

Discrezionalità amministrativa, discrezionalità tecnica: limiti del sindacato giurisdizionale

di Federica Cioffarelli

Data di pubblicazione: 27-3-2013

Tar Puglia, Lecce, Sez. II, 6 marzo 2013, n. 472

Presidente Costantini; Estensore De Mattia

In una gara d'appalto di servizi, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non può ritenersi illegittima una disposizione di lex specialis che non fissi un punteggio minimo di valutazione delle offerte tecniche, sia perché la logica conseguenza di tale mancanza si risolve nella possibilità, per la Commissione, di attribuire un punteggio che va dallo zero al massimo previsto, sia perché, ove il punteggio minimo significhi l'introduzione di una soglia di sbarramento per l'ammissione delle offerte stesse, la sua omessa previsione è espressione di una scelta discrezionale dell'Amministrazione, non sindacabile in sede giurisdizionale.

Le valutazioni compiute dall'Amministrazione in sede di verifica dell'anomalia delle offerte sono espressione di un potere tecnico-discrezionale, sindacabile in sede giurisdizionale nella misura in cui le relative motivazioni siano manifestamente illogiche, irrazionali o fondate su errori di fatto.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1301 del 2012, proposto da: Item Oxygen s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Pietro Quinto, Franco Gagliardi La Gala e Domenico Emanuele Petronella, con domicilio eletto presso l'avv. Pietro Quinto in Lecce, via Garibaldi, 43;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Taranto, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Caricato, con domicilio eletto presso l'avv. Nicola Stefanizzo in Lecce, via G. A. Ferrari, 5;

nei confronti di

Air Liquide Sanità Service s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Valeria Pellegrino e Diego Vaiano, con domicilio eletto presso l'avv. Valeria Pellegrino in Lecce, via Augusto Imperatore, 16;

per l'annullamento

- del Bando e del Disciplinare di Gara, con specifico riguardo alle previsioni relative all'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica, nella parte e nella misura in cui sono previsti solo i punteggi massimi (non anche i minimi e/o singole graduazioni) determinando, di fatto una più che ampia discrezionalità in capo alla Commissione Giudicatrice e una difficoltà ricostruttiva, a posteriori, degli elementi e dei parametri valutativi assunti per l'attribuzione dei singoli punteggi, in una parola la violazione del principio di trasparenza e di par condicio tra partecipanti;

- della deliberazione D.G. n. 352 del 4 luglio 2012, comunicata con nota del 16 luglio 2012, prot. n. 4520/PATR., pervenuta nella sfera di conoscenza della ricorrente il successivo 19 luglio 2012, per mezzo della quale si è proceduto alla aggiudicazione definitiva della "Procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione impianti gas medicali, centrali distribuzione e analisi impianti dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto, in favore della controinteressata;

- di ciascuno e di tutti gli atti e verbali di gara, e, in particolare, del verbale n. 3 del 20 febbraio 2012;

- di ciascuno e di tutti gli atti presupposti, consequenziali o comunque connessi, ancorché ignoti in quanto lesivi, ivi compreso il contratto di appalto, ove già stipulato, anche in violazione del c.d. stand still;

- nonché, ove occorra, del silenzio (diniego) formatosi in ordine alla istanza ex art. 243 bis, D. Lgs. n. 163/06, avanzata dalla ricorrente, in data 26 luglio 2012, per l'inutile decorso del termine per la presa d'atto o, almeno, per offrire chiarificatorie controdeduzioni da parte della Stazione Appaltante, ovvero della risposta della ASL TA, ove, nelle more, emessa, ma, alla

data di notifica del presente ricorso, non ancora nota alla Item Oxigen;

e per la condanna al risarcimento del danno ex art. 30 cod. proc. amm., subito dalla ricorrente in conseguenza delle scelte illegittimamente compiute dall'Ente resistente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Taranto e di Air Liquide Sanità Service s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2012 la dott.ssa Simona De Mattia e uditi per le parti gli avv.ti D. Petronella, P. Quinto, F. Caricato e V. Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

I. La società ricorrente ha partecipato alla gara mediante procedura aperta indetta dalla ASL di Taranto con deliberazione del Commissario Straordinario n. 111 del 29.9.2010, per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di distribuzione di gas medicali e tecnici e delle centrali di distribuzione di ossigeno e protossido di azoto e di produzione di aria medica e vuoto, nonché per l'analisi dei predetti impianti presso i Presidi Ospedalieri dell'Azienda Sanitaria Locale suddetta.

Nel bando era specificato che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; a tal fine, il Disciplinare ha indicato i soli punteggi massimi da attribuire nel modo che segue: quanto all'offerta tecnica, moltiplicando per 60 (punteggio massimo attribuibile) quello oggetto di valutazione e fratto il miglior punteggio conseguito in assoluto, mentre, quanto all'offerta economica, moltiplicano per 40 (punteggio attribuito alla migliore offerta) il prezzo rivelatosi più basso fratto il prezzo offerto dalle singole candidate oggetto di valutazione.

L'appalto è stato aggiudicato alla Air Liquide Sanità Service s.p.a. (di seguito Air Liquide), poiché la sua offerta, sia tecnica che economica, è risultata la migliore.

Di qui il presente ricorso, con cui la ricorrente ha impugnato gli atti indicati in epigrafe deducendo i seguenti motivi di illegittimità:

1. Illegittimità del Bando e del Disciplinare nella parte in cui ha previsto, per ogni singola voce dell'offerta, solo punteggi massimi e non anche minimi, né una graduazione intermedia degli stessi, in tal modo lasciando alla Commissione ampi poteri discrezionali di valutazione e rendendo impossibile la ricostruzione dell'iter logico dalla stessa seguito;

2.a. Difetto dei requisiti minimi di partecipazione in capo all'aggiudicataria e conseguente violazione dell'art. 42 del d.lgs. 163/2006; in particolare, dei quattro tecnici specializzati per lo svolgimento del servizio di manutenzione non sarebbero stati allegati i curricula vitae atti a dimostrare il possesso delle qualificazioni di cui al punto 5.2 del Capitolato;

2.b. L'offerta tecnica non sarebbe stata conforme rispetto alle previsioni del Bando e del Disciplinare di gara (i kits offerti per ricambi per centrali gas compressi sarebbero infatti 19 e non 21, quante sono invece le centrali nei vari presidi dell'ASL di Taranto, e ciò sarebbe dovuto alla mancata indicazione, nell'offerta tecnica, di un quadro ad inversione automatica di ossigeno e di aria medicaie rispettivamente nei presidi ospedalieri di Mottola e di Castellaneta). Conseguentemente, palese sarebbe la violazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 5.4 del Capitolato, che sanziona con l'esclusione l'offerta non in possesso dei requisiti minimi richiesti.

Inoltre, quanto ai ricambi per centrali aria, i kits offerti sono sei e non sette, quante invece sono complessivamente le centrali nei Presidi dell'ASL di Taranto; ciò è dovuto all'omessa indicazione, nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, di una Centrale di Aria Medicaie nel P.O. S.G. Moscati.

Sempre con riguardo a tale aspetto, la ricorrente lamenta la generica descrizione delle attrezzature hardware offerte dall'aggiudicataria contrariamente a quanto richiesto ai punti 6.1 e 7.8 del Capitolato.

2.c. Anomalia dell'offerta economica perché eccessivamente bassa rispetto ai prezzi di mercato per il servizio da espletare; in particolare, si evidenziano una discrepanza tra talune voci di prezzo indicate dall'aggiudicataria nei giustificativi ed il listino prezzi SAP preso come riferimento, errori di calcolo ed anomalie nel determinare le spese generali e l'utile di impresa.

3. Violazione dell'art. 118, comma 1, d.lgs. n. 163/2006 (richiamato al punto 19 del Capitolato tecnico e d'oneri), incertezza dell'offerta quanto alla percentuale di subappalto indicata ed omissione del nominativo della ditta subappaltatrice;

4. Violazione del principio di concentrazione delle operazioni di gara;

La ricorrente chiede, altresì, la condanna dell'Amministrazione Sanitaria al risarcimento del

danno in forma specifica, ovvero, in via del tutto subordinata, per equivalente.

Con atto depositato in data 30 agosto 2012, seguito da memorie difensive, si è costituita in giudizio l'Amministrazione intimata per resistere al ricorso.

Con ordinanza cautelare n. 581/2012 (successivamente corretta per errore materiale con provvedimento n. 1632/2012), pronunciata nella camera di consiglio del 20 settembre 2012, è stata accolta l'istanza di sospensione avanzata da parte ricorrente.

Solo in data 2.10.2012, nonostante la rituale notifica del ricorso, si è costituita in giudizio la controinteressata Air Liquide Società Service s.p.a., per resistere in giudizio.

In prossimità dell'udienza pubblica del 19.12.2012 sono state depositate memorie difensive.

Alla medesima udienza pubblica la causa, sulle conclusioni delle parti, è stata trattenuta per la decisione.

II. Il Collegio, ritenendo di dover mutare l'orientamento assunto in sede cautelare, anche tenuto conto delle eccezioni sollevate dalla controinteressata, costituitasi successivamente all'udienza camerale, reputa che il ricorso sia infondato e da respingere per le ragioni di seguito illustrate.

II.1. Va innanzitutto disattesa la censura della ricorrente mossa avverso l'art. 6 del Disciplinare di gara sul rilievo che in esso non sarebbero stati previsti punteggi minimi in relazione ai parametri di valutazione delle offerte tecniche, né una griglia di sub-criteri di valutazione, con conseguente violazione dell'art. 83, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006, per l'impossibilità di ricostruire a posteriori l'iter logico seguito dalla Commissione nell'attribuzione dei punteggi.

Va, infatti, escluso che la disposizione della lex specialis che non fissi un punteggio minimo di valutazione delle offerte tecniche debba ritenersi illegittima, sia perché la logica conseguenza di tale mancanza si risolve nella possibilità, per la Commissione, di attribuire un punteggio che va dallo zero al massimo previsto, sia perché, ove il punteggio minimo significhi l'introduzione di una soglia di sbarramento per l'ammissione delle offerte stesse, la sua omessa previsione è espressione di una scelta discrezionale dell'Amministrazione, non sindacabile in sede giurisdizionale.

Né può, nella fattispecie, ritenersi violato l'art. 83, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006; tale norma, che mira a tutelare l'esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice ed a consentire la ricostruzione dell'iter logico-argomentativo dalla stessa seguito, garantendo in tale modo l'imparzialità delle valutazioni e quindi la par condicio tra i concorrenti, stabilisce che "il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub - punteggi".

Posto che la scelta di introdurre dette sottovoci valutative rappresenta una eventualità ed è rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione, nel caso in esame il Disciplinare, all'art. 6, ha fissato in 60 punti il punteggio massimo complessivo attribuibile

all'offerta tecnica, di cui massimo 40 punti per i servizi di manutenzione (specifica A) e massimo 20 punti per i servizi particolari (specifica B). La norma ha poi ulteriormente distinto, attraverso l'indicazione di sub-voci valutative all'interno di ciascuna delle due specifiche A) e B), i sub-punteggi da attribuire alle singole sub-voci.

Ad avviso del Collegio, pertanto, l'Amministrazione ha fatto corretta applicazione dell'art. 83, comma 4, sopra citato, atteso che il potere discrezionale della Commissione è stato limitato alla possibilità di graduare il punteggio da zero al massimo consentito per ciascuna delle sottovoci valutative.

Neppure può dirsi che non è ricostruibile, a posteriori, l'iter logico-argomentativo della Commissione nella graduazione dei punteggi; in allegato al verbale n. 4 del 15.2.2012, infatti, vi è la relazione tecnica redatta dalla stessa Commissione che dà conto, in maniera puntuale, delle motivazioni che hanno determinato l'attribuzione di ciascun punteggio per ognuna delle sottovoci valutative.

Il.2.a. La ricorrente si duole, altresì, della violazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006, poiché, a suo dire, la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per il mancato possesso dei requisiti minimi di partecipazione. Sostiene, infatti, la Item Oxygen s.r.l. che l'aggiudicataria, in sede di offerta tecnica, ha proposto l'utilizzo di n. 13 risorse umane da destinare al servizio di manutenzione, senza tuttavia allegare il curriculum vitae di quattro dei tecnici che avrebbero espletato detto servizio, in violazione di quanto stabilito, a pena di esclusione, ai paragrafi 5.2, 5.4 e 7.7 del Capitolato.

Tali disposizioni, secondo la ricorrente, si giustificerebbero proprio in considerazione della tipologia del servizio oggetto dell'appalto, in relazione al quale è di fondamentale importanza l'accertamento, in capo al personale addetto alla manutenzione, di una adeguata professionalità e specializzazione, possibile solo attraverso l'allegazione di un dettagliato curriculum vitae.

Le censure in esame, che ad una prima delibazione nella fase cautelare del giudizio erano apparse fondate, devono, invece, essere disattese.

L'art. 5.2 del Capitolato prevede che "tutto il personale addetto ai servizi di manutenzione...deve essere qualificato ai sensi della norma UNI 11100 e secondo la norma UNI EN 7396" e che, al fine di dimostrare tale requisito, "la ditta offerente, in sede di offerta tecnica, dovrà produrre dettagliato curriculum dei tecnici che effettivamente saranno addetti ai servizi in parola". La necessità di allegare il curriculum vitae delle risorse umane da destinare ai servizi di manutenzione è stata ribadita al successivo art. 7.7.

All'art. 5.4 si è precisato che per ditta esclusa dovesse intendersi quella ditta che non fosse risultata in possesso dei requisiti minimi richiesti o che non avesse rispettato le modalità di partecipazione o che avesse prodotto documentazione incompleta o non conforme tale da comportare l'esclusione dalla gara.

Ciò premesso, si osserva che l'aggiudicataria, in sede di offerta tecnica, ha fornito i nominativi

di ciascun tecnico interno precisandone i ruoli e le responsabilità ed allegando il relativo curriculum vitae (punto 1.12 dell'offerta).

Il Capitolato non ha richiesto ulteriori oneri di allegazione ed i curricula dovevano essere dettagliati al fine di dimostrare il possesso delle prescritte qualificazioni.

Sul punto è intervenuta una nota di chiarimenti da parte della stazione appaltante che, sul quesito di cosa dovesse intendersi per personale qualificato ai sensi della UNI 11100, dato che nella norma, così come nella UNI EN ISO 7396-1 non si fa riferimento a "personale qualificato" ma solo a "persona autorizzata" e "persona competente", ha risposto richiamando il paragrafo 2.1 dell'appendice H della norma UNI EN 737-3 e precisando che "solo personale qualificato, avente familiarità con il funzionamento delle apparecchiature e delle relative tecniche di installazione, di prova e di convalida della rete di distribuzione di gas medicali dovrebbe essere incaricato di sorvegliare gli impianti e di effettuare operazioni di manutenzione".

Alla luce di tale chiarimento nessun onere ulteriore di allegazione o di specificazione veniva richiesto alle ditte offerenti, se non quello di dimostrare, attraverso la produzione di un dettagliato curriculum, che il personale addetto ai servizi di manutenzione avesse familiarità con il funzionamento e le tecniche di installazione delle apparecchiature per la distribuzione di gas medicali.

Né rispetto ad un tale chiarimento può ritenersi che il grado di dettaglio dei curricula presentati possa essere addotto a motivo di una eventuale esclusione, atteso che le indicazioni in essi contenute sono già sufficienti a considerare assolto l'onere di allegazione di cui agli artt. 5.2.e.7.7 del capitolato, mentre la stazione appaltante avrebbe potuto richiedere dei chiarimenti o una integrazione documentale ove lo avesse ritenuto necessario.

Quanto ai quattro tecnici esterni, l'omessa indicazione dei relativi nominativi e l'omessa allegazione dei curricula si giustifica per il fatto che, in sede di offerta tecnica, al paragrafo 1.16, l'aggiudicataria ha esternato la volontà di subappaltare parte del servizio di manutenzione e di installazione degli impianti nella misura del 20% e le opere elettriche ed edili accessorie nella misura del 2% (la percentuale indicata, è inferiore al 30% e quindi conforme alle prescrizioni dell'art. 118, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, nonché dell'art. 19.3 del Capitolato).

Anche sulla possibilità di affidare in subappalto parte delle opere è intervenuto un chiarimento della stazione appaltante, che, sul quesito relativo al punto 19.3 del Capitolato tecnico, ha precisato che nell'offerta tecnica sarebbe stato sufficiente dichiarare la volontà, la percentuale e le specifiche prestazioni che si intendevano subappaltare e non anche il nominativo della ditta subappaltatrice.

In ragione di ciò, sarebbe stato contrario al principio dell'affidamento, ma anche a quello di tassatività delle cause di esclusione, un provvedimento espulsivo adottato nei confronti della società Air Liquide da parte dell'Amministrazione.

In proposito occorre evidenziare che la giurisprudenza citata dalla ricorrente (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900), nel recepire un orientamento giurisprudenziale formatosi in passato, esclude che possa essere sanzionata con l'esclusione la mera indicazione della volontà di concludere un subappalto quando "il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione".

Nel caso in esame l'aggiudicataria ha gli strumenti per eseguire in proprio l'appalto in oggetto ed il ricorso al subappalto non costituisce la via necessitata per partecipare alla gara, tanto che esso è stato rappresentato come mera eventualità dalla concorrente in sede di offerta tecnica.

In quest'ultima (punto 1.1) la stessa ha dichiarato che, oltre alla presenza fissa del proprio personale, avrebbe messo a disposizione n. 4 tecnici esterni per la gestione delle operazioni relative al sistema informativo descritto al capitolo 5 dell'offerta medesima.

Al punto 1.10 dell'offerta tecnica Air Liquide ha, altresì, indicato le modalità di organizzazione delle chiamate in reperibilità, precisando che i primi ad intervenire sarebbero stati, a cascata, gli operatori del Global Service Gas medicali, successivamente i reperibili di zona ed il referente di commessa (tutti tecnici interni) e, solo in terza battuta ed in caso di necessità, sarebbe stata attivata la squadra di tecnici esterni.

Né può costituire motivo di esclusione la generica, incompleta o erronea dichiarazione del concorrente di avvalersi del subappalto tutte le volte in cui il medesimo abbia la qualificazione per eseguire in proprio la prestazione, ma piuttosto essa può determinare (e solo in fase esecutiva) l'impossibilità di ottenere l'autorizzazione al subappalto medesimo (C.g.a. 16 febbraio 2011, n. 137; Cons. Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577).

Ne consegue, che anche la lamentata difformità tra quanto dichiarato nella documentazione amministrativa e quanto dichiarato nell'offerta tecnica in merito alla percentuale massima da subappaltare non può comportare l'esclusione della ricorrente, sia perché entrambe le percentuali massime indicate (20% e 26%) rimangono al di sotto della soglia del 30% consentita dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006, sia perché l'erronea dichiarazione può, tutt'al più, determinare l'impossibilità di ottenere l'autorizzazione al subappalto nella fase esecutiva del contratto.

Le considerazioni che precedono valgono a ritenere infondate anche le censure contenute nei punti B.1 e B.2 del ricorso (sintetizzate al punto 3 dell'esposizione in fatto).

II.2.b. A dire della ricorrente l'offerta tecnica dell'aggiudicataria non sarebbe perfettamente aderente alle previsioni della lex specialis, con conseguente violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 sotto altro profilo; come emerge dai giustificativi presentati dall'Air

Liquide, i kits offerti per ricambi per centrali gas compressi sarebbero 19 invece di 21 (quante sono invece le centrali gas compressi nei presidi ospedalieri dell'Asl di Taranto), mentre i kits offerti per ricambi per centrale aria sarebbero 6 e non 7 (quante invece sono le centrali aria nei presidi ospedalieri dell'Asl di Taranto).

La censura non può essere condivisa.

L'art. 46 sopra citato introduce il principio di tassatività e tipicità delle cause di esclusione, stabilendo, tra l'altro, che "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonchè nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali".

In particolare, con riferimento all'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, la citata disposizione va letta nel senso che può essere sanzionata con l'esclusione dalla gara l'offerta che presenti un margine di incertezza significativo, sia per il contenuto intrinseco della stessa, sia in relazione all'oggetto dell'appalto; analogamente, sono da ritenere essenziali quegli elementi dell'offerta atti ad incidere in maniera significativa sul contenuto della stessa, tanto che la loro mancanza renda l'offerta non soddisfacente rispetto alle richieste della stazione appaltante.

Nel caso in esame deve escludersi che l'offerta presentata dall'aggiudicataria possa ritenersi assolutamente incerta o mancante di elementi ritenuti essenziali per l'omessa indicazione di due kits per ricambi per centrali gas compressi e di un kit per ricambi per centrale aria, e ciò sia perché il contenuto di detta offerta è nel complesso rispondente alle richieste della stazione appaltante in relazione all'oggetto dell'appalto, sia in considerazione del costo esiguo di ciascun kit, tale da non impedire all'aggiudicataria di erogare ugualmente la prestazione senza scostamenti significativi rispetto al valore economico globale dell'offerta medesima.

Né la violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici può essere ravvisata per la parte dell'offerta relativa alla descrizione del sistema hardware utilizzato, che la ricorrente ritiene essere stata generica e non rispondente alle puntuali prescrizioni imposte ai paragrafi 6.1 e 7.8 del capitolato.

I rilievi della ricorrente, infatti, oltre a risultare alquanto generici sul punto, non possono essere condivisi, atteso che Air Liquide ha dedicato al sistema informatico l'intero capitolo 5 e ben 24 pagine dell'offerta tecnica (da pag. 47 a pag. 71), con una dettagliata descrizione del medesimo e del suo funzionamento. Ancora una volta, quindi, non sussistono i presupposti per l'applicazione della sopra citata disposizione.

Il.2.c. Parimenti infondate sono le censure volte a sostenere l'anomalia dell'offerta di Air Liquide perché i prezzi indicati per talune voci risulterebbero eccessivamente bassi rispetto a quelli di mercato.

Sul punto si osserva che la stazione appaltante, avendo riscontrato, nell'offerta dell'aggiudicataria, il superamento della soglia dei quattro quinti sia del punteggio tecnico

massimo attribuibile sia del punteggio economico, ha avviato, nel corso della gara, il sub-procedimento volto alla verifica dell'anomalia, chiedendo ad Air Liquide di fornire dei giustificativi.

Esaminati detti giustificativi l'Amministrazione ha ritenuto la congruità dell'offerta ed ha ammesso in gara l'odierna controinteressata.

Ciò premesso, si osserva che per giurisprudenza pacifica, le valutazioni compiute dall'Amministrazione in sede di verifica dell'anomalia delle offerte sono espressione di un potere tecnico-discrezionale, sindacabile in sede giurisdizionale nella misura in cui le relative motivazioni siano manifestamente illogiche, irrazionali o fondate su errori di fatto (Cons. Stato, sez. V, 16 agosto 2011, n. 4785; 25 luglio 2011, n. 4450; 15 luglio 2011, n. 4322).

Il giudice, quindi, è chiamato ad accertare la completezza dell'istruttoria e l'attendibilità delle valutazioni tecniche operate dall'Amministrazione, ma non può sostituirsi ad essa nel formulare un proprio giudizio tecnico, dovendosi, altresì, ritenere che la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente istruita e motivata per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, qualora queste ultime non siano manifestamente illogiche (Cons. Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2552 che annulla TAR Lombardia - Brescia, sez. II, n. 1515/2011; Cons. Stato, sez. V, 18 aprile 2012, n. 1513, che conferma TAR Friuli Venezia Giulia n. 26/2012).

Nel caso in esame, l'istruttoria compiuta dalla stazione appaltante risulta completa e scrupolosa, rinvenendosi, agli atti, ben due richieste successive di giustificazioni e documenti (la prima con nota prot. 1108/PATR. del 28 febbraio 2012, anticipata a mezzo fax, l'altra con nota prot. 2685 del 3 maggio 2012), entrambe puntualmente riscontrate dalla controinteressata.

Quest'ultima ha giustificato gli sconti particolari che è riuscita a praticare su taluni prodotti in ragione del fatto che di essi è anche la produttrice principale, mentre altri le vengono forniti dalla società Flow Meter s.p.a. con la quale ha sottoscritto un contratto di esclusiva (cfr. dichiarazione della Flow Meter del 16.6.2010 e listino prezzi dei materiali da essa prodotti depositato alla Camera di Commercio di Milano); ha, altresì, giustificato i prezzi per la manodopera facendo riferimento alle tabelle stabilite dall'Associazione Industriali di Bari, dato l'impiego di personale presente in tale ambito territoriale, ed i prezzi per il trasporto in considerazione dell'utilizzo di mezzi prevalentemente propri già ammortizzati o in avanzato stato di ammortamento.

Taluni costi, poi, sarebbero ridotti in ragione degli sconti particolari di cui l'Azienda, leader nel settore ed operativa da molti anni su tutto il territorio nazionale, beneficia presso i fornitori abituali.

Dai giustificativi e dai documenti prodotti dalla Air Liquide, pertanto, la Stazione appaltante ha tratto gli elementi ritenuti utili e necessari per poter escludere l'anomalia dell'offerta e tale valutazione non si rivela né illogica né irrazionale.

Il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala, infatti, ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme; essa non consiste nel ricercare ogni singola inesattezza dell'offerta economica, ma è finalizzata ad accertare se l'offerta sia complessivamente attendibile, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento (Cons. Stato, sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206, che conferma TAR Friuli Venezia Giulia, n. 18/2012; Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2506, che conferma TAR Campania Napoli, n. 505/2011).

In particolare, per quanto concerne le spese generali e l'utile di impresa, la giurisprudenza ha più volte ribadito che le relative percentuali "non sono incomprimibili", con la conseguenza che aliquote inferiori ben possono essere ammissibili, dal momento che trattasi di elementi la cui incidenza è variabile da impresa ad impresa (T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 9 dicembre 2010, n. 2676; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 3 febbraio 2010, n. 233).

Peraltro, anche una bassa percentuale di utile può rendere affidabile un'offerta valutata nel suo complesso, purché esso non sia del tutto inesistente e purché la stessa, in sede di valutazione, risulti comunque seria (TAR Piemonte Torino, sez. I, 26 febbraio 2011, n. 222 e TAR Puglia Bari, sez. I, 24 marzo 2011, n. 475).

Nel caso in esame, quindi, oltre alla già ribadita completezza dell'istruttoria e della motivazione, avvenuta per relationem alle giustificazioni prodotte, può dirsi che non è emersa alcuna voce non esaminata ovvero non giustificata da cui trarre la convinzione del non superamento del sospetto di anomalia, quantomeno sotto il profilo sintomatico dell'eccesso di potere, sussistendo comunque la dimostrazione di un utile in capo all'impresa.

Le censure in esame, pertanto, vanno disattese.

III. Va da ultimo esaminato il motivo di ricorso con cui la ricorrente lamenta la violazione del principio di concentrazione delle operazioni di gara.

Si richiama in proposito l'orientamento del Consiglio di Stato in base al quale, in linea generale, e al fine di assicurare imparzialità, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa, le sedute di una commissione di gara devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità, nel senso che le operazioni di esame delle offerte tecniche devono essere concluse possibilmente in una sola seduta, senza soluzione di continuità, proprio al fine di prevenire influenze esterne ed assicurare l'indipendenza del giudizio; ed anche se tale principio può conoscere delle eccezioni, per la complessità delle operazioni di gara o per il numero delle offerte presentate, resta tuttavia fermo che l'intervallo tra una seduta e l'altra deve essere minimo e che devono essere fornite adeguate garanzie di conservazione dei plichi (Cons. Stato, sez. III, 31 dicembre 2012, n. 6714).

Ebbene, dall'esame dei verbali della gara in questione si evince che nella seduta del 15 luglio 2011 (verbale n. 2) si è proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche, al termine della quale tutta la documentazione tecnica, dopo essere stata debitamente siglata in ogni pagina dai componenti della Commissione e dai testi, è stata chiusa in apposito armadio della stanza n. 1 dell'Area Gestione del Patrimonio provvisto di adeguato sistema di serratura,

le cui chiavi sono state affidate al dott. Franco Quero.

Successivamente, nelle date del 26.7.2011, 22.11.2011, 28.12.2011 e 15.2.2011, la Commissione ha proceduto alla valutazione della documentazione tecnica presentata dalle quattro ditte partecipanti, dando atto, ad ogni chiusura delle operazioni, delle modalità di custodia e conservazione dei plichi.

Le buste contenenti le offerte economiche sono state quindi aperte nella seduta del 20 febbraio 2012, al termine della valutazione delle offerte tecniche.

Avendo sospettato di anomalia l'offerta della controinteressata, la Commissione ha poi avviato il relativo sub-procedimento di verifica, che si è concluso positivamente con l'aggiudicazione in favore della stessa, giusta determinazione dirigenziale n. 352 del 4 luglio 2012.

E' evidente, quindi, che il tempo trascorso tra le sedute di gara del 15 luglio 2011 (apertura delle buste contenenti le offerte tecniche) e del 20 febbraio 2012 (apertura delle buste contenenti le offerte economiche), nonché tra quest'ultima seduta e l'aggiudicazione, si giustifica sia in relazione alla complessità dell'istruttoria e della documentazione tecnica esaminata, sia per il procedimento di verifica dell'anomalia.

Peraltro la Commissione, a chiusura di ogni seduta, ha dato puntualmente conto delle modalità di custodia della documentazione tecnica, cosicché, anche sotto tale profilo, il principio di concentrazione invocato dalla ricorrente non può dirsi violato.

IV. Per tutte le considerazioni che precedono, il ricorso è infondato e va respinto.

V. Tuttavia, tenuto conto della complessità della questione trattata e delle peculiarità fattuali della vicenda, le spese del giudizio vanno compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Costantini, Presidente

Enrico d'Arpe, Consigliere

Simona De Mattia, Referendario, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con la pronuncia in esame i giudici salentini si soffermano nell'indagare il diverso atteggiarsi della discrezionalità amministrativa nelle varie fasi di cui si compongono le procedure di aggiudicazione di pubbliche gare. Più nello specifico, le fasi qui interessate riguardano quella della scelta dei criteri di assegnazione dei punteggi e quella di verifica di congruità di un'offerta anomala.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

L'interessante pronuncia dei giudici leccesi riguarda l'impugnazione degli atti di una procedura aperta e, per la parte che qui interessa, il Bando e del Disciplinare di Gara, con specifico riguardo alle previsioni relative all'attribuzione dei punteggi per l'offerta tecnica, nella parte e nella misura in cui **prevedevano solo i punteggi massimi lasciando alla Commissione giudicatrice una più che ampia discrezionalità, che a dire dei ricorrenti, rendeva difficile ricostruire, a posteriori, degli elementi e dei parametri valutativi assunti per l'attribuzione dei singoli punteggi.**

Il Tar Lecce, nel rigettare il ricorso, ribadisce che la Stazione appaltante, **nella scelta dei criteri di assegnazione dei punteggi** relativi al progetto tecnico proposto dal concorrente (art. 83, comma 4 d.lgs. n. 163/2006), spende una **discrezionalità pura**; mentre **nella verifica dell'anomalia dell'offerta** (artt. 86 e 87 d.lgs. n. 163/2006), esercita una **discrezionalità tecnica**.

Pertanto, in entrambi i casi la stessa svolge valutazioni che afferiscono al merito dell'attività amministrativa ed alle scelte dell'amministrazione, e in quanto tali non sono sindacabili dal GA, se non sotto il profilo formale della corretta applicazione della legge e dell'osservanza di principi di trasparenza, non discriminazione, proporzionalità, ragionevolezza e logicità.

Più nello specifico, la sentenza in esame si appunta sulla verifica delle scelte e delle valutazioni espresse dalla Stazione appaltante in una procedura aperta da aggiudicarsi con il **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**. Quest'ultimo criterio, rispetto a quello del prezzo più basso, presenta elementi di complessità di non poco momento. La

Stazione appaltante è tenuta, infatti, alla scelta della offerta migliore facendo applicazione non di criteri meramente quantitativi, ma anche qualitativi, afferenti al pregio tecnico dell'offerta proposta.

Tra i motivi di ricorso presi in considerazione dal giudici pugliesi si ha premura di segnare – come già anticipato – quelli riguardanti: **(i)** illegittimità del bando e del disciplinare di gara per violazione dell'art. 83, comma 4 d.lgs. n. 163/2006 in tema di indicazione dei criteri e sub-criteri di attribuzione dei punteggi per ogni singola voce di offerta; **(ii)** l'anomalia dell'offerta economica perché eccessivamente bassa rispetto ai prezzi di mercato.

Quanto al primo profilo, l'art. 83, comma 4 del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che *“il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub - criteri e i sub - pesi o i sub – punteggi”*. La *ratio* di tale disposizione risiede nella esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice e di consentire la ricostruzione dell'*iter* logico-argomentativo dalla stessa seguito, garantendo in tal modo l'imparzialità delle valutazioni e, dunque, la *par condicio* tra i concorrenti. La scelta di introdurre sottovoci valutative, tuttavia, rappresenta una eventualità ed è rimessa all'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione. Difatti, il Collegio decidente conclude nel senso che *“va escluso che la disposizione della lex specialis che non fissi un punteggio minimo di valutazione delle offerte tecniche debba ritenersi illegittima, sia perché la logica conseguenza di tale mancanza si risolve nella possibilità, per la Commissione, di attribuire un punteggio che va dallo zero al massimo previsto, sia perché, ove il punteggio minimo significhi l'introduzione di una soglia di sbarramento per l'ammissione delle offerte stesse, la sua omessa previsione è espressione di una scelta discrezionale dell'Amministrazione, non sindacabile in sede giurisdizionale.”*

Quanto al secondo profilo, il giudizio di verifica della congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme; esso non consiste nella ricerca di ogni singola inesattezza dell'offerta economica, ma è finalizzato ad accertare se l'offerta sia complessivamente attendibile, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento (cfr. Cons. St., Sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206, che conferma Tar Friuli Venezia Giulia, n. 18/2012; Cons. St., Sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2506, che conferma Tar Campania, Napoli, n. 505/2011).

Tale giudizio è espressione di un potere tecnico-discrezionale, sindacabile in sede giurisdizionale nella misura in cui le relative motivazioni siano manifestamente illogiche, irrazionali o fondate su errori di fatto (così Cons. St., Sez. V, 16 agosto 2011, n. 4785; 25 luglio 2011, n. 4450; 15 luglio 2011, n. 4322).

Il giudice, quindi, è chiamato ad accertare la completezza dell'istruttoria e l'attendibilità delle valutazioni tecniche operate dall'Amministrazione, ma non può sostituirsi ad essa nel formulare un proprio giudizio tecnico, dovendosi, altresì, ritenere che la positiva valutazione di congruità della presunta offerta anomala è sufficientemente istruita e motivata *per relationem* con il rinvio alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, qualora queste ultime non siano manifestamente illogiche (così, Cons. St., Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2552 che annulla Tar Lombardia, Brescia, Sez. II, n. 1515/2011; Cons. St., Sez. V, 18 aprile 2012, n. 1513, che conferma Tar Friuli Venezia Giulia n. 26/2012).

Infine, si richiama l'attenzione sulla parte della pronuncia in cui il Collegio, con riguardo agli effetti prodotti dai chiarimenti pubblicati dalla Stazione appaltante, applica il principio di tutela dell'affidamento affermando che *“sarebbe stato contrario al principio dell'affidamento, ma anche a quello di tassatività delle cause di esclusione, un provvedimento espulsivo adottato nei confronti della società Air Liquide da parte dell'Amministrazione”*. Il principio di affidamento, infatti, impone al soggetto pubblico che voglia esercitare i suoi poteri nei confronti del soggetto privato, di tenere nel debito conto l'interesse alla conservazione di un vantaggio (bene/utilità) chiaro conseguito in buona fede dal privato grazie ad un previo puntuale atto della Amministrazione al quale sia seguito il decorso di un ragionevole lasso di tempo.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

La sentenza in commento è ricca di spunti di riflessione.

Il *potere amministrativo*, che si attua attraverso l'adozione di provvedimenti amministrativi, *non è innato* nella Pubblica Amministrazione. Esso è *subordinato al potere legislativo ed al principio di legalità*. Questo significa che l'Amministrazione non può esercitare il potere attribuitole dalla legge “indiscriminatamente”, ma nei limiti, formali e sostanziali, individuati dalla medesima norma attributiva del potere e, in ogni caso, ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico della cui cura l'Amministrazione sia assegnataria.

Secondo il tipo di rapporto esistente tra potere amministrativo e la legge si distingue tra potere vincolato e potere discrezionale, cui si aggiunge quale forma particolare di quest'ultimo, il potere discrezionale tecnico. In via di estrema sintesi, il *potere vincolato* si esercita in presenza di presupposti individuati in maniera così puntuale dalla norma attributiva del potere da non lasciar residuare in capo alla Amministrazione alcuna possibilità di scelta tra più soluzioni alternative, poiché la valutazione comparativa dei contrapposti interessi è già stata fatta a monte dalla norma. Ai fini del rilascio del provvedimento amministrativo, quindi, l'Amministrazione deve limitarsi ad accertare l'esistenza rispetto alla fattispecie concreta dei presupposti indicati dalla legge.

Per contro, il *potere discrezionale* implica in capo alla Amministrazione la valutazione dei contrapposti interessi pubblici e privati in gioco, e la facoltà di scelta fra più soluzioni possibili di quella che meglio soddisfa l'interesse pubblico perseguito, e, dunque, l'adozione dei concreti provvedimenti espressione della funzione pubblica esercitata. Tale facoltà di scelta tra più soluzioni possibili al perseguimento dell'interesse pubblico viene denominata *discrezionalità amministrativa pura*. La *discrezionalità tecnica* è, invece, espressione di un potere discrezionale tecnico, ricorre quando l'Amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui la norma giuridica attribuisce rilevanza diretta o indiretta.

Rispetto alla discrezionalità amministrativa cd. pura e alla discrezionalità tecnica si è da sempre posto un problema di individuazione dei limiti del sindacato giurisdizionale. Il GA, al di là delle ipotesi di giurisdizione estesa al merito, non può, infatti, travalicare i confini propri della

giurisdizione di legittimità. Il GA, in sostanza, non può sovrapporre il proprio giudizio a quello espresso dalla Amministrazione con conseguente violazione del principio di separazione dei poteri e della cd. riserva di amministrazione.

L'orientamento espresso dalla giurisprudenza consolidata, accolto anche dalla sentenza in commento, ritiene, pertanto, che in caso di provvedimenti espressione di discrezionalità amministrativa il sindacato del GA debba incentrarsi sulla verifica della corretta applicazione della legge e del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non manifesta illogicità. Laddove si tratta di provvedimenti espressione di discrezionalità tecnica, il GA, per il richiamo normativo alla applicazione di regole tecnico- scientifiche, accerterà il corretto esercizio del potere speso dalla Amministrazione sotto il profilo della istruttoria, dell'effettiva sussistenza dei presupposti del provvedere, nonché del rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non manifesta illogicità.

Per un approfondimento sulla questione del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica, sebbene nella diversa materia dei beni culturali, si segnala la pronuncia C.G.A. Sicilia, Sez. giurisd. 10 giugno 2011 n. 418 che apre una breccia nell'insindacabilità intrinseca delle valutazioni tecniche, che confluiscono al pari di quelle discrezionali tout court nel merito amministrativo. I Giudici siciliani affermano, infatti, che il sindacato giurisdizionale sulla cd. discrezionalità tecnica può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dalla Amministrazione, ma in base alla verifica diretta della attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico e procedimento applicativo.