T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *quater*, 8 maggio 2009, n. 4924

Il Tribunale Amministrativo Regionale del LAZIO
Sez. III^-*quater*

composto da
dr. Mario di Giuseppe Presidente
dr. Antonio Amicuzzi Consigliere
dr. Umberto Realfonzo Consigliere-rel.
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso R.G. n. 6712/2008 proposto da "X" SPA, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dagli Avvocati A.R., C.R., S.C. e A.Z. presso cui ha eletto domicilio in Roma, Via P.M. n. 1;

CONTRO

AZIENDA OSPEDALIERA "Y", in persona del D.G. p.t. rappresentato e difeso dall'Avv F.G.S. con domicilio eletto in Roma, Via G.P., 55

per l'annullamento
quanto al ricorso introduttivo:
- del bando di gara per la fornitura di devices, materiali specialistici e non, occorrenti al Dipartimento di Cardioscienze;
quanto ai motivi aggiunti:
- della deliberazione 6 ottobre 2008, 1947 e del nuovo Capitolato speciale nonché del progetto di ristrutturazione del Padiglione.
Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione dell'Amministrazione intimata;
Viste le memorie prodotte dalle parti;
Visti gli atti tutti della causa;
Nominato relatore alla pubblica udienza del 25 febbraio 2009, il Consigliere Umberto Realfonzo; e gli avvocati di cui al verbale d'udienza.
Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

Con il ricorso introduttivo la società ricorrente ha impugnato il bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 2 maggio del 2008, avente per oggetto la "Fornitura, chiavi in mano, di devices, di materiali specialistici e non specialistici, concorrenti con l'esecuzione delle prestazioni del dipartimento cardioscienze, completa delle necessarie attrezzature, apparecchiature ed arredi" per un importo di 216 milioni di euro per una durata di nove anni.
Il ricorso introduttivo è affidato alla denuncia di due articolati motivi di gravame relativi alla violazione dell'art. 41 e 97 Cost., dei principi in materia di procedure concorsuali di cui al d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, art. 55, nonché eccesso di potere sotto diversi profili.
L'azienda intimata si è costituita in giudizio e con un'analitica memoria:
-- in via preliminare ha eccepito il sopravvenuto difetto di interesse della ricorrente dato che a seguito di un'ordinanza cautelare intervenuta su altro giudizio, l'Azienda Ospedaliera ha proceduto a modificare alcuni articoli del Capitolato speciale di gara, allegando un più dettagliato progetto di razionalizzazione degli interventi

edili ed impiantistici e nuovi allegati tecnici contenenti le specifiche costruttive delle apparecchiature e dei mezzi tecnologici;
-- nel merito ha sottolineato la legittimità sostanziale della scelta di affidare in "global service" la fornitura alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza.
Con motivi aggiunti l'azienda ha impugnato il nuovo Capitolato speciale di gara, ed i nuovi allegati tecnici per illegittimità derivata del bando principale assumendo che le modifiche comunque non avrebbero superato le precedenti censure.
All'udienza pubblica di discussione, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata dunque trattenuta per la decisione.

DIRITTO

La questione all'attenzione del Collegio concerne essenzialmente la legittimità del bando dell'Azienda Ospedaliera "Y", e le modalità di affidamento in un unico lotto indivisibile dell'appalto per la fornitura in "global service" di tutto il materiale, sanitario e non sanitario, necessario al dipartimento di Cardioscienze, escluse le specialità farmaceutiche per un importo annuo di 24 milioni di Euro, per una durata di nove anni pari a complessivi € 216 milioni, comprendenti anche lavori sull'impianto idrosanitario, antincendio, elettrico, di climatizzazione, di distribuzione dei gas medicali, di installazione di strutture prefabbricate, la posa in opera di apparecchiature, di attrezzature e di quanto altro necessario per il corretto razionale funzionamento delle forniture secondo il criterio del "chiavi in mano", seguendo le linee del "progetto guida" fornito dall'azienda medesima (allegato C) del Polo Cardiologico.
1. Per ragioni di economia espositive devono essere esaminati, per la loro assorbente rilevanza, i seguenti profili di censura:
1.1. Con il secondo ed il terzo profilo del primo motivo si lamenta che erroneamente e in modo fuorviante la qualificazione dell'appalto farebbe riferimento ad un appalto di "fornitura". L'azienda Ospedaliera avrebbe illegittimamente impostato la gara come" global service a "lotto chiuso indivisibile" ricomprendendo prestazioni del tutto eterogenee quali la fornitura dei "devices"; di cancelleria ecc. ed anche la realizzazione di opere edili;
1.2. Con il secondo motivo del ricorso introduttivo si lamenta la violazione del d.lgs. n. 163/2006 e della Direttiva UU 2004/18/CE sotto diversi profili.
In particolare la stazione appaltante: - avrebbe indicato criteri del tutto generici per la valutazione dell'elemento qualitativo dell'offerta presentata; - avrebbe del tutto tralasciato la specifica dei sub-criteri, dei sub-pesi e dei sub-punteggi; - illogicamente sarebbe stata prevista la possibilità di offrire non il 100% dei prodotti oggetto della fornitura; - non avrebbe ripubblicato il bando sostanzialmente modificato dalle "note di chiarimento" del RUP; - non avrebbe specificato tecniche delle singole apparecchiature; -avrebbe preteso di lasciare inalterate per 9 anni le condizioni economiche dell'appalto;
1.3. Infine, con i motivi aggiunti, si lamenta che le poche e marginali modifiche introdotte, non sarebbero in grado né di superare l'illegittimità in radice dell'intero impianto; e né far venir meno le doglianze della ricorrente: ad es. la genericità del criterio Progetto sarebbero solo state divise (in punti 3 per il "Progetto" e punti 2 per "modalità di esecuzione"); analogamente si sarebbero previsti p.ti 12 per valutare le apparecchiature senza tener conto dell'estrema differenziazione delle stesse.

2. Il ricorso introduttivo ed i relativi motivi aggiunti, negli assorbenti unitari profili che seguono, sono fondati.
2.1. Se, in linea di principio, non vi sono dubbi che, la scelta di comprendere o meno in un unico appalto ovvero in più lotti un complesso di prestazioni da conferire mediante pubblica gara, attiene assolutamente alla discrezionalità dell'amministrazione (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 20 marzo 2007, n. 1331), tuttavia si deve sottolineare come la discrezionalità di tali scelte non può considerarsi assolutamente sottratta al sindacato del giudice amministrativo (cfr. T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 19 febbraio 2007, n. 475).
Le predette determinazioni in materia non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del "principio di proporzionalità", il quale esige che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti per cui, nella scelta dei provvedimenti da adottare, la stazione appaltante deve ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica.
Il concreto esercizio del potere discrezionale deve infatti essere funzionalmente coerente con il complesso degli interessi pubblici e privati coinvolti dal procedimento di appalto e deve rispettare le specifiche norme del Codice dei contratti. L'intero impianto non deve costituire dunque una violazione sostanziale dei principi di libera concorrenza, par condicio, non discriminazione, trasparenza di cui all'art. 2. primo comma del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.
Specie nel settore sanità a partire dagli anni novanta, la crisi finanziaria ed operativa, specie quella concernente le spese di investimento e le difficoltà operative, organizzative e funzionali (derivanti dai reiterati blocchi del turn-over), ha spesso visto il legittimo ricorso a bandi con un contenuto variegato ed omnicomprensivi.
Tuttavia tali bandi diventano lesivi dei principi generali in materia di appalti quando vi sia la concreta impossibilità per le imprese di formulare offerte consapevoli a cagione della eccessiva diversità, della assoluta eterogeneità delle prestazioni, dell'oggettiva indeterminatezza dell'oggetto del contratto; della carenza e dell'illogicità e, conseguente l'inapplicabilità dei criteri selettivi previsti dal bando (cfr. ad es. TAR Campania, 20 marzo 2008 n. 1458; TAR Lombardia, Sez. III, 14 ottobre 2005, n. 3793; T.A.R. Lazio Latina, 19 maggio 2000, n. 361).
Ed è proprio questo il caso in esame. In tale direzione ha ragione la ricorrente quando censura l'impostazione complessiva dell'appalto.
Il diritto delle imprese dei settori interessati all'effettiva partecipazione alla gara viene immediatamente, e irrimediabilmente, compromesso perché il bando di gara ed il capitolato speciale in questione, contengono disposizioni:
a) che costringono ad irragionevoli limitazioni alla propria attività d'impresa i produttori di prodotti e di materiali di consumo che sono di fatto costretti a raggrupparsi con i distributori (che costituiscono un settore per lo più composto di piccole e medie imprese che operano a livello locale); ed a coordinarsi con imprese di lavori pubblici per la realizzazione di opere ed interventi -- della cui esecuzione diventano peraltro direttamente responsabili nei riguardi del committente- la cui gestione tecnica, amministrativa ed economica, finisce per condizionare, in misura addirittura pregiudiziale, la loro attività ed i loro stessi equilibri economici;
b) non tengono conto del fatto che il mercato dei dispositivi medici è un settore ad elevata specificità;

c) non consentono di comprendere e valutare con sufficiente precisione l'entità delle prestazioni da offrire, data l'assoluta incertezza delle quantità e delle prestazioni da offrire connesse alle vessatorie previsioni di cui agli artt. 6-7-9 del capitolato speciale di gara. Il bando, sia originario che modificato, è illegittimo alla radice per l'incertezza dell'oggetto in violazione dell'art. 1346 del c.c.;

d) non permettono, in conseguenza, di valutare esattamente gli oneri economici connessi alle indeterminate e consistenti prestazioni accessorie, come dimostra l'art. 8 del capitolato speciale per cui "Il prezzo contrattuale è comprensivo della posa in opera, dell'installazione, del montaggio e del corretto collegamento all'impianto elettrico, idrico, fluidico, ecc di tutta la fornitura. Il prezzo complessivo indicato dalla ditta aggiudicataria nell'offerta di tutti i materiali devices, specialistici e non specialistici, deve essere comprensivo del trasporto, della movimentazione, dell'assemblaggio e/o montaggio di tutti gli elementi strumentali, con particolare riferimento a tutte quelle parti che necessitano di essere ancorate alle murature. La ditta fornitrice dovrà quindi provvedere alla consegna in service degli arredi con proprio personale e senza alcun onere aggiuntivo". È dunque evidente come, al di là dell'enfasi dell'Azienda Ospedaliera sul service, la componente riconducibile alle forniture è oggettivamente preponderante, mentre quella dei servizi e dei lavori è minoritaria, non solo sotto il profilo strettamente economico ma anche sotto il profilo causale del negozio.

Per cui è illegittimo, ed irrazionale, l'accorpamento di prestazioni che appaiono disomogenee in considerazione degli effetti limitativi che esso produce in ordine alla partecipazione dei possibili concorrenti sia sotto il profilo strettamente giuridico che sotto quello funzionale. Proprio in materia di global service, l'Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici (oggi sui contratti pubblici) aveva al contrario sottolineato (cfr. det. del 22.10.2002, pubbl. su G.U. n. 260 del 6.11.2002) come sia fondamentale specificare, nei bandi di gara l'esatto ammontare delle singole prestazioni richieste e la loro incidenza percentuale delle diverse categorie relativamente all'importo complessivo dell'appalto; ed inoltre, ricomprendere nel calcolo della componente lavori l'ammontare stimato delle opere anche nell'ipotesi in cui siano connesse alla prestazione di un servizio;

e) prevedono i criteri di valutazione tecnica dell'offerta, cui è collegata l'ammissibilità tecnica dell'offerta medesima, che sono comunque incongrui rispetto ai valori, incerti nella loro esatta definizione in quanto non indicano quali sono i target d'eccellenza ed i benchmark minimi di riferimento; che del resto rischiano di compromettere gli equilibri stessi delle future prestazioni. Ed è per questo che, come l'esperienza dimostra, è interesse della stessa stazione appaltante non stipulare contratti di appalto con prestazioni di contenuto incerto o indeterminato, ma deve far luogo ad analisi puntuali delle proprie necessità e ad una compiuta definizione delle possibili prestazioni necessarie e dei relativi singoli oneri.

Nella specie, la stessa Azienda Ospedaliera "Y" che, nel definire l'oggetto della gara fa riferimento "all'affidamento della fornitura in global service di tutto il materiale necessario (sanitario e non) al Dipartimento di cardioscienze, escluso le specialità farmaceutiche, comprensiva di tutta la strumentazione e le apparecchiature necessarie al dipartimento stesso per 7 sale operatorie, di cui 4 blocco operatorio cardiochirurgico e 3 blocco operatorio vascolare e 22 posti di terapia intensiva cardiochirurgica /vascolare".

L'assoluta irragionevolezza dell'intera impostazione deve quindi essere individuata con riferimento:

-- ad una dilatazione dell'ambito proprio delle prestazioni del contratto principale, che va ben al di là dei limiti fisiologici delle prestazioni accessorie all'obbligazione principale, e che appare una immediata violazione dell'art.14, quarto comma per cui l'affidamento di un contratto misto "... non deve avere come conseguenza di limitare o escludere l'applicazione delle pertinenti norme comunitarie relative all'aggiudicazione di lavori, servizi o forniture, anche se non costituiscono l'oggetto principale del contratto, ovvero di limitare o distorcere la concorrenza";
-- nel prolungamento fino a nove anni della durata dell'appalto, onde permettere di scaricare sugli oneri per i devices tutti i consistenti oneri per le prestazioni ultronee in violazione della lettera v) del comma 796 dell'art. 1 della L. 22.12.2006 n.296, per cui "…con decreto del Ministro della salute, ….sono stabiliti i prezzi dei dispositivi individuati ai sensi della presente lettera, da assumere, con decorrenza dal 1° maggio 2007, come base d'asta per le forniture del Servizio sanitario nazionale. I prezzi sono stabiliti tenendo conto dei più bassi prezzi unitari di acquisto da parte del Servizio sanitario nazionale risultanti dalle informazioni in possesso degli osservatori esistenti…"
-- con l'unione di un unico lotto della fornitura di devices e di apparecchiature sanitarie specialistiche, di prodotti assolutamente eterogenei quali ad esempio i semplici materiali di cancelleria e di ufficio di arredi ecc. ecc.;
-- ed infine con l'inserimento dell'obbligo del fornitore di realizzare un importo di lavori assolutamente consistente ed addirittura superiore alla soglia comunitaria (che l'Azienda resistente avrebbe stimato in 6 milioni di euro) che si pone in diretta violazione dell'art. 33, comma 2, del d.lgs. n.163 per cui le amministrazioni aggiudicatrici "… non possono affidare a soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici. …". La pretesa dell'Azienda resistente a che i fornitori si facessero carico di valutare autonomamente una serie indeterminata di costi appare dunque solo un tentativo sbrigativo di trasferire ad altri attività proprie della stazione appaltante, come esattamente lamentato dalla ricorrente.
È indubbio quindi che, dato che il contratto principale è finalisticamente e quantitativamente imperniato sulla fornitura di devices sanitari, le prestazioni accessorie di lavori e di servizi dovevano essere analiticamente analizzati, separati in sede di impostazione.
In conclusione sul punto è evidente che l'assoluta impossibilità di assumere in un unico appalto diverse prestazioni di lavori di servizi e di forniture, rendeva necessaria una scissione della gara in lotti omogeneamente separati per settori e per tipologie di prodotti.
Di qui l'illegittimità di un procedimento di gara basato su un capitolato *ab origine* illegittimo come denunciato con il secondo e terzo profilo del primo motivo.
2.2. Deve anche essere condiviso il secondo motivo con cui si lamenta l'incongruità del sistema di attribuzione dei punteggi, che è stato fissato anche da chi presentava offerte per un range incompleto di prodotti.
Del tutto illegittimamente infatti si stabilisce l'attribuzione del punteggio economico di un contratto multiprestazionale senza alcun riferimento alle singole prestazioni, ma addirittura senza che alla base ci siano le medesime controprestazioni.
In tale ottica, l'indeterminatezza assoluta delle prestazioni aveva infatti impedito di far luogo ad un'offerta "a prezzi unitari" cioè un'offerta basata su una lista delle quantità indicative delle

forniture, dei servizi e lavorazioni edili previste per la esecuzione del contratto in esito della quale i prezzi offerti in gara costituiscono l'elenco dei prezzi unitari da allegare agli atti contrattuali.
Solo in tal caso infatti le offerte economiche sono realmente comparabili ai fini dell'attribuzione del punteggio economico.
2.3 Parimenti fondata appare infine l'ultima doglianza dei motivi aggiunti.
La successiva inserzione dei sottopunteggi per generiche sottovoci non hanno apportato alcun reale elemento per la comprensione di quali sarebbero stati gli standard preferenziali delle componenti tecniche che sarebbero state privilegiate nella valutazione.
Quindi, anche dopo la modifica dell'indicazione dei sottopunteggi, i criteri di valutazione dell'offerta non erano pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto (cfr. Corte di giustizia Ue (sez. II, 24 novembre 2005, in causa C-331/04; T.A.R. Lazio, sez. I, 1 dicembre 2008, n. 10913), e non consentivano ai concorrenti di essere ragionevolmente informati e quindi di poter presentare un'offerta che avesse ben presente quali sarebbero stati i valori di riferimento posti a base dell'attribuzione dei punteggi (46° Considerando della Dir. 2004/18/CEE).
Anche sotto tale profilo il ricorso è dunque fondato.
3. In conseguenza delle considerazioni che precedono deve essere accolto il ricorso introduttivo ed il secondo dei motivi aggiunti e per l'effetto dichiararsi l'annullamento degli atti di cui in epigrafe.
Per la novità delle questioni sussistono sufficienti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sez.III^-*quater* :
1. accoglie il ricorso introduttivo ed i relativi motivi aggiunti e per l'effetto annulla i provvedimenti di cui in epigrafe;
2. Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.
Così deciso dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sez.III^-*quater*, in Roma, nella Camera di Consiglio del 25 febbraio 2009.
IL PRESIDENTE dr. Mario Di Giuseppe

L'ESTENSORE dr. Umberto Realfonzo