

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 24/06/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29766-non-pu-trovare-accoglimento-la-richiesta-di-condanna-dell-amministrazione-a-disporre-l-affidamento-del-servizio-in-favore-della-ricorrente-qual-forma-di-reintegrazione-in-forma-specifica-in-quant>

Autore: Lazzini Sonia

Non può trovare accoglimento la richiesta di condanna dell'Amministrazione a disporre l'affidamento del servizio in favore della ricorrente quale forma di reintegrazione in forma specifica in quanto l'accertata inattendibilità delle operazioni valutative

Tar Lombardia, Milano, 28.05.2010 n. 1705_BIS

Deve, tuttavia, respingersi la domanda risarcitoria.

Non può trovare accoglimento la richiesta di condanna dell'Amministrazione a disporre l'affidamento del servizio in favore della ricorrente quale forma di reintegrazione in forma specifica in quanto l'accertata inattendibilità delle operazioni valutative non consente di considerare provata la spettanza dell'appalto.

L'illegittimità del procedimento di valutazione dell'offerta tecnica consente di riconoscere come provata una penalizzazione della ricorrente in termini di punteggio ma non consente, in questa sede, una quantificazione esatta del pregiudizio patito in misura tale da determinare con certezza un diverso esito concorsuale.

Non trova, altresì, possibilità di accoglimento la domanda di risarcimento per equivalente che parte ricorrente sostiene allegando le spese sostenute per la partecipazione alla gara (versamento in favore dell'Autorità di Vigilanza, costi gestionali interni e di consulenza per l'approntamento dell'offerta).

In disparte l'eccezione di tardività del deposito afferente la pretesa in disamina, sollevata dall'Amministrazione, il pregiudizio lamentato dalla ricorrente, come ha avuto modo di precisare la prevalente giurisprudenza, non è risarcibile all'impresa che si dolga della mancata aggiudicazione in quanto ogni partecipazione a gare di appalto comporta per le imprese partecipanti dei costi che restano in ogni caso a carico delle stesse indipendentemente dall'esito concorsuale.

Si tratta di costi qualificabili come danno emergente unicamente in caso di illegittima esclusione perché solo in tale ipotesi si palesa una lesione del diritto soggettivo della partecipante a non essere coinvolta in inutili trattative (Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4435) mentre in caso di mancata aggiudicazione trovano ristoro mediante il rinnovo delle operazioni di gara residuando la possibilità di un risarcimento per equivalente unicamente nel caso in cui tale rinnovo non sia possibile (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751)

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto quanto alla domanda di annullamento e respinto relativamente alla domanda risarcitoria.

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la sentenza numero 1705 del 28 maggio 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Milano

**N. 01705/2010 REG.SEN.
N. 02531/2009 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 Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2531 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Ricorrente Consorzio Stabile Ricorrente Scarl, Meridionale Impianti Spa,
rappresentate e difese dagli Avv.ti Danilo Tassan Mazzocco e Giorgio Lezzi, con
domicilio eletto presso il primo, in Milano, via Rossini, n. 8;

contro

Commissione di Gara Per Affidamento di Appalto Multiservizio Tecnologico;
Azienda Ospedaliera Niguarda Ca' Granda, rappresentato e difeso dall'Avv.
Giuseppe Franco Ferrari presso il qual elegge domicilio, in Milano, via Larga, n.
23;

nei confronti di

Controinteressata Spa, Controinteressata due Spa, Controinteressata tre Italia Srl,
Controinteressata quattro Spa, Controinteressata cinque Spa; Controinteressata
S.p.A. Capogruppo Rti, rappresentate e difese dagli Avv.ti Paolo Sansone e
Michelangelo Peccati, con domicilio eletto presso il primo, in Milano, via
G.B.Bazzoni, n. 2;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria della gara di cui trattasi in
favore del raggruppamento temporaneo di imprese formato da Controinteressata
S.p.A., CONTROINTERESSATA DUE S.p.A., CONTROINTERESSATA TRE
Italia S.r.l., CONTROINTERESSATA QUATTRO S.p.A. e

CONTROINTERESSATA CINQUE S.p.A. (di seguito "RTI), comunicato alle ditte concorrenti nel corso della seduta pubblica del 24 giugno 2009;

- del verbale delle operazioni di gara n.6 del 24 giugno 2009 e dei relativi allegati, il cui contenuto è stato conosciuto dalle ricorrenti nel corso dell'accesso agli atti dalle stesse operato in data 31 agosto 2009;

- del verbale delle operazioni di gara n.5 del 22 giugno 2009, il cui contenuto è stato conosciuto dalle ricorrenti nel corso dell'accesso agli atti operato in data 31 agosto 2009;

- del verbale delle operazioni di gara n.4 del 5 maggio 2009, con il quale la Commissione giudicatrice ha proceduto all'esame della documentazione contenuta nelle offerte tecniche avanzate dai concorrenti;

- del verbale delle operazioni di gara n.3 del 5 maggio 2009, con il quale la Commissione giudicatrice ha proceduto all'apertura delle offerte tecniche presentate dai partecipanti alla procedura;

- dei verbali delle operazioni di gara n.1 del 27 aprile 2009 e n.2 del 4 maggio 2009, con i quali la Commissione giudicatrice ha proceduto all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa richiesta dalla lex specialis di gara;

- di ogni altro atto, presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara de qua (non ancora emanato) e l'eventuale contratto medio tempore stipulato fra l'Azienda Ospedaliera Niguarda Ca' Granda ed il RTI risultato provvisoriamente aggiudicatario;

atti impugnati con il ricorso principale;

- della deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera Niguarda Ca' Granda (di seguito "Stazione Appaltante") n. 869 del 10 settembre 2009, atti 148/09 all. 119, il cui contenuto è stato conosciuto dalle ricorrenti solo a seguito della produzione in giudizio del medesimo provvedimento da parte della Stazione Appaltante in data 17 dicembre 2009, con cui è stato deliberato di "aggiudicare

provvisoriamente l'appalto al RTI ISI-CONTROINTERESSATA DUE-CONTROINTERESSATA TRE-CONTROINTERESSATA CINQUE-CONTROINTERESSATA QUATTRO";

- della deliberazione del Direttore Generale della Stazione Appaltante n.1078 del 12 novembre 2009, atti 148/09 all.135, il cui contenuto è stato conosciuto dall'ATI solo a seguito della produzione in giudizio del medesimo provvedimento da parte della Stazione Appaltante in data 17 dicembre 2009, con cui è stato deliberato di "aggiudicare definitivamente l'appalto al RTI ISI-CONTROINTERESSATA DUE-CONTROINTERESSATA TRE-CONTROINTERESSATA CINQUE-CONTROINTERESSATA QUATTRO";

- dell'avviso relativo agli appalti aggiudicati pubblicato in GUCE in data 24 novembre 2009, con cui si è dato pubblicamente atto dell'intervenuta aggiudicazione dell'appalto de quo in favore del RTI;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Niguarda Ca' Granda;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Udito il dott. Marco Poppi, Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 29 aprile 2010, e uditi per le parti i difensori presenti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con Delibera n. 98 del 05.02.09, l'Azienda Ospedaliera resistente, indicava una procedura aperta per l'affidamento di un "appalto di multiservizio tecnologico" (Bando spedito in GUCE il 09.02.09), di durata quinquennale, per un importo

complessivo pari a € 14.910.000,00, da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (punti 50/50 per offerta tecnica ed economica).

In data 27.04.09, la Commissione di gara, effettuava la verifica della documentazione amministrativa prodotta dalle due Imprese partecipanti (odierne ricorrente e controinteressata) e, previa acquisizione di chiarimenti necessari, all'esito della successiva seduta del 04.05.09, ammetteva entrambe le concorrenti alle successive fasi concorsuali.

In data 05.05.09 si procedeva, nel corso di una prima sessione pubblica (ore 09.30), all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche (verbale n. 3) e, alle 10.30 in sessione riservata, si dava inizio all'esame della documentazione tecnica (verbale n. 4) che proseguiva nei giorni 6, 7, 14 e 18 maggio 2009, e 11, 12 e 16 giugno 2009 (con redazione di un unico verbale datato 22.06.09 cui veniva allegata una "Relazione circa le proposte tecniche presentate dalle ditte ricorrenti") concludendosi con l'assegnazione di punti 46,8/50 al RTI ISI e punti 32,6/50 alla ricorrente.

All'esito della valutazione dell'offerta economica, effettuata il 24.04.09 con assegnazione di punti 50/50 alla ricorrente e 36,457 alla controinteressata, si determinava la graduatoria finale che vedeva quest'ultima classificarsi al primo posto con punti 83,257, seguita dalla prima con punti 82,600.

Con Delibera n. 869 del 10.09.09, l'Azienda Ospedaliera ratificava l'operato della Commissione, approvava i verbali di gara e determinava l'aggiudicazione provvisoria in favore del RTI ISI e, con successiva Delibera n. 1078 del 12.11.09 (non comunicata alla ricorrente), determinava l'aggiudicazione definitiva.

La ricorrente, con ricorso notificato il 04.11.09, impugnava i provvedimenti in epigrafe specificati (fra i quali figurava la sola aggiudicazione provvisoria e non anche la definitiva perché non ancora intervenuta alla data dell'accesso agli atti - 31.08.09), eccependo l'illegittimità delle operazioni di verbalizzazione compiute

dalla Commissione di gara (1° motivo), profili di contraddittorietà fra le valutazioni tecniche operate ed i precedenti chiarimenti forniti dalla stessa Stazione (2° motivo), nonché, numerosi profili di incongruità della valutazione tecnica (3° motivo).

L'Amministrazione si costituiva in giudizio eccependo, in via pregiudiziale, la tardività dell'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria (rilevando come fosse pervenuta a conoscenza della ricorrente nel corso della seduta del 24.06.09 cui presenziava un rappresentante della medesima), nonché l'inammissibilità della successiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva relativamente ai profili di illegittimità eccepiti unicamente in via derivata.

Nel merito sosteneva l'infondatezza delle avverse doglianze richiedendo il rigetto del ricorso.

Nella Camera di consiglio del 18 dicembre 2009, stante la mancata impugnazione dell'aggiudicazione definitiva nel frattempo intervenuta, con Ordinanza n. 1456/2009, veniva respinta l'istanza incidentale di sospensione.

Preso atto della documentazione prodotta in giudizio dalla resistente Amministrazione, la ricorrente, integrava la propria originaria impugnazione gravando con motivi aggiunti le già citate Delibere n. 869 e n. 1078 (recanti l'aggiudicazione definitiva) eccependo l'illegittimità delle medesime in via derivata (con reiterazione delle medesime doglianze già oggetto del ricorso introduttivo) e la violazione dei doveri di informazione di cui all'art. 79 del D.L.vo n. 163/2006.

Nella Camera di consiglio del 27 gennaio 2010, con Ordinanza n. 93/2010, gli atti gravati venivano sospesi sul presupposto della apparente fondatezza dei primi due motivi di ricorso.

L'aggiudicataria controinteressata, costituitasi in giudizio, al pari della resistente Amministrazione, eccepiva la tardività del ricorso introduttivo, l'inammissibilità

dell'impugnazione riferita all'aggiudicazione definitiva e, nel merito, l'infondatezza del gravame.

Con memoria depositata il 22.04.09, parte ricorrente, sulla base di documentazione depositata il 19 precedente, quantificava la voce di danno riferita ai costi di partecipazione alla gara in circa € 145.000,00.

L'Amministrazione, relativamente a tale ultima allegazione, eccepiva la tardività del deposito documentale.

All'esito della pubblica Udienza del 29 aprile 2010, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente si rigetta l'eccezione di tardività sollevata dalle resistenti in quanto l'aggiudicazione provvisoria della gara, ancorché dichiarata in seduta di gara, veniva formalizzata con Delibera del 10.09.09, con riferimento alla quale la notifica del ricorso, intervenuta in data 04.11.09 è da ritenersi tempestiva.

La ricevibilità dell'impugnazione priva, quindi, di pregio la questione di ammissibilità dei motivi aggiunti con i quali è stata gravata l'aggiudicazione definitiva.

Quanto al merito, il ricorso è da accogliere stante la fondatezza del secondo motivo di ricorso.

Con tale censura, la ricorrente, rileva un profilo di contraddittorietà nell'operato della Commissione che, circa il parametro "ottimizzazione energetica", avrebbe considerato elementi la cui rilevanza in sede valutativa era stata preventivamente esclusa in sede di chiarimenti.

In particolare, la Stazione appaltante, rispondendo ad quesito della ricorrente, avrebbe escluso la necessità di un "collegamento" fra la centrale termica della struttura ospedaliera e quella del Polo tecnologico in corso di realizzazione salvo

poi valutare negativamente l'offerta della ricorrente nella parte in cui non prendeva in considerazione tale futura evenienza.

L'Amministrazione eccepisce l'inammissibilità del motivo in quanto diretto a censurare giudizi discrezionali rappresentando, tuttavia, come, in sede di chiarimenti, la necessità di un collegamento fra le due strutture fosse stata esclusa solo "attualmente" così legittimando una diversa successiva posizione.

La controinteressata, sul punto, deduce che il para. 1.02 del Capitolato di gara, rubricato "durata dell'appalto" (prevista originariamente in 5 anni), veniva modificato in epoca precedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte (Avviso di rettifica dell'08.04.09) introducendo, sull'espresso rilievo della considerazione delle "problematiche connesse alla costruzione del nuovo Riguarda", la precisazione che "dopo diciotto (18) mesi dalla data del verbale di consegna degli immobili e dei locali, l'azienda potrà a suo insindacabile giudizio e con preavviso di sei mesi, rescindere il contratto senza che il contraente possa vantare alcun diritto".

Il Collegio non condivide le tesi delle resistenti.

L'Amministrazione, in risposta al "Quesito 5- polo tecnologico" così formulato: "Nel polo tecnologico attualmente in costruzione, è prevista la realizzazione di un impianto di cogenerazione. Da quanto comunicato in fase di sopralluogo non è previsto un collegamento tra la centrale termica esistente e il nuovo polo tecnologico lato fluido termovettore. Si chiede conferma", rispondeva affermando che "Attualmente non è previsto un collegamento tra le due centrali termiche".

In sede di scrutinio tecnico, come emerge dalla "Relazione circa le proposte tecniche presentate dalle ditte concorrenti" costituente parte integrante del verbale n. 5 del 22.06.09, con riferimento al parametro "Ottimizzazione energetica", in relazione al quale la disciplina di gara prevedeva l'attribuzione di massimo di 8 punti, la Commissione, pur prendendo atto che la ricorrente "prevede di realizzare

a proprio carico la sostituzione dei due generatori di vapore Seveso”, attribuiva alla medesima punti 4,8 rilevando “che l’intervento di sostituzione proposto potrebbe non rivelarsi realmente redditizio per l’Ospedale stante la prospettiva a medio termine di un’integrazione della rete termica attuale con quella che fa capo al nuovo Polo tecnologico”.

La valutazione effettuata si pone in contraddizione con il chiarimento fornito inserendo un parametro di giudizio (la compatibilità del progetto con l’integrazione della rete termica) non solo non previsto dalla disciplina di gara, ma espressamente escluso in sede di chiarimenti, determinando una oggettiva penalizzazione alla ricorrente che, al termine delle operazioni valutative, ha visto sfumare le proprie possibilità di aggiudicarsi la gara in virtù di uno scarto pari a 0,657 punti.

Ne deriva che il punteggio attribuito alla ricorrente relativamente al parametro in esame è da ritenersi arbitrario ed illogico e, come tale, suscettibile di essere sottoposto a sindacato giurisdizionale.

A tal proposito, si precisa che è nota la Collegio la giurisprudenza richiamata dalle resistenti a sostegno della pretesa insindacabilità delle valutazioni afferenti il merito tecnico dell’offerta (Cons. Stato, 19 novembre 2009, n. 7259), ma deve rilevarsi come, nel caso di specie, la palese contraddittorietà della valutazione operata dalla Stazione appaltante è tale da indurre a ritenere che, nella fattispecie, risultino travalicati quei canoni di ragionevolezza e congruità che la stessa giurisprudenza invocata indica come limiti della discrezionalità amministrativa.

Nel caso di specie, infatti, l’Amministrazione, non solo non ha valutato nella giusta misura un significativo elemento migliorativo (la sostituzione dei generatori) suscettibile di comportare un incremento del punteggio ma, con la propria fuorviante risposta al “Quesito 5”, non ha posto la ricorrente in condizione di formulare un’offerta calibrata sulla reale necessità di una integrazione fra le due

Centrali che avrebbe sicuramente garantito un migliore apprezzamento della propria offerta da parte della Commissione.

Nessuna rilevanza, a sostegno della posizione delle resistenti può essere riconosciuta all'introduzione della possibilità di ridurre la durata contrattuale a soli 18 mesi motivata con riferimento a "problematiche connesse alla costruzione del nuovo Riguarda" che, contrariamente a quanto sostenuto dalla controinteressata, non poteva integrare implicitamente i parametri di valutazione.

Semmai, deve rilevarsi, la previsione di una scadenza anticipata così motivata lascia intendere che le suddette "problematiche" si sarebbero dovute affrontare in sede di riaffidamento del servizio da esperirsi una volta acclarata la necessità di una integrazione di rete (causa della ipotizzata rescissione del contratto oggetto di rettifica del Capitolato).

La fondatezza del motivo di ricorso e la conseguente acclarata illegittimità del procedimento di valutazione delle offerte tecniche determina di per sé il travolgimento dell'intera procedura di gara con assorbimento delle ulteriori doglianze.

Deve, tuttavia, respingersi la domanda risarcitoria.

Non può trovare accoglimento la richiesta di condanna dell'Amministrazione a disporre l'affidamento del servizio in favore della ricorrente quale forma di reintegrazione in forma specifica in quanto l'accertata inattendibilità delle operazioni valutative non consente di considerare provata la spettanza dell'appalto. L'illegittimità del procedimento di valutazione dell'offerta tecnica consente di riconoscere come provata una penalizzazione della ricorrente in termini di punteggio ma non consente, in questa sede, una quantificazione esatta del pregiudizio patito in misura tale da determinare con certezza un diverso esito concorsuale.

Non trova, altresì, possibilità di accoglimento la domanda di risarcimento per equivalente che parte ricorrente sostiene allegando le spese sostenute per la partecipazione alla gara (versamento in favore dell'Autorità di Vigilanza, costi gestionali interni e di consulenza per l'approntamento dell'offerta).

In disparte l'eccezione di tardività del deposito afferente la pretesa in disamina, sollevata dall'Amministrazione, il pregiudizio lamentato dalla ricorrente, come ha avuto modo di precisare la prevalente giurisprudenza, non è risarcibile all'impresa che si dolga della mancata aggiudicazione in quanto ogni partecipazione a gare di appalto comporta per le imprese partecipanti dei costi che restano in ogni caso a carico delle stesse indipendentemente dall'esito concorsuale.

Si tratta di costi qualificabili come danno emergente unicamente in caso di illegittima esclusione perché solo in tale ipotesi si palesa una lesione del diritto soggettivo della partecipante a non essere coinvolta in inutili trattative (Cons. Stato, Sez. VI, 4 settembre 2002, n. 4435) mentre in caso di mancata aggiudicazione trovano ristoro mediante il rinnovo delle operazioni di gara residuando la possibilità di un risarcimento per equivalente unicamente nel caso in cui tale rinnovo non sia possibile (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751)

Per quanto precede il ricorso deve essere accolto quanto alla domanda di annullamento e respinto relativamente alla domanda risarcitoria.

Le spese sono da porsi a carico delle parti resistenti e, tenuto conto della parziale soccombenza anche della ricorrente, vengono liquidate in complessivi € 3.000,00 (dei quali € 2000,00 a carico dell'Amministrazione e € 1.000,00 a carico della controinteressata), oltre al rimborso del contributo unificato (a carico della sola Amministrazione).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, Sezione prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- accoglie la domanda di annullamento;
- respinge la domanda risarcitoria;
- condanna le resistenti al pagamento delle spese di giudizio nella misura liquidata in motivazione.

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

Così deciso in Milano nella Camera di consiglio del giorno 29 aprile 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Hadrian Simonetti, Referendario

Marco Poppi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/2010

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

IL SEGRETARIO