



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 Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8891 del 2009, proposto da: Ingegneria Biomedica Santa Lucia s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Philips Medical System, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Ernesto Stajano e Giovanni Caputi, con domicilio eletto presso Ernesto Stajano in Roma, via di Villa Albani,12;

***contro***

Siemens s.p.a. in proprio e quale capogruppo mandataria di raggruppamento temporaneo di imprese, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Vittorio Nosedà e Giuliano Berruti, con domicilio eletto presso Giuliano Berruti in Roma, via Quattro Fontane, 161; raggruppamento temporaneo di imprese Elettrica Professionale Srl e raggruppamento temporaneo di imprese Elettronica Biomedicale Srl in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Vittorio Nosedà, con domicilio eletto presso Giuliano Berruti in Roma, via Quattro Fontane, 161;

***nei confronti di***

Azienda Sanitaria Locale n.2 di Olbia in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Palermo, con domicilio eletto presso Donella Resta in Roma, via Lungotevere Marzio,3;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI SEZIONE I n. 01533/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI MANUTENZIONE FULL RISK APPARECCHIATURE MEDICHE - MCP.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Siemens Spa in proprio e quale capogruppo mandataria r.t.i., di r.t.i. Elettrica Professionale Srl, di r.t.i. Elettronica Biomedicale Srl e Azienda Sanitaria Locale n.2 di Olbia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 febbraio 2011 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Stajano, Berruti e Resta per delega di Palermo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

La società Siemens in costituendo raggruppamento temporaneo con Elettronica Professionale s.r.l. e Elettronica Biomedicale s.r.l., aveva partecipato alla procedura di gara indetta dalla A.S.L. n. 2 di Olbia per l'appalto del "servizio di manutenzione *full risk* di apparecchiature elettromedicali e biomedicali e prestazioni accessorie e complementari".

Il criterio di aggiudicazione adottato era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. L'art. 7 del disciplinare di gara, avente per oggetto i criteri di

valutazione delle offerte, suddivideva il punteggio complessivo di 100 punti riservando 70 punti alla valutazione del progetto tecnico e 30 punti all'offerta economica. Nell'ambito del punteggio da attribuire ai profili tecnici dell'offerta, 62 punti venivano riservati al "progetto tecnico strettamente considerato" e 8 punti alle condizioni migliorative inerenti le condizioni contrattuali.

Al termine delle operazioni di gara, l'offerta presentata dal costituendo raggruppamento Siemens s.p.a. riceveva complessivamente 94,311 punti classificandosi al secondo posto, preceduta dall'offerta presentata dal costituendo raggruppamento tra Ingegneria Biomedica Santa Lucia S.p.A. e Philips Medical Systems s.p.a. alla quale venivano attribuiti 97,667.

Con deliberazione del direttore generale dell'A.S.L. n. 2 di Olbia, n. 146 del 27 febbraio 2009, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva a favore del raggruppamento Ingegneria Biomedica.

Con il ricorso al Tar Sardegna la società Siemens chiedeva l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, per illegittimità derivata dai vizi del disciplinare di gara, sulla base dei seguenti motivi:

- violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, per la mancata precisazione nel disciplinare di gara (art. 7) dei sub-criteri e dei relativi sub-punteggi, atteso che la assegnazione di 62 punti ad un unico criterio di valutazione avrebbe impedito di verificare le modalità con le quali il punteggio veniva attribuito alle singole offerte;
- eccesso di potere per difetto di motivazione, in quanto la commissione giudicatrice avrebbe espresso i giudizi relativi alla qualità tecnica delle offerte in forma numerica, senza esporre una adeguata motivazione dell'iter logico seguito; il che sarebbe precluso per il fatto che il disciplinare non prevedeva un dettagliato schema di attribuzione del punteggio;
- violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, nella parte in cui, a seguito dell'abrogazione del comma 4 della disposizione citata per effetto dell'art. 1,

comma 1, lettera u), del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, veniva esclusa la possibilità per le commissioni giudicatrici di fissare i criteri motivazionali per l'assegnazione dei punteggi;

- violazione del principio di trasparenza nella valutazione delle offerte tecniche da parte della commissione, che avrebbe comunque fissato i criteri motivazionali dopo aver esaminato il contenuto delle offerte tecniche.

Si costituiva l'A.S.L. n. 2 di Olbia eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, nonché la tardività delle censure rivolte contro la *lex specialis* di gara. Nel merito chiedeva la reiezione del ricorso.

Resisteva al ricorso anche il raggruppamento temporaneo di imprese risultato aggiudicatario della gara. Con memoria eccepiva in primo luogo la tardività del ricorso, in quanto la società ricorrente avrebbe avuto piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione impugnato quantomeno fin dall'8 maggio 2009, mentre il ricorso risultava notificato il 16 luglio 2009 (e quindi nel 69° giorno successivo). Nel merito concludeva per il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Alla camera di consiglio del 3 settembre 2009, fissata per l'esame della domanda cautelare, previo avviso alle parti in ordine alla possibile definizione del giudizio con sentenza semplificata, la causa veniva trattenuta in decisione davanti al Tar Sardegna.

Il Tar preliminarmente esaminava la questione relativa alla ricevibilità del ricorso ritenendo la oggettiva scusabilità dell'errore in cui era incorsa la ricorrente, con la conseguente rimessione in termini.

Il Tar non riteneva fondata nemmeno la eccezione di tardività con riferimento alla impugnazione del disciplinare di gara.

Il Tar esaminava poi il primo motivo diretto a censurare la violazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006, in relazione all'art. 7 del il disciplinare di gara, per la mancata precisazione dei sub-criteri e dei relativi sub-punteggi per l'assegnazione

dei 62 punti riservati al “progetto tecnico strettamente considerato” ritenendolo fondato e per l'effetto annullava la disposta aggiudicazione con conseguente obbligo della amministrazione di rinnovare integralmente il procedimento di gara.

Nell'atto di appello Ingegneria Biomedica Santa Lucia rinnova la censura respinta dal Tar in ordine alla tardività del ricorso proposto dal raggruppamento Siemens.

Nel merito la appellante assume che la sentenza non tiene conto della formulazione letterale dell'art.83 del codice dei contratti che prevede che il bando, per ciascun criterio di valutazione prescelto, prevede ove necessario i sub criteri e i sub pesi o i sub-punteggi. Nel caso in esame tale necessità non si rinveniva atteso che negli atti di gara, in particolare nel disciplinare di gara e nel capitolato speciale di appalto, i sub-criteri ed i sub- pesi trovavano puntuale esplicitazione.

Si costituiva la Azienda Sanitaria Locale n.2 di Olbia argomentando per l'annullamento della sentenza appellata e la conferma della disposta aggiudicazione nei confronti dell'appellante Ingegneria Biomedica Santa Lucia.

Si costituiva il raggruppamento Siemens chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza del primo giudice.

Venivano depositate da tutte le parti numerose memorie difensive.

All'udienza di trattazione 25 febbraio 2011 l'appello passava in decisione.

## DIRITTO

1. La Sezione ritiene infondato il primo motivo di appello concernente la asserita tardività del ricorso presentato in primo grado da Siemens.

Il Tar ha ritenuto d'ufficio la scusabilità dell'errore disponendo la rimessione in termini della società Siemens per comportamenti equivoci ed incerti delle amministrazioni coinvolte nella vicenda.

In punto di fatto deve osservarsi che la delibera di aggiudicazione del 27 febbraio 2009 è stata inviata dopo la sua adozione all'Assessorato dell'igiene e sanità e dell'assistenza sociale della Regione Sardegna sul presupposto che la stessa fosse

soggetta di controlli sul contenimento della spesa sanitaria previsti dall'art. 29 co.1 lett. c) della l.r. 10/2006.

Con nota 27 marzo 2009 n.6570 l'Assessorato di cui sopra comunicava alla ASL Olbia che la delibera in questione non era soggetta al controllo in quanto "atto endoprocedimentale e pertanto non idoneo di per se stesso a costituire provvedimento conclusivo dell'intero procedimento". Cio' in relazione alla oggettiva indeterminatezza di due elementi essenziali del provvedimento relativi all'oggetto dell'appalto e al corrispettivo; veniva comunque rilevato che l'oggetto presunto dell'appalto era sotto la soglia minima di cinque milioni stabilita dalla legge regionale.

Con la stessa nota l'Assessorato igiene rappresentava la necessità di sottoporre il provvedimento conclusivo del procedimento di gara, prima della sua adozione definitiva, ad autorizzazione preventiva da parte dello stesso Assessorato dell'igiene; ciò in applicazione di quanto disposto dalla direttiva del Presidente della Giunta Regionale 9 marzo 2008 n. 601.

Con nota 2 aprile 2009 n.19519 la ASL Olbia, conformandosi alle prescrizioni formulate dalla amministrazione regionale, trasmetteva all'Assessorato igiene una bozza della nuova delibera di aggiudicazione definitiva completa degli elementi mancanti chiedendo altresì il rilascio della autorizzazione preventiva ai sensi della suddetta direttiva Presidenziale 601 del 2008.

A seguito di ulteriore corrispondenza, con nota 18 maggio 2009 n.10538, l'Assessorato rilasciava autorizzazione alla adozione del provvedimento conclusivo del procedimento in conformità alla bozza approvata.

La ASL Olbia adottava quindi la deliberazione 20 maggio 2009 n.439 con la quale conformava e rettificava la deliberazione 27 febbraio 2009.

Appare quindi condivisibile l'assunto del primo giudice di rimettere in termini la ricorrente in primo grado ritenendo d'ufficio la scusabilità dell'errore considerando

che “i descritti atti e comportamenti equivoci e incerti delle amministrazioni coinvolte nella vicenda danno ragione della scelta della ricorrente (in ipotesi erronea) di ritenere efficaci i provvedimenti impugnati solo a seguito della comunicazione regionale da ultimo citata”.

Ed invero al di là della normativa regionale sui controlli i comportamenti delle amministrazioni coinvolte erano tali da ingenerare all'evidenza una ragionevole convinzione circa il carattere condizionante dell'autorizzazione preventiva rispetto all'efficacia della delibera di aggiudicazione definitiva.

Pertanto la censura di tardività sulle quali le appellanti si sono ampiamente diffuse deve essere respinta.

Infondata è anche la correlata censura di tardività del ricorso riferita, come si vedrà al punto 2 della odierna sentenza, al bando e al disciplinare di gara. Come rilevato esattamente dal primo giudice un onere di immediata impugnazione della *lex specialis* di gara si pone solo in presenza di clausole immediatamente escludenti o comunque tali da impedire la presentazione di una offerta, mentre negli altri casi le clausole del bando e degli altri documenti di gara vanno impugunate unitamente agli atti della procedura concretamente ed immediatamente lesivi (Cons. Stato, V, 20 agosto 2008 n.3995).

Il primo motivo di appello pertanto deve essere respinto

2. La appellante lamenta poi il capo della sentenza con la quale il TAR ha accolto il primo motivo del ricorso in primo grado formulato da Siemens, attinente la mancata previa indicazione nel bando di gara di sub criteri e conseguenti sub pesi per la assegnazione del punteggio riservato alla offerta tecnica.

In particolare il primo giudice aveva ritenuto che, in violazione dell'art. 83 co.4 del d.lgs. n. 163/2006, il disciplinare di gara (art. 7) non aveva precisato i sub-criteri e i relativi sub-punteggi per l'assegnazione dei 62 punti riservati al “progetto tecnico strettamente considerato”.

La società appellante afferma che la sopradetta disposizione prevede l'obbligo di specificazione dei criteri solo quando ciò si renda necessario per garantire la trasparenza della valutazione della commissione di gara, ma che la fissazione di tali criteri non è necessaria quando la normativa di gara contiene, come nel caso che occupa, una regolazione ed articolazione dei criteri valutativi sufficiente a garantire la trasparenza delle operazioni di valutazione.

Il motivo di appello non merita accoglimento.

L'art. 83, co. 4, del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) ha stabilito che il bando, per ciascun criterio di valutazione prescelto, possa prevedere, ove necessario, "i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi". Tale scelta è riservata esclusivamente alla legge di gara e discende dal principio di imparzialità e di trasparenza che, nelle procedure di valutazione comparativa governate da criteri di aggiudicazione non automatici, si giustifica in relazione alla esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantendo in tale modo l'imparzialità delle valutazioni nella essenziale tutela della par condicio tra i concorrenti, i quali sono tutti messi in condizione di formulare un'offerta in grado di concorrere effettivamente alla aggiudicazione del contratto in gara.

Come osservato dal primo giudice, applicando i sopradetti principi al caso di specie, si deve concludere per l'illegittimità del bando di gara che riservando 62 punti su 100 complessivi alla valutazione di un unico e fondamentale criterio di valutazione, il "progetto tecnico strettamente considerato", non ha introdotto alcuna, pur necessaria, ulteriore divisione in sottocriteri per l'assegnazione di tale punteggio, impedendo di verificare le modalità in cui il punteggio è stato assegnato alle singole offerte e di ricostruire l'operato e le valutazioni della commissione, violando quindi il principio di trasparenza che deve presidiare l'aggiudicazione delle procedure ad evidenza pubblica.

Al riguardo la giurisprudenza ha rilevato che la norma in questione esprime “ il limite negativo e il potere positivo dell’organo collegiale, nel tentativo di enucleare un delicato punto di equilibrio tra il principio di trasparenza, il quale impone di definire nel bando il peso, anche relativo, attribuito a ciascuno dei criteri di valutazione, e la necessità che, in ogni caso, anche l’attività della commissione sia predefinita nel suo svolgimento” (Cons. Stato, V, 19 maggio 2009 n.3070; V, 11 maggio 2007 n. 2355; V, 7 novembre 2007 n. 5776).

3. In conclusione l’appello non merita accoglimento.

4. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate a carico della appellante Ingegneria Biomedica Santa Lucia s.p.a. nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila) a favore della Siemens s.p.a., mentre appare equo compensarle nei confronti della Azienda Sanitaria Locale n.2 di Olbia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la appellante alle spese ed onorari del grado a favore della Siemens s.p.a., nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila); dispone la compensazione nei confronti della Azienda Sanitaria Locale n.2 di Olbia.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/03/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)