



**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 il Piemonte**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 391 del 2013, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:  
Coloplast s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Rosaria Russo Valentini,  
Roberto Bonatti e Paola Balla, con domicilio eletto presso quest'ultima in Torino,  
corso Re Umberto, 77;

***contro***

Azienda Ospedaliera "Città della Salute e della Scienza di Torino", rappresentata e  
difesa dall'avv. Silvia Di Palo, con domicilio eletto in Torino, corso Bramante, 88;

***nei confronti di***

Tegea s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Micaela Grandi, Mariangela Abrate e  
Annarosa Marengo, con domicilio eletto presso quest'ultima in Torino, via Vassalli  
Eandi, 38;

***per l'annullamento***

- della determinazione dirigenziale n. 1018 del 19 marzo 2013, di aggiudicazione definitiva in favore della Tegea s.r.l. del lotto n. 3 della fornitura triennale di protesi peniene, comunicata alla ricorrente con nota n. 36447 del 25 marzo 2013;
- di tutti i verbali di gara, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria;
- della determinazione dirigenziale n. 53263 del 7 maggio 2013, di diniego sull'istanza di annullamento in autotutela;
- del bando di gara, del capitolato speciale di gara e del capitolato generale d'oneri, per la parte e per i motivi di cui al ricorso;
- e per la declaratoria di inefficacia del contratto che fosse eventualmente stipulato nelle more del giudizio con la Tegea s.r.l., con condanna dell'Amministrazione a disporre in favore di Coloplast s.p.a. il subentro nel contratto di fornitura;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

Con bando pubblicato nella G.U.R.I. del 13 aprile 2012, l'Azienda Ospedaliera "Città della Salute e della Scienza di Torino" ha indetto una procedura aperta per la fornitura triennale (rinnovabile per ulteriori tre anni) di protesi peniene divisa in tre lotti, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La Coloplast s.p.a., seconda classificata nell'ambito del lotto n. 3 (avente ad oggetto la fornitura di "*protesi peniena idraulica tricomponente – quantità 90*"), di importo

a base d'asta pari ad euro 783.000,00), impugna l'aggiudicazione in favore della Tegea s.r.l. deducendo motivi così riassumibili:

1) violazione degli artt. 75 e 113 del D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione del bando di gara, violazione dei principi di *par condicio*, imparzialità e buon andamento: la società aggiudicataria avrebbe prodotto la cauzione provvisoria (corredata dall'impegno all'eventuale rilascio della cauzione definitiva) soltanto per i lotti n. 1 e n. 2, così violando quanto prescritto a pena d'esclusione dal capitolato di gara e dal Codice dei contratti pubblici;

2) violazione dei principi di imparzialità e buon andamento ed eccesso di potere per illogicità, difetto di motivazione e disparità di trattamento: la commissione di gara non avrebbe motivato i punteggi assegnati (nella misura massima) all'offerta tecnica della società aggiudicataria;

3) violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163 del 2006, violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, eccesso di potere per irragionevolezza e contraddittorietà, violazione dei principi di logicità e proporzionalità: il capitolato di gara avrebbe previsto, per l'attribuzione dei punteggi relativi alle offerte economiche (fino a 50 punti su 100), una formula aritmetica tale da determinarne la sostanziale neutralizzazione, con la conseguenza di assegnare un peso preponderante e decisivo alle offerte tecniche;

4) violazione dell'art. 70 del D.Lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per irragionevolezza ed ingiustizia manifesta: il bando avrebbe previsto un termine inferiore a quello minimo stabilito dalla legge per la presentazione delle offerte.

Si sono costituite l'Azienda Ospedaliera "Città della Salute e della Scienza di Torino" e la Tegea s.r.l., chiedendo il rigetto dell'impugnativa.

L'istanza di sospensiva è stata respinta con ordinanza di questa Sezione n. 214 del 23 maggio 2013, riformata in appello dalla Terza Sezione del Consiglio di Stato con ordinanza n. 2253 del 14 giugno 2013.

Le parti hanno svolto difese in vista della pubblica udienza del 9 ottobre 2013, nella quale la causa è passata in decisione.

## DIRITTO

1. E' controverso l'esito della procedura aperta indetta dall'Azienda Ospedaliera "Città della Salute e della Scienza di Torino" per la fornitura triennale di protesi peniene.

La ricorrente Coloplast s.p.a., seconda classificata per il lotto n. 3 (avendo conseguito 28 p. per l'offerta tecnica e 50 p. per l'offerta economica), impugna l'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata Tegea s.r.l. (che ha ottenuto 50 p. per l'offerta tecnica e 31,24 p. per l'offerta economica).

2. Con il primo motivo, la ricorrente contesta la mancata esclusione della società aggiudicataria, che non avrebbe allegato all'offerta per il lotto n. 3 la cauzione provvisoria (accompagnata dall'impegno all'eventuale rilascio della cauzione definitiva), violando l'obbligo sancito a pena d'esclusione dagli artt. 6 e 8 del capitolato di gara e dall'art. 75 del Codice dei contratti pubblici.

Il motivo è infondato.

Per quanto qui rileva, la polizza fideiussoria emessa in data 23 aprile 2012 dalla Fondiaria SAI s.p.a. in favore della Tegea s.r.l. riporta il seguente oggetto: "*descrizione opera – contratto per la fornitura di protesi peniena CIG 3905992E8D – 3906008BC2 – SIMOG gara n. 3894240*", per un importo garantito pari ad euro 10.430,00 (1% del costo complessivo della fornitura, secondo quanto specificato nel documento di garanzia).

In effetti, la polizza non fa menzione del codice CIG 3906032F8F assegnato dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per il lotto di gara n. 3, ai fini del versamento del contributo obbligatorio.

Tuttavia, il mancato richiamo del codice CIG di uno dei tre lotti può considerarsi un mero errore materiale inidoneo a provocare l'esclusione della concorrente, in

presenza di circostanze che univocamente fanno ritenere che l'emissione della garanzia provvisoria (ed il contestuale impegno al rilascio della cauzione definitiva) sia riferibile ai tre lotti per i quali la Tegea s.r.l. ha presentato offerta.

Ed infatti:

- la garanzia indica il codice SIMOG 3894240 dell'intera procedura;
- la garanzia è stata prestata per un importo finanche superiore a quello imposto dal bando di gara (1% del corrispettivo a base d'asta, per le imprese in possesso della certificazione di qualità aziendale), che a seguito della rettifica pubblicata dalla stazione appaltante risulterebbe complessivamente pari ad euro 9.130,00 per i tre lotti.

E' perciò legittima l'ammissione della Tegea s.r.l., che ha allegato alla propria offerta una polizza fideiussoria rilasciata per un importo superiore a quello richiesto dal bando ed inequivocabilmente riferibile ai tre lotti in gara, sulla base del canone di interpretazione degli atti negoziali secondo buona fede e del principio del *favor participationis* che ispira, come è noto, l'art. 46 del Codice dei contratti pubblici.

La norma, pure invocata da parte ricorrente, consente invero l'esclusione del concorrente che abbia disatteso l'obbligo di presentazione della cauzione provvisoria soltanto nelle ipotesi più gravi, quali l'integrale assenza della garanzia, la mancata sottoscrizione da parte del garante e la mancata o incompleta indicazione delle imprese garantite, l'insufficienza dell'importo garantito o della validità temporale, la sua provenienza da soggetto non autorizzato al rilascio, l'assenza delle condizioni di copertura stabilite dall'art. 75, quarto comma, del Codice (cfr., sul punto, A.V.C.P., determinazione 10 ottobre 2012 n. 4).

Nella specie, non può configurarsi alcuna compromissione dell'interesse della stazione appaltante, alla quale è pervenuta una polizza fideiussoria efficace per un importo addirittura superiore a quello minimo imposto dal bando di gara, né può

ravvisarsi lesione della *par condicio*, poiché l'aggiudicataria Tegea s.r.l. ha sostanzialmente rispettato gli obblighi discendenti dall'art. 75 del Codice ed è incorsa in un mero errore materiale sanabile nel corso della procedura.

3. E' viceversa fondato il secondo motivo, con cui la ricorrente lamenta il difetto di motivazione in ordine al punteggio assegnato alla società aggiudicataria per l'offerta tecnica (50 p.).

Il Collegio, rivedendo l'avviso espresso nella fase cautelare, ritiene che la commissione di gara abbia illegittimamente omesso di indicare (e verbalizzare) le ragioni che hanno determinato la più favorevole valutazione del prodotto offerto dalla Tegea s.r.l., così incorrendo in eccesso di potere per carenza di motivazione e manifesta disparità di trattamento, tenuto conto che i punteggi assegnati alla Coloplast s.p.a. sono stati invece congruamente motivati.

Al riguardo, non si ignora il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui, nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'obbligo di motivazione può essere assolto dalla stazione appaltante mediante l'attribuzione di giudizi in forma numerica, purché i criteri di valutazione siano preventivamente indicati dal bando in termini specifici e consentano di ricostruirne l'iter decisionale (cfr. tra molte: Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2013 n. 5160; Id., sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169; Id., sez. IV, 4 giugno 2013 n. 3059).

E' stato altresì precisato che l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica può essere consentita quando i sub-criteri entro i quali ripartire le valutazioni tecniche, con i relativi sub-punteggi, siano sufficientemente numerosi ed analitici, sì da delimitare il giudizio discrezionale della commissione di gara nell'ambito di un minimo e di un massimo e da rendere così percepibile l'iter logico seguito nel giudicare le singole offerte, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione dei sub-punteggi e dei punteggi finali attribuiti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 giugno

2012 n. 3445; Id., sez. III, 11 marzo 2011 n. 1583; Id., sez. V, 17 gennaio 2011 n. 222).

Nella vicenda in esame, la *lex specialis* di gara non individua, per ciascun sub-punteggio, i criteri di oscillazione tra il minimo ed il massimo.

Per il lotto n. 3, il capitolato di gara scompone il punteggio assegnabile alle offerte tecniche nei seguenti sub-punteggi: “*caratteristiche tecniche delle protesi intese anche come: gamma delle misura, rigidità, resistenza della pressione al piegamento, assenza di erezione residua e facilità d’impianto*” (max. 20 p.), “*caratteristiche delle pompa intese anche come efficienza della pompa in fase di attivazione e disattivazione*” (max. 15 p.), “*caratteristiche funzionali intese anche come possibilità di ridurre il rischio di infezioni?*” (max. 10 p.), “*casistica e risultati clinici?*” (max. 5 p.).

Nel verbale di gara del 4 dicembre 2012, la commissione ha compilato ed approvato l’allegata scheda di valutazione, assegnando senza alcuna motivazione all’offerta della Tegea s.r.l. il punteggio massimo per ciascuno dei suindicati parametri ed ha, viceversa, assegnato punteggi inferiori all’offerta della Coloplast s.p.a. corredandoli di una sintetica motivazione (e cioè, nello stesso ordine: “*non ottimale rigidità e minore resistenza al piegamento*”, “*pulsante di attivazione e disattivazione meno funzionale*”, “*antibiotico non presente sulla protesi, necessita di preparazione in sala operatoria*”, “*meno risultati clinici?*”).

L’onere di motivazione non può dirsi così correttamente adempiuto, viepiù ove si consideri che la formula aritmetica  $(50 \times V) / V_{max}$ , prevista dall’art. 4 del capitolato di gara per l’assegnazione dei 50 p. riservati alle offerte tecniche, pone in correlazione i punteggi delle offerte tecniche con il punteggio dell’offerta tecnica migliore. Il giudizio su quest’ultima, pertanto, non può legittimamente essere sottratto all’onere di motivazione.

In altri termini, deve ritenersi che la commissione di gara incorra in eccesso di potere per carenza di motivazione e disparità di trattamento, allorquando si limiti

ad attribuire il (massimo) punteggio numerico alla migliore offerta tecnica ed opti, viceversa, per la formulazione di giudizi sintetici soltanto nei confronti delle offerte che seguono in graduatoria. In tal caso, infatti, il giudizio espresso sulla migliore offerta tecnica deve essere supportato da una motivazione altrettanto chiara ed esplicita.

Ne discende, per il profilo in esame, la fondatezza del ricorso e l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della Tegea s.r.l., che va annullata.

4. Per completezza, deve essere esaminato e respinto il motivo con il quale la ricorrente censura la formula aritmetica  $(50 \times P_{\min}) / P$ , prevista dall'art. 4 del capitolato di gara per l'assegnazione dei 50 p. riservati alle offerte tecniche.

In linea generale, la formula da utilizzare per la valutazione dell'offerta economica più vantaggiosa può essere scelta dalla stazione appaltante con ampia discrezionalità, a condizione che i criteri prescelti siano coerenti con l'oggetto specifico dell'appalto e che, una volta optato per un sistema che riconosce adeguato rilievo alla componente del prezzo nell'ambito della complessiva articolazione dell'offerta, le regole di gara non siano tali da annullare il rilievo dell'offerta economica nella ponderazione dei fattori idonei a determinare l'aggiudicazione (così, da ultimo: Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2013 n. 3239, ove si conclude che nelle gare per l'affidamento di servizi e forniture l'amministrazione non è obbligata ad utilizzare una delle formule contenute nell'Allegato P al D.P.R. n. 207 del 2010).

In relazione ad una formula analoga a quella qui controversa, la giurisprudenza ha recentemente chiarito che “... *La letteratura scientifica, la prassi amministrativa e quella forense, declinano pacificamente, in materia di appalti, la formula matematica c.d. proporzionale nelle due varianti della c.d. proporzionalità diretta ovvero indiretta. Entrambe le varianti hanno pari dignità logico-giuridica sicché l'utilizzo della seconda, da parte della commissione, non costituisce alterazione della par condicio fra le imprese ovvero lesione dei canoni della trasparenza*”

*e della buona amministrazione*” (Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2012 n. 3781; nello stesso senso Id., sez. V, 15 luglio 2013 n. 3802; si veda anche A.V.C.P., parere 27 giugno 2012 n. 100).

In concreto, peraltro, la formula utilizzata dalla stazione appaltante per la valutazione delle offerte economiche ha determinato un divario non insignificante (50 p. alla Coloplast s.p.a.; 31,24 p. alla Tegea s.r.l.) tra il maggiore ed il minore ribasso sul prezzo a base d’asta.

Per quanto detto, il motivo è respinto.

5. Infine, deve darsi atto che nella memoria depositata il 21 settembre 2013 la ricorrente ha rinunciato all’ultimo motivo di ricorso attinente al mancato rispetto del termine di legge per la presentazione delle offerte.

6. In conclusione, il ricorso è fondato e va accolto limitatamente al dedotto difetto di motivazione sui punteggi attribuiti alle offerte tecniche (in particolare, all’offerta tecnica della Tegea s.r.l.).

Di conseguenza, l’aggiudicazione definitiva in favore della Tegea s.r.l. è annullata e la stazione appaltante è tenuta a conformarsi alla presente pronuncia riaprendo l’istruttoria a partire dalla fase della valutazione delle offerte tecniche, per le quali dovranno essere riassegnati i relativi punteggi nel rispetto dell’affermato obbligo di motivazione ed alla luce dei criteri fissati dal capitolato di gara (cfr. Cons. Stato, ad. plen., 26 luglio 2012 n. 30, ove si esclude in via di principio la necessità dell’integrale ripetizione della gara, sebbene le offerte economiche siano già note).

7. Ne consegue altresì, ai sensi dell’art. 122 cod. proc. amm., che non può essere accolta la domanda di parte ricorrente volta alla caducazione del contratto stipulato dalla stazione appaltante con la Tegea s.r.l. ed alla declaratoria del suo diritto al subentro nella fornitura.

Allo stato, infatti, la ricorrente non ha dimostrato di avere titolo ad un punteggio più elevato di quello riconosciuto alla controinteressata, né ha dimostrato che quest'ultima è stata illegittimamente ammessa alla procedura di gara.

Residuando un rilevante margine di discrezionalità in capo alla stazione appaltante in vista del doveroso riesercizio del potere valutativo sulle offerte tecniche, la domanda di reintegrazione in forma specifica è respinta (cfr. Cons. Stato, sez. V, 3 dicembre 2010 n. 8410).

8. Considerata la complessità delle questioni affrontate, le spese di giudizio possono essere compensate, salva la refusione del contributo unificato versato da parte ricorrente nella misura di euro 8.000,00.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Savio Picone, Primo Referendario, Estensore

Antonino Masaracchia, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/11/2013

IL SEGRETARIO

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