

L'articolo 53 della direttiva 18/2004/CE dispone che l'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale ponderazione può essere espressa prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere appropriato. L'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indica nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo l'ordine decrescente d'importanza dei criteri.

anche recentemente la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha statuito che sussiste la violazione del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza qualora le amministrazioni non enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita e con ponderazione della loro rilevanza nella successiva valutazione. Secondo la giurisprudenza comunitaria, quest'ultima disposizione, letta alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, richiede che tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le loro offerte

Infatti, i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi che devono essere specifici e dettagliati in modo da poter orientare gli operatori economici nella presentazione delle loro offerte. Tale interpretazione era confermata anche dall'obiettivo della direttiva 92/50 che è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici di un altro Stato membro

gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e, pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice non può prevedere regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti. La Corte di Giustizia ha concluso affermando che è in contrasto con il diritto comunitario la circostanza che la commissione aggiudicatrice abbia menzionato nel bando di gara i soli criteri di aggiudicazione individuando in un momento successivo,

dopo la presentazione delle offerte e dopo l'apertura delle domande, sia i coefficienti di ponderazione sia i sottocriteri per tali criteri di aggiudicazione sussistendo in tal caso la violazione dell'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza. Ancora più rigorosa è la disciplina di cui al citato articolo 53 della direttiva 18/2004/CE il quale prevede che ogni criterio o sub criterio debba essere previsto e specificato negli atti di gara della stazione appaltante e resi noti agli operatori economici prima della formulazione delle offerte il cui contenuto, pertanto, potrà tenere conto dei criteri di scelta che saranno applicati nella valutazione delle stesse, privando la commissione giudicatrice di ogni potere in ordine alla specificazione dei criteri di aggiudicazione. **Infatti, la Decisione della Commissione CE aveva aperto una procedura di infrazione ex art 226 del Trattato, in data 31 gennaio 2008, sul punto rilevando che le direttive 2004/17 e 2004/18 /CE esigono che i criteri di aggiudicazione , nonché la ponderazione relativa a tali criteri ovvero il loro ordine di importanza , siano indicati nel bando o nei documenti di gara. Al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione, infatti, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto. Da ciò ha ritenuto addirittura che la commissione giudicatrice non possa neppure fissare dei criteri motivazionali neppure prima dell'apertura delle buste ritenendo ciò contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive stesse.** In linea con al citata disciplina comunitaria l'articolo 83 del D. lgs 12 aprile 2006, n. 163, il codice dei contratti pubblici, individua tra i compiti della stazione appaltante in sede di bando e capitolato speciale, la predisposizione dei criteri di aggiudicazione e di eventuali sottocriteri, sub- pesi e sub- punteggi, confermando che non vi è alcun margine in proposito per la Commissione giudicatrice. **In definitiva, specificando i criteri di valutazione, tra l'altro dopo l'apertura della busta C, contenente gli elaborati tecnici, la commissione giudicatrice ha violato i suddetti principi comunitari e l'articolo 83 del codice dei contratti dovendo detta specificazione essere prevista negli atti iniziali della gara (bando, lettera invito o capitolato).** E' altresì fondata la terza censura dedotta in quanto la commissione giudicatrice dopo aver specificato dettagliatamente i criteri di aggiudicazione, ha attribuito un punteggio unico per ciascun parametro, senza un'articolazione dei singoli punteggi per ciascuna specificazione e ciò senza alcuna motivazione indispensabile per poter chiarire l'iter logico delle valutazioni effettuate. **Il principio di continuità delle gare pubbliche, che pure costituisce esplicitazione del più generale principio di buon andamento, imparzialità, trasparenza e correttezza dell'operato dell'amministrazione e che è finalizzato a garantire che le operazioni di gara si svolgano in modo imparziale, nel rispetto della par condicio dei concorrenti, è un principio meramente tendenziale, ben suscettibile di deroga laddove esistano circostanze oggettive che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e "par condicio", una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell'oggetto di gara e ai requisiti richiesti: infatti, nel caso concreto i tempi di svolgimento dei lavori della commissione giudicatrice appaiono giustificati e non illogici sia tenuto conto dei tempi necessari per la visita in loco dei sistemi offerti dalle ditte sia della complessità delle valutazioni richieste alla commissione stessa dovute alla particolarità dell'appalto**

Merita di essere segnalata la sentenza numero 1064 dell' 8 luglio 2009, emessa dal Tar Emilia Romagna, Bologna ed in particolar modo il seguente passaggio:

< Nella gara in esame i suddetti principi non risultano rispettati, come dedotto con le prime due censure da parte della difesa della ricorrente.

Come risulta dal verbale dei lavori del 31 luglio 2008, la Commissione giudicatrice, dopo l'apertura della busta C, quella contenente gli elaborati tecnici, ha provveduto alla definizione delle griglie dei punteggi, in modo dettagliato, con riferimento ai tre parametri di valutazione previsti dalla lettera d'invito e precisamente il "progetto" per il quale era stata prevista l'attribuzione di un massimo di punti 35, "i servizi di assistenza", per il quale era stata prevista l'attribuzione di un massimo di punti 15, "caratteristiche tecniche" per il quale era stata prevista l'attribuzione di un massimo di punti 10, per un totale massimo di punti 60 per gli aspetti tecnici essendo previsto un punteggio massimo di 40 per l'offerta economica.

Infatti, per il "progetto" (punteggio massimo di 35) la commissione giudicatrice ha effettuato le seguenti specificazioni:

progetto ris-pacs complessivo (inclusa infrastruttura), prevedendo un punteggio massimo di 8; tempogramma di realizzazione messa in funzione, prevedendo un punteggio massimo di 2; recupero dati del sistema, prevedendo un punteggio massimo di 2; sistemi di sicurezza e di back up, prevedendo un punteggio massimo di 8; HW ed SW sistema ris-pacs, prevedendo un punteggio massimo di 7; HW ed SW Workstation di refertazione, prevedendo un punteggio massimo di 8.

Per "i servizi di assistenza (punteggio massimo di 15) la commissione giudicatrice ha effettuato le seguenti specificazioni:

call-center, prevedendo un punteggio massimo di 2; gruppo di supporto on site, prevedendo un punteggio massimo di 5; gruppo di reperibilità in supporto ai tecnici on site, prevedendo un punteggio massimo di 5; manutenzioni preventive e controlli apparecchiature digitalizzazione e riproduzione immagini, prevedendo un punteggio massimo di 3.

Per le "caratteristiche tecniche (punteggio massimo di 10) la commissione giudicatrice ha effettuato le seguenti specificazioni:

sistemi di digitalizzazione CR, prevedendo un punteggio massimo di 6; stampanti su pellicola, prevedendo un punteggio massimo di 2; robot masterizzatori CD, prevedendo un punteggio massimo di 2>

di conseguenza:

< In definitiva, specificando i criteri di valutazione, tra l'altro dopo l'apertura della busta C, contenente gli elaborati tecnici, la commissione giudicatrice ha violato i suddetti principi comunitari e l'articolo 83 del codice dei contratti dovendo detta specificazione essere prevista negli atti iniziali della gara (bando, lettera invito o capitolato).>

N. 01064/2009 REG.SEN.

N. 00379/2009 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 Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 379 del 2009, proposto da:
RICORRENTE S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Lucia Berti, Fabio
Andrea Bifulco, con domicilio eletto presso Lucia Berti in Bologna, via degli
Andalo' 1;

contro

Azienda Unità Sanitaria Locale di Imola, rappresentato e difeso dall'avv. Franco
Mastragostino, con domicilio eletto presso Franco Mastragostino in Bologna, p.zza
Aldrovandi 3;

nei confronti di

CONTROINTERESSATA Health Italia S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv.
Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso Andrea Zanetti in Bologna, via
Marsala, 28;

Sui ricorsi incidentali proposti da:
CONTROINTERESSATA Health Italia S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv.
Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso Andrea Zanetti in Bologna, via
Marsala, 28;

e con l'intervento di

Azienda Unità Sanitaria Locale di Imola, rappresentato e difeso dall'avv. Franco
Mastragostino, con domicilio eletto presso Franco Mastragostino in Bologna, p.zza
Aldrovandi 3;

'CONTROINTERESSATI'

RICORRENTE S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Lucia Berti, Fabio Andrea Bifulco, con domicilio eletto presso Lucia Berti in Bologna, via degli Andalo' 1;

quanto al ricorso principale;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,
della determinazione del Dirigente Responsabile U.O. Economato e Provveditorato della Azienda Unità Sanitaria Locale di Imola, n.EP/ 29 del 26 febbraio 2009, recante aggiudicazione della procedura concorsuale ristretta relativa alla fornitura in noleggio, con manutenzione full risk nonchè la fornitura del materiale di consumo, di un sistema di archiviazione e gestione immagini (PACS) di prenotazione, di refertazione esami radiologici (RIS), e di visualizzazione delle immagini nei reparti ed ambulatori delle strutture aziendali, di fornitura di sistemi per la digitalizzazione di diagnostiche radiologiche analogiche e di dispositivi per la riproduzione delle immagini per le strutture dell'azienda,
nonchè di ogni atto presupposto, connesso o conseguente, compresi i verbali tutti della Commissione di Gara e della Commissione Tecnica, il bando di gara e la lettera di invito prot.AE/27160/IP/ac del 09 giugno 2008;
e per la condanna
della Azienda resistente alla reintegrazione del danno in forma specifica, ovvero, in subordine, al risarcimento pecuniario in rapporto ai pregiudizi patiti e patienti dalla ricorrente, che si fa riserva di quantificare nel prosieguo di causa..

Quanto al primo ricorso incidentale:

per l'annullamento

- dei verbali di gara, limitatamente alla parte in cui la Commissione di gara ha ritenuto ammissibile l'offerta presentata dal ricorrente principale
- della determinazione del Dirigente Responsabile U.O. Economato e Provveditorato della Azienda Unità Sanitaria Locale di Imola, n.EP/ 29 del 26

febbraio 2009, limitatamente alla parte in cui ha ritenuto ammissibile l'offerta presentata dal ricorrente principale

Quanto al secondo ricorso incidentale:

- dei verbali di gara, limitatamente alla parte in cui la Commissione di gara ha ritenuto ammissibile l'offerta presentata dal ricorrente principale

- della determinazione del Dirigente Responsabile U.O. Economato e Provveditorato della Azienda Unità Sanitaria Locale di Imola, n.EP/ 29 del 26 febbraio 2009, limitatamente alla parte in cui ha ritenuto ammissibile l'offerta presentata dal ricorrente principale

In via subordinata:

del bando di gara limitatamente al punto III.2.1. nella denegata ipotesi in cui si ritenga che detta previsione limiti ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza l'obbligo di rendere le dichiarazioni circa l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'articolo 38 del D. lgs 163 del 2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Unità Sanitaria Locale di Imola;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di CONTROINTERESSATA Health Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti i due ricorsi incidentali proposti da CONTROINTERESSATA Health Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 01/07/2009 il dott. Ugo Di Benedetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.L'ASL di Imola ha indetto una gara per la fornitura in noleggio, con manutenzione full risk nonché la fornitura del materiale di consumo, di un sistema di archiviazione e gestione immagini (PACS) di prenotazione, refertazione esami radiologici (RIS) e di visualizzazione delle immagini nei reparti ed ambulatori delle strutture aziendali, di fornitura di sistemi per la digitalizzazione di diagnostiche radiologiche analogiche e di dispositivi per la riproduzione delle immagini per le strutture dell'Azienda per la durata contrattuale di 72 mesi per un importo annuo a base d'asta di Euro 600.000 per quanto concerne il canone di noleggio e manutenzione full risk, oltre ad Euro 180.000 per il materiale di consumo.

Il criterio di aggiudicazione prescelto è stato quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Alla procedura hanno partecipato 4 operatori economici ed è risultata aggiudicataria la prima classificata CONTROINTERESSATA Healt Italia, al secondo posto si è classificata la Fujifilm Medical System, al terzo posto l'RICORRENTE ed al quarto posto la Noemalife.

2.Ha presentato ricorso al TAR la terza classificata l'RICORRENTE impugnando tutti gli atti di gara in epigrafe indicati deducendone l'illegittimità sotto vari profili, tutti diretti ad ottenere l'annullamento in toto della gara stessa.

Si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata che ha contro dedotto alle avverse doglianze e concluso per la reiezione del ricorso.

Si è costituita in giudizio anche la prima classificata CONTROINTERESSATA Healt Italia che ha concluso per la reiezione del ricorso ed ha notificato altresì due ricorsi incidentali diretti ad ottenere, sotto vari profili, l'esclusione dalla procedura della ricorrente RICORRENTE .

3.L'istanza cautelare è stata accolta con ordinanza 295/2009 limitatamente ai fini della fissazione dell'udienza del 11/6/2009 che è stata rinviata, su richiesta delle parti resistenti, per esigenze difensive dovute ad un eccezione formulata in udienza

in ordine al secondo ricorso incidentale, e la causa è stata trattenuta in decisione all'odierna udienza.

4. Si pone il problema preliminare della priorità dell'esame del ricorso principale o dei ricorsi incidentali proposti da CONTROINTERESSATA Healt Italia.

Recentemente l'adunanza plenaria (Cons. St., ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11) si è espressa in relazione all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, precisando che, a seconda dei casi, il giudice può esaminare con priorità quello che risulta decisivo per dirimere la lite. Non esiste, dunque, una regola generale, assoluta e vincolante per il giudice, relativamente all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, dipendendo la scelta dal concreto atteggiarsi dei motivi di ricorso e dell'interesse delle parti. I criteri ispiratori, nella scelta dell'ordine di esame di ricorso principale e incidentale, devono essere, da un lato, l'effettività della tutela giurisdizionale, e dall'altro lato l'economia processuale. In particolare, in relazione all'ipotesi (specificamente esaminata dalla citata decisione della plenaria) di gara di appalto con due sole offerte ammesse e valutate, e di ricorso, l'uno principale, e l'altro incidentale, di entrambi i concorrenti, non si può ritenere che sia senz'altro prioritario l'esame del ricorso incidentale e che, accolto il ricorso incidentale, non si debba esaminare quello principale. Così operando, infatti, si penalizzerebbe uno dei due ricorrenti e si avvantaggerebbe l'altro. In ossequio al diritto di difesa e al principio di effettività della tutela giurisdizionale, infatti, se ci sono ragioni di accoglimento di entrambi i ricorsi, essi vanno entrambi esaminati e accolti, con il risultato di vanificare l'intera gara. Il caso esaminato dalla plenaria era caratterizzato dal ricorso principale e da quello incidentale delle due uniche imprese ammesse alla gara, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte fosse stata illegittimamente ammessa alla gara: secondo la plenaria il giudice deve dare rilievo all'interesse alla ripetizione della gara, sicché non può essere applicato il principio della improcedibilità del

ricorso principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale riguardi una gara con due offerte ammesse. Il caso in esame differisce parzialmente da quello deciso dalla plenaria, avuto riguardo al tenore delle censure. Infatti nel caso deciso dalla plenaria non veniva attaccato lo svolgimento della gara in radice, ma si sostenevano ragioni di esclusione di entrambi i concorrenti; era pertanto giocoforza esaminare entrambi i ricorsi, per pervenire al risultato che nessun concorrente aveva titolo a partecipare alla gara. Nel caso di specie, posto che il ricorso principale attacca lo svolgimento della gara e, dunque, il suo accoglimento è tale da comportare il necessario rinnovo dell'intera procedura, ragioni di economia processuale impongono di esaminare per primo il ricorso principale (Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404). Il suo accoglimento, poi, comporterebbe l'inutilità, ai fini dell'esito della procedura, dell'esame del ricorso incidentale: infatti, anche ove si esamini e si accolga il ricorso incidentale, e si affermi che il ricorrente principale andava escluso dalla gara per difetto di requisiti, si perviene ad un risultato inutile, per quanto concerne l'esito della procedura di gara, quello dell'esclusione da una gara che viene contestualmente annullata e che va rinnovata. In conclusione, dati due ricorsi, l'uno principale e l'altro incidentale, se l'accoglimento di uno dei due ricorsi, sortisce l'effetto di vanificare l'intera gara, si potrebbe determinare l'inutilità dell'esame dell'altro ricorso, quello incidentale, che mira solo all'esclusione di uno dei due concorrenti, per ragioni di economia processuale.

5. Naturalmente l'esame dei ricorsi incidentali può essere necessario in alcune situazioni, in caso di fondatezza del ricorso principale diretto alla riedizione della gara, per valutare le chance di aggiudicazione del ricorrente principale e ciò ai fini della valutazione della fondatezza della pretesa risarcitoria, contestualmente azionata con il ricorso principale e sviluppata negli ulteriori scritti difensivi e nella

discussione orale in udienza, sia per quanto concerne l'an che il quantum della stessa.

6.Ciò premesso il ricorso principale è fondato con riferimento alle prime due censure dedotte.

L'articolo 53 della direttiva 18/2004/CE dispone che l'amministrazione aggiudicatrice precisa, nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo, la ponderazione relativa che attribuisce a ciascuno dei criteri scelti per determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale ponderazione può essere espressa prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere appropriato. L'amministrazione aggiudicatrice, qualora ritenga impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indica nel bando di gara o nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel documento descrittivo l'ordine decrescente d'importanza dei criteri.

6.1. Orbene per quanto concerne la presente controversia e le censure concernenti l'operato della Commissione giudicatrice va osservato che anche recentemente la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha statuito che sussiste la violazione del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza qualora le amministrazioni non enunciano, nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, i criteri d'aggiudicazione di cui esse prevedono l'applicazione, nell'ordine decrescente dell'importanza loro attribuita e con ponderazione della loro rilevanza nella successiva valutazione. Secondo la giurisprudenza comunitaria, quest'ultima disposizione, letta alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici, di cui all'art. 3, n. 2, della direttiva 92/50 e dell'obbligo di trasparenza che ne discende, richiede che tutti gli elementi presi in considerazione dall'autorità aggiudicatrice per identificare l'offerta economicamente più vantaggiosa e la loro importanza relativa siano noti ai potenziali offerenti al momento in cui presentano le loro offerte (v., in tal senso, in materia di appalti

pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, sentenza 25 aprile 1996, causa C 87/94, Commissione/Belgio, Racc. pag. I 2043, punto 88; in materia di appalti pubblici di lavori, sentenza 12 dicembre 2002, causa C 470/99, Universale-Bau e a., Racc. pag. I 11617, punto 98, e, in materia di appalti pubblici di servizi, sentenza 24 novembre 2005, causa C 331/04, ATI EAC e Viaggi di Maio e a., Racc. pag. I 10109, punto 24). Infatti, i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi (v., in tal senso, in materia di appalti pubblici di servizi, citate sentenze Concordia Bus Finland, punto 62, e ATI EAC e Viaggi di Maio e a., punto 23), che devono essere specifici e dettagliati in modo da poter orientare gli operatori economici nella presentazione delle loro offerte. Tale interpretazione era confermata anche dall'obiettivo della direttiva 92/50 che è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci ed a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici di un altro Stato membro (v., in tal senso, in particolare, sentenza 3 ottobre 2000, causa C 380/98, University of Cambridge, Racc. pag. I 8035, punto 16). A tal fine, gli offerenti devono essere posti su un piano di parità durante l'intera procedura, il che comporta che i criteri e le condizioni che si applicano a ciascuna gara debbano costituire oggetto di un'adeguata pubblicità da parte delle amministrazioni aggiudicatrici (v., in tal senso, per quanto riguarda gli appalti di lavori pubblici, citate sentenze Beentjes, punto 21, e SIAC Construction, punto 34, nonché, per quanto riguarda gli appalti pubblici di servizi, sentenza ATI EAC e Viaggi di Maio e a., cit., punto 22), e devono essere indicati nel bando (CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE - SEZIONE I - Sentenza 24 gennaio 2008) in modo chiaro e specifico.

Infatti, i potenziali offerenti devono essere messi in condizione di conoscere, al momento della presentazione delle loro offerte, l'esistenza e la portata di tali elementi (v., in tal senso, in materia di appalti pubblici di servizi, citate sentenze *Concordia Bus Finland*, punto 62, e *ATI EAC e Viaggi di Maio e a.*, punto 23) e, pertanto, un'amministrazione aggiudicatrice non può prevedere regole di ponderazione o sottocriteri per i criteri di aggiudicazione che non abbia preventivamente portato a conoscenza degli offerenti.

La Corte di Giustizia ha concluso affermando che è in contrasto con il diritto comunitario la circostanza che la commissione aggiudicatrice abbia menzionato nel bando di gara i soli criteri di aggiudicazione individuando in un momento successivo, dopo la presentazione delle offerte e dopo l'apertura delle domande, sia i coefficienti di ponderazione sia i sottocriteri per tali criteri di aggiudicazione sussistendo in tal caso la violazione dell'art. 36, n. 2, della direttiva 92/50, letto alla luce del principio di parità di trattamento degli operatori economici e dell'obbligo di trasparenza (CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITA' EUROPEE - SEZIONE I - Sentenza 24 gennaio 2008).

6.2. Ancora più rigorosa è la disciplina di cui al citato articolo 53 della direttiva 18/2004/CE il quale prevede che ogni criterio o sub criterio debba essere previsto e specificato negli atti di gara della stazione appaltante e resi noti agli operatori economici prima della formulazione delle offerte il cui contenuto, pertanto, potrà tenere conto dei criteri di scelta che saranno applicati nella valutazione delle stesse, privando la commissione giudicatrice di ogni potere in ordine alla specificazione dei criteri di aggiudicazione. Infatti, la Decisione della Commissione CE aveva aperto una procedura di infrazione ex art 226 del Trattato, in data 31 gennaio 2008, sul punto rilevando che le direttive 2004/17 e 2004/18 /CE esigono che i criteri di aggiudicazione , nonché la ponderazione relativa a tali criteri ovvero il loro ordine di importanza , siano indicati nel bando o nei documenti di gara. Al

fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento di cui le regole delle direttive sono espressione, infatti, tutti i criteri che saranno utilizzati per l'aggiudicazione devono essere messi a disposizione dei concorrenti prima che essi formulino le loro offerte, in modo da permettere loro di tenerne conto. Da ciò ha ritenuto addirittura che la commissione giudicatrice non possa neppure fissare dei criteri motivazionali neppure prima dell'apertura delle buste ritenendo ciò contrario al principio di parità di trattamento fissato dalle direttive stesse.

6.3. In linea con la citata disciplina comunitaria l'articolo 83 del D. lgs 12 aprile 2006, n. 163, il codice dei contratti pubblici, individua tra i compiti della stazione appaltante in sede di bando e capitolato speciale, la predisposizione dei criteri di aggiudicazione e di eventuali sottocriteri, sub- pesi e sub- punteggi, confermando che non vi è alcun margine in proposito per la Commissione giudicatrice.

6.4. Nella gara in esame i suddetti principi non risultano rispettati, come dedotto con le prime due censure da parte della difesa della ricorrente.

Come risulta dal verbale dei lavori del 31 luglio 2008, la Commissione giudicatrice, dopo l'apertura della busta C, quella contenente gli elaborati tecnici, ha provveduto alla definizione delle griglie dei punteggi, in modo dettagliato, con riferimento ai tre parametri di valutazione previsti dalla lettera d'invito e precisamente il "progetto" per il quale era stata prevista l'attribuzione di un massimo di punti 35, "i servizi di assistenza", per il quale era stata prevista l'attribuzione di un massimo di punti 15, "caratteristiche tecniche" per il quale era stata prevista l'attribuzione di un massimo di punti 10, per un totale massimo di punti 60 per gli aspetti tecnici essendo previsto un punteggio massimo di 40 per l'offerta economica.

Infatti, per il "progetto" (punteggio massimo di 35) la commissione giudicatrice ha effettuato le seguenti specificazioni:

progetto ris-pacs complessivo (inclusa infrastruttura), prevedendo un punteggio massimo di 8; tempogramma di realizzazione messa in funzione, prevedendo un

punteggio massimo di 2; recupero dati del sistema, prevedendo un punteggio massimo di 2; sistemi di sicurezza e di back up, prevedendo un punteggio massimo di 8; HW ed SW sistema ris-pacs, prevedendo un punteggio massimo di 7; HW ed SW Workstation di refertazione, prevedendo un punteggio massimo di 8.

Per “i servizi di assistenza (punteggio massimo di 15) la commissione giudicatrice ha effettuato le seguenti specificazioni:

call-center, prevedendo un punteggio massimo di 2; gruppo di supporto on site, prevedendo un punteggio massimo di 5; gruppo di reperibilità in supporto ai tecnici on site, prevedendo un punteggio massimo di 5; manutenzioni preventive e controlli apparecchiature digitalizzazione e riproduzione immagini, prevedendo un punteggio massimo di 3.

Per le “caratteristiche tecniche(punteggio massimo di 10) la commissione giudicatrice ha effettuato le seguenti specificazioni:

sistemi di digitalizzazione CR, prevedendo un punteggio massimo di 6; stampanti su pellicola, prevedendo un punteggio massimo di 2; robot masterizzatori CD, prevedendo un punteggio massimo di 2.

In definitiva, specificando i criteri di valutazione, tra l'altro dopo l'apertura della busta C, contenente gli elaborati tecnici, la commissione giudicatrice ha violato i suddetti principi comunitari e l'articolo 83 del codice dei contratti dovendo detta specificazione essere prevista negli atti iniziali della gara (bando, lettera invito o capitolato).

7.E' altresì fondata la terza censura dedotta in quanto la commissione giudicatrice dopo aver specificato dettagliatamente i criteri di aggiudicazione, ha attribuito un punteggio unico per ciascun parametro, senza un'articolazione dei singoli punteggi per ciascuna specificazione e ciò senza alcuna motivazione indispensabile per poter chiarire l'iter logico delle valutazioni effettuate.

8.Va, invece respinta la quarta censura dedotta con al quale la difesa della ricorrente deduce la violazione del principio di continuità della gara.

Il principio di continuità delle gare pubbliche, che pure costituisce esplicitazione del più generale principio di buon andamento, imparzialità, trasparenza e correttezza dell'operato dell'amministrazione e che è finalizzato a garantire che le operazioni di gara si svolgano in modo imparziale, nel rispetto della par condicio dei concorrenti, è un principio meramente tendenziale, ben suscettibile di deroga laddove esistano circostanze oggettive che impongano, proprio per il rispetto dei principi di buon andamento e "par condicio", una ponderata attività di valutazione in relazione alla complessità dell'oggetto di gara e ai requisiti richiesti (Consiglio di stato, sez. V, 25 luglio 2006 , n. 4657, 12 settembre 2000, n. 4822, 18.11.2002, e n. 6388, C.d.S., sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6128; T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 09 gennaio 2007 , n. 29

Infatti, nel caso concreto i tempi di svolgimento dei lavori della commissione giudicatrice appaiono giustificati e non illogici sia tenuto conto dei tempi necessari per la visita in loco dei sistemi offerti dalle ditte sia della complessità delle valutazioni richieste alla commissione stessa dovute alla particolarità dell'appalto.

9. L'accoglimento delle censure dedotte comporta l'annullamento di tutti gli atti di gara impugnati con conseguente obbligo dell'Amministrazione intimata di procedere all'effettuazione di una nuova gara per l'affidamento della fornitura in parola.

10. Quanto alla pretesa risarcitoria azionata da parte ricorrente va preliminarmente osservato che le chance di aggiudicazione restano intatte a seguito dell'obbligo giuridico dell'amministrazione di effettuare una nuova gara cui il ricorrente potrà partecipare. Da ciò l'infondatezza della pretesa risarcitoria commisurata al lucro cessante ovvero all'utile potenziale nonché al cosiddetto danno curriculare cui fa

riferimento parte ricorrente le cui chance rimangono integre con l'effettuazione della nuova gara che dovrà essere indetta dall'Amministrazione.

11. Tuttavia le altre voci risarcitorie, costituenti aspetti del danno emergente, ed in particolare le spese di partecipazione alla gara, sulle quali insiste la difesa della ricorrente richiedono l'esame dei motivi di ricorso incidentale e ciò per valutare l'imputabilità o meno di detto danno all'Amministrazione o alla parte ricorrente stessa.

Ciò premesso vanno esaminate, solo a tale fine, le censure dedotte con il primo ricorso incidentale.

12. Va rilevata l'infondatezza della prima censura dedotta con la quale la difesa della contro interessata ritiene che la ricorrente avrebbe comunque dovuto essere esclusa in quanto una delle due firme dei legali rappresentanti risulterebbe illeggibile.

Va in primo luogo rilevato che la leggibilità della firma, di entrambi i legali rappresentanti, era indicata solo nel modello a fianco dello spazio per la sottoscrizione, e quindi, non a pena di nullità nelle prescrizioni di gara.

Va, comunque osservato, in fatto, che la riferibilità delle firme al sig. Giovanni Chiodini e al sig. Luc Thijs non pone dubbi e che è altresì facilmente individuabile quale delle due sottoscrizioni sia riferibile al Chiodini e quale al Thijs. Del resto il bando non prevedeva la leggibilità sia del nome che del cognome ma la "leggibilità" prevista in calce al modello, è da ritenersi finalizzata alla valutazione di riferibilità delle firme ai legali rappresentanti per consentire il controllo della provenienza delle stesse.

13. Va altresì respinta la seconda censura dedotta, con il primo ricorso incidentale, con cui si rileva la violazione dell'articolo 75 del D. lgs. 163 del 2006 in quanto la garanzia fideiussoria presentata dalla ricorrente risulterebbe condizionata alla previa richiesta di RICORRENTE Gaevaert. Secondo il ricorso incidentale ciò

costituirebbe un elemento di inidoneità della fideiussione stessa che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara del ricorrente principale.

La fideiussione rilasciata dalla BNP Paribas, invece, non è condizionata. Vi è solo la precisazione che sarà rilasciata a richiesta del cliente e, quindi, ovviamente il rilascio della garanzia effettiva sarebbe avvenuto solo in caso di aggiudicazione. La precisazione che il rilascio della garanzia definitiva avverrà su richiesta del cliente, pertanto, non integra alcuna violazione del citato articolo 75, che nulla dice in proposito. I precedenti giurisprudenziali invocati dal ricorrente incidentale, infatti, si riferiscono a situazioni del tutto diverse in cui era il fideiussore che condizionava ad una propria successiva valutazione il rilascio della garanzia. Nel caso di specie il garante, invece, si impegna incondizionatamente a rilasciare la fideiussione qualora il cliente, partecipante alla gara, lo richiederà.

14. Con il secondo ricorso incidentale il contro interessato deduce due nuovi motivi di esclusione dalla gara del ricorrente principale.

Successivamente, però, con nota depositata il 26 maggio 2009, rinuncia al primo dei due motivi, frutto di un errore materiale.

14.1. In relazione ai due nuovi motivi il ricorrente principale ne sostiene la nullità, rifiutando di accettare il contraddittorio, in quanto la notificazione dello stesso risulterebbe irregolare in quanto la busta contenente l'atto giudiziario, risulterebbe sprovvista del numero del registro cronologico del difensore, che costituisce un'indicazione obbligatoria ai sensi dell'articolo 3, comma 1°, della legge 21 gennaio 1994, n. 53.

Va, infatti, osservato, per quanto concerne le eventuale nullità degli atti processuali, che l'articolo 156, ultimo comma, del codice di procedura civile, applicabile al processo amministrativo, dispone che, comunque, la nullità non può essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato.

Quindi, anche a prescindere dalla circostanza che non potrebbe essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme se non in presenza di un'esplicita comminatoria di nullità da parte della legge, va osservato che nel caso concreto la difesa del ricorrente principale ha ricevuto il ricorso incidentale e ne ha preso visione tanto è vero che ha prodotto in giudizio, dopo averla esibita nelle precedente udienza, la busta aperta contenente il ricorso incidentale stesso.

L'atto ha, quindi raggiunto lo scopo cui era preordinato e ciò non consente al giudice di dichiarare la nullità della notificazione del secondo ricorso incidentale.

15. Nel merito il secondo motivo di cui al secondo ricorso incidentale è fondato.

Infatti, l'RICORRENTE non ha prodotto la dichiarazione di insussistenza delle ipotesi di cui all'articolo 38 del D. lgs 163 del 2006, per quanto concerne il sig. Massimo Di Venosa.

Tale dichiarazione era necessaria essendo lo stesso, come risulta dalle visure camerali, un procuratore ad negotia con ampi poteri di rappresentanza e decisori con riferimento alla partecipazione alle gare nonché alla firma dei contratti di vendita.

Non si tratta quindi di un mero incaricato con riferimento ad uno specifico affare con compiti di agire in nome e per conto del legale rappresentante nei limiti del mandato ricevuto in una specifica operazione negoziale.

La sua posizione, come risulta dalla documentazione camerale prodotta, pur non essendo qualificabile come amministratore in senso stretto, era caratterizzata da ampi poteri decisori al fine di impegnare la società nei rapporti con i terzi con un significativo ruolo decisionale e gestionale proprio con riferimento alle gare di appalto.

Pertanto, l'articolo 38 del codice degli contratti così come la clausola del bando di cui al punto III.2.1 (comunque in via subordinata ritualmente impugnata) che prevedeva il rilascio delle suddette dichiarazioni deve ritenersi riferito anche ai

soggetti titolari di poteri rappresentativi e decisorii, come il sig. Di Venosa nel caso concreto.

La mancanza di detta documentazione avrebbe, pertanto, dovuto determinare l'esclusione dalla procedura della ricorrente la quale non avrebbe comunque avuto, neppure in caso di regolare svolgimento della gara, alcuna chance di aggiudicazione in questa gara.

16. Da ciò l'infondatezza di ogni pretesa risarcitoria in ordine alle spese di partecipazione alla gara la cui inutilità, quindi, deve essere imputata alla ricorrente principale avendo la stessa presentato un'offerta irregolare per questo aspetto formale.

17. In definitiva si ribadisce che l'accoglimento del ricorso principale comporta l'annullamento degli atti di gara con conseguente obbligo giuridico di riedizione della gara stessa e l'infondatezza di ogni pretesa risarcitoria per le ragioni sopra esposte.

18. Sussistono giustificate ragioni per la compensazione tra le parti delle spese di causa stante la soccombenza reciproca sui vari aspetti come sopra specificato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo regionale per l'Emilia – Romagna, sez. II, accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla tutti gli atti impugnati.

Respinge la domanda risarcitoria azionata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 01/07/2009 con l'intervento dei Magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Bruno Lelli, Consigliere

Ugo Di Benedetto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/07/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO