vittoria.

Sulla rilevanza di tale distorta applicazione dei criteri di valutazione, basti sottolineare che, in pratica, come rilevato da Becton, per ottenere l'aggiudicazione, il concorrente penalizzato col punteggio di 30,1 avrebbe dovuto offrire un prezzo quattro volte inferiore a quello del concorrente premiato col punteggio di 60; vale a dire, con ogni probabilità, avrebbe dovuto offrire un prezzo antieconomico, o quanto meno suscettibile di essere giudicato anomalo.

Con le precisazioni esposte, può dunque condividersi quanto affermato dal TAR.

10.5. Riguardo al secondo profilo di censure ritenuto fondato dal TAR, sembra pacifico che la conoscenza degli elementi dell'offerta e della sua paternità non possa in alcun modo precedere l'elaborazione dei criteri di valutazione.

Nel caso in esame, per quanto esposto, il criterio (meglio, l'elemento o parametro) di valutazione contestato in giudizio era generico e suscettibile di applicazioni assai diverse, a cominciare dall'individuazione delle esigenze della struttura e delle eventuali priorità tra di esse. La Commissione ha esplicitato nell'allegato n. 1 il modo con cui avrebbe proceduto ad attribuire i punteggi (il vero e proprio criterio di valutazione, in senso logico).

Se – come sembra dimostrato dalla misura dei punteggi attribuiti – la commissione (con le sole tre eccezioni ricordate) ha attribuito il massimo ad uno dei progetti ed il minimo a tutti gli altri, ciò è spiegabile supponendo che l'attribuzione dei punteggi sia seguita ad un esame complessivo e comparativo dei progetti.

Tale conclusione trova conferma nella lettera della ASL prot. C/33725 in data 8 settembre 2005 (di risposta alla lettera di contestazione trasmessa da Becton in data 5 agosto 2005), nella quale si legge che *“Occorre evidenziare che nella fattispecie trattasi di gara ristretta nella forma dell'appalto-concorso. Notoriamente per tale fattispecie di gara si procede all'attribuzione dei punteggi solo dopo aver preso cognizione di tutte le proposte presentate dalle ditte concorrenti”*.

Ora, non vi è traccia negli atti di gara dell'adozione di cautele e modalità procedurali idonee a garantire che, durante la valutazione complessiva, la paternità delle singole offerte, nonostante l'apertura di tutti i plichi riguardanti ciascun sublotto, sia rimasta ignota ai commissari.

La violazione della regola che richiede che l'elaborazione dei criteri di attribuzione dei punteggi preceda la conoscenza delle offerte (oltre che la loro paternità), risulta pertanto, prima ancora che da un'ammissione testuale, da una interpretazione delle attività svolte, come descritte dalla commissione nel verbale, e dei relativi risultati.

La dichiarazione postuma dei commissari, peraltro genericamente assertiva, non può modificare detta conclusione.

11. Resta da esaminare l'appello di Abbott.

Oltre a vizi sostanzialmente coincidenti con quelli dedotti in primo grado da Becton, Abbott prospetta vizi specifici relativi alla valutazione delle sue offerte.

Il Collegio osserva che, poiché le valutazioni delle offerte e la conseguente aggiudicazione risultano integralmente caducate per effetto dell'accoglimento del ricorso proposto da Becton in primo grado, e qui confermato, l'odierno appellante incidentale non ha, allo stato, interesse ad ottenere una pronuncia su eventuali, ulteriori profili di illegittimità dell'operato della Commissione di gara.

L'appello incidentale deve pertanto essere dichiarato improcedibile.

12. I suddetti elementi, insieme a quelli concernenti il comportamento della ASL nell'esecuzione della fornitura, pure prospettati da Abbott, potranno essere valutati se e quando verrà proposta una domanda risarcitoria.

13. La natura e complessità della controversia inducono a compensare integralmente tra le parti le spese di questa fase di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 maggio
2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/08/2014

IL SEGRETARIO

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