



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 810 del 2017, integrato da motivi aggiunti,  
proposto da:

Plurima Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Dani, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Chiara Servetti in Torino, corso Vittorio Emanuele II N. 82;

***contro***

Azienda Sanitaria Locale To4, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Olivetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, corso Duca degli Abruzzi N. 14;

***nei confronti di***

Società P.L. Company Srl A Socio Unico, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Cotto, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Botero N. 17;

***per l'annullamento, previa sospensione cautelare***

con il ricorso introduttivo:

- della deliberazione del Direttore Generale della ASL TO4 n. 692 in data 28 giugno 2017 (doc. 1), comunicata a mezzo PEC in data 4 luglio 2017 (doc. 2), recante l'aggiudicazione definitiva in favore di PL Company Srl della procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di carico, trasporto, scarico e consegna del materiale dai magazzini aziendali ai centri utilizzatori dell'Asl TO4 e del servizio di fattorinaggio;

-dei verbali del Seggio di gara relativi alle sedute pubbliche del 20 ottobre 2016, 3 maggio 2017 e 10 maggio 2017 (docc. 3, 4 e 5) e della Commissione giudicatrice relativi alle sedute riservate del 13 dicembre 2016, 20 dicembre 2016, 11 gennaio 2017, 17 gennaio 2017, 31 gennaio 2017, 7 febbraio 2017, 15 febbraio 2017, 22 marzo 2017, 5 aprile 2017 e 14 aprile 2017 (doc. 6);

per la declaratoria dell'inefficacia del contratto d'appalto, se ed in quanto stipulato nelle more del giudizio e del conseguente subentro della ricorrente, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 c.p.a.;

nonché per il risarcimento del danno subito dalla ricorrente, anche per equivalente ex art. 124 c.p.a., nella misura che si quantificherà in corso di causa;

con motivi aggiunti del 20\10\2017:

- della Deliberazione del Direttore Generale della ASL TO4 n. 692 in data 28 giugno 2017 (doc. 1), comunicata a mezzo PEC in data 4 luglio 2017 (doc. 2), recante l'aggiudicazione definitiva in favore di PL Company Srl della procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di carico, trasporto, scarico e consegna del materiale dai magazzini aziendali ai centri utilizzatori dell'Asl TO4 e del servizio di fattorinaggio;

-dei verbali del Seggio di gara relativi alle sedute pubbliche del 20 ottobre 2016, 3 maggio 2017 e 10 maggio 2017 (docc. 3, 4 e 5) e della Commissione giudicatrice

relativi alle sedute riservate del 13 dicembre 2016, 20 dicembre 2016, 11 gennaio 2017, 17 gennaio 2017, 31 gennaio 2017, 7 febbraio 2017, 15 febbraio 2017, 22 marzo 2017, 5 aprile 2017 e 14 aprile 2017 (doc. 6);

per la declaratoria

dell' inefficacia del contratto d'appalto, se ed in quanto stipulato nelle more del giudizio e del conseguente subentro della ricorrente, ai sensi e per gli effetti degli artt. 121 e 122 c.p.a.;

nonché per il risarcimento

del danno subito dalla ricorrente, anche per equivalente ex art. 124 c.p.a., nella misura che si quantificherà in corso di causa.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale To4 e della Società P.L. Company Srl a Socio Unico;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 la dott.ssa Silvana Bini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto l'art. 60 cod. proc. amm. che consente al giudice amministrativo, adito in sede cautelare, di definire il giudizio con "sentenza in forma semplificata", ove il giudice accerti la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e nessuna delle parti dichiara che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione;

Ritenuto di potere adottare tale tipo di sentenza, attesa la completezza del contraddittorio, nonché la superfluità di ulteriore istruttoria;

Sentiti sul punto i difensori delle parti, che non hanno manifestato osservazioni oppostive;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue:

I) Con ricorso notificato in data 29.8.2017 e depositato in data 5.9.2017 la società Plurima ha impugnato gli atti della procedura indetta dall'Azienda Sanitaria Locale To4 per l'affidamento del servizio quinquennale di carico e scarico e consegna del materiale dei magazzini aziendali e del servizio di fattorinaggio.

Esponde di aver partecipato a detta gara, classificandosi al secondo posto, dopo la società PL Company, che avrebbe però dovuto essere esclusa per la carenza dei requisiti di partecipazione.

Articola quattro censure in via principale e la quinta in via subordinata:

1) violazione dell'art 9 del Capitolato d'Appalto e degli artt. 83 e 86 d. lgs. 50/2016, violazione del giusto procedimento, violazione della par condicio, difetto di istruttoria e di motivazione: la ditta aggiudicataria risulterebbe priva del requisito di ammissibilità, costituito dall'aver un fatturato per servizi identici, all'oggetto di affidamento. Infatti l'articolo tre del capitolato identifica la tipologia del materiale oggetto di distribuzione, precisando che si tratta di specialità medicinali, soluzioni infusionali e nutrienti, dispositivi medici, reagenti di laboratorio, stupefacenti e altro materiale di consumo per soddisfare le esigenze delle singole unità operative. Il servizio di facchinaggio consiste nel trasporto, ritiro e consegna dei prelievi ematici. Relativamente alla capacità economico finanziaria i concorrenti dovevano dichiarare l'importo fatturato relativo alle prestazioni di servizi identici nel triennio 2013/2014/2015. La ditta partecipante doveva aver realizzato nel triennio sopra indicato, servizi di logistica facchinaggio movimentazione trasporto farmaci dispositivi medici e materiale in genere in ambito sanitario pubblico e privato per un importo almeno pari a € 1.000.000. Con uno specifico chiarimento, la stazione appaltante ha precisato che il fatturato doveva essere riferito ad attività svolte in ambito sanitario.

Secondo la ricorrente la ditta aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, per la mancanza del requisito di capacità economico finanziaria, perché, non potendo comprovare detto requisito tramite la dichiarazione richiesta, ha utilizzato il mezzo di prova alternativo, come previsto dall'art 84 comma 4 d. lgs. 50/2016, disposizione richiamata dall'art 9 del capitolato, avvalendosi degli estratti di bilancio e della certificazione UNI ES ISO 9001-2015. Tuttavia secondo la ricorrente nessuno dei documenti prodotti è in grado di dimostrare il fatturato specifico. Inoltre relativamente ai principali servizi prestati nel triennio 2013-2014 e 2015 PL Company ha indicato di aver svolto il servizio di carico e scarico pasti veicolati, derrate alimentari in campo scolastico, quindi in un settore diverso rispetto a quello oggetto di gara;

2) violazione dell'art 105 d. lgs. 50/2016; violazione del capitolato d'appalto, violazione dei principi che regolano l'esercizio del potere istruttorio: la PL Company ha dichiarato di subappaltare l'attività di smistamento e facchinaggio, ma non ha indicato la terna dei subappaltatori e non ha reso la dichiarazione di assenza dei motivi di esclusione;

3) violazione dell'art. 16 del Capitolato d'Appalto; eccesso di potere sotto il profilo della manifesta illogicità ed incongruità dell'apprezzamento espresso dalla Commissione giudicatrice in relazione al merito tecnico dell'offerta prodotta dalla ricorrente e del punteggio attribuito con riferimento al criterio di valutazione denominato "Gestione ed organizzazione del servizio" e con particolare riferimento al sub-criterio "Modalità espletamento del servizio, sostituzione assenze, turnover, autocontrollo, n. operatori, qualifiche, mansioni, formazione, sicurezza ecc."; motivazione illogica, incongrua ed inconferente: la ricorrente ha offerto un sistema di controllo migliore e più preciso della controinteressata, che è stato ritenuto non necessario dalla stazione appaltante; il differente punteggio assegnato alla vincitrice

non trova una giustificazione adeguata, stante la qualità superiore del sistema di consegna e di esecuzione offerto da Plurima;

4) violazione dell'art 97 d. lgs. 50/2016, non avendo la stazione appaltante effettuato la verifica di anomalia dell'offerta;

5) in via subordinata: violazione dell'art 18 del Capitolato d'appalto, violazione del giusto procedimento: nella prima seduta la commissione doveva aprire le buste A – documentazione amministrativa – e le buste B, contenenti l'offerta tecnica; ma le buste B sono state aperte in seduta riservata.

Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante e la controinteressata, sollevando eccezioni preliminari rispetto al primo e al quinto motivo; nel merito hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con motivi aggiunti depositati in data 20.10.2017, a fronte del deposito di documentazione, Plurima ha introdotto la seguente nuova censura:

1) difetto di istruttoria violazione art 105: la dichiarazione resa dal subappaltatore ex art 80 d. lgs. 60/2016, acquisita a seguito di soccorso istruttorio, è priva di sottoscrizione autografa.

Alla camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione ai sensi dell'art 60 c.p.a.

II) Il ricorso è fondato, per le ragioni di seguito esposte.

2.1. L'eccezione preliminare di tardività del primo motivo, per violazione dell'art 120 comma II bis c.p.a. non può essere accolta.

Infatti il rito camerale super-accelerato di cui all'art. 120 commi 2 bis e 6 bis, c.p.a. può trovare applicazione solo nell'ipotesi in cui sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016; in caso contrario l'impugnativa non può che essere rivolta, congiuntamente, avverso l'ammissione dell'aggiudicatario ed il provvedimento di aggiudicazione. Nel caso di specie manca il provvedimento ex art 29 comma 1 sopra indicato, essendovi solo la

comunicazione durante la seduta pubblica, da parte della commissione, dell'ammissione di tutti i concorrenti.

Nel merito il primo motivo è infondato.

La contestazione nel primo motivo attiene alla carenza del requisito di capacità economico-finanziaria.

E' pacifico che PL Company non potesse provare il requisito di capacità economica e finanziaria, dimostrando di aver svolto, nel triennio 2014-2015-2016, servizi di logistica facchinaggio movimentazione trasporto farmaci dispositivi medici e materiale in genere in ambito sanitario pubblico e privato per un importo almeno pari a € 1.000.000, avendo iniziato l'attività identica a quella oggetto di gara da meno di tre anni.

Si è quindi avvalsa della facoltà prevista dall'art 9 del CSA di utilizzare mezzi alternativi, conformemente all'art 86 comma 4 del codice, che ammette la prova delle capacità economiche finanziarie dell'operatore economico mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII parte prima.

La società controinteressata ha depositato i bilanci e ha dichiarato il fatturato maturato nel settore della logistica riferito ai trasporti dei pasti del servizio scolastico con la dichiarazione della soc. Camst allegandola alla domanda di partecipazione.

La stazione appaltante ha ritenuto quindi provato il requisito della capacità economico-finanziaria attraverso le referenze bancarie e il fatturato superiore a 5.000.000,00 € nell'ultimo triennio.

Tale giudizio risulta conforme al dettato normativo: infatti il requisito contestato concerne solo l'aspetto relativo alla capacità economica e finanziaria, per cui la stessa lex specialis ammette il ricorso alle referenze bancarie e al fatturato globale, in modo da provare l'affidabilità economica del partecipante.

Il fatturato è riferito in parte anche a servizi di trasporto di campioni biologici, per cui per la stessa attività oggetto della gara.

2.2. Anche il secondo e il quarto motivo non possono trovare accoglimento.

L'indicazione di un solo subappaltatore è stata integrata, in sede di soccorso istruttorio, con la dichiarazione completa.

In ogni caso l'indicazione della terna non era prevista a pena di esclusione.

Con i motivi aggiunti, rispetto alla dichiarazione dei subappaltatori, la ricorrente rileva l'invalidità della dichiarazione ex art 80 d. lgs. 50/16 della Manfer s.r.l., nonché l'incompletezza della dichiarazione resa dalla 3D servizi.

Anche questo motivo non è fondato, per una pluralità di ragioni.

In primo luogo la lex specialis non richiedeva né l'indicazione della terna, né la presentazione delle autocertificazioni, per cui anche se le due dichiarazioni sopra riportate fossero incomplete, ciò non comporterebbe l'esclusione della concorrente. Inoltre, secondo l'orientamento consolidato, eventuali vizi delle dichiarazioni relative al subappalto non determinano l'esclusione dalla gara ma la sola impossibilità di ricorrere al subappalto.

Ugualmente il quarto motivo è infondato, perché dai documenti in atti, il procedimento di verifica dell'anomalia risulta essere stato effettuato.

2.3 Il terzo motivo verte sulla valutazione delle offerte.

La ricorrente censura l'assegnazione dei punteggi del primo sub-criterio "Modalità espletamento del servizio, sostituzione assenze, turnover, autocontrollo, n. operatori, qualifiche, mansioni, formazione, sicurezza" del criterio A "Gestione ed organizzazione del servizio": Plurima infatti pur avendo ottenuto 10 punti in meno rispetto alla prima classificata, ha offerto un software per il controllo dei mezzi di consegna, una work station presso ciascun sito di scarico attraverso cui etichettare e pesare ogni collo, per la loro tracciabilità e un mezzo di allestimenti in regime ADR, necessario per le merci pericolose. Per le tre proposte la commissione non ha assegnato punteggio, in quanto ritenute modalità non necessarie, perché sistemi sovrabbondanti rispetto alle esigenze del servizio.



Anche per gli ulteriori profili organizzativi la ricorrente ritiene di avere presentato un'offerta superiore qualitativamente rispetto a quella di PL Company.

Il motivo non è fondato.

La Commissione ha giustificato la scelta di non assegnare punteggio ulteriore per le tre proposte, dando una logica ragione giustificativa: si rinvia alla pag. 3 e segg. del verbale da cui si evince che le due prime proposte sono state ritenute superflue perché il materiale da trasportare viene confezionato e predisposto sulle unità di trasporto dal personale dell'ASL, completo della documentazione necessaria, per cui i servizi offerti si sostanziano in un ulteriore controllo, non necessario.

In sede di chiarimenti la stazione appaltante aveva poi già precisato che non era necessario utilizzare mezzi con standard ADR, per cui anche l'offerta di utilizzare questo sistema non risultava migliorativo, ma anzi superfluo.

Il minor punteggio assegnato alla ricorrente trova una giustificazione logica nel fatto che per la voce in esame è stato assegnato un giudizio di "discreto", poiché "nulla è stato detto per il servizio di fattorinaggio".

2.4 Il quinto motivo, proposto in via subordinata, è fondato.

Preliminarmente va respinta l'eccezione di tardività, sollevata dalla controinteressata (pag. 19 e segg. della memoria del 25.9.2017): il termine per fare valere il vizio non può essere fatto decorrere dalla data della seduta pubblica (cioè il 10.5.2017), a cui era presente il rappresentante di Plurima. Infatti la presenza di un delegato di un'impresa concorrente alle operazioni di gara di apertura delle offerte tecniche e di quelle economiche, nonché di aggiudicazione provvisoria, non determina per la suddetta impresa il dies a quo per la proposizione del ricorso, atteso che solo l'aggiudicazione definitiva produce, nei confronti dei partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario, un effetto lesivo.

Anche il differente orientamento (Consiglio di Stato, sez. III, 11/07/2016, n. 3026), che conferisce rilevanza alla presenza del rappresentate della concorrente,

(orientamento formatosi in tema di esclusione dell'offerta), limita tale ipotesi al solo caso in cui il rappresentante sia munito di apposito mandato o rivesta una specifica carica sociale. Nel caso in esame la stazione appaltante si limita ad affermare la presenza di un "delegato della ditta Plurima", senza precisare se fosse dotato di un mandato né la sua carica sociale.

Nel merito il motivo è fondato.

Emerge dal verbale della seduta del 20 ottobre 2016 che l'apertura delle buste B, contenenti le offerte tecniche, è stata effettuata dalla Commissione in seduta riservata. Il fatto non è posto in contestazione dalle altre difese.

L'obbligo di apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica è stato introdotto con l'articolo 12 del decreto legge 7 maggio 2012, n. 52 che ha modificato l'articolo 283, comma 2 del d.p.r. n. 207 del 2010 prevedendo espressamente l'apertura in seduta pubblica dei plichi contenenti le offerte tecniche.

La disposizione risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa.

Secondo l'orientamento consolidato, trattandosi di un passaggio essenziale della procedura concorsuale, la mancata pubblicità delle sedute di gara costituisce non una mera mancanza formale, ma una violazione sostanziale, che invalida la procedura, senza che occorra la prova di un'effettiva manipolazione della documentazione prodotta e le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post, una volta rotti i sigilli e aperti i plichi (Cons. St., A.P., 28.7.2011, n. 13; Cons. St., sez. III, 4.11.2011, n. 5866; Cons. St., sez. V, 7.11.2006, n. 6529).

Secondo le difese della stazione appaltante e della controinteressata, la mancata apertura in seduta pubblica non sarebbe causa di illegittimità, perché la norma non è stata riproposta nel nuovo codice del 2016, (l'art 12 d.l. 52/2012 è stato abrogato

dall'art 217 lett BB) del d. lgs. 50/2016) e l'art 30 d. lgs. 50/2016, non sarebbe suscettibile di applicazione incondizionata a tutte le fasi di gara.

Ad avviso del Collegio l'obbligo di apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica discende sia dal principio di trasparenza, espressamente richiamato dall'art 30 ("nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice), sia dall'espressa previsione del Capitolato speciale.

I principi di pubblicità e trasparenza che governano la disciplina comunitaria e nazionale, richiamati dall'art 30 d. lgs. 50/2016, implicano che le fasi salienti debbano essere effettuate in seduta pubblica, qualsiasi sia la tipologia di procedura: la pubblicità investe tutte quelle operazioni della commissione di gara (tra cui l'apertura della documentazione e delle offerte), attraverso cui si effettuano le operazioni di "accoppiamento" tra partecipanti e offerte e controllo del contenuto della documentazione richiesta.

Le successive fasi di valutazioni possono invece essere svolte in sedute riservate, anche al fine di assicurare la tranquillità dei lavori della commissione, in quanto nessun rischio di manipolazione e/o confusione tra partecipanti e offerte, può più essere effettuato.

Nel caso in esame tra l'altro, l'obbligo di apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica discendeva anche dall'art 18 del Capitolato, che, nell'elencare le operazioni della prima seduta pubblica includeva anche "l'apertura delle buste B delle ditte ammesse, con verifica della presenza della documentazione tecnico-qualitativa e conseguente trasmissione dei documenti alla Commissione giudicatrice per gli adempimenti di competenza".

L'accoglimento del motivo comporta l'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti di gara.

III) Il ricorso va quindi accolto, con conseguente annullamento della deliberazione del Direttore Generale della ASL TO4 n. 692 in data 28 giugno recante l'aggiudicazione definitiva in favore di PL Company Srl della procedura aperta indetta per l'affidamento del servizio di carico, trasporto, scarico e consegna del materiale dai magazzini aziendali e degli atti di gara.

I motivi aggiunti vanno respinti.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla l'aggiudicazione e gli atti di gara. Respinge i motivi aggiunti.

Condanna l'Azienda Sanitaria Locale To4, al pagamento delle spese di giudizio a favore della ricorrente, quantificate in € 2.000,00 (duemila,00), oltre oneri di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Consigliere, Estensore

Roberta Ravasio, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Silvana Bini**

**IL PRESIDENTE**  
**Domenico Giordano**

## IL SEGRETARIO