

Qualora la valutazione di una Commissione sia stata considerata illogica e priva di motivazione, (aspetti incidenti sulla legittimità e non sul merito dell'attività amministrativa) l'adito giudice amministrativo ha titolo per sindacare tali determinazioni tecniche, specie se i titoli presentati, possono essere verificati attraverso specifiche tecniche, che in quanto tali non postulano possibilità di scelte discrezionali dell'amministrazione

In merito alla sindacabilità delle scelte discrezionali delle amministrazioni appaltanti, merita di essere segnalato il pensiero espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 6001 del 9 ottobre 2006:

<Priva di pregio è la doglianza dell'appellante secondo cui il TAR in tal modo avrebbe sindacato valutazioni tecniche che invece erano riservate alla Commissione giudicatrice, dal momento che nella specie la valutazione effettuata dalla Commissione è stata considerata illogica e priva di motivazione, che sono aspetti incidenti sulla legittimità e non sul merito dell'attività amministrativa.

Per altro verso non è fondatamente profilabile l'incompatibilità fra il giudizio di legittimità e la verifica sulla fondatezza della valutazione tecnica, tenuto conto dell'inseparabilità tra il riesame sulla legittimità o meno dell'azione amministrativa e la verifica dei fatti sui quali la stessa azione si è svolta.

Tale inseparabilità deve essere affermata anche se i fatti, nella specie i titoli presentati, possono essere verificati attraverso specifiche tecniche, che in quanto tali non postulano possibilità di scelte discrezionali dell'amministrazione>

Tale affermazione riveste importanza in quanto:

<Una diversa conclusione postulerebbe un giudizio di legittimità limitato ad una verifica "formale" o "estrinseca" dell'azione amministrativa, in evidente difformità ai principi costituzionali in tema di tutela giudiziaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni (art. 24 e 113 Cost).>

c'è un'ultima considerazione da parte riguardante la parte finale della sentenza.

Poiché il Supremo Giudice amministrativo accoglie l'appello e di conseguenza:

<la Commissione di gara dovrà procedere ad adeguata valutazione comparativa delle referenze presentate dall'aggiudicataria e dall'altra impresa, al fine di determinare il punteggio da attribuire a ciascuna offerta per tale aspetto e l'aggiudicatario finale della gara>

va da sé che:

< la richiesta della ricorrente originaria (ora appellata) di risarcimento del danno è allo stato inammissibile, dipendendo essa dal riesame che dovrà essere effettuato dalla Commissione di gara>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 8986/2004, proposto dall'Azienda unità locale socio sanitaria n. 9 della Regione Veneto, rappresentata e difesa dagli avv.ti L. Garofalo e G. F. Romanelli, elettivamente domiciliata presso il secondo in Roma, via Cosseria n. 5;

CONTRO

la Società *** Italia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti D. Iaria e S. Nocentini, elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Flamminio n. 46, Palazzo IV sc.B, presso dottor M. Grez;

e nei confronti

della *** *** s.p.a., non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Veneto, sezione I, n. 2220 del 30.6.2004, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla società *** Italia.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società *** Italia;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 21.6.2005, relatore il consigliere Aniello Cerreto ed udito altresì gli avvocati Romanelli e Iaria;

Visto il dispositivo di decisione n. 450 del 7.7.2005;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto;

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe, l'Azienda Unità Locale Socio sanitaria n. 9 della Regione Veneto ha fatto presente che il TAR, con la sentenza in epigrafe, aveva accolto il ricorso proposto dalla soc. *** Italia avverso gli atti di gara relativi al lotto n. 7 dell'appalto concorso per la fornitura di sistemi diagnostici di laboratorio con aggiudicazione alla società *** ***.

Ha rilevato che detta sentenza aveva respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso e quindi aveva accolto la censura di illogicità e difetto di motivazione in ordine alla valutazione da parte della Commissione giudicatrice delle referenze presentate, procedendo poi sulla base del numero delle referenze all'attribuzione dei relativi punteggi tenendo conto della formula matematica prevista per l'attribuzione del punteggio qualità.

Ha dedotto quanto segue:

- il TAR aveva sindacato valutazioni tecniche che invece erano riservate alla commissione giudicatrice;

- il TAR, con riferimento alle referenze, aveva ritenuto incomprensibile l'attribuzione di punti 3 all'aggiudicataria e punti 2 alla *** dal momento che la prima aveva presentato solo 136 referenze e la seconda ne aveva prodotto 700, mentre evidentemente doveva tenersi conto anche del tipo di installazione e della qualità del servizio in relazione alle esigenze diagnostiche dell'Ospedale di Treviso;
- non vi era nella disciplina di gara una formula matematica da applicare nella valutazione delle referenze, in quanto la formula applicata dal TAR riguardava l'attribuzione complessiva del punteggio qualità e non i singoli elementi di giudizio;
- la commissione di gara non aveva alcun obbligo di specificare i criteri valutativi in quanto il punteggio numerico espresso, sulla base del previsto punteggio minimo e massimo, era di per sé idoneo a dimostrare la logica e la congruità del giudizio tecnico;
- d'altra parte occorre considerare che le referenze rilevanti non erano 26 per la *** e 10 per la ***, bensì 26 per la prima e 23 per la seconda:
- erano infondate anche le ulteriori censure proposte dalla ricorrente originaria e ritenute assorbite dal TAR ed in particolare quella relativa all'erronea valutazione del sistema *** siccome dotato, a differenza di quello proposto con l'offerta *** 1, di completa automazione anche per immunoelettroforesi. Invero, il sistema *** consente di eseguire in sequenza, e sempre sulla stessa provetta madre, le due indagini diagnostiche ed in ciò consiste la sua completa automazione con riferimento alla semplicità operativa dell'addetto, per cui l'impiego del tecnico è comunque prevista in modo limitato, mentre i macchinari di cui alla proposta *** 1 sono semiautomatici in quanto richiedono il tecnico anche per lo svolgimento degli esami richiedenti l'impiego del siero per il cambio di provetta; analogamente il sistema *** 2 anche se più innovativo, non è ancora sperimentato; che inoltre la proposta *** è stata valutata migliore della *** 2 in relazione all'offerta di due apparecchi automatici per l'elettroforesi capillare, ritenuti particolarmente utili in caso di avaria di uno dei due macchinari;
- il TAR aveva condannato l'Amministrazione al risarcimento del danno in mancanza dei relativi presupposti.

Costituitasi in giudizio, la società *** ha chiesto il rigetto dell'appello.

Con memoria conclusiva le parti hanno insistito sulla propria posizione. In particolare la parte resistente ha espressamente richiamato in via subordinata le censure di 1° grado ritenute assorbite dal TAR.

Alla pubblica udienza del 21.6.2005 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

2. L'appello va accolto in parte.

2.1. Il TAR ha accolto il ricorso ritenendo fondata la censura di illogicità e difetto di motivazione in ordine alla valutazione da parte della Commissione giudicatrice delle referenze presentate, procedendo poi in relazione al numero delle referenze all'attribuzione dei relativi punteggi, tenendo conto della formula matematica prevista per l'attribuzione del punteggio qualità.

2.2. Priva di pregio è la doglianza dell'appellante secondo cui il TAR in tal modo avrebbe sindacato valutazioni tecniche che invece erano riservate alla Commissione giudicatrice, dal momento che

nella specie la valutazione effettuata dalla Commissione è stata considerata illogica e priva di motivazione, che sono aspetti incidenti sulla legittimità e non sul merito dell'attività amministrativa.

Per altro verso non è fondatamente profilabile l'incompatibilità fra il giudizio di legittimità e la verifica sulla fondatezza della valutazione tecnica, tenuto conto dell'inseparabilità tra il riesame sulla legittimità o meno dell'azione amministrativa e la verifica dei fatti sui quali la stessa azione si è svolta.

Tale inseparabilità deve essere affermata anche se i fatti, nella specie i titoli presentati, possono essere verificati attraverso specifiche tecniche, che in quanto tali non postulano possibilità di scelte discrezionali dell'amministrazione.

Eventuali difficoltà nell'utilizzazione delle metodiche tecniche possono essere superate mediante l'ausilio di consulenti d'ufficio (art. 44, comma primo, r.d. 26 giugno 1924, n. 1054, nel testo modificato dall'art. 16 l. 21 luglio 2000 n. 205).

Una diversa conclusione postulerebbe un giudizio di legittimità limitato ad una verifica "formale" o "estrinseca" dell'azione amministrativa, in evidente difformità ai principi costituzionali in tema di tutela giudiziaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni (art. 24 e 113 Cost).

2.3. Va condivisa, invece, la doglianza dell'appellante secondo cui il maggior punteggio previsto per le referenze (punti 3) non poteva essere assegnato, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, unicamente sulla base del numero di esse (136 referenze per l'aggiudicataria e 700 per la ricorrente originaria). Invero, occorre tener conto anche degli aspetti qualitativi delle referenze, in relazione alla genericità della disciplina di gara sul punto. Inoltre, non poteva comunque applicarsi la formula matematica utilizzata dal TAR, e che nella disciplina di gara riguardava l'attribuzione complessiva del punteggio qualità per i concorrenti diversi da quello che aveva ottenuto da parte della Commissione il punteggio più alto (cui erano assegnati punti 40), per l'attribuzione proporzionale del relativo punteggio dopo l'assegnazione discrezionale dei singoli punteggi per i quattro aspetti della qualità considerati nella disciplina di gara.

2.4. Peraltro, permane il difetto di motivazione in quanto la Commissione ha ommesso di indicare i criteri sulla cui base ha attribuito il giudizio di "ottime referenze" per l'aggiudicataria ed il giudizio di "buone referenze" per la ricorrente (relativamente all'offerta *** 1).

2.5. Essendo stato accolto in parte l'appello, occorre procedere all'esame delle censure assorbite dal TAR e riproposte dal ricorrente originario in appello. Esse sono infondate.

2.5.1. Il sistema *** non è stato erroneamente valutato per essere stato considerato dalla Commissione di completa automazione anche per l'immunolettroforesi. Invero, come precisato dall'Azienda, il sistema *** consente di eseguire in sequenza, e sempre sulla stessa provetta madre, le due indagini diagnostiche previste ed in ciò consiste la sua completa automazione con riferimento alla semplicità operativa dell'addetto, per cui l'impiego del tecnico è comunque prevista in modo limitato, mentre i macchinari di cui alla proposta *** 1 sono semiautomatici, necessitando del tecnico anche per lo svolgimento degli esami richiedenti l'impiego del siero per il cambio di provetta. Il sistema *** 2, poi, anche se più innovativo, all'epoca non risultava ancora sperimentato.

2.5.2. Per quanto concerne il fatto che la proposta *** è stata valutata migliore della *** 2 in relazione all'offerta di due apparecchi automatici per l'elettroforesi capillare, ritenuti

particolarmente utili in caso di avaria di uno dei due macchinari, è aspetto di carattere discrezionale che non può essere sindacato in sede di legittimità.

2.5.3. Priva di pregio è infine la censura relativa alla valutazione dei reattivi, atteso che la stessa parte resistente riconosce che l'apparecchio *** sarebbe in grado di effettuare circa 52.000 determinazioni annue, mentre quello offerto da *** 2 compirebbe 50.000 determinazioni annue. In relazione a tale differenza (circa 2.000 determinazioni a favore della ***) non appare del tutto illogico il punteggio di 15 per la *** e di 10 per *** 2.

3. In conclusione, l'appello deve essere accolto in parte e perciò la Commissione di gara dovrà procedere ad adeguata valutazione comparativa delle referenze presentate dall'aggiudicataria e da *** 1 al fine di determinare il punteggio da attribuire a ciascuna offerta per tale aspetto e l'aggiudicatario finale della gara.

Di conseguenza la richiesta della ricorrente originaria (ora appellata) di risarcimento del danno è allo stato inammissibile, dipendendo essa dal riesame che dovrà essere effettuato dalla Commissione di gara.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie in parte l'appello e per l'effetto accoglie in parte il ricorso originario.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 21.6.2005

DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 9 ottobre 2006