



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.

Reg. Sent.

ANNO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del LAZIO, Sez. III[^]-quater
composto da

dr. Mario Di Giuseppe

Presidente

dr.ssa Linda Sandulli

Consigliere

dr. Umberto Realfonzo

Consigliere-rel.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1670/2008 proposto da **SOC ENGINEERING SANITA' ENTI LOCALI SPA** (SESEL) rappresentato e difeso dall'avv. Stefano Vinti e dall'avv. Elia Barbieri presso cui è elettivamente domiciliato in Roma Via Emilia, 88

contro

-- **AZIENDA REGIONALE EMERGENZA SANITARIA - ARES 118**, in persona del rappresentante legale pro tempore, rappresentato e difeso dall' Avv. Tiziana D'Agostini ed elettivamente domiciliata in Roma Viale Del Caravaggio, 91 presso l'Avv. Michele Aceto;

-- REGIONE LAZIO, non costituitasi in giudizio

e nei confronti di

-- **SOC. SIGMA INFORMATICA SPA**, non costituitasi in giudizio

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

-- del bando di gara pubblicato sulla GURI n. 70 del 18.06.07 per l'affidamento del servizio informatico di gestione del personale e in outsourcing per la gestione delle denunce periodiche dell'ARES 118 — Azienda Regionale Emergenza Sanitaria, anche in parte qua;

- del relativo disciplinare di gara e del capitolato d'oneri speciale, entrambi anche in parte qua, nonché dell'intera procedura di affidamento;

- dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della Società Sigma Informatica S.p.A. e della graduatoria di gara;

- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale;

quanto ai motivi aggiunti notificati in data 17.4.2008:

del provvedimento del 27.3.2009 di aggiudicazione definitiva della gara.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata.

Visti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Nominato relatore alla pubblica udienza del 25 giugno 2008 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

Con il presente gravame la parte ricorrente ha impugnato il bando, pubblicato sulla GURI n. 70 del 18.06.07 relativo ad una procedura ristretta, da esperirsi ai sensi del D.Lgs. 163/2006, per l'affidamento triennale in unico lotto del servizio informatico di gestione del personale e in outsourcing per la gestione delle denunce periodiche; per un importo

presunto complessivo di 990.000 euro.

Il ricorso introduttivo è affidato alla denuncia di un unico articolato motivo di gravame relativo alla violazione e falsa applicazione dell'art. 41 e dell'art. 42 del D. Lgs. n. 163/2006, nonché dei principi desumibili dalle Direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE; dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006; e dei principi generali di coerenza e logicità dell'azione amministrativa e dei principi comunitari in ordine alla valutazione delle offerte secondo il criterio economicamente più vantaggioso; nonché eccesso di potere per illogicità e irragionevolezza e sviamento.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha versato gli atti del procedimento. Con memoria per la sospensiva, la difesa dell'Azienda ha, in linea preliminare, eccepito la tardività e l'inammissibilità del gravame, e nel merito ha confutato analiticamente le argomentazioni di controparte, concludendo per il rigetto.

Con motivi aggiunti notificati in data 17.4.2008 la ricorrente ha esteso l'impugnazione al provvedimento del 27.3.2009 di aggiudicazione definitiva della gara oltre per illegittimità derivata dalle censure del ricorso introduttivo (cfr. pag. 6 dell'atto aggiuntivo) anche per violazione degli obblighi di comunicazione di cui all'art. 79 2° co. lett. c), e 5° co., e dell'art. 83 del D.lgs. n. 163/2006 e s.m. dell'art. 2 quinquies della DIR. 207/66/CE.

Con ordinanza n. 2420 del 14 maggio 2008, è stata accolta l'istanza di sospensione cautelare del provvedimento.

Con memoria per la discussione la ARES 118 resistente ha ripreso le precedenti argomentazioni difensive e chiesto la revoca della predetta ordinanza che, sarebbe stata originata dalla "mancata comprensione del ricorso" e sarebbe affetta da violazione del principio del richiesto e del pronunciato, e della necessità della ricorrenza del requisito del danno grave ed irreparabile.

All'udienza pubblica, uditi i difensori delle parti, la causa è stata dunque trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Devono in linea preliminare essere disattese le eccezioni preliminari di inammissibilità del gravame introdotte dalla Difesa dell'Azienda.

Per l'azienda resistente:

-- la ricorrente non avrebbe alcun interesse attuale al ricorso in quanto il "provvedimento di aggiudicazione" n. 62 del 27/03/08, era l'aggiudicazione provvisoria che quindi non sarebbe stata in grado di lederla in alcun modo. In ogni caso dunque l'atto impugnato non sarebbe idoneo a frustrare irrevocabilmente gli interessi della SESEL, restando sempre salva la possibilità di reintegrazione in forma specifica;

-- il gravame sarebbe altresì tardivo per decorso del relativo termine dell'impugnativa del bando del C.S.A: nonché dei verbali di cui alle sedute nn. 7 e 8 del 17/12/2007, perché il rappresentante della ricorrente era presente alle relative operazioni di gara.

Si osserva per contro:

-- quanto alla prima eccezione che, se l'aggiudicazione definitiva è certamente l'atto lesivo conclusivo del procedimento (e, come tale, va in ogni caso tempestivamente impugnato anche quando è già stata gravata l'aggiudicazione provvisoria), ciò non toglie che, in ragione del *favor*, costituzionalmente garantito, per la tutela del diritto di difesa, resta sempre aperta la facoltà -- ma non l'onere -- dei concorrenti ad una gara di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria che chiude la fase di individuazione del miglior offerente (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7802);

--per un analogo ordine di ragioni deve perciò ritenersi, quanto alla seconda eccezione, che da un lato le regole del bando e del C.S.A., in quanto atti generali, si impugnano in una con

il relativo atto applicativo, dall'altro la presenza del rappresentante legale di una ditta concorrente in una gara d'appalto alle sedute della Commissione giudicatrice, nelle quali si è provveduto alla fissazione dei criteri di massima per l'attribuzione dei punteggi relativamente alle diverse offerte presentate dai concorrenti, non costituisce fonte di conoscenza della lesività degli stessi, dal momento che la lesività si concretizza soltanto in esito al completamento delle operazioni di gara e all'individuazione definitiva della ditta aggiudicataria (cfr. T.A.R. Lombardia Brescia, 9 aprile 2002, n. 623).

Il ricorso è dunque pienamente ammissibile.

2. Nel merito, entrambi i profili dell'unica rubrica del gravame introduttivo sono fondati, nei sensi e nei limiti, che seguono.

2.1. La società ricorrente lamenta l'illegittimità dell'intera procedura di aggiudicazione per violazione dei principi comunitari che postulano una netta separazione tra i requisiti soggettivi economico — finanziari e tecnici di partecipazione di cui agli artt. 41 e 42 del D. Lgs. n. 163/2006); e gli “elementi oggettivi” dell'offerta da questi proposta, relativi ai profili tecnici e dal prezzo, da utilizzare ai fini dell'aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 83 del medesimo D. Lgs. n. 163/2006 e all'art. 46 della Direttiva 2004/18/CE. La consolidata Giurisprudenza Amministrativa, sulla scia della Commissione Europea avrebbe già ampiamente ribadito (si veda la nota vicenda del Decreto c.d. Karrer), l'illegittimità del bando di gara che preveda la valutazione non di elementi rigorosamente oggettivi riferiti all'offerta, ma di elementi “soggettivi” riferiti ai proponenti. Ciò al fine di evitare una commistione tra le due fasi di individuazione dell'offerta: quella della selezione dei partecipanti alla gara e quella della valutazione delle offerte.

Illegittimamente dunque quasi un terzo del totale disponibile (ben 30 punti) dipendeva da un fattore afferente *ictu oculi* a requisiti soggettivi dei partecipanti, ed estraneo alle peculiarità e alla bontà tecnica delle offerte proposte quali nella specie le “*Referenze positive*” della ditta per servizi di gestione del personale”.

.Il numero e i contenuti delle esperienze pregresse -- che (sono il curriculum di un'impresa) atterrebbero ontologicamente al “soggetto” concorrente, piuttosto che all'offerta tecnica in sé considerata -- non potevano essere assunti a parametri per l'individuazione delle soluzioni qualitativamente più vantaggiose.

L'assunto è fondato.

In base al diritto comunitario l'aggiudicazione deve essere sempre attribuita “*all'offerta che sembra la migliore in relazione all'appalto stesso*”, e non “*all'offerta presentata dal candidato che ha maggior esperienza o più peso finanziario degli altri*” (così il “Libro Verde sugli appalti pubblici del 1996 della Commissione Europea”. In tale scia la Corte di giustizia delle Comunità (Sezione VI decisione 19 giugno 2003, causa: c-315/2001 e, analogamente, Corte di Giustizia 17 settembre 2002, causa C-513/99) ha ritenuto, per l'ipotesi di offerta economicamente vantaggiosa, doversi denegare la possibilità di far luogo alla retribuzione, in termini di punteggio sia di un elemento identicamente già richiesto per l'ammissione e sia di meri elenchi di prestazioni. In particolare, la ricordata decisione della Corte di giustizia delle comunità concerneva il caso specifico di un bando di gara che assegnava il 20% dei punti alla lista dei precedenti contraenti (cfr. punto 2.1 della decisione nella causa: c-315/2001).

Naturalmente, come la Sezione ha avuto modo di specificare (cfr. sent. 25/07/2006 n. 6325) ciò non vuol dire, che la Corte di Giustizia abbia affermato, in termini assoluti, la sussistenza di un principio di assoluta separazione tra requisiti di ammissione e gli elementi

di valutazione: quello che è inibito è solamente la attribuzione di un punteggio ai fini dell'aggiudicazione, dell'identico elemento già richiesto per l'ammissione, e non esclude in via di principio la retribuità degli elementi ulteriori di capacità operativo-gestionale posseduti in misura o qualità superiore al minimo richiesto per l'ammissione (es. numero e titoli accademici degli operatori disponibili, potenza del server offerto in misura superiore a quello minimo necessaria, se esponenziali di una maggiore professionalità dell'impresa; analogamente ad un concorso ad un pubblico impiego nel quale se la laurea è necessaria per l'ammissione non può essere considerata con un punteggio, ma può farsi luogo alla previsione di un punteggio maggior per i voti di laurea più alti).

Nel caso di specie invece l'Amministrazione ha stabilito di attribuire per il punteggio tecnico un totale di 60 punti (sui 100 complessivi) alle "*Caratteristiche Qualitative, metodologiche e tecniche*" con particolare riferimento:

1) alle **referenze positive** della ditta (punti 30) per servizi di gestione del personale aventi analogo contenuto a quello richiesto, con particolare riferimento all'*outsourcing* delle denunce periodiche, dal presente capitolato speciale; e più precisamente: *certificazioni positive documentate dalle stazioni appaltanti ed elenco degli appalti in atto presso Aziende Sanitarie Locali ed Ospedaliere alla data di presentazione dell'offerta con l'indicazione: del numero mensile dei cedolini paga prodotti mensilmente; sintetica descrizione del servizio svolto; • importo contrattuale (IVA esclusa);*

2) alla **descrizione del piano operativo** (*fasi di esecuzione del servizio, corsi di aggiornamento e/o riqualificazione del personale; assistenza informatica che verrà messa a disposizione- eventuale utilizzo del dell'ARES 118*).

Al riguardo è evidente come la stessa ripartizione dei punteggi che pone sullo stesso piano, ed attribuisce pari rilievo, al punteggio per il progetto operativo del servizio (cioè alla la

vera offerta tecnica) ed alle referenze aziendali appare una diretta violazione del principio della necessaria distinzione tra requisiti di ammissione tecnico economica e dei requisiti di valutazione dell'offerta sempre affermata dalla giurisprudenza (cfr. *infra multa* C.d.S. Sez. V 28 settembre 2005 n. 5194; idem 8 settembre 2001 n. 4683 ecc.).

L'illegittimità sostanziale di una gara arbitrariamente ancorata a parametri di carattere soggettivo, emerge inoltre non solo dall'ambiguità delle formulazioni del disciplinare di gara, ma anche dalla stessa motivazione e dei verbali della Commissione che aveva attribuito il punteggio:

- per il numero dei cedolini (precedentemente alla gara) emessi dalla ricorrente;
- perché avrebbe “documentato solo in parte” il servizio in outsourcing sulle denunce periodiche svolto” (in passato);
- per gli importi contrattuali.

E' evidente che le predette le referenze concernono elementi che non sono direttamente ricollegabili alle risorse aziendali in essere e non attengono quindi ad un miglior livello organizzativo-funzionale.

Qui la stazione appaltante ha fatto luogo alla previsione di un criterio in grado di remunerare realmente non un elemento direttamente esponenziale di maggiore qualità dell'offerta ma indirettamente rivelatore delle pregresse esperienze. I *curricula* aziendali sono infatti un elemento semplicemente indiziario delle reali capacità operative di un'impresa di servizi (in quanto le risorse umane e professionali che le avevano prodotte potrebbero nel frattempo essersi disperse).

Contrariamente a quanto vorrebbe l'azienda resistente “...l'opportunità di verificare se esistano precedenti esperienze dell'uso della stessa e se siano positive...” (cfr. pag. 10 della memoria per il 12.3.2008 e pag. 9 della memoria per la discussione) attiene

propriamente alla fase della verifica del profilo tecnico dell'azienda e non di retribuzione dell'offerta.

Accertare se l'azienda aveva in precedenza eseguito positivamente contratti di egual natura e per un numero di prestazioni ed un importo contrattuale del tutto analoghi atteneva a profili di affidabilità del concorrente e non dell'offerta. E ciò è direttamente dimostrato dall'inderminatezza stessa del criterio di valutazione delle referenze, che è del tutto privo di ogni elemento in grado di far comprendere al concorrente su quali basi si sarebbe fatto luogo all'attribuzione dei punteggi.

E' dunque evidente la violazione dei principi di obiettività e di trasparenza *“necessari per consentire a ciascun concorrente di essere ragionevolmente informato dei criteri e delle modalità di individuazione per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa”* (così il secondo paragrafo del 46° considerando della Dir. CE/18/2004).

In conclusione del tutto illegittimamente si è fatto dunque luogo all'attribuzione di punteggi per attività pregresse e non per la individuazione di prestazioni future quali sono quelle considerate dall'offerta .

Di qui la fondatezza del profilo e di conseguenza l'illegittimità del bando *in parte qua*.

2.2. Deve poi essere esaminato il secondo profilo dell'unica rubrica con cui si lamenta l'illegittimità, per violazione dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/06: illegittimamente, il disposto dall'art. 10 del capitolato avrebbe richiesto che l'offerta avrebbe dovuto raggiungere almeno i 16 punti, per essere ammessa al prosieguo della gara, e quindi alla attribuzione del punteggio per il “piano operativo” e per il prezzo del servizio. Per la ricorrente la clausola sarebbe assurda ed avrebbe costituito una vera e propria illegittima soglia di sbarramento alla valutazione dell'offerta.

La ricorrente, le cui referenze sono state valutate con soli 15 punti invece che con almeno 16, è stata esclusa perché la clausola, ontologicamente illegittima, sarebbe stata, per di più, ancorata ad un parametro a sua volta parimenti illegittimo.

L'assunto può essere condiviso solo con riferimento a quest'ultimo rilievo.

In linea generale, specie per gli appalti a maggiore complessità tecnica, è stato ritenuto legittimo che la stazione appaltante richieda che alcuni elementi raggiungano un punteggio minimo di una soglia di ammissibilità tecnica per verificare l'idoneità tecnica dei concorrenti preliminarmente all'apprezzamento dell'offerta nelle sue componenti oggettive (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187).

L'art. 83, secondo co. del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori e servizi ha definitivamente ammesso la soglia di "ammissibilità tecnica" prevedendo che il bando debba precisare la ponderazione relativa attribuita a ciascun criterio di valutazione *“anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato.”*

La individuazione di una soglia di ammissibilità tecnica dell'offerta è diretta in sostanza a verificare che, al di là delle differenti soluzioni dei singoli partecipanti, tutte le offerte raggiungano comunque un determinato minimo standard qualitativo senza il quale l'ulteriore esame tecnico resterebbe inutile

La clausola risponde evidentemente all'esigenza di evitare un inutile dispendio di attività della Commissione su offerte che, o non paiono tecnicamente pregevoli o sufficientemente affidabili ovvero che comunque non avranno mai alcuna possibilità di vincere.

Se, in linea generale, la clausola è dunque legittima, sulla scia di quanto si diceva non lo è però nel caso di specie:

-- perché è collegata ad una valutazione di referenze precedenti del concorrente e non è collegata alla concreta ricorrenza di una serie di standard oggettivi; ovvero di necessari requisiti minimi di funzionalità;

-- perché l'attribuzione dei coefficienti (cfr. verbali n. 5-6-7 del dicembre 2007) è affidata ad una generica -- e non meglio argomentata modalità di valutazione di attività pregresse (outsourcing, cedolini ed importi contrattuali);

-- perché comunque non deve finire per costituire un meccanismo sostanzialmente arbitrario ed incongruo: al riguardo, sul piano dell'eccesso di potere, appare veramente singolare che di sette imprese partecipanti solo due sono state ritenute "degne" di raggiungere la sufficienza (cfr. All. 1 al cit. verbale n. 17).

In tale parte anche il secondo profilo dell'unico motivo di gravame è fondato e deve essere accolto e per l'effetto deve essere annullato il punto 10 del disciplinare nei sensi e nei limiti di cui sopra.

3. In considerazione delle precedenti argomentazioni deve poi essere accolto, per illegittimità derivata, anche i motivi aggiunti e deve essere annullata l'aggiudicazione definitiva.

4. In conclusione, negli esaminati profili, il ricorso introduttivo è fondato e per l'effetto devono essere annullati:

-- il bando di gara pubblicato per l'affidamento del servizio informatico di gestione del personale e in *outsourcing* per la gestione delle denunce periodiche dell'ARES 118 nella parte in cui ha previsto il punteggio tecnico nei sensi di cui sopra;

- la graduatoria di gara e l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della Società Sigma Informatica S.p.A.;

-- ed in conseguenza, per illegittimità derivata, il provvedimento del 27.3.2009 di aggiudicazione definitiva della gara.

In considerazione del fatto che, come richiesto, la ricorrente può conseguire la reintegrazione in forma specifica consistente nella ripetizione integrale della gara, deve invece essere respinta l'istanza risarcitoria posta in via subordinata dalla ricorrente.

Quanto alle spese si rinvia al dispositivo che segue.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sez. III[^]-quater :

1. accoglie il ricorso nei sensi e nei limiti di cui in motivazione, e per l'effetto annulla gli atti di cui in epigrafe;
2. respinge l'istanza risarcitoria.
3. Condanna l'Azienda resistente al pagamento delle spese e degli onorari del presente giudizio che vengono liquidate in complessivi € 4.000,00 di cui € 2.000,00 per spese in favore della ricorrente.

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 11 Giugno 2008.

IL PRESIDENTE

dr. Mario Di Giuseppe

IL CONSIGLIERE-EST.

dr. Umberto Realfonzo