

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 24/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29757-sennonch-proprio-per-tali-ulteriori-specificazioni-di-cui-agevolmente-intuibile-l-importanza-per-la-corretta-valutazione-dell-offerta-e-della-consequente-attribuzione-del-punteggio-la-lex-special>

Autore: Lazzini Sonia

**Sennonchè, proprio per tali ulteriori specificazioni, di cui è agevolmente intuibile l'importanza per la corretta valutazione dell'offerta e della conseguente attribuzione del punteggio, la lex specialis non contiene alcuna indicazione circa il relativo p**

**C.St. 26.05.2010 n. 3359**

***Senonchè, proprio per tali ulteriori specificazioni, di cui è agevolmente intuibile l'importanza per la corretta valutazione dell'offerta e della conseguente attribuzione del punteggio, la lex specialis non contiene alcuna indicazione circa il relativo peso (o punteggio).***

Tale omissione, come rilevato dai primi giudici, vizia la procedura di gara in questione, atteso che sia che si invochi l'articolo 19 della legge 27 aprile 1992, n. 358 (vigente al momento dell'approvazione del bando di gara), sia che si faccia riferimento all'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (pure applicabile, avendo ad esso l'amministrazione adeguato le previsioni della gara), l'amministrazione è sempre tenuta, nel caso di aggiudicazione dell'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a indicare nella lex specialis di gara i criteri di valutazione, con l'indicazione della ponderazione loro attribuiti, specificando per ciascun criterio di valutazione prescelto gli eventuali sub criteri e sub – pesi o sub – punteggi.

La necessaria previa fissazione dei criteri e degli eventuali sub – criteri, con la precisa indicazione del loro peso ovvero del punteggio ad essi singolarmente attribuibile, non risponde del resto soltanto all'esigenza di assicurare la dovuta trasparenza della fase procedimentale della valutazione delle offerte e la coerenza (logicità, non arbitrarietà, etc.) delle scelte operate dalla commissione di gara, ma riguarda anche la precedente fase di predisposizione dell'offerta da parte dei concorrenti.

Occorre al riguardo ricordare che per criteri motivazionali debbono intendersi quegli strumenti logico – argomentativi finalizzati a rendere manifesto e trasparente l'iter logico – giuridico seguito dalla commissione per l'attribuzione di un punteggio numerico, laddove nel caso di specie si è in presenza dell'ulteriore enucleazione di una serie di specifici elementi tecnici, idonei ex se ad influire sul punteggio di merito da attribuire alla singole offerte, inidonei ad esprimere l'iter logico – giuridico seguito dalla commissione per l'attribuzione del punteggio alle offerte.

Del resto gli atti amministrativi devono essere interpretati, oltre che secondo il fondamentale criterio letterale, anche secondo il criterio di buona fede, nel senso che i loro effetti devono essere individuati

solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, essendo la pubblica amministrazione tenuta ad operare in modo chiaro e lineare e quindi a fornire ai privati regole certe e sicure (C.d.S., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7260; 16 giugno 2009, n. 3880).

la sentenza impugnata non merita critica alcuna neppure nella parte in cui ha evidenziato l'assenza di criteri motivazionali: se è vero che a tanto non può procedere la commissione di gara (in virtù della modifica al d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, successiva dalla emanazione dei provvedimenti impugnati in primo grado), ciò non toglie che essi siano necessari (e debbano pertanto essere contenuti nella *lex specialis*) per guidare la discrezionalità della commissione, per apprezzarne la logicità e la ragionevolezza nelle scelte e per consentirne il sindacato.

Lamentando rispettivamente “Illegittimità ed erroneità della sentenza impugnata relativamente all’asserita inosservanza dell’obbligo di ponderazione numerica dei sottocriteri; omesso esame di atti e documenti; conseguente infondatezza ed illogicità della motivazione, violazione e falsa applicazione dell’art. 83 d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal d.lgs. n. 152/2008” (primo motivo) nonché “Illegittimità ed erroneità della sentenza del TAR laddove si afferma la mancata formulazione dei criteri motivazionali da parte della Commissione e si asserisce la vigenza dell’art. 83 del D. Lgs. 163/2006 e la sua applicabilità al caso di specie. Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 d. lgs. 163/2006; omessa considerazione della procedura di infrazione n. 2007/2309 della Commissione delle Comunità europee nei confronti dello Stato italiano; violazione delle Direttive CE 2004/18 e 2004/17” (secondo motivo), l’amministrazione ha sostanzialmente rivendicato la correttezza dell’operato della commissione di gara e la legittimità degli atti impugnati, rilevando in particolare che la *lex specialis* disciplinava compiutamente l’intero procedimento di gara, ivi compresa la fase della valutazione delle offerte da parte della commissione, con la specifica individuazione dei criteri (prezzo e qualità) e dei sub – criteri, con relativi punteggi e sub-punteggi; i primi giudici, a suo avviso, fuorviati dalla erronea prospettazione della ricorrente, avrebbero inopinatamente qualificato quali criteri quelli che invece, secondo la *lex specialis*, erano i sub – criteri, confondendo poi ulteriormente gli elementi variabili relativi a questi ultimi (che rappresentavano invece i criteri motivazionali e che pertanto non necessitavano della specificazione di sub – punteggi), con presunti sub – criteri.

Da ciò deriverebbe l’erroneità della sentenza impugnata, giacché la commissione di gara aveva invece puntualmente applicato le previsioni della *lex specialis*, così che non sussisteva alcun vizio del procedimento ricollegabile all’omessa fissazione dei predetti criteri motivazionali da parte della commissione di gara, criteri che quest’ultima non avrebbe potuto legittimamente fissare, trattandosi di attività contraria ai principi del diritto comunitario, come evidenziato nella lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione delle Comunità Europee allo Stato Italiano proprio in relazione alla previsione contenuta nell’articolo 83, comma 4, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163; d’altra parte, la valutazione delle offerte costituiva tipica espressione di discrezionalità dell’amministrazione, come tale insindacabile

Qual è il parere dell’adito giudice amministrativo di appello del Consiglio di Stato?

Le articolate argomentazioni difensive non meritano accoglimento.

12.4.2. In punto di fatto, giova rilevare innanzitutto che, come già accennato, il bando di gara era suddiviso in 41 lotti (per ognuno dei quali era indicato l’importo massimo) e prevedeva l’aggiudicazione secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa in termini di prezzo (40 punti) e di qualità (60 punti).

Il punteggio attribuibile alla valutazione della qualità dell’offerta era così ulteriormente suddiviso: a) per i sistemi di completamento di diagnostica: 1. adattamento al sistema di laboratorio, punti max 35; 2. caratteristiche tecniche e analitiche della strumentazione, punti max 10; 3. caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti, punti max 10; 4. assistenza, punti max 5; b) per i lotti di soli diagnostici: 1. adattabilità a sistemi analitici presenti nei diversi laboratori, punti max 40; 2. caratteristiche biologiche dei reagenti, punti max 10; 3. utilizzo della confezione, punti max.10.

Il capitolato speciale d'oneri, dopo aver ulteriormente puntualizzato all'articolo 1 l'oggetto dell'appalto, indicando per ogni lotto anche gli eventuali sublotto ed il relativo importo, disciplinava all'articolo 12 le modalità ed i criteri di aggiudicazione, prevedendo quanto alla qualità dell'offerta, per i sistemi di diagnostica i seguenti parametri: 1) adattamento del sistema al laboratorio, punti 35: a. aderenza all'obiettivo di consolidamento e gestione unitaria; b. adattamento all'organizzazione generale ed agli spazi del laboratorio; c. uniformità dell'offerta per i vari laboratori; 2) caratteristiche tecniche ed analitiche della strumentazione, punti 10: a. gamma delle determinazioni eseguibili e produttività; b. gestione unitaria del campione, grado di automazione, tracciabilità; c. referenze, organizzazione vendita, certificazioni di qualità; 3) caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti, punti 10: a. specificità, sensibilità, modalità di preparazione, necessità o meno di prodotti ausiliari, tipo di confezione, tempo di validità minimo, condizioni di conservazione; b. preparazione e gestione dei reagenti a bordo della strumentazione; 4) assistenza, punti 5: a. tempi e modalità di assistenza e supporto specialistico; b. formazione del personale.

12.4.3. Dall'esame della ricordata *lex specialis* (interpretata secondo i fondamentali principi ermeneutici imperniati sul criterio letterale e su quello di buona fede) emerge che l'amministrazione ha indicato quali criteri per la individuazione dell'offerta economicamente più conveniente il "prezzo" e la "qualità", assegnando al primo il peso di 40 punti ed al secondo il peso di 60 punti e che, per quanto attiene al criterio della qualità, ha anche previsto specifici parametri di valutazione, assegnando ad ognuno di essi uno puntuale peso (nell'ambito del punteggio massimo attribuibile).

Infatti, per i sistemi di diagnostica, sono stati previsti i seguenti parametri, con l'indicazione del relativo punteggio massimo attribuibile: 1) adattamento del sistema al laboratorio, punti 35; 2) caratteristiche tecniche ed analitiche della strumentazione, punti 10; 3) caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti, punti 10; 4) assistenza, punti 5.

Inoltre l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, finalizzato alla individuazione della migliore offerta, in coerente attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento ed al fine di meglio indirizzare il potere di valutazione della commissione giudicatrice, ha ritenuto di dover ulteriormente specificare tali parametri.

L'articolo 12 del capitolato speciale ha infatti previsto per il parametro 1) "adattamento del sistema al laboratorio" (punti 35), le ulteriori specificazioni di: a. aderenza all'obiettivo di consolidamento e gestione unitaria; b. adattamento all'organizzazione generale ed agli spazi del laboratorio; c. uniformità dell'offerta per i vari laboratori; per il parametro 2) "caratteristiche tecniche ed analitiche della strumentazione" (punti 10), le specificazioni di: a. gamma delle determinazioni eseguibili e produttività; b. gestione unitaria del campione, grado di automazione, tracciabilità; c. referenze, organizzazione vendita, certificazioni di qualità; per il parametro 3) "caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti" (punti 10), le specificazioni di: a. specificità, sensibilità, modalità di preparazione, necessità o meno di prodotti ausiliari, tipo di confezione, tempo di validità minimo, condizioni di conservazione; b. preparazione e gestione dei reagenti a bordo della strumentazione; per il parametro 4) "assistenza" (punti 5), le specificazioni di: a. tempi e modalità di assistenza e supporto specialistico; b. formazione del personale.

12.4.4. Sennonché, proprio per tali ulteriori specificazioni, di cui è agevolmente intuibile l'importanza per la corretta valutazione dell'offerta e della conseguente attribuzione del punteggio, la *lex specialis* non contiene alcuna indicazione circa il relativo peso (o punteggio).

Tale omissione, come rilevato dai primi giudici, vizia la procedura di gara in questione, atteso che sia che si invochi l'articolo 19 della legge 27 aprile 1992, n. 358 (vigente al momento dell'approvazione del bando di gara), sia che si faccia riferimento all'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (pure applicabile, avendo ad esso l'amministrazione adeguato le previsioni della gara), l'amministrazione è sempre tenuta, nel caso di aggiudicazione dell'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a indicare nella *lex specialis* di gara i criteri di valutazione, con l'indicazione della ponderazione loro attribuiti, specificando per ciascun criterio di valutazione prescelto gli eventuali sub criteri e sub – pesi o sub – punteggi.

La necessaria previa fissazione dei criteri e degli eventuali sub – criteri, con la precisa indicazione del loro peso ovvero del punteggio ad essi singolarmente attribuibile, non risponde del resto soltanto

all'esigenza di assicurare la dovuta trasparenza della fase procedimentale della valutazione delle offerte e la coerenza (logicità, non arbitrarietà, etc.) delle scelte operate dalla commissione di gara, ma riguarda anche la precedente fase di predisposizione dell'offerta da parte dei concorrenti.

Questi ultimi, infatti, devono essere messi in grado di formulare un'offerta seria, adeguata e responsabile rispetto alle finalità perseguite dall'amministrazione e ciò comporta la necessità di conoscere preventivamente e completamente tutte le precise modalità e gli strumenti che l'amministrazione utilizzerà per la valutazione delle offerte, ivi compresa la specificazione dei parametri e sub-parametri con i relativi punteggi e sub – punteggi (c.d. griglia).

La completa ed esauriente fissazione di tutti i criteri e sub - criteri, con i relativi pesi o punteggi e sub – pesi o sub – punteggi utilizzati per la valutazione delle offerte costituisce, come già accennato, il concreto strumento di legalità dell'azione amministrativa nell'ambito della procedura di scelta del contraente, idonea ad assicurare sia la par condicio di tutti i concorrenti, sia la necessaria trasparenza delle scelte operate.

Non può condividersi al riguardo la tesi dell'amministrazione appellante secondo cui, nel caso in esame, le ricordate ulteriori specificazioni non costituirebbero elementi autonomi di valutazione, bensì mere “variabili” delle singole offerte e integrerebbero perciò i criteri motivazionali, cui avrebbe dovuto attenersi la commissione giudicatrice per l'attribuzione del punteggio.

Occorre al riguardo ricordare che per criteri motivazionali debbono intendersi quegli strumenti logico – argomentativi finalizzati a rendere manifesto e trasparente l'iter logico – giuridico seguito dalla commissione per l'attribuzione di un punteggio numerico, laddove nel caso di specie si è in presenza dell'ulteriore enucleazione di una serie di specifici elementi tecnici, idonei ex se ad influire sul punteggio di merito da attribuire alla singole offerte, inidonei ad esprimere l'iter logico – giuridico seguito dalla commissione per l'attribuzione del punteggio alle offerte.

Del resto gli atti amministrativi devono essere interpretati, oltre che secondo il fondamentale criterio letterale, anche secondo il criterio di buona fede, nel senso che i loro effetti devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, essendo la pubblica amministrazione tenuta ad operare in modo chiaro e lineare e quindi a fornire ai privati regole certe e sicure (C.d.S., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7260; 16 giugno 2009, n. 3880).

Ad avviso della Sezione nel caso di specie, sulla base di una corretta interpretazione della *lex specialis*, deve negarsi che gli ulteriori parametri, per i quali è stata omessa l'indicazione della specifica rilevanza, costituissero criteri motivazionali, mancando in tal senso qualsiasi elemento, ancorché indiziario o di ordine sistematico.

La sentenza impugnata non merita censura neppure nella parte in cui, accogliendo la censura sollevata dalla società ricorrente in primo grado, ha sostanzialmente riscontrato l'introduzione da parte della commissione di gara di ulteriori o di diversi parametri di valutazione della qualità dell'offerta rispetto a quelli specificati nella *lex specialis*, peraltro successivamente all'apertura delle buste.

Al riguardo, posto che costituisce *jus receptum* che, in attuazione dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità, par condicio e trasparenza, la commissione di gara non può in alcun caso introdurre ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella *lex specialis* ovvero modificare quelli in essa contenuti (ex multis, C.d.S., sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4628; 2 marzo 2009, n. 1180; 25 settembre 2007, n. 4956), dalla lettura del verbale n. 3 del 20 giugno 2007 emerge che la commissione, dopo aver preso atto dei criteri di valutazione delle offerte di cui all'art. 12 del capitolato speciale, prendeva altresì atto degli obiettivi che l'amministrazione aveva inteso perseguire e che dovevano “...costituire i principi ispiratori della gara, descritti dall'art. 2 del capitolato speciale”, decideva di predisporre delle schede per “l'inserimento dei dati tecnici risultanti dalla documentazione tecnica prodotta dalle ditte concorrenti...”, precisando altresì che “stante la non corrispondenza degli elementi di valutazione nei parametri di cui all'articolo 12 del capitolato speciale con gli elementi tecnici richiesti agli articoli 7 e 9 delle schede tecniche...” ravvisava la necessità di “...ricondurre i vari dati tecnici relativi ai sistemi diagnostici desunti dalla documentazione tecnica ai 4 parametri specificati mediante colorazione differenziata di detti elementi”.

Tale *modus operandi* della commissione (ed in particolare proprio la riconduzione dei dati tecnici relativi ai dati diagnostici desunti dalla documentazione tecnica ai 4 parametri specificato mediante

colorazione differenziati di detti elementi), pur dichiaratamente finalizzato a realizzare l'intento dell'amministrazione, asseritamente ricavabile dalle prescrizioni e dagli obiettivi del capitolato, "...di realizzare attraverso la gara di appalto assetti operativi di diagnostica ad alta automazione ed elevata produttività organizzati in rete integrata con l'impiego di stazioni analitiche consolidate che consentano non solo automazione dei processi analitici nelle diverse fasi (preanalitica, analitica, postanalitica) ma anche il consolidamento di più settori analitici", introduce in realtà un diverso ed ulteriore modo, arbitrario, oltre che generico ed indeterminato, di valutazione delle offerte che invece, secondo la più volte ricordata *lex specialis*, doveva avvenire soltanto con riguardo all'adattamento al sistema di laboratorio, alle caratteristiche tecniche ed analitiche della strumentazione, alle caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti e all'assistenza, nonché, con particolare riferimento all'adattamento al sistema di laboratorio, alla sua aderenza all'obiettivo di consolidamento e gestione unitaria, all'adattamento all'organizzazione generale ed agli spazi di laboratorio ed all'uniformità dell'offerta per i vari laboratori. Emerge pertanto per *tabulas* l'effettivo stravolgimento ovvero la modificazione degli originari parametri di valutazione ovvero ancora l'introduzione di nuovi e peraltro indeterminati parametri, non conosciuti dal momento della presentazione delle offerte, per di più soggettivamente interpretati dalla commissione.

Ciò senza contare che tale modificazione risulta avvenuta quando i plichi contenenti le offerte tecniche erano già stati aperti, come si desume dalla circostanza che la documentazione tecnica è stata consegnata ai componenti della sottocommissione, cui era stato affidato il compito di predisporre delle schede tecniche, per individuare la presenza di non meglio precisate condizioni per l'assegnazione dei punti di qualità, laddove tale, pur importante attività istruttoria, doveva essere evidentemente finalizzata alla verifica dei parametri di valutazione dell'offerta fissati nel bando e nel capitolato speciale.

12.4.7. Le osservazioni svolte rendono prive di fondamento le doglianze svolte dall'amministrazione avverso la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che i punteggi sarebbero stati assegnati, per un verso, in assenza di una qualsiasi preliminare predeterminazione del rilievo dei singoli sub – criteri e senza una reale indicazione degli elementi ritenuti decisivi e, per altro verso, sulla base di aggettivazioni generiche prive di qualsiasi elemento dimostrativo.

E' sufficiente osservare che l'assunto dei primi giudici è assolutamente coerente con la accertata mancata indicazione dei punteggi agli ulteriori parametri di valutazione indicati nell'articolo 12 del capitolato speciale, di cui si è detto in precedenza, con la conseguenza che effettivamente i punteggi attribuiti integrano delle valutazioni apodittiche, prive di qualsiasi riscontro e di qualsivoglia elemento idoneo a giustificarle anche sul piano meramente motivazionale, così che non è per contro invocabile il principio della discrezionalità della valutazione della commissione di gara, discrezionalità che non potendo confondersi con l'arbitrarietà, presuppone quanto meno la sussistenza di elementi idonei a consentire il sindacato sulla ragionevolezza e sulla logicità della valutazione stessa.

12.4.8. Completezza espositiva impone infine alla Sezione di osservare che la sentenza impugnata non merita critica alcuna neppure nella parte in cui ha evidenziato l'assenza di criteri motivazionali.

Se è vero che a tanto non può procedere la commissione di gara (in virtù della modifica al d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, successiva dalla emanazione dei provvedimenti impugnati in primo grado), ciò non toglie che essi siano necessari (e debbano pertanto essere contenuti nella *lex specialis*) per guidare la discrezionalità della commissione, per apprezzarne la logicità e la ragionevolezza nelle scelte e per consentirne il sindacato.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 3356 del 26 maggio 2010 pronunciata dal Consiglio di Stato

**N. 03359/2010 REG.DEC.**

**N. 02530/2009 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**DECISIONE**

sul ricorso in appello iscritto numero di registro generale 2530 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da: AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE ROMA H, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Fornaro, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Fornaro in Roma, via Condotti, n. 61/A;

***contro***

CONTROINTERESSATA S.A.S., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Leopoldo Aperio Bella, con domicilio eletto presso l'avv. Leopoldo Aperio Bella in Roma, via Giuseppe Avezzana, n. 51;

***nei confronti di***

CONTROINTERESSATA DUE S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Claudio De Portu, Carlo Maria Muscolo e Francesco Tassone, con domicilio eletto presso l'avv. Claudio De Portu in Roma, via G. Percalli, n. 13;  
CONTROINTERESSATA TRE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del TAR LAZIO – ROMA, Sez. III Quater, n. 5166/2009, resa tra le parti, concernente LICITAZIONE PRIVATA PER FORNITURA COMPLETA SISTEMI DIAGNOSTICI PER LAB.ANALISI.

Visto il ricorso in appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Controinteressata due S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 febbraio 2010 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Fornaro, Aperio Bella, De Portu, e Tassone;

Visto il dispositivo di decisione n. 117 del 23 febbraio 2010;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

#### FATTO

1. L'Azienda Unità Sanitaria Locale Roma H (d'ora in poi, l'Amministrazione) con deliberazione n. 552 del 13 dicembre 2005 e successivo bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il 2 marzo 2006 indiceva una procedura ristretta (licitazione privata ai sensi dell'articolo 9, lett. b), del decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358, come modificato ed integrato dal decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 402) per la fornitura di sistemi completi di diagnostica e di prodotti diagnostici per i laboratori di analisi e SIT, suddiviso in 41 lotti (per ognuno dei quali era indicato l'importo massimo), prevedendone l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di prezzo (40 punti) e di qualità (60 punti).

Il punteggio attribuibile (60 punti) alla valutazione della qualità era così suddiviso:

I) per i sistemi di completamento di diagnostica: 1. adattamento al sistema di laboratorio, punti 35; 2. caratteristiche tecniche e analitiche della strumentazione, punti 10; 3. caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti, punti 10; 4. assistenza,



punti 5; II) per i lotti di soli diagnostici: 1. adattabilità a sistemi analitici presenti nei diversi laboratori, punti 40; 2. caratteristiche biologiche dei reagenti, punti 10; 3. utilizzo della confezione, punti 10.

Il capitolato speciale d'oneri, dopo aver ulteriormente puntualizzato (articolo 1) l'oggetto dell'appalto, indicando per ogni lotto anche gli eventuali sublotti ed il relativo importo, disciplinava all'articolo 12 le modalità ed i criteri di aggiudicazione: in particolare, per l'attribuzione del punteggio relativo alla qualità dell'offerta, per i sistemi di diagnostica, erano previsti i seguenti parametri: 1) adattamento del sistema al laboratorio, punti 35: a. aderenza all'obiettivo di consolidamento e gestione unitaria; b. adattamento all'organizzazione generale ed agli spazi del laboratorio; c. uniformità dell'offerta per i vari laboratori; 2) caratteristiche tecniche ed analitiche della strumentazione, punti 10: a. gamma delle determinazioni eseguibili e produttività; b. gestione unitaria del campione, grado di automazione, tracciabilità; c. referenze, organizzazione vendita, certificazioni di qualità; 3) caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti, punti 10: a. specificità, sensibilità, modalità di preparazione, necessità o meno di prodotti ausiliari, tipo di confezione, tempo di validità minimo, condizioni di conservazione; b. preparazione e gestione dei reagenti a bordo della strumentazione; 4) assistenza, punti 5: a. tempi e modalità di assistenza e supporto specialistico; b. formazione del personale.

Per i lotti di soli diagnostici i parametri di valutazione della qualità dell'offerta corrispondevano esattamente a quelli già indicati nel bando di gara, senza alcuna ulteriore specificazione.

2. All'esito dell'articolato procedimento di gara, con deliberazione del direttore generale n. 1492 dell'8 agosto 2008, l'amministrazione prendeva atto dei verbali e di tutti gli atti della Commissione giudicatrice, approvandone le risultanze e disponendo: a) l'aggiudicazione, ai sensi dell'articolo 83 del decreto legislativo 12

aprile 2006, n. 163, dei lotti 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 21, 22 (limitatamente agli analiti indicati nell'allegato B), 24, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 34, 37, 40 e 41 alle ditte pure indicate nell'allegato B; b) di non aggiudicare i lotti 11, 17, 26, 29, 36, 38 e 39 (il cui importo di aggiudicazione era superiore all'importo massimo a base di gara), il lotto 19 (andato deserto per la non conformità delle offerte tecniche ai requisiti minimi richiesti), i lotti 20, 33, 35 e l'analita del lotto 23 (Test di conferma BBsAG), per motivi di non convenienza.

3. CONTROINTERESSATA S.A.S., che aveva partecipato alla gara per i lotti 1, 28 e 34, chiedeva al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio l'annullamento della predetta deliberazione del direttore generale dell'USL RM H n. 1492 dell'8 agosto 2008, della successiva determinazione n. 1609 del 3 settembre 2008 (sostanzialmente confermativa della prima), limitatamente al lotto 1 e 28, di cui era risultata aggiudicataria CONTROINTERESSATA DUE S.P.A., in uno con tutti gli atti, i verbali della commissione e le relazioni di valutazione tecnica delle offerte, oltre al capitolato speciale (art. 12) e ai contratti stipulati o stipulandi.

A sostegno dell'impugnativa la ricorrente deduceva due motivi di censura, lamentando:

1) "Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 83 D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 – Violazione e falsa applicazione della lettera d'invito e del relativo capitolato speciale – Violazione e falsa applicazione dei principi di ordine generale delle procedure concorsuali; eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche ed in particolare difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, falsità della causa e sviamento", in quanto il capitolato speciale, per quanto concerneva i sistemi completi di diagnostica, dopo aver stabilito i parametri da utilizzare ai fini della valutazione della qualità dell'offerta e precisato per ognuno di essi il punteggio massimo attribuibile, indicava anche ulteriori sottoparametri di valutazione senza il relativo sub punteggio, in evidente violazione

delle rubricate disposizione di legge; la commissione di gara, d'altra parte, non solo aveva provveduto a fissare alcun criterio di motivazione, per quanto, dopo aver avuto conoscenza delle offerte relative ai lotti 1 e 28 e dopo aver elencato le caratteristiche tecniche e le funzionalità dei sistemi proposti dalle ditte concorrenti, aveva reso esplicito solo le motivazioni che giustificavano il punteggio attribuito all'offerta dell'aggiudicataria CONTROINTERESSATA DUE S.P.A.; per di più tali argomentazioni non erano neppure riconducibili ai criteri e sottocriteri indicati nel capitolato speciale e non consentivano la ricostruzione dell'iter logico – giuridico seguito per la valutazione della qualità dell'offerta e l'attribuzione del relativo punteggio;

2) “Violazione e falsa applicazione della lettera di invito e del relativo capitolato speciale -Violazione e falsa applicazione dei principi di ordine generale delle procedure concorsuali; eccesso di potere in tutte le figure sistematiche ed in particolare difetto dei presupposti, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria e di motivazione, falsità della causa e sviamento”, atteso che la commissione di gara, dopo aver recepito i criteri di valutazione indicati nell'art. 12 del capitolato speciale, in assenza di qualsiasi preventiva ponderazione tra i sottocriteri di valutazione, aveva espresso motivazioni fondate su elementi diversi dai predetti criteri per l'attribuzione del punteggio e frutto di giudizi arbitrari ed unilaterali; sotto altro profilo la ricorrente evidenziava la esistenza dell'interesse a ricorrere, essendo stati sollevate censure idonee a caducare l'intera procedura di gara, così che era del tutto irrilevante la circostanza che essa fosse risultata quarta classificata in entrambi i lotti contestati.

Veniva formulata altresì una domanda risarcitoria.

4. L'adito tribunale, sez. III quater, dopo aver ritualmente pubblicato il dispositivo n. 63 del 12 febbraio 2009, con la sentenza n. 5166 del 18 maggio 2009, nella resistenza dell'intimata Azienda USL ROMA H e dell'aggiudicataria

CONTROINTERESSATA DUE S.P.A. (non essendosi costituite in giudizio le società CONTROINTERESSATA TRE S.P.A e CONTROINTERESSATA QUATTRO MEDICAL SOLUTIONS DIAGNOSTICS S.R.L., ritualmente evocate in giudizio), respinta l'eccezione di difetto di giurisdizione e respinta quanto infondata la richiesta dell'amministrazione di sospensione del giudizio per la presentazione di un regolamento preventivo di giurisdizione; ritenuta altresì infondata l'eccezione di irricevibilità del ricorso, sia quanto al provvedimento di aggiudicazione, sia quanto agli atti prodromici (bando, capitolato, verbali della commissione), atti impugnabili con l'aggiudicazione; respinta ancora l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per la dedotta omessa notifica agli aggiudicatari di tutti i lotti; accoglieva il ricorso ed annullava gli atti impugnati limitatamente al lotto 1 e 28, ritenendo fondato i motivi di censura formulati sia in relazione alla omessa specificazione del peso degli ulteriori subcriteri indicati nell'art. 12 del capitolato speciale, sia per la illegittimità dei punteggi attribuiti alle offerte senza la previa individuazione di criteri oggettivi valutazione, tanto più che quest'ultima risultava essere stata compiuta sulla scorta di criteri diversi da quelli fissati nel bando di gara, addirittura introdotti dopo la conoscenza delle offerte stesse.

5. L'Amministrazione, che con atto notificato il 13 marzo 2009 aveva chiesto la sospensione del dispositivo di sentenza con riserva di motivi aggiunti, con successivo atto di appello notificato il 23 ottobre 2009 proponeva motivi aggiunti e chiedeva la riforma della predetta sentenza, lamentandone l'erroneità alla stregua di cinque motivi di gravame.

Con il primo motivo, rubricato "Illegittimità ed erroneità della sentenza impugnata relativamente all'asserita inosservanza dell'obbligo di ponderazione numerica dei sottocriteri; omesso esame di atti e documenti; conseguente infondatezza ed illogicità della motivazione, violazione e falsa applicazione dell'art. 83 d.lgs. n.

163/2006, come modificato dal d.lgs. n. 152/2008”, l’amministrazione ha sostenuto l’erroneità e l’infondatezza dei motivi su cui i primi giudici avevano basato l’accoglimento del ricorso, cioè la dedotta violazione dell’obbligo di ponderazione numerica dei sottocriteri e la mancata formulazione da parte della commissione di gara dei criteri motivazionali, a causa della frettolosità della lettura e di una falsa interpretazione della *lex specialis* della gara.

In sintesi, secondo l’amministrazione appellante, anche a prescindere dalla stessa applicabilità *ratione temporis* al bando di gara, dell’articolo 83 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la *lex specialis* conteneva in modo completo ed esaustivo la puntuale individuazione dei criteri (prezzo e qualità) e dei sub – criteri, con la puntuale indicazione dei relativi punteggi e sub-punteggi per la valutazione delle offerte, così che inopinatamente i primi giudici, fuorviati dalla prospettazione della società ricorrente, avevano qualificato quali criteri quelli che invece che, secondo la corretta lettura della *lex specialis*, erano sub – criteri, confondendo poi ulteriormente le variabili relativi a questi ultimi (che in realtà rappresentavano invece i criteri motivazionali e pertanto non necessitavano della specificazione di sub – punteggi), con presunti sub – criteri.

Con il secondo motivo, deducendo “Illegittimità ed erroneità della sentenza del TAR laddove si afferma la mancata formulazione dei criteri motivazionali da parte della Commissione e si asserisce la vigenza dell’art. 83 del D. Lgs. 163/2006 e la sua applicabilità al caso di specie. Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 d. lgs. 163/2006; omessa considerazione della procedura di infrazione n. 2007/2309 della Commissione delle Comunità europee nei confronti dello Stato italiano; violazione delle Direttive CE 2004/18 e 2004/17”, l’amministrazione appellante, dopo aver ribadito la assoluta completezza delle previsioni della *lex specialis* ai fini della valutazione delle offerte, ha rilevato che in ogni caso la commissione di gara non avrebbe potuto legittimamente fissare i criteri motivazionali, trattandosi di attività

contraria ai principi del diritto comunitario, come evidenziato nella lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione delle Comunità Europee allo Stato Italiano proprio in relazione alla previsione contenuta nell'articolo 83, comma 4, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Pertanto, diversamente da quanto ritenuto dai primi giudici, la commissione di gara aveva correttamente operato nel pieno rispetto della *lex specialis*, senza introdurre alcun nuovo elemento di valutazione delle offerte, così che era inammissibile ed infondata la doglianza al riguardo sollevata dalla ricorrente in primo grado, non potendo peraltro dubitarsi che la valutazione delle offerte costituiva tipica espressione di discrezionalità, come tale insindacabile.

Con il terzo motivo, lamentando “Illegittimità ed erroneità della sentenza del TAR che ha annullato la gara per i lotti ai quali ha partecipato la Ditta ricorrente in primo grado, omessa integrazione del contraddittorio, rispetto alle altre Ditte concorrenti – Contraddittorietà rispetto all’annullamento dell’intera gara - Violazione dell’art. 21, L. n. 1034 del 1971, come modificata ed integrata dalla L. n. 205 del 2000”, l’amministrazione appellante ha dedotto che la sentenza impugnata era affetta da un’insanabile contraddizione in quanto l’annullamento dell’aggiudicazione della gara, richiesto solo per i lotti 1 e 28, era stato fondato su di una motivazione idonea a travolgere l’intero procedimento di gara a partire dal relativo bando: tuttavia se la ricorrente avesse inteso effettivamente ottenere l’annullamento dell’intera procedura di gara, avrebbe dovuto notificare il ricorso introduttivo del giudizio anche a tutte le altre ditte aggiudicatarie degli altri lotti, cosa che non era avvenuta e che determinava pertanto un vizio di nullità della sentenza impugnata che aveva pronunciato *ultra petita*.

Con il quarto motivo, deducendo “Inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa notifica al Presidente della Regione Lazio quale commissario ad acta. Nullità della sentenza per mancata integrazione del contraddittorio nei confronti

del predetto. Violazione delle norme regionali e nazionali (Legge n. 189 del 4.12.2008 di conversione del D.L. n. 154 del 2008, sul contenimento della spesa sanitaria)” l’amministrazione ha rilevato che il ricorso introduttivo del giudizio doveva essere notificato anche alla Regione Lazio ed al Presidente della Regione che, quale commissario ad acta, aveva approvato non solo il Piano di organizzazione della Medicina di laboratorio (di cui la gara in questione costituiva concreta attuazione, giusta decreto n. 10 del 3 settembre 2008), ma anche il modello di “capitolato speciale di oneri standard e specifiche tecniche a disposizione delle Aziende quali strumenti omogenei di acquisizione coerenti con i principi del Piano di riordino della Medicina di Laboratorio”, in cui era confermata la validità del criterio di attribuzione di 40 punti per l’offerta economica e di 60 punti per le caratteristiche tecniche del prodotto; erroneamente i primi giudici avevano sbrigativamente e superficialmente respinto tale eccezione, sottovalutando il preminente interesse nazionale e regionale della gara ed il consistente risparmio sulla spesa sanitario che si intendeva conseguire.

Infine, con il quinto motivo, denunciando “Illegittimità e contraddittorietà della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto la domanda di sospensione del giudizio per regolamento di giurisdizione. Violazione degli artt. 41 e 367 c.p.c.”, l’amministrazione appellante ha sostenuto che l’avvenuta proposizione in data 14 gennaio 2009 del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, giustificato dalla circostanza che la società CONTROINTERESSATA S.A.S. aveva chiesto col ricorso introduttivo del giudizio anche l’annullamento dei già stipulati contratti di appalto, imponeva la sospensione del processo, sorprendentemente non dichiarata dai primi giudici sulla scorta di una motivazione approssimativa e non condivisibile.

6. Ha resistito al gravame CONTROINTERESSATA S.A.S., deducendone l’inammissibilità e l’infondatezza e chiedendone pertanto il rigetto.

7. Si è costituita in giudizio anche CONTROINTERESSATA DUE S.P.A. che ha sostanzialmente aderito all'appello proposto dall'amministrazione, chiedendo la riforma della sentenza impugnata.

8. All'udienza in camera di consiglio dell'11 settembre 2009, fissata per la discussione dell'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata, la trattazione della causa è stata rinviata al merito.

9. Le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive.

10. All'udienza pubblica del 19 febbraio 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

11. La Sezione è dell'avviso che si possa prescindere dall'esame della questione di ammissibilità dell'intervento in giudizio, *ad adiuvandum* dell'amministrazione appellante, della CONTROINTERESSATA DUE S.P.A. (così dovendo qualificarsi la sua costituzione in giudizio), atteso che quest'ultima, in quanto aggiudicataria dei lotti 1 e 28 della gara di appalto di cui si tratta, ritualmente evocata nel giudizio di primo grado e soccombente, è cointeressata dell'appellante amministrazione e come tale avrebbe potuto (o meglio dovuto) impugnare la sentenza impugnata per chiederne la riforma, non potendo invece meramente aderire alle ragioni dell'appello svolto dall'amministrazione (C.d.S., sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2677; 31 maggio 2007, n. 2795; 6 settembre 2006, n. 5151; 16 maggio 2006, n. 2773; 31 gennaio 2005, n. 217; 15 maggio 2002, n. 2592).

12. Nel merito l'appello è infondato.

12.1. Deve essere innanzitutto esaminato il quinto motivo di gravame con il quale, denunciando "Illegittimità e contraddittorietà della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto la domanda di sospensione del giudizio per regolamento di giurisdizione. Violazione degli artt. 41 e 367 c.p.c.", l'amministrazione appellante



ha sostenuto che l'avvenuta proposizione del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, giustificato dalla circostanza che la società CONTROINTERESSATA S.A.S. aveva chiesto col ricorso introduttivo del giudizio anche l'annullamento dei già stipulati contratti di appalto, avrebbe imposto la sospensione del processo, erroneamente non disposta dai primi giudici. L'assunto è infondato.

12.1.1. L'articolo 367 c.p.c., nel testo novellato dalla legge 26 novembre 1990, n. 353, ha soppresso l'obbligo di sospensione del giudizio per effetto della sola presentazione del ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, al fine di evitare un uso distorto e dilatorio del regolamento stesso, rimettendo invece la decisione sulla sospensione al giudice a quo (C.d.S., sez. IV, 12 giugno 2009. n. 3694).

La sospensione del processo dipende quindi da una valutazione del giudice di merito circa la non manifesta inammissibilità o la non manifesta infondatezza dell'istanza, da compiersi a seguito di una previa sommaria delibazione della domanda introduttiva del giudizio di merito e della documentazione versata in atti (in termini, Cass. SS.UU. 25 luglio 2001, n. 10089).

12.1.2. Nel caso in esame la decisione dei primi giudici di non sospendere il processo risulta coerente con la previsione del ricordato articolo 367, 1° comma, c.p.c.

Invero, ad avviso della Sezione, la mera indicazione nell'epigrafe del ricorso introduttivo del giudizio, tra gli atti impugnati, anche dei contratti di appalto già stipulato o stipulandi, non è di per sé sufficiente, stante la sua genericità, a comprendere nell'impugnazione anche il contratto, tanto più che dalla lettura del ricorso nessuna censura (o domanda) risulta proposta nei confronti del contratto, mentre nelle conclusioni si insiste esclusivamente per l'annullamento della procedura di gara.

Ai sensi dell'articolo 244, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, l'impugnazione degli atti di una procedura di una gara ad evidenza pubblica per la scelta del contraente cui affidare un appalto pubblico di fornitura (a partire dal bando di gara fino al provvedimento di aggiudicazione definitiva) appartiene alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, cui è tuttavia preclusa ogni indagine sulla sorte del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione, come chiarito dall'A.P. 21 novembre 2008, n. 12.

In definitiva, la mancanza di qualsiasi dubbio sulla esistenza della giurisdizione amministrativa nella controversia in esame rendeva manifestamente infondata la contestazione della giurisdizione e giustifica la decisione dei primi giudici.

12.2. Ugualmente privo di fondamento è il quarto motivo di gravame, il cui esame pure riveste carattere preliminare, con cui l'amministrazione, deducendo "Inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa notifica al Presidente della Regione Lazio quale commissario *ad acta*. Nullità della sentenza per mancata integrazione del contraddittorio nei confronti del predetto. Violazione delle norme regionali e nazionali (Legge n. 189 del 4.12.2008 di conversione del D.L. n. 154 del 2008, sul contenimento della spesa sanitaria)" ha lamentato l'erronea omessa declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado che, a suo avviso, avrebbe dovuto essere notificato anche alla Regione Lazio ed al Presidente della Regione che, quale commissario *ad acta*, aveva approvato non solo il Piano di organizzazione della Medicina di laboratorio (di cui la gara in questione costituiva concreta attuazione (giusta decreto n. 10 del 3 settembre 2008), ma anche il modello di "capitolato speciale di oneri standard e specifiche tecniche a disposizione delle Aziende quali strumenti omogenei di acquisizione coerenti con i principi del Piano di riordino della Medicina di Laboratorio", in cui era confermata la validità del criterio di attribuzione di 40 punti per l'offerta economica e di 60 punti per le caratteristiche tecniche del prodotto.

Al riguardo è sufficiente osservare che sia la *lex specialis* della gara che tutta la successiva attività della commissione di gara sono imputabili esclusivamente alla Azienda Unità Sanitaria Locale Roma H, senza alcun coinvolgimento diretto ed immediato né della Regione Lazio, né del suo Presidente, quale commissario *ad acta*, tanto più che le aziende sanitarie locali sono enti strumentali della Regione, dotati di propria autonoma personalità giuridica e autonomia imprenditoriale.

Il fatto poi che la gara di appalto di cui si discute costituisca attuazione del Piano di riordino della Medicina di Laboratorio dell'amministrazione appellante, approvato dal Presidente della giunta regionale del Lazio, quale commissario *ad acta*, nell'ambito di un più generale programma di contenimento della spesa sanitaria regionale, non è circostanza giuridicamente idonea a far considerare la Regione Lazio o il suo presidente, nella predicata qualità, quali parti del giudizio, trattandosi di questione che attiene ai rapporti interni tra ente regionale e azienda sanitaria.

D'altra parte, né la circostanza che il Presidente della Regione Lazio, quale commissario *ad acta*, abbia approvato lo schema tipico del Capitolato speciale d'oneri applicato alla gara in questione, né le dedotte finalità della gara (di contenimento della spesa sanitaria per effetto dell'approvato piano di riordino) possono essere considerati indici rilevatori di automatica legittimità dell'operato dell'amministrazione appaltante, giacché in questo modo si limiterebbe, per un verso, il sindacato di legittimità del giudice amministrativo azionato dagli interessati e, per altro verso, il diritto di difesa di questi ultimi, predicato dall'articolo 24 della Costituzione.

12.3. Anche il terzo motivo di gravame deve essere esaminato con precedenza rispetto al merito della controversia.

Con esso l'Amministrazione ha denunciato "Illegittimità ed erroneità della sentenza del TAR che ha annullato la gara per i lotti ai quali ha partecipato la Ditta ricorrente in primo grado, omessa integrazione del contraddittorio, rispetto alle

altre Ditte concorrenti – Contraddittorietà rispetto all’annullamento dell’intera gara - Violazione dell’art. 21, L. n. 1034 del 1971, come modificata ed integrata dalla L. n. 205 del 2000”.

In sintesi, secondo l’appellante, la sentenza impugnata sarebbe affetta da un’insanabile contraddizione in quanto l’annullamento dell’aggiudicazione della gara, richiesto solo per i lotti 1 e 28, sarebbe stato giustificato da una motivazione idonea a travolgere l’intero procedimento di gara a partire dal relativo bando, in contrasto con la volontà manifestata dalla ricorrente che, se avesse inteso chiedere l’annullamento dell’intera procedura di gara, avrebbe dovuto notificare il ricorso di primo grado anche a tutte le altre ditte aggiudicatrici degli altri lotti; la sentenza conterrebbe perciò una pronuncia ultra petita.

La suggestiva censura non merita accoglimento.

Dall’esame della ricorso introduttivo del giudizio ed in particolare dalla sua epigrafe emerge senza alcun dubbio che CONTROINTERESSATA S.A.S. ha impugnato le deliberazioni dell’Amministrazione con cui è stato approvato l’esito della gara indetta con il bando pubblicato il 2 marzo 2006 solo limitatamente ai lotti 1 e 28; d’altra parte il dispositivo della sentenza impugnato al punto 2 testualmente recita: “2. accoglie il ricorso introduttivo e, per l’effetto, annulla l’aggiudicazione del lotto n. 1 e del lotto n. 28”.

Ciò esclude la sussistenza del vizio denunciato, a nulla rilevando che il motivo di censura della procedura di gara sollevato dalla ricorrente in primo grado e ritenuto fondato dai primi giudici, sia di per sé idoneo a inficiare la procedura di gara anche per gli altri lotti; d’altra parte l’autonomia dei lotti in cui era suddivisa l’intera gara esclude che l’impugnazione dell’aggiudicazione di un solo lotto comportasse l’onere per la ricorrente di estendere il contraddittorio anche agli aggiudicatari dei lotti per i quali non avesse partecipato o per i quali non avesse avuto interesse a contestare l’esito della gara.

12.4. Possono essere ora esaminati congiuntamente, stante la loro intima connessione, il primo ed il secondo motivo di gravame che riguardano il merito della controversia.

12.4.1. Lamentando rispettivamente “Illegittimità ed erroneità della sentenza impugnata relativamente all’asserita inosservanza dell’obbligo di ponderazione numerica dei sottocriteri; omesso esame di atti e documenti; conseguente infondatezza ed illogicità della motivazione, violazione e falsa applicazione dell’art. 83 d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal d.lgs. n. 152/2008” (primo motivo) nonché “Illegittimità ed erroneità della sentenza del TAR laddove si afferma la mancata formulazione dei criteri motivazionali da parte della Commissione e si asserisce la vigenza dell’art. 83 del D. Lgs. 163/2006 e la sua applicabilità al caso di specie. Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 d. lgs. 163/2006; omessa considerazione della procedura di infrazione n. 2007/2309 della Commissione delle Comunità europee nei confronti dello Stato italiano; violazione delle Direttive CE 2004/18 e 2004/17” (secondo motivo), l’amministrazione ha sostanzialmente rivendicato la correttezza dell’operato della commissione di gara e la legittimità degli atti impugnati, rilevando in particolare che la *lex specialis* disciplinava compiutamente l’intero procedimento di gara, ivi compresa la fase della valutazione delle offerte da parte della commissione, con la specifica individuazione dei criteri (prezzo e qualità) e dei sub – criteri, con relativi punteggi e sub-punteggi; i primi giudici, a suo avviso, fuorviati dalla erronea prospettazione della ricorrente, avrebbero inopinatamente qualificato quali criteri quelli che invece, secondo la *lex specialis*, erano i sub – criteri, confondendo poi ulteriormente gli elementi variabili relativi a questi ultimi (che rappresentavano invece i criteri motivazionali e che pertanto non necessitavano della specificazione di sub – punteggi), con presunti sub – criteri.

Da ciò deriverebbe l'erroneità della sentenza impugnata, giacché la commissione di gara aveva invece puntualmente applicato le previsioni della *lex specialis*, così che non sussisteva alcun vizio del procedimento ricollegabile all'omessa fissazione dei predetti criteri motivazionali da parte della commissione di gara, criteri che quest'ultima non avrebbe potuto legittimamente fissare, trattandosi di attività contraria ai principi del diritto comunitario, come evidenziato nella lettera di costituzione in mora inviata dalla Commissione delle Comunità Europee allo Stato Italiano proprio in relazione alla previsione contenuta nell'articolo 83, comma 4, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163; d'altra parte, la valutazione delle offerte costituiva tipica espressione di discrezionalità dell'amministrazione, come tale insindacabile. Le articolate argomentazioni difensive non meritano accoglimento.

12.4.2. In punto di fatto, giova rilevare innanzitutto che, come già accennato, il bando di gara era suddiviso in 41 lotti (per ognuno dei quali era indicato l'importo massimo) e prevedeva l'aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di prezzo (40 punti) e di qualità (60 punti).

Il punteggio attribuibile alla valutazione della qualità dell'offerta era così ulteriormente suddiviso: a) per i sistemi di completamento di diagnostica: 1. adattamento al sistema di laboratorio, punti max 35; 2. caratteristiche tecniche e analitiche della strumentazione, punti max 10; 3. caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti, punti max 10; 4. assistenza, punti max 5; b) per i lotti di soli diagnostici: 1. adattabilità a sistemi analitici presenti nei diversi laboratori, punti max 40; 2. caratteristiche biologiche dei reagenti, punti max 10; 3. utilizzo della confezione, punti max.10.

Il capitolato speciale d'onere, dopo aver ulteriormente puntualizzato all'articolo 1 l'oggetto dell'appalto, indicando per ogni lotto anche gli eventuali sublotti ed il relativo importo, disciplinava all'articolo 12 le modalità ed i criteri di

aggiudicazione, prevedendo quanto alla qualità dell'offerta, per i sistemi di diagnostica i seguenti parametri: 1) adattamento del sistema al laboratorio, punti 35: a. aderenza all'obiettivo di consolidamento e gestione unitaria; b. adattamento all'organizzazione generale ed agli spazi del laboratorio; c. uniformità dell'offerta per i vari laboratori; 2) caratteristiche tecniche ed analitiche della strumentazione, punti 10: a. gamma delle determinazioni eseguibili e produttività; b. gestione unitaria del campione, grado di automazione, tracciabilità; c. referenze, organizzazione vendita, certificazioni di qualità; 3) caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti, punti 10: a. specificità, sensibilità, modalità di preparazione, necessità o meno di prodotti ausiliari, tipo di confezione, tempo di validità minimo, condizioni di conservazione; b. preparazione e gestione dei reagenti a bordo della strumentazione; 4) assistenza, punti 5: a. tempi e modalità di assistenza e supporto specialistico; b. formazione del personale.

12.4.3. Dall'esame della ricordata *lex specialis* (interpretata secondo i fondamentali principi ermeneutici imperniati sul criterio letterale e su quello di buona fede) emerge che l'amministrazione ha indicato quali criteri per la individuazione dell'offerta economicamente più conveniente il "prezzo" e la "qualità", assegnando al primo il peso di 40 punti ed al secondo il peso di 60 punti e che, per quanto attiene al criterio della qualità, ha anche previsto specifici parametri di valutazione, assegnando ad ognuno di essi uno puntuale peso (nell'ambito del punteggio massimo attribuibile).

Infatti, per i sistemi di diagnostica, sono stati previsti i seguenti parametri, con l'indicazione del relativo punteggio massimo attribuibile: 1) adattamento del sistema al laboratorio, punti 35; 2) caratteristiche tecniche ed analitiche della strumentazione, punti 10; 3) caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti, punti 10; 4) assistenza, punti 5.

Inoltre l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, finalizzato alla individuazione della migliore offerta, in coerente attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento ed al fine di meglio indirizzare il potere di valutazione della commissione giudicatrice, ha ritenuto di dover ulteriormente specificare tali parametri.

L'articolo 12 del capitolato speciale ha infatti previsto per il parametro 1) "adattamento del sistema al laboratorio" (punti 35), le ulteriori specificazioni di: a. aderenza all'obiettivo di consolidamento e gestione unitaria; b. adattamento all'organizzazione generale ed agli spazi del laboratorio; c. uniformità dell'offerta per i vari laboratori; per il parametro 2) "caratteristiche tecniche ed analitiche della strumentazione" (punti 10), le specificazioni di : a. gamma delle determinazioni eseguibili e produttività; b. gestione unitaria del campione, grado di automazione, tracciabilità; c. referenze, organizzazione vendita, certificazioni di qualità; per il parametro 3) "caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti" (punti 10), le specificazioni di: a. specificità, sensibilità, modalità di preparazione, necessità o meno di prodotti ausiliari, tipo di confezione, tempo di validità minimo, condizioni di conservazione; b. preparazione e gestione dei reagenti a bordo della strumentazione; per il parametro 4) "assistenza" (punti 5), le specificazioni di: a. tempi e modalità di assistenza e supporto specialistico; b. formazione del personale.

12.4.4. Sennonchè, proprio per tali ulteriori specificazioni, di cui è agevolmente intuibile l'importanza per la corretta valutazione dell'offerta e della conseguente attribuzione del punteggio, la *lex specialis* non contiene alcuna indicazione circa il relativo peso (o punteggio).

Tale omissione, come rilevato dai primi giudici, vizia la procedura di gara in questione, atteso che sia che si invochi l'articolo 19 della legge 27 aprile 1992, n. 358 (vigente al momento dell'approvazione del bando di gara), sia che si faccia



riferimento all'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (pure applicabile, avendo ad esso l'amministrazione adeguato le previsioni della gara), l'amministrazione è sempre tenuta, nel caso di aggiudicazione dell'appalto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, a indicare nella lex specialis di gara i criteri di valutazione, con l'indicazione della ponderazione loro attribuiti, specificando per ciascun criterio di valutazione prescelto gli eventuali sub criteri e sub – pesi o sub – punteggi.

La necessaria previa fissazione dei criteri e degli eventuali sub – criteri, con la precisa indicazione del loro peso ovvero del punteggio ad essi singolarmente attribuibile, non risponde del resto soltanto all'esigenza di assicurare la dovuta trasparenza della fase procedimentale della valutazione delle offerte e la coerenza (logicità, non arbitrarietà, etc.) delle scelte operate dalla commissione di gara, ma riguarda anche la precedente fase di predisposizione dell'offerta da parte dei concorrenti.

Questi ultimi, infatti, devono essere messi in grado di formulare un'offerta seria, adeguata e responsabile rispetto alle finalità perseguite dall'amministrazione e ciò comporta la necessità di conoscere preventivamente e completamente tutte le precise modalità e gli strumenti che l'amministrazione utilizzerà per la valutazione delle offerte, ivi compresa la specificazione dei parametri e sub-parametri con i relativi punteggi e sub – punteggi (c.d. griglia).

La completa ed esauriente fissazione di tutti i criteri e sub - criteri, con i relativi pesi o punteggi e sub – pesi o sub – punteggi utilizzati per la valutazione delle offerte costituisce, come già accennato, il concreto strumento di legalità dell'azione amministrativa nell'ambito della procedura di scelta del contraente, idonea ad assicurare sia la *par condicio* di tutti i concorrenti, sia la necessaria trasparenza delle scelte operate.

12.4.5. Non può condividersi al riguardo la tesi dell'amministrazione appellante secondo cui, nel caso in esame, le ricordate ulteriori specificazioni non costituirebbero elementi autonomi di valutazione, bensì mere "variabili" delle singole offerte e integrerebbero perciò i criteri motivazionali, cui avrebbe dovuto attenersi la commissione giudicatrice per l'attribuzione del punteggio.

Occorre al riguardo ricordare che per criteri motivazionali debbono intendersi quegli strumenti logico – argomentativi finalizzati a rendere manifesto e trasparente l'iter logico – giuridico seguito dalla commissione per l'attribuzione di un punteggio numerico, laddove nel caso di specie si è in presenza dell'ulteriore enucleazione di una serie di specifici elementi tecnici, idonei ex se ad influire sul punteggio di merito da attribuire alla singole offerte, inidonei ad esprimere l'iter logico – giuridico seguito dalla commissione per l'attribuzione del punteggio alle offerte.

Del resto gli atti amministrativi devono essere interpretati, oltre che secondo il fondamentale criterio letterale, anche secondo il criterio di buona fede, nel senso che i loro effetti devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, essendo la pubblica amministrazione tenuta ad operare in modo chiaro e lineare e quindi a fornire ai privati regole certe e sicure (C.d.S., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7260; 16 giugno 2009, n. 3880).

Ad avviso della Sezione nel caso di specie, sulla base di una corretta interpretazione della *lex specialis*, deve negarsi che gli ulteriori parametri, per i quali è stata omessa l'indicazione della specifica rilevanza, costituissero criteri motivazionali, mancando in tal senso qualsiasi elemento, ancorché indiziario o di ordine sistematico.

12.4.6. La sentenza impugnata non merita censura neppure nella parte in cui, accogliendo la censura sollevata dalla società ricorrente in primo grado, ha sostanzialmente riscontrato l'introduzione da parte della commissione di gara di

ulteriori o di diversi parametri di valutazione della qualità dell'offerta rispetto a quelli specificati nella *lex specialis*, peraltro successivamente all'apertura delle buste. Al riguardo, posto che costituisce *jus receptum* che, in attuazione dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità, *par condicio* e trasparenza, la commissione di gara non può in alcun caso introdurre ulteriori elementi di valutazione delle offerte rispetto a quelli indicati nella *lex specialis* ovvero modificare quelli in essa contenuti (*ex multis*, C.d.S., sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4628; 2 marzo 2009, n. 1180; 25 settembre 2007, n. 4956), dalla lettura del verbale n. 3 del 20 giugno 2007 emerge che la commissione, dopo aver preso atto dei criteri di valutazione delle offerte di cui all'art. 12 del capitolato speciale, prendeva altresì atto degli obiettivi che l'amministrazione aveva inteso perseguire e che dovevano "...costituire i principi ispiratori della gara, descritti dall'art. 2 del capitolato speciale", decideva di predisporre delle schede per "l'inserimento dei dati tecnici risultanti dalla documentazione tecnica prodotta dalle ditte concorrenti...", precisando altresì che "stante la non corrispondenza degli elementi di valutazione nei parametri di cui all'articolo 12 del capitolato speciale con gli elementi tecnici richiesti agli articoli 7 e 9 delle schede tecniche..." ravvisava la necessità di "...ricondurre i vari dati tecnici relativi ai sistemi diagnostici desunti dalla documentazione tecnica ai 4 parametri specificati mediante colorazione differenziata di detti elementi".

Tale *modus operandi* della commissione (ed in particolare proprio la riconduzione dei dati tecnici relativi ai dati diagnostici desunti dalla documentazione tecnica ai 4 parametri specificato mediante colorazione differenziati di detti elementi), pur dichiaratamente finalizzato a realizzare l'intento dell'amministrazione, asseritamente ricavabile dalle prescrizioni e dagli obiettivi del capitolato, "...di realizzare attraverso la gara di appalto assetti operativi di diagnostica ad alta automazione ed elevata produttività organizzati in rete integrata con l'impiego di stazioni analitiche consolidate che consentano non solo automazione dei processi

analitici nelle diverse fasi (preanalitica, analitica, postanalitica) ma anche il consolidamento di più settori analitici”, introduce in realtà un diverso ed ulteriore modo, arbitrario, oltre che generico ed indeterminato, di valutazione delle offerte che invece, secondo la più volte ricordata *lex specialis*, doveva avvenire soltanto con riguardo all’adattamento al sistema di laboratorio, alle caratteristiche tecniche ed analitiche della strumentazione, alle caratteristiche tecniche e qualitative dei reagenti e all’assistenza, nonché, con particolare riferimento all’adattamento al sistema di laboratorio, alla sua aderenza all’obiettivo di consolidamento e gestione unitaria, all’adattamento all’organizzazione generale ed agli spazi di laboratorio ed all’uniformità dell’offerta per i vari laboratori.

Emerge pertanto *per tabulas* l’effettivo stravolgimento ovvero la modificazione degli originari parametri di valutazione ovvero ancora l’introduzione di nuovi e peraltro indeterminati parametri, non conosciuti dal momento della presentazione delle offerte, per di più soggettivamente interpretati dalla commissione.

Ciò senza contare che tale modificazione risulta avvenuta quando i plichi contenenti le offerte tecniche erano già stati aperti, come si desume dalla circostanza che la documentazione tecnica è stata consegnata ai componenti della sottocommissione, cui era stato affidato il compito di predisporre delle schede tecniche, per individuare la presenza di non meglio precisate condizioni per l’assegnazione dei punti di qualità, laddove tale, pur importante attività istruttoria, doveva essere evidentemente finalizzata alla verifica dei parametri di valutazione dell’offerta fissati nel bando e nel capitolato speciale.

12.4.7. Le osservazioni svolte rendono prive di fondamento le doglianze svolte dall’amministrazione avverso la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che i punteggi sarebbero stati assegnati, per un verso, in assenza di una qualsiasi preliminare predeterminazione del rilievo dei singoli sub – criteri e senza una reale

indicazione degli elementi ritenuti decisivi e, per altro verso, sulla base di aggettivazioni generiche prive di qualsiasi elemento dimostrativo.

E' sufficiente osservare che l'assunto dei primi giudici è assolutamente coerente con la accertata mancata indicazione dei punteggi agli ulteriori parametri di valutazione indicati nell'articolo 12 del capitolato speciale, di cui si è detto in precedenza, con la conseguenza che effettivamente i punteggi attribuiti integrano delle valutazioni apodittiche, prive di qualsiasi riscontro e di qualsivoglia elemento idoneo a giustificarle anche sul piano meramente motivazionale, così che non è per contro invocabile il principio della discrezionalità della valutazione delle commissioni di gara, discrezionalità che non potendo confondersi con l'arbitrarietà, presuppone quanto meno la sussistenza di elementi idonei a consentire il sindacato sulla ragionevolezza e sulla logicità della valutazione stessa.

12.4.8. Completezza espositiva impone infine alla Sezione di osservare che la sentenza impugnata non merita critica alcuna neppure nella parte in cui ha evidenziato l'assenza di criteri motivazionali.

Se è vero che a tanto non può procedere la commissione di gara (in virtù della modifica al d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, successiva alla emanazione dei provvedimenti impugnati in primo grado), ciò non toglie che essi siano necessari (e debbano pertanto essere contenuti nella *lex specialis*) per guidare la discrezionalità della commissione, per apprezzarne la logicità e la ragionevolezza nelle scelte e per consentirne il sindacato.

13. In conclusione l'appello deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dall'Azienda Unità Sanitaria Locale Roma H

avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. III quater, n. 5166 del 18 maggio 2009, così provvede:

- rigetta l'appello;
- condanna l'amministrazione al pagamento in favore di CONTROINTERESSATA S.A.S. delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 5.000,00 (cinquemila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 febbraio 2010 con l'intervento dei Signori:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente FF

Cesare Lamberti, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Roberto Chieppa, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/05/2010

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

Il Dirigente della Sezione