

Affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: appare l'irragionevole il criterio di attribuzione del punteggio per scaglioni di fatturato in quanto non obbedisce a criteri di logica l'eliminazione di ogni aspetto di proporzionalità

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Merita di essere riportato il seguente passaggio tratto dalla sentenza numero 6464 del 17 luglio 2007 emessa dal Tar Lazio, Roma:

< Nell'ambito del primo motivo si censura anche l'irragionevolezza del criterio di attribuzione del punteggio per scaglioni di fatturato, che ha portato nella fattispecie all'attribuzione dello stesso punteggio massimo di punti 14 sia alla ricorrente che alla controinteressata, pur avendo la prima un fatturato di 18 milioni di euro e la seconda di soli 2 milioni di euro, rispetto all'ultimo scaglione individuato in fatturato superiore ad € 1.800.000,00.

Premesso che non appare tardiva la censura avverso tale disposizione del capitolato in quanto la sua lesività può oggettivamente essere riscontrata solo a seguito della mancata aggiudicazione all'impresa che se ne lamenta, non trattandosi di clausola che impedisce la partecipazione alla gara, questa si immediatamente lesiva, il Collegio evidenzia come il criterio adottato sia già stato censurato dalla giurisprudenza (cfr ad es ***** 16 novembre 2004 n. 7522), in quanto non obbedisce a criteri di logica l'eliminazione di ogni aspetto di proporzionalità con la creazione di una forbice che prescinde dal reale divario delle offerte.

La differenza dei punteggi attribuiti deve infatti essere ancorata alla differenza proporzionale dei parametri numerici presi in considerazione in modo che i punteggi corrispondano esattamente alla

differenza delle diverse offerte; altri criteri appaiono ingiusti ed irragionevoli e creano situazioni paradossali analoghe a quella verificatasi nella fattispecie.>

Ed inoltre:

< La domanda di risarcimento del danno non può allo stato essere accolta in quanto la dimostrazione del nesso di causalità tra comportamento illegittimo e danno passa attraverso la rinnovazione della gara

Peraltro l'azione risarcitoria non risulta nemmeno adeguatamente coltivata, non essendo stati forniti in giudizio elementi idonei alla sua quantificazione.>

A cura di *****

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE
DEL LAZIO SEZIONE III quater Anno

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2638 del 2007 proposto dalla società DITTA ALFA
società cooperativa, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria dell'ATI con la

DITTA BETA s.r.l., rappresentata e difesa dall' avvocato ***** presso il quale risulta domiciliata in Roma, via XX Settembre n.1;

CONTRO

L'AZIENDA OSPEDALIERA SANT'*****, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati *****ò ***** e *****, presso lo studio dei quali ha eletto domicilio in Roma, via Po n. 25/B

e nei confronti di

*****à

DITTA GAMMA a rl e *****à cooperativa Sociale GAMMA BIS, in ATI, in persona dei legali rappresentanti, rappresentate e difese dagli avvocati ***** e *****, presso i quali hanno eletto domicilio in Roma, via Oslavia n. 30;

per l'annullamento

degli atti di gara, compresi capitolato speciale in parte qua, aggiudicazione provvisoria e definitiva, relativi all'affidamento del servizio di gestione completa di unità operative infermieristiche presso l'Azienda ospedaliera Sant'*****;

di ogni atto connesso;

e per il risarcimento del danno da liquidare in corso di giudizio;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell' Amministrazione resistente;

visto l'atto di costituzione in giudizio delle controinteressate;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Vista la propria ordinanza collegiale n.1653 del 12 aprile 2007;

Visti gli atti tutti di causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 23 maggio 2007, con designazione del Cons. ***** relatore della causa, gli avv.ti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 15 marzo 2007 e depositato il 27 successivo la società DITTA ALFA coop., in proprio e quale mandataria di ATI, ha impugnato tutti gli atti relativi alla gara indetta

dall'Azienda Ospedaliera Sant'***** per l'affidamento del servizio di gestione completa di unità operative infermieristiche, dell'importo presunto annuale di € 2.650.000,00, con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Con lo stesso atto chiede il risarcimento dei danni subiti per l'illegittimo comportamento dell'Amministrazione.

Premesso che l'ATI ricorrente e quella aggiudicataria, qui controinteressata, hanno ottenuto lo stesso punteggio tecnico di punti 49/50, differenziandosi solo per 0,58 punti relativamente all'offerta economica, parte ricorrente deduce i seguenti motivi di censura:

violazione e falsa applicazione degli artt. 10 punto 2 c), 23, (4) del capitolato speciale e dell'art. 4 del d.lgs. n. 502/1992; eccesso di potere per illogicità manifesta; in via gradata illegittimità del capitolato speciale: per l'aggiudicataria sono stati valutati servizi non rientranti tra quelli previsti dal capitolato, erogati cioè in strutture ospedaliere e nei confronti dei enti pubblici; non è stato graduato il punteggio, nonostante l'enorme differenza di fatturato tra l'ATI ricorrente e quella controinteressata (2 milioni di euro; 18 milioni di euro);

violazione degli artt. 10 punto 2 c), 23 (4), del capitolato, sotto altro profilo: il punteggio è stato attribuito all'aggiudicataria in assenza delle richieste " attestazioni di servizio";

violazione dell'art. 23 punto 4 lett. a) e b) del capitolato: ai fini del fatturato triennale per l'ammissione alla gara sono stati valutati per l'aggiudicataria servizi non identici, e cioè resi in strutture non ospedaliere e non pubbliche;

violazione dell'art. 10 punto 2 lett d) e 24 punto 4 del capitolato speciale; eccesso di potere per illogicità manifesta: per il punteggio da attribuire alla qualità dell'organizzazione si è tenuto conto di un numero di dipendenti errato;

violazione artt 2 e 10 punto 2 lett. a) del capitolato; eccesso di potere per difetto d'istruttoria ed illogicità manifesta: circa la capacità tecnica le due ATI hanno ottenuto lo stesso punteggio nonostante il grande divario economico organizzativo (48 milioni di euro a fronte di 9 milioni di euro per il fatturato globale; 723 dipendenti a fronte di 223); la DITTA GAMMA inoltre non vanta alcuna esperienza nel settore ospedaliero pubblico;

violazione art.10 punto 2 lett.d) del capitolato: la certificazione di qualità esibita dall'aggiudicataria non riguarda il servizio infermieristico ospedaliero.

Costituitasi l'Azienda ospedaliera, ha rilevato l'infondatezza del ricorso in quanto, in base all'art. 23 punto

4 del capitolato, dovevano essere presi in considerazione anche servizi svolti presso strutture ospedaliere private; non sono stati considerati servizi resi a strutture non ospedaliere; l'attribuzione del punteggio per scaglioni era previsto espressamente nel bando, non tempestivamente impugnato; dai chiarimenti richiesti e forniti si desume che la documentazione prodotta dall'aggiudicataria corrispondeva a quella richiesta dal capitolato.

Costituitasi anche l'ATI aggiudicataria ha preliminarmente eccepito la tardività del ricorso rispetto alla pubblica lettura delle risultanze di gara; ne ha comunque sostenuto l'infondatezza basandosi sulla lettura dell'art. 23 del capitolato per l'individuazione del concetto di "servizi identici" e della normativa disciplinante il servizio sanitario nazionale (d. lgs n. 502/92), che equipara, per quanto qui interessa, ospedali pubblici e privati; ha pure evidenziato che l'attribuzione del punteggio per scaglioni è previsto nel capitolato (art. 10); che le autocertificazioni prodotte appaiono valide; che sono stati valutati solo servizi resi presso strutture ospedaliere; che il punteggio per il numero di dipendenti è previsto dal capitolato con il sistema degli scaglioni, e non proporzionalmente; che il passaggio dei dipendenti da una impresa ad un'altra in caso di subentro è previsto dalle disposizioni del Contratto collettivo; che l'apprezzamento della relazione tecnica risponde a criteri di ampia discrezionalità dell'amministrazione; che l'aggiudicataria è in possesso della certificazione di qualità richiesta.

Con ordinanza collegiale n. 1653 del 12 aprile 2007 è stata accolta l'istanza cautelare.

Con memorie predisposte per l'udienza di discussione le parti hanno precisato le rispettive tesi e difese, insistendo in particolare l'ATI controinteressata sull'interpretazione delle norme di capitolato che non richiederebbero servizi resi esclusivamente nei confronti di strutture ospedaliere pubbliche.

Alla pubblica udienza del 23 maggio 2007 la causa è stata trattenuta in decisione

DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe una società capogruppo di ATI impugna gli atti di gara relativi all'affidamento

del servizio di gestione completa di unità operative infermieristiche presso azienda ospedaliera pubblica.

1. Preliminarmente il Collegio valuta l'eccezione di tardività del ricorso sollevata dalla controinteressata.

Essa appare infondata.

La delibera di aggiudicazione risulta infatti reasa pubblica in data 9 marzo 2007, ed in relazione a tale data il ricorso appare tempestivo; irrilevante apparendo una conoscenza informale dell'esito dei lavori della commissione aggiudicatrice avuta in precedenza, configurandosi la lesione solo con il recepimento formale da parte dell'amministrazione appaltante dei risultati di detti lavori della commissione e con la conseguente aggiudicazione.

2. Nel merito il ricorso è fondato e deve essere accolto.

2.1 Con il primo motivo si rileva che l'amministrazione ha attribuito un punteggio per la qualità del servizio all'ATI aggiudicataria in difformità dalle regole del capitolato.

La censura è fondata.

L'articolo 10

del capitolato speciale disciplina i criteri di aggiudicazione; il punto 2 stabilisce il criterio di calcolo per l'attribuzione del punteggio per la qualità

(massimo punti 50) suddiviso secondo i seguenti sottoparametri : a) capacità tecnica; b) affidabilità; c) qualità del servizio; d) qualità dell'organizzazione già in atto; e) possesso della certificazione di qualità.

Per il sottoparametro c)

è prevista l'attribuzione di un punteggio da 0 a 14 in base al fatturato, secondo scaglioni predeterminati, conseguito in un solo anno nel triennio 2003-2005, scegliendo l'anno con i requisiti migliori; il fatturato deve riguardare "servizi identici a quelli oggetto di gara erogati in strutture ospedaliere nei confronti di enti pubblici".

Orbene, ad avviso del collegio, già l'indicazione di servizi identici a quelli oggetto di gara implica una qualificazione sia oggettiva che soggettiva del servizio: è cioè identico il servizio infermieristico reso presso ospedali e a struttura pubblica; inoltre la successiva espressione letterale specifica esplicitamente il concetto di servizio identico, affermando che deve essere erogato in strutture ospedaliere e nei confronti di enti pubblici; ovviamente nel caso in cui non si fosse voluto vincolare il parametro anche alla natura pubblica della struttura non sarebbe stata aggiunta la frase "nei confronti di enti pubblici", rimanendo la sola espressione "in strutture ospedaliere", salvo poi a verificare cosa s'intenda per strutture ospedaliere anche nel settore privato.

Ma l'espressione complessiva, con riferimento ai servizi identici, alla struttura ospedaliera ed all'ente pubblico convince il Collegio dell'interpretazione in base alla quale il capitolato ha inteso valutare solo i servizi infermieristici resi presso ospedali pubblici.

Se questa è l'interpretazione della norma del capitolato, l'amministrazione non avrebbe potuto valutare, come invece ha fatto, i servizi erogati dalle aziende costitutesi nell'ATI aggiudicataria nei confronti di numerose case di cura private, attribuendo 14 punti per un fatturato superiore ad € 1.800.000,00 ma calcolandolo con il computo, soprattutto per la società DITTA GAMMA, di servizi resi a case di cure private e ad altre strutture sicuramente non pubbliche e nemmeno ospedaliere (sono indicati anche servizi resi nei confronti dell'* anche se dal verbale n. 4 non si comprende se questi siano stati computati o meno).

2.1.1. Nell'ambito del primo motivo si censura anche l'irragionevolezza del criterio di attribuzione del punteggio per scaglioni di fatturato, che ha portato nella fattispecie all'attribuzione dello stesso punteggio massimo di punti 14 sia alla ricorrente che alla controinteressata, pur avendo la prima un fatturato di 18 milioni di euro e la seconda di soli 2 milioni di euro, rispetto all'ultimo scaglione individuato in fatturato superiore ad € 1.800.000,00.

Premesso che non appare tardiva la censura avverso tale disposizione del capitolato in quanto la sua lesività può oggettivamente essere riscontrata solo a seguito della mancata aggiudicazione all'impresa che se ne lamenta, non trattandosi di clausola che impedisce la partecipazione alla gara, questa si immediatamente lesiva, il Collegio evidenzia come il criterio adottato sia già stato censurato dalla giurisprudenza (cfr ad es ***** 16 novembre 2004 n. 7522), in quanto non obbedisce a criteri di logica l'eliminazione di ogni aspetto di proporzionalità con la creazione di una forbice che prescinde dal reale divario delle offerte.

La differenza dei punteggi attribuiti deve infatti essere ancorata alla differenza proporzionale dei parametri numerici presi in considerazione in modo che i punteggi corrispondano esattamente alla differenza delle diverse offerte; altri criteri appaiono ingiusti ed irragionevoli e creano situazioni paradossali analoghe a quella verificatasi nella fattispecie.

2.2. Anche il terzo motivo di gravame appare fondato.

Con esso si censura la violazione dell'art. 23 punto 4 lett. a) e b) del capitolato.

Tra i requisiti di ammissione alla procedura concorsuale era previsto il raggiungimento di un fatturato di € 5.500.000,00 nel triennio 2003-2005 per servizi identici a quelli oggetto della gara.

Orbene, considerato che non può ritenersi che il capitolato con la stessa espressione intenda due concetti diversi a seconda della collocazione in uno od altro articolo, deve necessariamente interpretarsi l'espressione "servizi identici", inserita nell'articolo 23, nel senso sopra detto a proposito dell'interpretazione dell'art. 10: quindi servizi identici quelli resi presso ospedali pubblici.

Se questo è il senso della disposizione l'ATI aggiudicataria non avrebbe potuto nemmeno partecipare alla gara in quanto tutti i servizi resi dalla DITTA GAMMA riguardano case di cura private.

Peraltro in relazione a dette strutture è pure dubbio che tutte quelle elencate possano qualificarsi come strutture ospedaliere (case di cura, case di riposo, centri diagnostici ecc.); e proprio la mancanza nel capitolato di disposizioni che richiedano in qualche modo la prova che le strutture presso le quali sono stati effettuati i servizi possano qualificarsi a tutti gli effetti ospedaliere, dimostra la necessità di considerare solo quelle pubbliche, per le quali tali dubbi non si pongono.

2.3. Con il quarto motivo si censura il punteggio attribuito per il numero di dipendenti.

Anche tale censura appare fondata.

2.3.1 In primo luogo il criterio per scaglioni, già esaminato al precedente punto 2.1.1, risulta applicato anche nella fattispecie, con la conseguenza illogica che alla ricorrente, con 726 dipendenti, è stato assegnato lo stesso punteggio di 12 assegnato all'aggiudicataria con 223 dipendenti (laddove era previsto il punteggio massimo di 12 per un numero di dipendenti superiore a 220).

Anche tale parte del capitolato appare quindi censurabile per gli stessi motivi già espressi.

Inoltre, non apparendo contestata nei fatti la circostanza, non sembra ragionevole, e comunque contrario al capitolato (art. 24 punto 4), ritenere valutabili nell'ambito del personale a disposizione anche coloro che, in base al contratto collettivo, devono essere assunti dall'impresa subentrante.

In conclusione l'accoglimento delle censure sopra indicate comporta l'accoglimento del ricorso nella sua parte impugnatoria e l'annullamento della procedura di gara contestata, con assorbimento degli ulteriori profili di gravame.

3. La domanda di risarcimento del danno non può allo stato essere accolta in quanto la dimostrazione del nesso di causalità tra comportamento illegittimo e danno passa attraverso la rinnovazione della gara (TAR Lazio sez. II 1 agosto 2006 n. 6642).

Peraltro l'azione risarcitoria non risulta nemmeno adeguatamente coltivata, non essendo stati forniti in giudizio elementi idonei alla sua quantificazione.

La condanna al pagamento delle spese di giudizio segue la sostanziale soccombenza; esse vengono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sez.III quater, accoglie il ricorso in epigrafe nella sua parte impugnatoria e per l'effetto annulla gli atti di gara impugnati;

respinge la domanda di risarcimento del danno;

Condanna l'Azienda ospedaliera Sant'***** e la società DITTA GAMMA a r.l. unitamente alla *****à Cooperativa sociale GAMMA BIS al pagamento in favore della ricorrente degli oneri di giudizio che liquida in complessivi € 5.000,00 di cui € 2.000,00 per spese, che saranno corrisposte quanto ad € 2.500,00 (di cui 1.000 per spese) dall'Azienda ospedaliera Sant'*****, e quanto ad € 2.500,00 (di cui € 1.000,00 per spese) dalle società DITTA GAMMA e Cooperativa sociale GAMMA BIS, in solido;

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

Così deciso in Roma dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione terza quater - nella camera di consiglio del 23 maggio 2007 .

MARIO DI *****.

CARLO TAGLIENTI
Relatore estensore:

<https://www.diritto.it/affidamento-con-il-criterio-dell-offerta-economicamente-piu-vantaggiosa-appare-l-irragionevole-il-criterio-di-attribuzione-del-punteggio-per-scaglioni-di-fatturato-in-quanto-non-obbedisce-a-criteri/>