

N. 01699/2012REG.PROV.COLL.
N. 10183/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10183 del 2011, proposto da:

Microdisegno s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Bardelli, M. Alessandra Bazzani ed Andrea Manzi, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

contro

Azienda ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo, rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Massari ed Ilaria Romagnoli, con domicilio eletto presso l'avv. Ilaria Romagnoli in Roma, via Livio Andronico n. 24;

nei confronti di

Plurima s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Micheloni e Massimo Pallini, con domicilio eletto presso l'avv. Massimo Pallini in Roma, via Prestinari n. 13;

Metodo Multimedia s.a.s.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 01310/2011, resa tra le parti, concernente

AFFIDAMENTO SERVIZIO DEGLI ARCHIVI DI DEPOSITO SANITARI E AMMINISTRATIVI DELLA DURATA 9 ANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo e di Plurima s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2012 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Romagnoli e Micheloni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con atto notificato i giorni 15, 20, 21 e 22 dicembre 2011 e depositato il 21 dicembre 2011 la Microdisegno s.r.l., classificata al terzo posto della graduatoria della gara indetta dall'Azienda ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo per l'affidamento del servizio di gestione degli archivi per nove anni, ha appellato la sentenza 15 settembre 2011 n. 1310 del TAR per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, sezione seconda, non notificata, con la quale è stato respinto il suo ricorso avverso l'aggiudicazione in favore della Plurima s.p.a., nonché dichiarato improcedibile il ricorso incidentale della seconda classificata Metodo Multimedia s.a.s..

A sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- Sull'infondatezza, illogicità, erroneità e difetto di motivazione della sentenza del TAR Lombardia – Brescia n. 1310/2011.

1.1.- Sull'illegittima modifica delle offerte di Plurima e di Metodo.

In violazione dell'art. 5.8 del capitolato, prevedente la gratuità del servizio di smaltimento di materiali cartacei ed altro (tanto che nel modello predisposto dall'Azienda per la formulazione dell'offerta economica per

tale voce era indicato l'importo di € 0,00" con la precisazione "a titolo gratuito"), la prima e la seconda classificata hanno quotato il servizio e, come rilevato dalla commissione di gara, ne hanno incluso i costi nell'offerta economica. Tuttavia la stessa commissione, anziché escluderle, ha ritenuto trattarsi di mero errore materiale e di invitare le ditte alla correzione in conformità alla documentazione di gara espressamente accettata dalle medesime. Entrambe hanno corrisposto esprimendo la volontà di stralciare gli importi e confermare il totale che ne derivava, sicché la commissione rideterminava i punteggi e la graduatoria provvisoria finale, peraltro attribuendo all'appellante il terzo posto anziché il secondo prima assegnato. Con i motivi primo originario e quarto aggiunto Microdisegno esponeva al riguardo che in tal modo si era illegittimamente permesso alle ditte di modificare la propria offerta economica, ma il primo giudice, sulla base di una richiamata pronuncia del TAR per il Lazio di cui si è limitato a far applicazione, ha ritenuto versarsi nell'ipotesi di errore materiale facilmente riconoscibile, la cui correzione era doverosa e non comportante modifica dell'offerta, senza tener conto della violazione della disposizione di capitolato circa le modalità di presentazione dell'offerta, preordinata a garanzie sostanziali ed essenziali al proficuo svolgimento della gara, e che non sussisteva mero errore materiale, il quale, diversamente che nella specie, può ravvisarsi solo quando siano pacificamente desumibili dal restante contenuto dell'offerta e quindi consentano alla commissione di ricostruire la volontà dell'offerente mediante semplice operazione logico-matematica non implicate alcuna sostituzione o innovazione con conseguente non necessità di conferme.

Col quinto motivo aggiunto era sostenuto che Metodo Multimedia avrebbe dovuto essere esclusa per aver offerto quantitativi inferiori al quanto previsto nella *lex specialis* per le voci 6, 7 e 12 e l'illegittimità della richiesta alla medesima, da parte dell'Amministrazione, non solo di stralciare la

quota di costo dello smaltimento, ma anche di confermare i quantitativi in parola, in violazione della lettera d'invito laddove stabiliva la non ammissione delle offerte modificanti la proposta dell'Amministrazione stessa ovvero prive, anche parzialmente, dei requisiti minimi prescritti. Il TAR ha disatteso tali censure in base al principio secondo cui, quando l'offerta è espressa in termini di prezzi unitari, questi sono gli unici a dover essere considerati fissi e immutabili e la p.a., effettuati gli opportuni controlli, deve correggere eventuali errori di calcolo. Tale argomento non tiene conto delle puntuali prescrizioni della lettera d'invito e del divieto di modifica delle offerte di cui innanzi. Peraltro, la p.a. avrebbe dovuto chiedere alla ditta non di confermare la volontà di offrire l'importo frutto di computazione su quantità inferiori, ma di rettificare il prezzo offerto in relazione alle quantità errate con il prodotto della moltiplicazione tra prezzi unitari e quantità corrette.

1.2.- Sull'illegittima attribuzione a Microdisegno del punteggio zero in relazione al criterio "possesso della certificazione BS 7799/ISO 27001:2005".

In via gradata, ella aveva dedotto violazione degli artt. 83, 43, 2 e 46 del codice dei contratti in relazione all'immotivato punteggio zero su sei attribuite, peraltro senza esercitare il c.d. "dovere di soccorso", per il non ancora posseduto elemento in rubrica (dapprima previsto come requisito di ammissione) in base alla possibilità, più volte riconosciuta dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e confermata dalla stazione appaltante nella *lex specialis* di gara, di considerare *ex cit.* artt. 43 ss. le "misure equivalenti" alla certificazione da essa attuate ed illustrate nella propria offerta tecnica. Al riguardo, erroneamente il TAR ha ritenuto che le prove equivalenti fossero previste solo per la certificazione di qualità, mentre nella specie si trattava di certificazione di sicurezza; va infatti tenuto conto che, secondo i principi di derivazione comunitaria di non discriminazione, massima

partecipazione e *par condicio* di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, il sistema *de quo* è caratterizzato dall'alternatività delle prove.

1.3.- Sull'illegittimo trasferimento del possesso della certificazione ISO 27001:2005 da requisito di partecipazione a criterio di valutazione.

In relazione a tale migrazione ella deduceva violazione degli artt. 43 e ss. del d.lgs. n. 153 del 2006. Il TAR ha ritenuto inammissibili tali censure per carenza di interesse, posto che la mancanza della certificazione (e la sua insostituibilità) avrebbe comportato la sua esclusione. Ma l'ammissibilità delle misure equivalenti supera il rilievo e, d'altra parte, era evidente il suo interesse al rifacimento dell'intera procedura. Nel merito le stesse censure devono ritenersi fondate alla stregua del principio del divieto di inserire elementi soggettivi, concernenti la capacità tecnica, tra i criteri oggettivi di valutazione delle offerte.

1.4.- Sulla mancata indicazione dei valori/prezzi in lettere nell'offerta di Metodo.

La doglianza in parola è stata respinta osservandosi che Metodo aveva indicato anche in lettere l'importo totale e la *lex specialis* non commina l'esclusione per l'ipotesi in esame. Tuttavia il primo giudice non ha considerato che la norma di cui all'art. 4.1 della *lex specialis*, nel richiedere l'espressione dei valori/prezzi in cifre ed in lettere, non lascia spazio a diversa interpretazione da quella secondo cui l'offerta mancante di indicazione in lettere deve ritenersi incompleta, quindi da escludere.

2.- Sul subentro di Microdisegno nel contratto.

L'accoglimento delle contestazioni svolte in via principale comporta il subentro dell'istante nel contratto novennale del 23 dicembre 2010, da dichiarare inefficace sussistendone i presupposti.

Con memoria del 25 gennaio 2012 l'appellante ha insistito nelle proprie tesi e richieste.

In data 2 febbraio 2012 Plurima s.p.a. ha depositato memoria di

costituzione. Il 7 seguente l'Azienda Ospedaliera si è costituita in giudizio. All'odierna udienza pubblica, nel corso della quale le appellate hanno chiesto la pubblicazione del dispositivo, l'appello è stato introitato in decisione.

DIRITTO

Com'è esposto nella narrativa che precede, si controverte della gara, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta con procedura ristretta accelerata dall'Azienda ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo per l'affidamento del servizio di gestione degli archivi per la durata di nove anni a decorrere dall'aggiudicazione.

L'attuale appellante Microdisegno si è classificata al terzo posto, preceduta da Plurima (primo posto) e Metodo Multimedia (secondo posto), della graduatoria definitiva approvata con deliberazione 18 agosto 2010 n. 1061 e confermata con nota 31 agosto 2010 n. 32133, entrambe impugnate in primo grado, unitamente agli atti connessi, da Microdisegno.

Il capitolato speciale d'appalto, richiamato nella lettera d'invito, all'art. 5.8 pone a carico della ditta affidataria del servizio lo "smaltimento dei materiali cartacei e delle altre tipologie ...", precisando che "tale servizio non darà adito a costi per l'Azienda". Al successivo art. 16.10, in tema di fatturazione e pagamenti, nella tabella relativa alle modalità di fatturazione è ribadito per lo smaltimento che "L'attività non comporta oneri per l'Azienda".

All'art. 4.1, concernente la descrizione del contenuto delle buste che il concorrente deve produrre in gara, la lettera d'invito richiede la formulazione dell'offerta economica utilizzando preferibilmente l'allegata "scheda offerta economica", in cui in corrispondenza della voce "14 Smaltimento" è prestampato "€ 0,00" nelle colonne relative al prezzo unitario in cifre, al prezzo totale annuo ed al prezzo totale per nove anni. Richiede inoltre, tra l'altro, l'indicazione del costo complessivo del servizio

risultante dalla compilazione delle singole voci e specifica che “Ai fini dell’attribuzione del punteggio economico e dell’aggiudicazione, verrà considerato unicamente il costo complessivo del servizio (IVA esclusa) che il concorrente dovrà indicare nella ‘Scheda Offerta Economica’ (Allegato 2 al presente regolamento)”.

E’ accaduto che Plurima e Metodo Multimedia hanno quotato la voce “14 Smaltimento” nelle rispettive schede, evidentemente rimuovendo le indicazioni predisposte dall’Amministrazione ed inserendo in loro luogo il prezzo unitario in cifre e (la sola Plurima) in lettere, il prezzo annuo e quello totale per i nove anni, nonché includendone l’importo nel prezzo complessivo dell’offerta.

Nella seduta del 4 agosto 2010 la commissione amministrativa di gara ha prima formulato una graduatoria provvisoria sulla scorta dei punteggi tecnici ed economici, questi ultimi in base al prezzo complessivo di € 1.826.842,59 per Metodo Multimedia e di € 2.392.420,20 per Plurima, collocando Plurima al primo posto, Microdisegno al secondo e Metodo Multimedia al terzo; poi, nel verificare nel dettaglio le offerte economiche, ha rilevato per Metodo Multimedia: “Offerta economica comprendente i costi dello smaltimento e con quantitativi dei singoli prodotti errati”; e per Plurima: “Offerta economica comprendente i costi dello smaltimento”. Per Microdisegno come per l’altra concorrente ha invece dato atto della correttezza dell’offerta.

Ha però considerato, quanto ai predetti rilievi, che “ragionevolmente si tratta di meri errori materiali” ed ha perciò ritenuto di “inviare ad entrambe le ditte (...) una comunicazione con la quale le si invita a rispettare i contenuti di capitolato che in sede di presentazione della documentazione amministrativa hanno esplicitamente dichiarato di accettare firmando per accettazione la documentazione di gara, fermo il fatto che se tali ditte non accettano tali condizioni verranno escluse dalla presente procedura e si

procederà alla formulazione di una nuova graduatoria provvisoria”.

Ripresa la seduta, la commissione ha dato atto dell'inoltro alle concorrenti dell'invito e del riscontro delle medesime, con cui è stato “confermato il mero errore materiale” nonché “confermato l'offerta corretta pari a” € 2.388.595,20 per Plurima ed € 1.816.897,59 per Metodo Multimedia. In base a tali ultimi importi ha riformulato la graduatoria, collocandovi Plurima al primo posto, Metodo Multimedia al secondo e Microdisegno al terzo.

Ciò posto, la Sezione osserva che, in realtà, nessun mero errore materiale è configurabile nella specie, trattandosi invece di univoca manifestazioni di volontà da parte delle due concorrenti, rappresentata nelle rispettive offerte economiche, in espressa modifica delle condizioni di gara fissate dalla stazione appaltante; stazione appaltante che, a sua volta, ha altrettanto modificato dette offerte economiche, sostituendo con altri i dati in esse contenuti e rideterminandone l'importo finale, essenziale ai fini del relativo punteggio e dell'aggiudicazione; fatto, questo, che si è riflesso sulla posizione di graduatoria dell'attuale appellante.

In altri termini, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, non si è trattato di doverosa correzione di errore materiale caratterizzato da assoluta evidenza, emendabile con mera operazione matematica, bensì della riformulazione della stessa offerta per ricondurla a conformità rispetto alla *lex specialis* di gara.

Tanto non può ritenersi consentito, essendo ben noto il principio, pienamente condiviso dalla Sezione, secondo cui sussiste il divieto per l'amministrazione, sia a seguito di dichiarazioni correttive del partecipante, sia in conseguenza della sua attività interpretativa volta a riscontrare la reale volontà dell'offerente, di sottoporre l'offerta ad operazioni manipolative e di adattamento non previste nella *lex specialis* della procedura, restando altrimenti violata la *par condicio* dei concorrenti e l'affidamento da essi

riposto nelle regole di gara per modulare la rispettiva offerta economica, nonché il principio di buon andamento dell'azione amministrativa in quanto la procedura ne risulterebbe caratterizzata da incertezze, oltretutto con evidente nocimento della trasparenza (cfr., in tal senso, Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2011 n. 1299, 17 maggio 2006 n. 2884 e 16 febbraio 2005 n. 491, richiamate dall'appellante).

Infine, è chiaro che, in tale ottica, si rende inapplicabile il principio del *favor participationis*, recessivo a fronte della necessità di assicurare effettività agli altri principi indicati appena sopra.

Per le considerazioni sin qui esposte l'appello merita di essere accolto alla stregua del primo motivo di gravame, concernente gli aspetti di cui innanzi, e con assorbimento di ogni altra doglianza non trattata.

Ne deriva la riforma della sentenza appellata nel senso dell'accoglimento del ricorso di primo grado. Ciò comporta l'annullamento degli atti impugnati, nonché, tenuto conto della durata del contratto che è scaturito dall'illegittima aggiudicazione e del conseguente stato di esecuzione, la dichiarazione d'inefficacia del medesimo contratto, con obbligo dell'Azienda di procedere, prelieve verifiche di rito, all'aggiudicazione della gara in favore dell'appellante ed al suo subentro, come da espressa domanda di Microdisegno formulata in primo grado e ribadita in questa sede.

Tuttavia, nella peculiarità della vicenda si ravvisano ragioni affinché possa essere disposta la compensazione tra le parti delle spese di entrambi i gradi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, accoglie il ricorso di primo grado, annulla gli atti impugnati, dichiara inefficace il contratto intervenuto tra l'Azienda ospedaliera Ospedali Riuniti di Bergamo e Plurima s.p.a. ed il conseguente l'obbligo

della stessa Azienda di procedere, preve verifiche di rito, all'aggiudicazione della gara in favore dell'appellante ed al suo subentro.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)