



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 632 del 2017, proposto da:
Del.Ga S.r.l.S., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Rolando Pini, con domicilio eletto presso lo studio Giancarlo Fanzini
in Bologna, piazza Minghetti N.1;

contro

Comune di Carpi, Unione delle Terre D'Argine, in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Mauro Di Pace, domiciliato
ex art. 25 cpa presso Segreteria Tar in Bologna, Strada Maggiore 53;

nei confronti di

Didasko Cooperativa Sociale S.C.S. non costituito in giudizio;
Didasko Coop. Soc., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dagli avvocati Alfonso Tordo Caprioli, Emiliano Strinati, domiciliato ex art.
25 cpa presso Segreteria Tar in Bologna, Strada Maggiore 53;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia:

- della determinazione dirigenziale n. 613/2017 dell'01.08.2017, a firma del Dirigente Responsabile del Settore G1 del Comune di Carpi, di aggiudicazione definitiva in favore della Ditta DIDASKO Coop. Soc. s.c.s. della procedura aperta per l'individuazione del concessionario del servizio farmaceutico della farmacia comunale di Carpi (MO), di nuova istituzione: tipo pubblica urbana, sede n. 17 codice farmacia n. 36005180, nonché della comunicazione in data 04.08.2017 con la quale il Comune di Carpi ha reso noto alla ricorrente le risultanze finali della procedura di gara;
 - della determinazione dirigenziale della Centrale Unica di Committenza dell'Unione delle Terre d'Argine n. 625 dell'11.07.2017, con la quale è stata proposta l'aggiudicazione a favore della Ditta DIDASKO Coop. Soc. s.c.s.;
 - di tutti i verbali della Commissione Giudicatrice della procedura e, in particolare, dei verbali delle sedute del 28.04.2017, del 02.05.2017, del 09.05.2017, del 16.06.2017 e del 27.06.2017;
 - della determinazione dirigenziale n. 303 dell'11.04.2017 di nomina della Commissione Giudicatrice per la valutazione delle offerte relative alla procedura di gara;
 - della determinazione dirigenziale della Centrale Unica di Committenza dell'Unione delle Terre d'Argine n. 72 del 07.02.2017 con la quale sono stati approvati i documenti di gara;
 - del bando/disciplinare di gara prot. gen. n. 6857/2017 del 09.02.2017;
 - di ogni ulteriore atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o conseguente, ancorché non noto alla ricorrente,
- accertamento:

- dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dal Comune di Carpi con l'aggiudicataria Ditta DIDASKO Coop. Soc. s.c.s. in conseguenza dell'impugnata aggiudicazione;
 - del diritto della ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione della concessione oggetto del bando di gara prot. gen. n. 6857 del 09.02.2017;
- condanna:
- delle amministrazioni intimate al risarcimento in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente e subentro nel contratto eventualmente stipulato, ovvero, in subordine, con richiesta di condanna al risarcimento per equivalente dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dell'esecuzione dei provvedimenti impugnati;
 - delle amministrazioni intimate al risarcimento dei danni dovuti alla ricorrente per effetto della mancata aggiudicazione della gara alla medesima e/o della necessità di procedere alla sua rinnovazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Carpi e di Unione delle Terre D'Argine e di Didasko Coop. Soc.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2018 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha chiesto l'annullamento dei seguenti atti :

- a). determina dirigenziale n. 613/2017 in data 1.8.2017 a firma del dirigente responsabile del Settore G1 del Comune di Carpi di aggiudicazione definitiva in favore della Ditta DIDASKO COOP SOC SCS della procedura aperta per la individuazione del servizio farmaceutico della farmacia comunale di Carpi, di nuova istituzione; tipo pubblica urbana, sede n. 17 codice farmacia n. 36005180, nonché della comunicazione in data 4.8.2017 con la quale il Comune di Carpi ha reso noto alla ricorrente le risultanze finali della procedura di gara;
- b). determina dirigenziale della centrale unica di committenza dell'unione terre di Argine n. 625 in data 11.7.2017 con cui è stata proposta la aggiudicazione alla ditta DIDASKO;
- c). di tutti i verbali della commissione giudicatrice;
- d). determina dirigenziale n. 303 in data 11.4.2017;
- e). determina dirigenziale della centrale unica di committenza dell'unione delle terre d'Argine n. 72 del 7.2.2017;
- f). bando e disciplinare di gara;
- g). contratto eventualmente stipulato;
- h). condanna al risarcimento dei danni.

Il ricorso è stato supportato dai seguenti cinque motivi di diritto :

- 1). Violazione e/o erronea applicazione art. 77 comma 4 DLGS 50/2016, violazione del principio di imparzialità;
- 2). Violazione e/o erronea applicazione art. 95 DLGS 50/2016; violazione delle linee guida ANAC n. 2 ; violazione del principio di imparzialità e della par condicio;
- 3). Eccesso di potere per inattendibilità della offerta della aggiudicataria a fronte dei contraddittori chiarimenti forniti dalla medesima;
- 4). Violazione e/o erronea applicazione art. 166, commi 1 e 2, DLGS 50/2016;
- 5). Violazione artt. 35, 72, 164 e 167 DLGS 50/2016.

Replica la controinteressata con deposito di memoria in data 26.9.2017.

Il Comune deposita ultima memoria in data 21.2.2018.

I). Occorre chiarire gli eventi in punto di fatto.

a). con determina a contrattare n. 39 in data 27.1.2017 è stata approvata la indizione della gara avente a oggetto procedura aperta per la individuazione del servizio farmaceutico della farmacia comunale di Carpi, di nuova istituzione; tipo pubblica urbana, sede n. 17 codice farmacia n. 36005180;

b). con determina della Centrale di committenza della centrale unica di committenza dell'Unione delle terre d'Argine n. 72 del 7.2.2017 sono stati approvati i documenti di gara;

c). con determina n. 625/2017 è stata proposta la aggiudicazione in favore della ditta DIDASKO ; la stessa ha ottenuto per l'offerta tecnica punti 70,00 e per l'offerta economica punti 27,12; la ricorrente ha ottenuto per l'offerta tecnica punti 51,173 3 punti 30 per l'offerta economica.

I). In primo luogo, il Comune resistente prospetta una censura di difetto di interesse del ricorso in quanto la farmacia oggetto della concessione è stata oggetto dell'esercizio del diritto di prelazione da parte del comune con delibera GC n. 179 del 6.9.2016.

Stante l'infondatezza del ricorso l'eccezione può essere assorbita.

II). Tanto premesso il ricorso è infondato nel merito.

1). Con il primo motivo di ricorso lamenta la violazione dell'art. 77, comma 4, DLGS 50/2016 in quanto il presidente della commissione, ing. Norberto Carboni, si è autodesignato presidente della commissione nonostante avesse redatto e sottoscritto il bando disciplinare di gara.

Il motivo non è condivisibile.

Il Comune replica sostenendo che nessuna norma stabilisce la differenza di funzioni tra dirigenti in ruolo e dirigenti ad interim.

Chiarisce appunto che l'interim ha proprio lo scopo di coprire il vuoto di funzioni che si produrrebbe durante la vacanza dell'ufficio.

Come noto, la giurisprudenza più recente (cfr., Tar Sardegna, Cagliari, n. 32/2018) ha affermato i seguenti principi :

a). la norma dell'art. 77 prima parte del d.lgs. 50/2016, invocata, sarebbe destinata a valere solo "a regime", ovvero dopo che sarà stato creato l'Albo dei commissari, che ancora non esiste. Fino alla sua istituzione, ai sensi del comma 12, "la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante".

In tal senso, il <cumulo delle funzioni di RUP e di Presidente della commissione di gara> non lederebbe le regole di imparzialità, come ritenuto da costante giurisprudenza, che argomenta in termini di principio, e non con riguardo ad una specifica disciplina delle gare, e quindi si deve ritenere condivisibile anche nel vigore della nuova normativa (si vedano C.d.S. sez. V 20 novembre 2015 n°5299 e 26 settembre 2002 n°4938).

b). le disposizioni recate dall'art. 84 del Codice dei contratti pubblici si esprimono in termini antitetici.

L'articolo, in particolare, non enuncia l'incompatibilità dell'incarico di R.U.P. con l'investitura della presidenza delle Commissioni di gara, ma è solo per i commissari diversi dal Presidente che prevede, con il proprio comma 4, un'ampia incompatibilità : "I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

D'altra parte, la giurisprudenza ha avuto già modo di osservare che non costituisce violazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione il cumulo, nella

stessa persona, delle funzioni di Presidente della Commissione valutatrice e di responsabile del procedimento, nonché di soggetto aggiudicatore, risultando ciò conforme ai principi sulla responsabilità dei funzionari degli enti locali, come delineati dall'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000 (V, 12 novembre 2012, n. 5703; 22 giugno 2010, n. 3890)>>. Analogamente TAR Marche n. 108/2017.

Tutti questi precedenti sarebbero applicabili anche dopo l'entrata in vigore del "correttivo" (D.L.vo 19.4.2017 n. 56 in vigore dal 20.5.2017) che ha abrogato l'art. 77 comma 12 (solo in quanto inutile duplicato dell'art. 216 comma 12, D.L.vo 50/2016 avente il medesimo contenuto).

In conclusione, anche nell'attuale situazione transitoria di cui all'art. 77, comma 12 (e art. 216 comma 12) del D.L.vo 50/2016, dovrebbe trovare applicazione il principio affermato dalla prevalente giurisprudenza, avente portata generale, della cumulabilità/compatibilità della funzione di RUP e di Presidente della Commissione giudicatrice.

c). Inoltre, il Tar Veneto, Sezione I, con sentenza 7 luglio 2017, n. 660 ha affermato il condivisibile principio che la legge non può essere intesa nel senso di disporre un'astratta ed inderogabile incompatibilità tra commissari di gara e ruoli di dirigente/responsabile di servizio e RUP. Al contrario, occorre la "concreta dimostrazione dell'incompatibilità sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al RUP e alla Commissione".

d). Con Determinazione n. 1007 dell'11 ottobre 2017, ANAC ha aggiornato il testo delle Linee guida n. 3, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni», approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 (Linee Guida Aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017 in modifica a quelle approvate dal Consiglio dell'Autorità con deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016).

Al punto 2.2 è stata eliminata la previsione che ribadiva l'incompatibilità del ruolo di RUP con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice e manteneva ferme le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza, attesa l'innovazione introdotta dal correttivo all'art. 77, comma 4, secondo cui, ferma restando l'incompatibilità tra il ruolo di commissario e lo svolgimento di altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto da affidare, la possibilità della nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata "con riferimento alla singola procedura".

Con conseguente possibile coincidenza.

Inoltre, si condivide in proposito l'osservazione che nei Comuni vi è generale coincidenza tra dirigente dell'ente e presidenza delle commissioni di gara.

Risulta pure in atti che il contenuto essenziale della lex specialis di gara è stato determinato dall'ente locale (cfr., determina dirigenziale n. 38 del 27.1.2017); e il ruolo della CUC è limitato per legge all'espletamento della procedura e non alla definizione degli interessi; peraltro il ricorrente non ha offerto nessuna prova della dedotta incompatibilità.

2). Con il secondo motivo la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 95, comma 8, DLGS 50/2016 in quanto dovevano essere indicati i criteri motivazionali a cui deve attenersi la commissione per la valutazione delle offerte.

Alle pagine 9 e seguenti specifica il motivo in relazione agli elementi A)-B) E).

Anche questo motivo non appare condivisibile.

Come noto, l'art. 95, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016 prevede che la lex specialis di gara deve indicare i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche prevedendo un differenziale in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato, nonché - per ciascun criterio prescelto e laddove necessario - gli specifici sub-criteri e sub-punteggi.

Ciò in rapporto alle esigenze codificate dal comma 1 della predetta disposizione, di permettere, da un lato, ai concorrenti la formulazione di offerte effettivamente competitive, e di ridurre, dall'altro, gli apprezzamenti valutativi della commissione giudicatrice, garantendo in tal modo la loro imparzialità e la miglior tutela della par condicio.

In particolare, per la giurisprudenza, la scelta del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa non richiede solamente la presenza di criteri sufficientemente puntuali per l'attribuzione dei punteggi, ma anche la predeterminazione nella legge di gara di criteri di valutazione dell'offerta pertinenti alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto (C. Stato, V, 18 febbraio 2013, n. 978).

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si fonda su di una pluralità di elementi di natura qualitativa ed economica tra loro integrati, la cui determinazione è rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante; peraltro quest'ultima, nell'effettuare le proprie scelte, deve ricercare un equilibrio tra prezzo e qualità, che non ha un valore solo tra i due parametri, ma anche all'interno di ciascuno degli stessi, onde consentire alla stazione appaltante il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro, consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme e trasparente valutazione dell'offerta. È per tale motivo che l'art. 83, commi 2 e 4, del d.lgs. n. 163 del 2006 dispone che il bando di gara elenchi i criteri di valutazione, precisi la ponderazione attribuita a ciascuno di essi e, ove necessario, preveda i sub-criteri e sub-pesi, disaggregando il criterio nei suoi aspetti più essenziali, fermo restando il peso o punteggio massimo attribuito a quel dato criterio (C. Stato, V, 17 marzo 2015, n.1371; 31 agosto 2017, n. 4131).

Nelle gare pubbliche da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la commissione giudicatrice può autovincolare la discrezionalità attribuita dai criteri di valutazione stabiliti dal bando di gara, senza modificare in

alcun modo questi ultimi, ma, a ulteriore garanzia della trasparenza del percorso motivazionale che presiede all'attribuzione dei punteggi per le offerte, specificare le modalità applicative di tale operazione, sempre che ciò non integri una modifica sostanziale dei criteri di valutazione e dei fattori di ponderazione fissati nel bando (C. Stato, III, 27 settembre 2012, n. 5111; V, 3 giugno 2013, n. 3036; 19 settembre 2012, n. 4971; 18 agosto 2010, n. 5844).

Se è dunque vietato per il seggio di gara enucleare sub criteri non previsti dal bando e avulsi da quelli stabiliti nella *lex specialis* che comportino l'alterazione del peso di quelli contemplati dal disciplinare (C. Stato, III, 10 gennaio 2013, n. 97; 1 febbraio 2012, n. 514 e 29 novembre 2011, n. 6306), è invece consentito alla commissione effettuare una declinazione dei criteri e dei sub criteri e della loro valorizzazione (C. Stato, III, 21 gennaio 2015, n. 205).

Si rammenta, sul punto, che la giurisprudenza afferma che il punteggio numerico integra una sufficiente motivazione allorché siano prefissati con chiarezza e adeguato grado di dettaglio i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo; in questo caso, infatti, sussiste comunque la possibilità di ripercorrere il percorso valutativo e quindi di controllare la logicità e la congruità del giudizio tecnico (C. Stato, V, 17 gennaio 2011, n. 222; V, 16 giugno 2010, n. 3806; 11 maggio 2007 n. 2355; 9 aprile 2010, n. 1999).

E' pure riconducibile alla sfera di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, insindacabile dall'adito giudice amministrativo, se non per vizi macroscopici di illogicità, non ravvisabili in mancanza di un'adeguata dimostrazione in tal senso da parte ricorrente, la scelta di un metodo di determinazione dei coefficienti (confronto a coppie) in relazione ad uno singolo elemento qualitativo di valutazione dell'offerta in deroga rispetto al metodo (attribuzione discrezionale diretta da parte dei singoli commissari) riservato agli altri elementi qualitativi.

Le linee guida n. 2 ANAC stabiliscono una preferenza per il metodo del confronto a coppie che evita il ricorso ad attribuzioni di punteggi discrezionali e esime la stazione appaltante dall'onere di motivazione puntuale delle singole votazioni.

Per consolidata giurisprudenza, il punteggio numerico integra di suo una sufficiente motivazione e che, in ipotesi di confronto a coppie, il sindacato giurisdizionale non può entrare nel merito delle valutazioni della Commissione, costituendo in tal caso il punteggio attribuito indice del grado di preferenza riconosciuto alla singola offerta nel raffronto con le altre e, al contempo, adeguata motivazione delle valutazioni sui singoli elementi qualitativi, nondimeno tali affermazioni postulano la previa determinazione di chiari, dettagliati e specifici criteri di valutazione, al fine di consentire la ricostruzione dell'iter decisionale seguito dalla Commissione nonché l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo sulla ragionevolezza e sulla logicità dei giudizi espressi.

La mera valutazione numerica è, infatti, sufficiente per un'adeguata motivazione soltanto se i criteri, sottocriteri e sub-pesi siano stati prefissati in maniera specifica e con un adeguato grado di dettaglio: il che può ritenersi qui avvenuto.

Nella memoria di replica risulta puntualmente spiegato quanto segue : <l'allegato 2 al verbale del 28.4.2017 illustra il procedimento seguito con i punteggi attribuiti durante il confronto a coppie, i relativi coefficienti e il punteggio finale; voce per voce.

a).per la voce a4) servizio prenotazione delle prestazioni specialistiche, l'offerta della Didasko è risultata preferibile perché offre la prenotazione delle prestazioni anche a mezzo telefono , ad esclusione delle ricette rosse, e la disponibilità ad offrire la postazione per la prenotazione delle prestazioni specialistiche alle associazioni di volontariato;

b).voce a6) adozione di sistemi informatici per l'accesso ai servizi offerti dalla AUSL : l'offerta della aggiudicataria è stata preferita perché tra l'altro comprende un totem informatizzato per la consultazione delle banche dati e l'accesso ai servizi sanitari offerti dalla AUSL;

c).voce b1) apertura in fascia orario ulteriore rispetto a quella prevista : la valutazione della aggiudicataria è oggettivamente migliore e nei limiti stabiliti dai criteri della lex specialis;

d). voce e): integrazione tra i servizi della farmacia e i servizi sociali del comune : l'offerta DIDASKO è stata valutata maggiormente soddisfacente e pertinente.

3). Con il terzo motivo la ricorrente lamenta quanto indicato da DIDASKO per la voce A1 in cui ha offerto di consegnare gratuitamente farmaci a domicilio ad alcune categorie disagiate, nelle giustificazioni protocollate il 7.6.2017 si afferma che la consegna dei farmaci avverrà da parte del farmacista (che non ha nel proprio mansionario tale compito).

In replica viene chiarito che i giustificativi prodotti hanno avuto il seguenti oggetto : bilancio della società relativo all'anno 2016; modello IVA anno 2016; scheda spesa per punti di progetto; il cash flow della società anno 2016;

Risulta in atti che i giustificativi sono stati ritenuti congrui perchè entrambe le concessioni presentano un grado di analogia.

La motivazione appare congrua e sufficiente ed appare giustificato il ricorso alla motivazione per relationem.

Infine, sul problema della consegna dei farmaci, nessuna norma impedisce al farmacista di espletare tale servizio.

4). Con il quarto e quinto motivo deduce la illegittimità del bando (per mancata applicazione della previsione di cui all'art. 167 commi 1 e 2) in vista della rinnovazione della gara per accoglimento del motivo sub 1.

Su questo punto si ravvisa una tardività dell'impugnazione.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto.

In ragione delle oscillazioni giurisprudenziali le spese del giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando :

Respinge il ricorso come in epigrafe proposto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

Giuseppe La Greca, Consigliere

L'ESTENSORE
Maria Ada Russo

IL PRESIDENTE
Giancarlo Mozzarelli

IL SEGRETARIO