

T. A. R. Lazio. Sez. III quater, 1 febbraio 2010, n. 1258

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
Sezione III quater
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 6190 del 2009, proposto da:
Soc T. Srl da Soc M. I. Spa e da Soc A. L. Scc (in proprio e quali
mandanti della costituenda ATI con S. capogruppo), rappresentate e
difese dagli avv.F. C., F. L., con domicilio eletto presso F. L. in
R., via P.G. D. P. 47; Soc S. Spa;

contro

Azienda Alfa di R., in persona del Direttore generale, rappresentata e
difesa dagli avvocati A. C. e P. B.;

nei confronti di

Soc I. C. Spa, in persona del legale rappresentante, (in proprio e
quale capogruppo del R.T.I. con E. C. S.p.a), e di Soc. E. C.
s.p.a., in persona del legale rappresentante, entrambe rappresentate e
difese dall'avv. P. L., con domicilio eletto presso P. L. in R., via
B. d. L., 78;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,
della delibera n. 432 del 21 maggio 2009 nella parte in cui il
Direttore Generale Di Alfa ha disposto di non procedere alla
aggiudicazione della gara per l'appalto per la ristrutturazione e
messa a norma di 8 reparti operatori, indetta con bando pubblicato su
Gazzetta Ufficiale C.E. 20 marzo 2008, nonché della nota di
comunicazione di tale esito del 27 maggio 2009 e dei verbali delle
operazioni di gara e del bando di gara (su G.U.C.E. del 20 marzo 2008)
ed altri atti connessi.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soc I. C. Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2010 il dott.
Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti i difensori come
specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato su G.U.C.E. del 20 marzo 2008 l'Azienda Alfa
ha indetto una gara a procedura aperta - ai sensi del D.Lgv.
n.163/2006 art.55 - per l'affidamento, con il criterio dell'offerta
economicamente più vantaggiosa, della progettazione definitiva ed
esecutiva nonché dell'esecuzione di ogni opera necessaria per
adeguamento e messa a norma dei locali e la fornitura di
apparecchiature e sistemi informativi di 19 sale operatorie (8 blocchi

operatori) per un importo complessivo pari ad €14.025.903,62; il bando prevedeva che la stazione appaltante avrebbe proceduto all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida (sez.V, procedura).

Alla gara hanno partecipato tre raggruppamenti di imprese, per due dei quali (B. F. S.r.l. e I. C. S.p.a.) la Commissione giudicatrice (dopo aver valutato l'offerta tecnica e preso visione del prezzo offerto) nella seduta del 27 gennaio 2009 propose l'esclusione "per fugare ogni dubbio in merito al rischio che la previa conoscenza di valorizzazioni di natura economica (presenti nelle offerte tecniche) possa aver avuto incidenza, pure solo astrattamente, sul proprio operato, influenzandone le valutazioni"; peraltro nella stessa seduta la Commissione nel far presente che l'offerta presentata dal terzo concorrente R.T.I. S. capogruppo (punteggio qualitativo p.38,60 - prezzo offerto €13.952.975,46) era risultata "la più carente sotto il profilo qualitativo" e presentava "un ribasso di gran lunga inferiore a quello proposto dal primo in graduatoria", rimetteva alla stazione appaltante la scelta se avvalersi della possibilità di non aggiudicare la gara ai sensi dell'art. 81, comma 3, del D.Lgs. n.163/2006.

1.1. Quindi, con deliberazione 21 maggio 2009 n. 432, il Direttore Generale dell'Azienda Alfa, preso atto della proposta della Commissione e delle analoghe conclusioni espresse dal R.U.P. nonché dal Direttore sanitario e da quello amministrativo, dispose di escludere dalla gara le offerte presentate dall'ATI I. C. e dall'ATI B. nonché di non procedere all'aggiudicazione della gara, ai sensi del D.Lgs. n.163/2006, art.81, comma 3, in quanto l'offerta dell'ATI S. (rimasta l'unica in graduatoria) presentava carenze progettuali e qualitative (per gli aspetti più importanti richiamati nelle premesse della delibera) tali da "renderla non idonea rispetto alle esigenze dell'Amministrazione e, comunque, non conveniente dal punto di vista economico."

1.2. Avverso tale deliberazione, nella parte in cui stabilisce di non procedere all'aggiudicazione della gara (ai sensi dell'art. 81, comma 3, del decreto lgs. N.163/2006), nonché avverso la nota di comunicazione dell'esito della gara 21 maggio 2009 n.432 (a firma del responsabile dell'Unità Acquisizione di Alfa), i verbali di gara, la nota del RUP del 15 maggio 2009 n. 16268, il bando di gara ed ogni altro atto connesso, hanno proposto il ricorso in epigrafe le società T. s.r.l., M. I. s.p.a. nonché A. L. s.c.c., in proprio e nella qualità di mandante della costituenda ATI con S. s.p.a., capogruppo, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, per i seguenti vizi dedotti in unico articolato motivo:

Violazione dell'art. 81, comma 3, del Codice nonché della lex specialis di gara con particolare riferimento al disciplinare laddove detta prescrizione sulla compilazione dell'offerta economica (pag.19) e sulla compilazione del documento sui costi di gestione (pag. 15),

nonché eccesso di potere per difetto d'istruttoria, travisamento dei fatti e falsità dei presupposti e sviamento.

Ad avviso della parte ricorrente, infatti, la Commissione di gara erroneamente avrebbe ritenuto la propria offerta "non conveniente", atteso che la stessa, essendo comunque in ribasso rispetto al prezzo base di gara, risultava di necessità allineata ai prezzi di mercato (presi in considerazione dalla stessa stazione appaltante nel calcolare il suddetto prezzo a base di gara); inoltre risulterebbe irrilevante, la circostanza che il quadro economico presentava per la voce forniture un costo maggiore rispetto all'importo previsto dalla stazione appaltante poiché il disciplinare (pag.19) consentiva una diversa distribuzione dei costi tra lavori e forniture.

Inoltre ancora erroneamente la Commissione di gara avrebbe ritenuto l'offerta della ricorrente "non idonea alle esigenze dell'Amministrazione" a causa di rilevate "carenze progettuali e qualitative": infatti l'offerta tecnica (pur risultando terza nell'ordine con punti 38,60) aveva ottenuto punti 31,2/40 per la qualità tecnica, pur essendo stata penalizzata dall'attribuzione non ragionevole di zero punti per la voce "costi di gestione", mentre la ricorrente si era impegnata ad accollarsi gli oneri economici derivanti dall'utilizzazione delle apparecchiature.

1.3. Si è costituita in giudizio la stazione appaltante che ha replicato alle avverse censure, chiedendo il rigetto del ricorso.

Si sono costituite anche le Società I. C. s.p.a. ed E. C. s.p.a. (contro interessate in quanto concorrenti in costituendo raggruppamento) che, eccettiva preliminarmente l'inammissibilità del ricorso volto a sindacare apprezzamenti di merito formulati dall'amministrazione, nel merito hanno puntualmente contro dedotto sui motivi di impugnazione, chiedendo anch'esse il rigetto del ricorso.

Con ulteriore memoria del gennaio 2010 parte ricorrente ha ulteriormente illustrato le proprie censure, insistendo per l'annullamento della deliberazione impugnata in parte qua relativamente alla statuizione di non aggiudicare l'appalto all'unica offerta rimasta in gara.

Alla pubblica udienza del 13 gennaio 2010, uditi i difensori delle parti come da verbale, la causa è passata in decisione.

In data 19 gennaio 2010 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n.11/2010 ai sensi dell'art.4 legge 205/2000.

2. Quanto sopra premesso in fatto, in diritto la controversia concerne la deliberazione 21 maggio 2009 n. 432 a firma del Direttore Generale dell'Azienda Alfa di R. nella parte in cui dispone l'esclusione del raggruppamento ricorrente dalla gara a procedura aperta indetta (con bando su G.U.C.E. 20 marzo 2009) per la progettazione definitiva ed esecutiva nonché l'esecuzione di tutte le opere necessarie per ristrutturazione e messa a norma di 8 reparti operatori (con 19 sale operatorie) dell'Azienda Alfa di R., da affidarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo

complessivo pari ad €14.025.903,62 (IVA esclusa); il bando aveva altresì previsto la possibilità di provvedere all'aggiudicazione anche in presenza di una sola offerta valida.

2.1. Preliminarmente le controinteressate hanno eccepito l'inammissibilità dell'impugnazione all'esame in quanto - a loro dire - le ricorrenti avrebbero formulato censure di merito (e non di legittimità): il collegio, però, per economia di mezzi, ritiene di poter prescindere dall'esame delle medesime poiché la domanda di annullamento dell'impugnata deliberazione va respinta.

2.2. Nel merito con un unico articolato motivo parte ricorrente censura la disposta mancata aggiudicazione della gara alla propria offerta per violazione dell'art. 81, comma 3, D.Lgs. n.163/2006 e dello stesso disciplinare in parte qua nonché per eccesso di potere sotto più profili (meglio indicati nel fatto).

Le censure, però, risultano infondate.

Ritiene il collegio che correttamente la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di non procedere all'aggiudicazione della gara all'offerta del raggruppamento ricorrente, pur essendo l'unica valida, in quanto presentava "carenze progettuali e qualitative tali da renderla non idonea rispetto alle esigenze dell'Amministrazione e, comunque, non conveniente dal punto di vista economico".

2.3. Invero, in primo luogo, nel caso di specie sussistevano i presupposti per l'esercizio da parte della stazione appaltante del potere discrezionale in questione (ex art. 81, comma 3, D.Lgs. n.163/2006), in quanto la circostanza che l'offerta tecnica della ricorrente avesse superato il preliminare vaglio di corrispondenza ai requisiti qualitativi indicati come soglia minima nel disciplinare, non configura un vincolo per la stazione appaltante in ordine alla valutazione definitiva delle offerte, ma in realtà rappresenta soltanto il riscontro del raggruppamento di un livello qualitativo "sufficiente" da parte delle varie soluzioni progettuali elaborate dalle imprese concorrenti.

Pertanto non appare suffragata sotto il profilo né testuale né sistematico l'interpretazione elaborata dalla ricorrente secondo cui, in presenza di soglie minime di requisiti qualitativi stabilite nella lex specialis di gara, l'esercizio - da parte della stazione appaltante - del potere, di cui all'art. 81, comma 3, D.Lgs. n.163/2006, sarebbe di fatto circoscritto al sopravvenire di circostanze imprevedibili all'atto di indizione della gara; la discrezionalità di non aggiudicare la gara, invece, concerne la valutazione complessiva dell'offerta (nella sua intierezza) come non rispondente alle esigenze della stazione appaltante e, pertanto, si pone su un piano generale nel quale va ricompreso, quale singolo aspetto, il superamento di un preliminare scrutinio di qualità minima da parte delle offerte in gara.

Pertanto è infondata la censura di violazione dell'art.81, comma 3, D.Lgs. n.163/2006 per i profili dedotti.

2.4. Passando, poi, agli specifici profili di non convenienza e inidoneità tecnica dell'offerta della ricorrente, quanto al primo, è agevole rilevare che mentre l'offerta della Società I. C. (con il miglior punteggio qualitativo p.44,80/60) ammontava ad €.11.622.903,62 (risultando in ipotesi la più bassa) quella della ricorrente era pari ad €.13.952.975,46 con un ribasso pari solo allo 0,5%: pertanto la valutazione di "non convenienza" dell'offerta economica non appare al collegio affetta dal vizio di eccesso di potere per i profili dedotti, essendo evidente che nel caso specifico le altre due associazioni di imprese partecipanti avevano offerto un prezzo più basso di circa €.2.400.000,00 in un caso e di €.900.000,00 nell'altro caso, ritenendo, quindi, tali importi all'evidenza ancora remunerativi.

Pertanto in presenza di elementi obiettivi e concreti la valutazione conclusiva di "non convenienza" non necessitava di particolari spiegazioni (vedi ex multis anche C.d.S., IV 31 maggio 2007 n.2838).

2.4.1. A prescindere dal profilo della convenienza, l'offerta economica della parte ricorrente era stata, comunque, ritenuta anche non conforme alla clausola del disciplinare (pag. 19, relativa alle caratteristiche dell'offerta economica, plico 3) che ammetteva una diversa distribuzione dei costi tra lavori e forniture (rispetto a quella indicata nel quadro economico di spesa all'art. 1.2) "sempre che tali variazioni siano contenute entro limiti di dettaglio e tali da non modificare la natura dell'appalto, la categoria prevalente e l'articolazione in categorie".

Il rilievo appare corretto.

Infatti, premesso che il disciplinare prevedeva per i lavori un importo massimo di €.8.500.000,00 (divisi a metà tra impianti ed edifici) e per le apparecchiature un importo massimo di €.5.000.000,00, ad avviso del collegio non è configurabile come "variazione contenuta entro limiti di dettaglio" la circostanza che nell'offerta ricorrente è stato sovvertito il suddetto rapporto tra i lavori e le apparecchiature, riducendo i lavori a circa €.6.100.000,00 ed incrementando le forniture ad €.7.328.045,00; tra l'altro la riduzione dei costi previsti per i lavori, pari a circa 2.400.000,00 di euro, comporta di necessità delle ricadute sulla conformità delle soluzioni progettuali (elaborate per gli impianti ed i lavori) a quelle illustrate dalla stazione appaltante nel progetto preliminare di cui devono essere rispettati "gli elementi fondamentali e gli obiettivi prioritari" (disciplinare, pag. 13 - offerta tecnica).

2.4.2. Quanto, infine, alla valutazione di "non idoneità" (dell'offerta della ricorrente) alle esigenze dell'Amministrazione, la deliberazione impugnata la motiva con riferimento a "carenze progettuali e qualitative" sotto più profili, specificamente riportate nelle schede valutative delle offerte in gara allegate ai verbali della Commissione (e della stessa deliberazione n. 432/2009): si tratta (quanto alla qualità del progetto) di "carenze nelle specifiche di partenza necessarie per uno sviluppo corretto del progetto", della

“necessità ... di operare un nuovo ridimensionamento del progetto” oppure (quanto alla qualità dei beni forniti relativamente alle attrezzature informatiche) di “livello della documentazione fornita ... tale da non permettere l’individuazione di un preciso progetto IT”.

Ritiene, pertanto, il collegio che gli illustrati rilievi, riportati nella delibera impugnata a titolo esemplificativo (e non esaustivo), giustificano ampiamente la valutazione conclusiva di non idoneità formulata dalla stazione appaltante a conclusione della procedura di gara, recependo - comunque - il conforme avviso della commissione.

Tra l’altro il collegio, in tale contesto valutativo, ritiene irrilevante la circostanza che l’offerta ricorrente abbia conseguito sulla specifica voce qualità tecnica punti 31,2/40 e che, ove le fossero attribuiti i 6 punti sulla voce “costi di gestione”, otterrebbe un punteggio qualitativo complessivo di 44,60 e cioè molto vicino a quello di 44,80 (miglior punteggio per l’offerta tecnica) ottenuto dalla offerta I. C. poi esclusa: infatti non si può prescindere dal fatto che la gara si è chiusa con una sola offerta validamente formulata e che su un sottocriterio della voce “qualità tecnica”, importante quale “qualità del progetto”, questa offerta ha ottenuto solo punti 9,20/16 e cioè poco più del minimo punteggio 9/16 prescritto per la prosecuzione dell’esame (mentre le altre due offerte escluse avevano ottenuto una punti 18,66/16 e l’altra 16/18).

2.4.3. Né, preso atto che l’offerta tecnica della ricorrente aveva ottenuto 16/18 per la “qualità delle apparecchiature”, sarebbe corretto ragionare in termini di compensazione (come invece espone la ricorrente) in quanto le carenze del progetto costituiscono un aspetto autonomo e distinto dell’offerta tecnica privo di nesso complementare con l’altro profilo della qualità dei beni forniti.

Né tanto meno le incompletezze e le omissioni della proposta progettuale della ricorrente avrebbero potuto trovare risoluzione in sede di approvazione del progetto definitivo del quale la stazione appaltante - per clausola espressa - aveva la facoltà di chiedere ogni modifica ritenuta necessaria senza “alcun compenso aggiuntivo”: infatti, secondo il principio di buon andamento, tale clausola trova la sua ratio nell’obiettivo di adeguare il più possibile il progetto definitivo presentato in gara alle specifiche esigenze della stazione appaltante (che, tra l’altro, è un grande ospedale) e non costituisce certo uno strumento per eliminare carenze ed incompletezze della proposta progettuale della offerta; carenze che, invece, ne compromettono la valutazione di idoneità e che, ove fossero superate con tale mezzo, darebbero luogo ad una violazione anche del principio di uguaglianza.

Pertanto la sostanziale omogeneità tra le carenze rilevate per alcuni aspetti in tutte le offerte tecniche esaminate, da un lato, non può sostituirsi ai punteggi comunque diversi attribuiti ai tre progetti, mentre, dall’altro, non costituisce un utile “tertium comparationis” perché, come si è detto, le altre due offerte sono state escluse prima

della valutazione conclusiva e, quindi, sulla loro "idoneità" la stazione appaltante non ha avuto bisogno di pronunciarsi.

2.5. Sempre con riguardo alla valutazione della propria offerta tecnica, infine, parte ricorrente si duole della mancata attribuzione dei 6 punti previsti (nell'ambito del parametro Efficienza gestionale) per la sottovoce "costi di gestione"; punteggio che, sommandosi a quello già conseguito per le altre voci, le avrebbe consentito di raggiungere punti 44,60 per l'offerta tecnica, collocandosi - in tal guisa - quasi allo stesso livello qualitativo della Società I. C. che con punti 44,80 (comprensivi dei 6 punti per i suddetti costi di gestione) aveva ottenuto la migliore valutazione.

Premesso che (per espressa prescrizione del disciplinare pag. 15) i concorrenti avrebbero dovuto compilare (allegato all'offerta tecnica) un documento in cui venivano analizzati e riportati i costi di gestione dei sistemi offerti a carico del committente dopo l'avvio delle sale a regime, la difesa precisa che la ricorrente non aveva compilato tale documento poiché - come risultava da apposita dichiarazione inserita nell'offerta - aveva stabilito che "l'utilizzo delle apparecchiature, attrezzature ed arredi, oggetto della propria offerta, non comporta costi per l'acquisto di materiale dedicato a carico del committente (es. materiale specifico connesso all'utilizzo)" (vedi dichiarazione T.).

La censura, però, non appare fondata.

In realtà, infatti, la dichiarazione sopra riportata non può considerarsi equivalente al documento indicato dal disciplinare, che richiedeva un'analisi dei costi di gestione dell'opera in sede di offerta tecnica (e non economica) all'evidente scopo di consentire la valutazione di questa sottovoce del parametro "efficienza gestionale", come aspetto distinto dalla ricaduta economica e che di per se stesso costituiva un valore della proposta tecnica.

Pertanto - ad avviso del collegio - la mancata indicazione delle caratteristiche tipologiche e qualitative (richieste dal disciplinare) dei costi di gestione, a prescindere dalla circostanza che gli stessi non erano posti a carico della committente, ha impedito di fatto alla commissione di valutare questa specifica voce dell'efficienza gestionale; quindi correttamente per la voce in questione l'offerta tecnica della ricorrente ha ottenuto zero punti (da 0 a 6 previsti).

3. Per le esposte considerazioni, quindi, la delibera impugnata, nella parte in cui non ha disposto l'aggiudicazione a favore della ricorrente, risulta immune dai vizi di violazione delle specifiche prescrizioni del disciplinare di gara soprarichiamate e di eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, falsità dei presupposti e sviamento (tutti dedotti nell'ambito dell'unico articolato motivo).

3.1. In conclusione, prescindendo per economia di mezzi dai profili di inammissibilità in via preliminare sollevati dalla controinteressata, nel merito il ricorso va respinto.

Date le peculiari caratteristiche della gara in questione, ricorrono giusti motivi per compensare integralmente le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Roma. Sezione 3[^] quater, RESPINGE il ricorso in epigrafe.

Spese lite compensate tra le parte costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Mario Di Giuseppe, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/02/2010

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

IL SEGRETARIO