

Pubblicato il 10/06/2020

N. 01043/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01379/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1379 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Consorzio per Lo Sviluppo della Medicina Occupazionale e Ambientale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Silvia Valle, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Acsm-Agam S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giorgio Lezzi, Sabrina Maria Maiello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e in Milano, corso di Porta Vittoria 9;

nei confronti

H San Raffaele Resnati S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Maria Colombo, Antonio Papi Rossi, Francesco Mazzocchi, Luigi Santa Maria, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e in Milano, via Visconti di Modrone, 12;

per l'annullamento

- dell'atto di aggiudicazione definitiva in favore di H San Raffaele Resnati S.r.l. della procedura per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria di tutte le società del gruppo ACSM AGAM per gli anni 2019-2020 (rinnovabile di altri 2 anni) adottato in data 20.05.2019, dagli estremi di protocollo e dal contenuto ignoti in quanto mai trasmesso al ricorrente;
- della comunicazione a mezzo pec in data 20.05.2019 dell'avvenuta aggiudicazione definitiva in favore di H San Raffaele Resnati S.r.l. della predetta procedura per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria di tutte le società del gruppo ACSM AGAM per gli anni 2019-2020 (rinnovabile di altri 2 anni);
- della proposta di aggiudicazione in favore di H San Raffaele Resnati S.r.l. della procedura per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria di tutte le società del gruppo ACSM AGAM per gli anni 2019-2020 (rinnovabile di altri 2 anni) adottata in data 22.03.2019;
- della comunicazione a mezzo pec in data 22.03.2019 dell'avvenuta proposta di aggiudicazione in favore di H San Raffaele Resnati S.r.l. della predetta procedura;

- del verbale di gara del 22.03.2019 con i relativi allegato 1 (verbale della seduta del 13.03.2019 della Commissione tecnica) ed allegato 2;
- del verbale di gara del 7.03.2019;
- del “Disciplinare di gara Procedura negoziata per l'appalto del servizio di sorveglianza sanitaria per le società del gruppo ACSM AGAM ai sensi del D.Lgs. 81/08 e s.m.i., art. 41- SETTORE SPECIALE CIG 7789817857” e del documento di cui al punto 3.2 dello stesso Disciplinare “Criteri di aggiudicazione:20181218_AcsmAgam S.p.A.- Criteri” recante “modalità di offerta e di aggiudicazione”, pubblicati sulla “Piattaforma di Gestione Albo Fornitori e Gare telematiche”;
- se e per quanto possa occorrere e comunque nei limiti dell'interesse, ove lesivo della situazione soggettiva del ricorrente, del documento “20190116_AcsmAgam – Specifica Sorv San” recante “specifico tecnica per l'esecuzione della sorveglianza sanitaria ai sensi del D.lgs. 81/08 e s.m.i., art. 41”;
- se e per quanto possa occorrere e comunque nei limiti dell'interesse, ove lesivi della situazione soggettiva del ricorrente, della lettera di invito prot. 000241/19 del 6.2.2019 a presentare offerta nella procedura indetta da ACSM-AGAM S.p.A. per il servizio di sorveglianza sanitaria - settori speciali - CIG 7789817857, nonché dell'avviso per manifestazione di interesse per l'individuazione di ditte per l'espletamento della procedura per l'affidamento dell'esecuzione del servizio di sorveglianza sanitaria di tutte le società del Gruppo ACSM AGAM per gli anni 2019-2022;
- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso ancorché eventualmente incognito;
- della comunicazione del 22.05.2019 con la quale Acsm-Agam S.p.A. ha trasmesso la documentazione richiesta dal Consorzio per lo Sviluppo della Medicina Occupazionale e Ambientale con istanza di accesso agli atti di gara oscurando pressoché integralmente il progetto tecnico di H San Raffaele Resnati S.r.l. ed i curricula dei medici,

e così per l'accertamento

del diritto della ricorrente ad avere pieno accesso alla suddetta documentazione di gara, con consequenziale ordine di esibizione integrale della suddetta documentazione e rilascio di copia;

nonché

- con domanda di scorrimento della graduatoria e aggiudicazione a favore del ricorrente e consequenziale subentro nel contratto che fosse nelle more stipulato, previa sua declaratoria di inefficacia;

nonché per la condanna

- al risarcimento anche per equivalente dei danni subiti e subendi dal ricorrente per effetto degli atti e provvedimenti impugnati, comprensivi di ogni voce di danno emergente e di lucro cessante, con interessi e rivalutazione sino all'effettivo soddisfo, da quantificarsi in corso di causa.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato dall’Ospedale San Raffaele Resnati s.r.l. il 30\7\2019:

per l'annullamento

della lettera d'invito prot. 241/19 del 6 febbraio 2019, dell'avviso per manifestazione di interesse del 26 ottobre 2018, del provvedimento di indizione e della determina a contrarre (non noti negli estremi e nei contenuti), dei medesimi provvedimenti impugnati dalla ricorrente principale, nonché di ogni ulteriore atto o provvedimento inerente alla scelta di invitare e/o non estromettere il consorzio COSMOA dalla procedura medesima, sino al provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati dal Consorzio Per Lo Sviluppo Della Medicina Occupazionale e Ambientale il 23\11\2019 :

per l'annullamento

- dell'atto di aggiudicazione definitiva in favore di H San Raffaele Resnati S.r.l. della procedura per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria di tutte le società del gruppo ACSM AGAM per gli anni 2019-2020 (rinnovabile di altri 2 anni) adottato in data 20.05.2019, mai trasmesso al ricorrente;
 - della comunicazione a mezzo pec in data 20.05.2019 dell'avvenuta aggiudicazione definitiva in favore di H San Raffaele Resnati S.r.l. della predetta procedura per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria di tutte le società del gruppo ACSM AGAM per gli anni 2019-2020 (rinnovabile di altri 2 anni);
 - della proposta di aggiudicazione in favore di H San Raffaele Resnati S.r.l. della procedura per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria di tutte le società del gruppo ACSM AGAM per gli anni 2019-2020 (rinnovabile di altri 2 anni) adottata in data 22.03.2019;
 - della comunicazione a mezzo pec in data 22.03.2019 dell'avvenuta proposta di aggiudicazione in favore di H San Raffaele Resnati S.r.l. della predetta procedura;
 - del verbale di gara del 22.03.2019 con i relativi allegato 1 (verbale della seduta del 13.03.2019 della Commissione tecnica) ed allegato 2;
 - del verbale di gara del 7.03.2019;
 - del "Disciplinare di gara Procedura negoziata per l'appalto del servizio di sorveglianza sanitaria per le società del gruppo ACSM AGAM ai sensi del D.Lgs. 81/08 e s.m.i., art. 41- SETTORE SPECIALE CIG 7789817857" e del documento di cui al punto 3.2 dello stesso Disciplinare "Criteri di aggiudicazione:20181218_AcsmAgam S.p.A.- Criteri" recante "modalità di offerta e di aggiudicazione", pubblicati sulla "Piattaforma di Gestione Albo Fornitori e Gare telematiche";
 - se e per quanto possa occorrere e comunque nei limiti dell'interesse, ove lesivo della situazione soggettiva del ricorrente, del documento "20190116_AcsmAgam – Specifica Sorv San" recante "specifico tecnica per l'esecuzione della sorveglianza sanitaria ai sensi del D.lgs. 81/08 e s.m.i., art. 41";
 - se e per quanto possa occorrere e comunque nei limiti dell'interesse, ove lesivi della situazione soggettiva del ricorrente, della lettera di invito prot. 000241/19 del 6.2.2019 a presentare offerta nella procedura indetta da ACSM-AGAM S.p.A. per il servizio di sorveglianza sanitaria - settori speciali - CIG 7789817857, nonché dell'avviso per manifestazione di interesse per l'individuazione di ditte per l'espletamento della procedura per l'affidamento dell'esecuzione del servizio di sorveglianza sanitaria di tutte le società del Gruppo ACSM AGAM per gli anni 2019-2022;
 - nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso ancorché eventualmente incognito;
- nonché
- con domanda di scorrimento della graduatoria e aggiudicazione a favore del ricorrente e consequenziale subentro nel contratto che fosse nelle more stipulato, previa sua declaratoria di inefficacia;
- nonché per la condanna
- al risarcimento anche per equivalente dei danni subiti e subendi dal ricorrente per effetto degli atti e provvedimenti impugnati, comprensivi di ogni voce di danno emergente e di lucro cessante, con interessi e rivalutazione sino all'effettivo soddisfo, da quantificarsi in corso di causa.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle società Acsm-Agam S.p.A. e H San Raffaele Resnati S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 84 comma 5 del DL 18/2020 convertito dalla legge 27/2020;

Relatore nell'udienza tenutasi ai sensi della predetta norma il giorno 6 maggio 2020 il dott. Alberto Di Mario;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La ricorrente (d'ora in poi anche COSMOA), collocatasi seconda nella graduatoria della gara per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria di tutte le società del gruppo ACSM AGAM per gli anni 2019-2020, svolta mediante procedura negoziata su piattaforma elettronica e con applicazione del metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato l'aggiudicazione definitiva in favore dell'Ospedale San Raffaele Resnati S.r.l. e gli atti presupposti, sollevando i seguenti motivi di ricorso.

Quanto all'illegittimità degli atti di gara e dell'aggiudicazione:

I. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 95 del d. lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione delle Linee Guida ANAC n. 2 recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa", approvate con Delibera n. 1005 del 21.09.2016 ed aggiornate con Delibera del consiglio n. 424 del 2.2.2018. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990, eccesso di potere per difetto di motivazione e carenza di istruttoria.

La ricorrente denuncia con il primo motivo che il Disciplinare di gara avrebbe attribuito alla Commissione tecnica di gara un potere del tutto arbitrario nell'attribuzione dei punteggi relativi all'offerta tecnica, in quanto i parametri e criteri di valutazione da esso previsti sarebbero del tutto generici, disancorati da descrittori idonei a definirne i livelli quantitativi attesi correlabili ad un punteggio determinato e connotati da una forcella manifestamente eccessiva ed irrazionale. A ciò si aggiungerebbe che tale genericità non sarebbe stata minimamente temperata da un'idonea motivazione da parte della Commissione che possa contribuire a rendere percepibile la ragione vera della preferenza di un'offerta tecnica rispetto all'altra.

In particolare i criteri previsti dalla lex specialis di gara per la voce "A.1 Valutazione del servizio (relazione tecnico descrittiva)" sarebbero del tutto astratti ed i relativi descrittori del tutto generici ed apodittici e totalmente disancorati da specifici profili di valutazione.

A sua volta la Commissione tecnica non avrebbe fatto altro che chiosare la già laconica e ben poco significativa formula adottata dal disciplinare senza specificare il percorso logico che avrebbe seguito nella valutazione delle offerte con riguardo agli specifici criteri e/o sub criteri sicché non potrebbe dirsi in alcun modo assicurato il soddisfacimento dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento, funzionali alla realizzazione di una concorrenza effettiva.

II. Violazione e/o falsa applicazione sotto altro e concorrente profilo dell'art. 95 del d. lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione delle Linee Guida ANAC n. 2 recanti "Offerta economicamente più

vantaggiosa”, approvate con Delibera n. 1005 del 21.09.2016 ed aggiornate con Delibera del consiglio n. 424 del 2.2.2018. Eccesso di potere per irrazionalità manifesta.

Con il secondo motivo la ricorrente denuncia che per la voce A1 lo scarto tra il punteggio minimo (0), quello medio (10) e quello massimo (30), sarebbe inadeguato in quanto manifestamente eccessivo ed evidentemente determinante ai fini dell’aggiudicazione della gara.

Infatti uno scarto di 20 punti tra “adeguato” ed “ottimo” – senza alcuna possibilità di valutazioni intermedie – per la sola voce A1 di fatto porterebbe in concreto a far assurgere tale voce – rimessa, come detto, al sostanziale arbitrio della Commissione - a vero e solo elemento decisivo per la vittoria della gara.

Quanto alla limitazione/esclusione dell’accesso ai documenti di gara:

III. Istanza ex art. 25 l. n. 241/1990 ed ex art. 116, comma 2 c.p.a. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 53 del d. lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii. e degli artt. 22 e ss. della l. n. 241/1990.

La ricorrente denuncia che la Stazione Appaltante, in data 22 maggio 2019 ha evaso la richiesta d’accesso della ricorrente inviando però l’offerta tecnica dell’aggiudicataria pressoché integralmente oscurata e senza giustificare le ragioni di detta amputazione. Chiede quindi l’accesso completo all’offerta dell’aggiudicataria.

La ricorrente ha poi completato la domanda di annullamento degli atti con la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e con la domanda di aggiudicazione in favore della ricorrente anche con istanza di subentro.

2. Con ordinanza collegiale n. 2048 del 30/09/2019 questa Sezione ha accolto l’istanza di accesso ordinando l’esibizione integrale dei documenti richiesti – eccezion fatta per i nominativi dei maggiori clienti dell’aggiudicataria - entro trenta giorni dalla notificazione dell’ordinanza.

3. In data 08/07/19 si è costituita la stazione appaltante eccependo l’inammissibilità e contraddittorietà del petitum ed il mancato superamento della prova di resistenza. Secondo la stazione appaltante vi sarebbe contraddizione tra i vizi sollevati – che potrebbero avere effetti solo caducatori della gara – e il dichiarato interesse pretensivo al subentro nell’aggiudicazione. Inoltre la ricorrente non avrebbe superato la prova di resistenza, non avendo censurato la valutazione della sua offerta e i motivi per i quali essa avrebbe dovuto ricevere un punteggio superiore. In subordine ha chiesto la reiezione del ricorso.

4. Con ricorso incidentale depositato in data 30/07/19 l’Ospedale San Raffaele Resnati s.r.l. ha impugnato gli atti di gara nelle parti in cui hanno illegittimamente disposto e/o contemplato l’invito alla partecipazione di COSMOA e comunque consentito la relativa partecipazione per i seguenti motivi: Violazione art. 36 D.Lgs. 50/2016. Violazione principio di rotazione. Violazione Linee Guida 4 ANAC. Sviamento. Travisamento. Difetto di motivazione. Difetto di istruttoria. Illogicità. Violazione par condicio. Violazione principio di imparzialità. Violazione del principio di massima partecipazione e concorrenza. Difetto del presupposto. Violazione art. 63 D.Lgs. 50/2016. Violazione art. 1 legge 241/1990. Violazione art. 97 Cost.

Secondo l’aggiudicataria la ricorrente principale non avrebbe potuto essere inviata alla procedura volta al nuovo affidamento del servizio, e tanto meno potrebbe ambire alla relativa aggiudicazione

Infatti Acsm-Agam, invitando anche COSMOA, sarebbe incorsa nella violazione del principio di rotazione, espresso dal predetto art. 36 del D.Lgs. 50/2016 in quanto la società ricorrente era il gestore uscente.

5. Con motivi aggiunti depositati in data 23/11/19 la ricorrente ha ulteriormente specificato i motivi già presentati con il ricorso principale.

I. 1. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 del d. lgs. n. 50/2016; violazione e/o falsa applicazione delle Linee Guida ANAC n. 2 recanti “Offerta economicamente più vantaggiosa”, approvate con Delibera n. 1005 del 21.09.2016 ed aggiornate con Delibera del consiglio n. 424 del 2.2.2018. Violazione e/o falsa

applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990, eccesso di potere per difetto di motivazione e carenza di istruttoria. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e contraddittorietà, illogicità, ingiustizia manifesta, sviamento. Violazione del principio di par condicio tra i concorrenti.

l. 2. Eccesso di potere per illogicità ed irrazionalità manifesta, violazione della par condicio tra i concorrenti, travisamento dei fatti; violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara, e segnatamente del Disciplinare di Gara, del Documento "20181218 AcsmAgam S.p.A.- Criteri" e del Documento "20190116 AcsmAgam – Specifica Sorv San".

Con riferimento al primo motivo del ricorso principale la ricorrente sostiene che dall'esame delle offerte tecniche risulterebbe che l'offerta tecnica di COSMOA fosse addirittura qualitativamente superiore a quella di HSRR. In particolare COSMOA avrebbe offerto un maggior numero di risorse amministrative, di infermieri e di medici competenti, tempistiche più brevi per esiti visite ed esami e giudizi di idoneità oltre a rilevanti migliorie tutte ricomprese nel canone di convenzione, solo alcune delle quali sono state offerte anche da HSRR e peraltro fuori convenzione.

Inoltre l'offerta di HSRR risulterebbe addirittura carente di alcuni elementi espressamente richiesti dalla lex specialis di gara e segnatamente dalla specifica tecnica per l'esecuzione del servizio.

Pertanto al ricorrente nella valutazione sarebbero stati illegittimamente sottratti ben venti punti.

La ricorrente fa integrale rinvio al motivo rubricato sub II nel ricorso introduttivo ed afferma che la censura formulata con il primo motivo aggiunto è idonea a farle ottenere direttamente l'aggiudicazione della gara.

6. Con memoria depositata in data 29/02/20 la ricorrente chiede la reiezione del ricorso incidentale in quanto non vi sarebbe continuità tra i due affidamenti a causa del diverso valore dei due appalti (€ 75.000,00 invece dei 194.000,00 € dell'appalto attuale). Afferma poi di avere interesse all'esame del ricorso principale, integrato da motivi aggiunti, anche nella denegata e non creduta ipotesi in cui sia accolto il ricorso incidentale.

7. Con memoria depositata in data 02/03/20 la stazione appaltante ribadisce le eccezioni già proposte e contesta il secondo motivo di ricorso nella parte in cui afferma che il parametro A.1. sarebbe stato da solo sufficiente per l'aggiudicazione in quanto esso avrebbe inciso solo per il 42,85% sul punteggio tecnico totale assegnabile (70 punti). Inoltre sostiene che la stazione appaltante non è tenuta a dettare subcriteri e che la motivazione data dalla Commissione di gara al punteggio sarebbe sufficiente. In merito alla valutazione delle offerte, contestata con i motivi aggiunti, la stazione appaltante nega che l'offerta della ricorrente sia migliore.

8. Con la memoria depositata in data 02/03/20, ed in replica in data 06/03/20, l'aggiudicataria ribadisce i motivi posti a fondamento del ricorso incidentale ed afferma che ci sarebbe continuità tra il precedente contratto e quello nuovo anche se le dimensioni economiche dei due contratti sono diverse.

9. Con memoria di replica 06/03/20 ACSM-AGAM s.p.a. contesta i ricorsi presentati dalla ricorrente principale. Le parti hanno presentato memorie per l'udienza.

All'udienza del 6 maggio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in audioconferenza, secondo l'art. 84 comma 6 del DL 18/2020 convertito con legge 27/2020 e l'art. 4 del decreto del Presidente del TAR Lombardia n. 6/2020, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Le eccezioni di inammissibilità del ricorso introduttivo sollevate dalla stazione appaltante sono infondate.

1.1 L'eccezione di inammissibilità per contraddittorietà del petitum è infondata in quanto la domanda di annullamento dell'aggiudicazione è di regola autonoma rispetto alle domande di inefficacia del contratto e di subentro nel medesimo.

Sebbene sia vero che la domanda di inefficacia del contratto e di subentro presuppongono la proposizione di motivi di impugnazione che mirino ad ottenere l'aggiudicazione e non alla ripetizione dell'intera gara, come chiaramente desumibile dall'art. 122 c. 1 c.p.a., secondo il quale il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, tenendo conto, in particolare, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, è anche vero che la domanda di annullamento può avere un petitum più ampio nel senso che può essere proposta anche allo scopo di ottenere l'annullamento dell'intera gara.

Ne consegue che l'avvenuta presentazione, con il ricorso introduttivo, solo di motivi che denunciano vizi che comportano la rinnovazione, totale o parziale, della gara, non rende inammissibile il ricorso per il semplice fatto che la domanda di annullamento è stata accompagnata da quella di inefficacia del contratto e di subentro ma incide solo sulla fondatezza delle domande accessorie, che sono le uniche a presupporre necessariamente l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione, laddove invece la domanda di annullamento ha uno spettro più ampio.

1.2 Anche l'eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo per mancato superamento della c.d. prova di resistenza, per non aver censurato, con il ricorso principale, la valutazione della sua offerta ed indicato i motivi per i quali essa avrebbe dovuto ricevere un punteggio superiore, è infondata. Infatti la domanda di annullamento del Disciplinare di gara nella parte in cui definisce i criteri di aggiudicazione è autosufficiente rispetto alla valutazione delle offerte, incidendo sulla legittimità della medesima non nei suoi risultati ma nei suoi presupposti, cioè nella legittimità dei criteri previsti per procedere alla valutazione delle offerte, con la conseguenza che il suo accoglimento comporta il rinnovo dell'intero procedimento di gara e non solo della valutazione, rendendo quindi inutile verificare quali sarebbero gli effetti di una nuova valutazione dell'offerta sull'aggiudicazione.

2. Venendo al primo motivo del ricorso introduttivo, esso è fondato.

Ai sensi dell'art. 95, comma 1, del Codice dei Contratti, *“ I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti”*.

Al successivo comma 6 la norma stabilisce che *“I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto”*.

Dall'esame degli atti risulta che la ricorrente contesta i criteri di valutazione relativi al parametro “A.1. Valutazione del servizio (relazione tecnico descrittiva)” per il quale la stazione appaltante: a) ha individuato come oggetto di valutazione le modalità operative/gestionali, miglie tecniche e dimensionamento delle risorse; b) ha espresso il criterio di ponderazione nella scala tripartita ottimo/adequato/inadeguato; c) ha espresso il giudizio numerico prevedendo una forcella in cui il punteggio minimo è costituito da 3 livelli di votazione che vanno da un minimo di 10 punti ad un massimo di 30 punti.

Dall'esame di tali elementi risulta chiaro che la definizione dell'oggetto della valutazione ed i criteri di valutazione sono del tutto generici. Infatti nell'individuare l'oggetto della valutazione la stazione appaltante non ha specificato quali fossero le modalità operative/gestionali che sarebbero state oggetto di valutazione, né le migliorie tecniche.

Né tantomeno la stazione appaltante ha provveduto ad effettuare alcuna connessione tra i criteri di valutazione e le specifiche tecniche per l'esecuzione della sorveglianza sanitaria che formano parte della documentazione di gara e svolgono la funzione di capitolato tecnico. Infatti il riferimento, contenuto al punto A1 delle modalità di offerta ed aggiudicazione, alla parte delle specifiche tecniche alle quali le offerenti dovevano fare riferimento per predisporre la Relazione tecnico descrittiva risulta illeggibile in entrambe le copie depositate dalle parti in giudizio.

Ne consegue che non è possibile risalire, nel valutare i criteri di valutazione, a quali modalità operative/gestionali e migliorie tecniche la Commissione ha fatto riferimento nel giudizio sulle offerte presentate. A ciò si aggiunge che neppure il confronto tra le offerte risulta comprensibile in quanto l'utilizzo della scala di valutazione ottimo/adequato/inadeguato è del tutto priva di valore euristico rispetto alla scelta effettuata in mancanza di un solido collegamento con un metro di valutazione chiaro e preciso.

In merito poi al voto espresso la giurisprudenza (da ultimo TAR Campania, Napoli, II, 27/02/2020 n. 886) ha ribadito che "l'idoneità del voto numerico a rappresentare in modo adeguato il percorso logico fatto proprio dalla commissione nell'apprezzamento delle offerte, è direttamente proporzionale al grado di specificazione dei criteri allo stesso sottesi, di tal che tanto dettagliata si presenta l'articolazione dei criteri e sub-criteri di valutazione, tanto più esaustiva risulta l'attitudine esplicativa del punteggio ai medesimi collegato (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. V, 14 gennaio 2019 n. 291 e 2 febbraio 2018 n. 675)"

Né tale deficit di specificità è stato compensato dalla motivazione assegnata dalla Commissione ai voti espressi, in quanto la Commissione si è limitata a giustificare la votazione giudicando l'offerta di HSSR come ottima e quelle di Cosmoa e di Data Consult come adeguate.

In definitiva quindi il motivo va accolto con conseguente annullamento degli atti di gara.

3. Il secondo motivo di ricorso, con il quale la ricorrente ha denunciato che nell'ambito della voce A1 lo scarto tra il punteggio minimo (0), quello medio (10) e quello massimo (30), sarebbe inadeguato, eccessivo e determinante ai fini dell'aggiudicazione della gara, è invece infondato.

In merito occorre premettere che il sindacato del giudice amministrativo sulla scelta dei criteri di valutazione delle offerte non può che essere limitato ad un sindacato estrinseco sull'esercizio della discrezionalità tecnica dell'amministrazione, in quanto si tratta di criteri generali con i quali l'amministrazione individua specifiche direttrici di indirizzo volte ad ottenere la migliore soddisfazione dell'interesse pubblico in concreto perseguito.

Nel caso di specie l'attribuzione del punteggio in modo scalare invece che continuo costituisce una modalità comune di attribuzione del punteggio e nel caso di specie deve escludersi che la forcella tra i punteggi sia irragionevole in quanto l'attribuzione del punteggio massimo non comporta l'automatica aggiudicazione della gara, pesando la voce A1 Valutazione del servizio (Relazione

Tecnico Descrittiva) un massimo di 30 punti su un totale di 70 punti riservati all'offerta tecnica.

4. Venendo ora all'esame del ricorso incidentale, esso è infondato.

Deve infatti ritenersi che non sussista alcuna violazione del principio di rotazione degli inviti nei contratti sottosoglia, previsto dall'art. 36 del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in quanto non sussiste continuità effettiva tra il contratto aggiudicato alla ricorrente e quello oggetto del presente giudizio.

Infatti tra i due appalti esiste in primo luogo una differenza importante in termini di valore economico, in quanto la ricorrente era aggiudicataria di un appalto del valore a base d'asta di €. 75.000, mentre il presente contratto ha il valore di €. 194.000,00. In secondo luogo l'aumento delle società del gruppo societario al quale fa riferimento l'affidamento, presenti addirittura in diverse regioni, comporta una modifica della stessa causa del contratto in quanto è richiesta una diversa e più ampia organizzazione di impresa.

A ciò si aggiunge che la ricorrente incidentale non ha contestato che alla gara, preceduta da una richiesta di manifestazione di interesse, siano state invitate tutte le imprese che ne hanno fatto richiesta. In merito la giurisprudenza (Cons. St., sez. III, 25/04/2020, n. 2654) ha da ultimo chiarito che il principio di rotazione non si applica all'amministrazione che abbia pubblicato l'avviso dell'indizione della procedura sul proprio sito istituzionale e non abbia effettuato un affidamento diretto né abbia rivolto un invito ad alcuni operatori economici discrezionalmente selezionati, ma abbia invece demandato al mercato l'individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta per la prestazione del servizio, senza prevedere limiti numerici o filtri selettivi.

Ne consegue che anche sotto tale profilo deve escludersi l'applicabilità del principio di rotazione al caso in giudizio.

5. Venendo all'esame del ricorso per motivi aggiunti, esso è infondato.

La ricorrente con tale motivo ha contestato l'operato della stazione appaltante per non aver riconosciuto che la sua offerta è migliore di quella dell'aggiudicataria.

La giurisprudenza ha però chiarito che il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio della propria attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara ha per oggetto non tanto l'offerta in sé quanto il giudizio espresso dall'amministrazione alla luce dei criteri da essa stabiliti per l'aggiudicazione.

Deve quindi ritenersi infondato il motivo che abbia introdotto una valutazione comparativa delle offerte presentate in gara non alla luce dei criteri di aggiudicazione della gara, ma di un'astratta valutazione effettuata dal ricorrente sulla base di valutazioni soggettive.

È ciò che ha fatto la ricorrente, la quale ha elencato le specifiche tecniche previste dalla stazione appaltante ed i contenuti delle offerte dell'aggiudicataria e di COSMOA, e desumendo la superiorità dell'offerta di COSMOA da una propria valutazione, sostituendola così a quella della stazione appaltante.

6. In definitiva quindi il ricorso principale va accolto limitatamente all'annullamento del punto A.1. delle Modalità di Offerta e di aggiudicazione che costituiscono documentazione di gara secondo il disciplinare di gara e dell'aggiudicazione che ne costituisce l'applicazione, mentre il ricorso incidentale ed il ricorso per motivi aggiunti vanno respinti.

Poiché non è possibile accertare l'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, che comportano la ripetizione della gara, le domande di inefficacia del contratto e di subentro vanno respinte.

7. La soccombenza reciproca giustifica la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso principale ai sensi e nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla l'aggiudicazione ed il punto A.1 delle Modalità di Offerta e di aggiudicazione allegate al Disciplinare di gara; respinge il ricorso per motivi aggiunti ed il ricorso incidentale. Respinge le domande di inefficacia del contratto e di subentro nel medesimo.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in audioconferenza, secondo l'art. 84 comma 6 del DL 18/2020 convertito con legge 27/2020 e l'art. 4 del decreto del Presidente del TAR Lombardia n. 6/2020, con l'intervento dei magistrati:

Rosalia Maria Rita Messina, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Alberto Di Mario

IL PRESIDENTE

Rosalia Maria Rita Messina

IL SEGRETARIO