

N. 00688/2013REG.PROV.COLL.
N. 05140/2012 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 n. 5140/2012 RG, proposto dalla Azienda ospedaliera della provincia di Lodi – AOL, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto in Roma, via di Ripetta n. 142,

contro

la Ingegneria Biomedica Santa [Lucia](#) s.p.a., corrente in Gragnano Trebbiense (PC), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, appellante incidentale, rappresentata e difesa dall'avv. Ernesto Stajano, con domicilio eletto in Roma, via Sardegna n. 14 e

nei confronti di

Tecnologie Sanitarie s.p.a., corrente in Roma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria dell'ATI costituita con la Prima Vera s.p.a., appellante incidentale, rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto in Roma, via Sabotino n. 2/A,

per la riforma

della sentenza del TAR Lombardia – Milano, sez. I, n. 1494/2012, resa tra le parti e concernente l'affidamento, da parte dell'AOL, del servizio per la gestione e la manutenzione di apparecchiature elettromedicali e ad alta tecnologia per le strutture aziendali;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c. 10, c.p.a.;

Relatore all'udienza pubblica del 7 dicembre 2012 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati Andrea Manzi (su delega dell'avv. Ferrari), Clarizia (su delega dell'avv. Stajano) e Vulpetti;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con deliberazione n. 887 del 22 ottobre 2010, il Direttore generale dell'Azienda ospedaliera della provincia di Lodi – AOL ha indetto una procedura aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa attraverso il confronto a coppie, per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e ad alta tecnologia presso le strutture aziendali (comprensivo del servizio di sviluppo ed implementazione delle dotazioni in ausilio alle attività cliniche colà erogate), per una durata di nove anni e per un importo complessivo a base d'asta pari a € 19.800.00,00, oltre IVA.

A tal procedura ha inteso partecipare, tra le altre imprese, pure la Ingegneria Biomedica Santa Lucia – IBSL s.p.a., corrente in Gragnano Trebbiense (PC), quale capogruppo mandataria dell'ATI con la Carlino s.p.a., proponendo rituale offerta. In esito alla gara, è risultata aggiudicataria definitiva l'ATI tra la Tecnologie Sanitarie – TS s.p.a., corrente in Roma (capogruppo mandataria) e la Prima Vera s.p.a., il cui provvedimento è stato comunicato all'ATI IBAL con nota prot. n. 7236 del

3 agosto 2011. Detta ATI ha allora chiesto alla stazione appaltante, in una con la comunicazione della informativa ex art. 243-bis del Dlg 12 aprile 2006 n. 163, un suo intervento in autotutela, ma senza alcun esito.

2. – Dal che l'adizione del TAR Milano, da parte di detta ATI, con il ricorso n. 2611/2011 RG, affidato a sei motivi d'impugnazione contro la *lex specialis* (bando, disciplinare e CSA), l'aggiudicazione definitiva, i verbali della procedura, la nomina del seggio di gara ed il diniego tacito di autotutela.

L'adito TAR, con la sentenza n. 1494 del 31 maggio 2012, ha anzitutto disatteso le preliminari eccezioni d'inammissibilità del citato ricorso, proposte con il gravame incidentale dell'ATI TS. Nel merito, il TAR, respinti tutti gli altri, ha accolto il solo secondo motivo d'impugnazione, nella parte in cui esso ha censurato l'insufficiente motivazione espressa con il mero punteggio numerico, con il quale sono state manifestate le preferenze relative alla comparazione reciproca delle offerte mercè il confronto a coppie. Il TAR non ha però pronunciato pure l'annullamento dell'aggiudicazione della gara, stante la necessità dell'integrazione della motivazione da parte del seggio di gara su siffatte preferenze. Né è stata dichiarata neppure l'inefficacia del contratto nel frattempo stipulato, perché la sentenza ha ritenuto, ai fini della domanda risarcitoria eventualmente proponibile dalla ricorrente in altra sede, la pronuncia dichiarativa ex art. 34, c. 4, c.p.a. dell'illegittimità dell'atto impugnato.

3. – Appella allora l'AOL, deducendo in punto di diritto, contestando: A) – il rigetto delle citate eccezioni preliminari di inammissibilità; B) – con dovizia di particolari, l'accoglimento sul preteso difetto di motivazione resi dal seggio di gara; C) – la ridefinizione *ex novo* e d'ufficio il *petitum* della domanda risarcitoria attorea; D) – la condanna alla rifusione delle spese del giudizio di primo grado; E) – l'erroneità della sentenza ove rigetta, con motivazione non condivisibile e da riformare in base ad una diversa

interpretazione, il motivo di primo grado circa la composizione del seggio di gara.

Resiste in giudizio l'ATI appellata, che propone altresì impugnazione incidentale autonoma contro la sentenza stessa, laddove ha respinto gli altri sette motivi di primo grado. Anche l'ATI TS s'è costituita nel presente giudizio e presenta a sua volta un gravame incidentale per ribadire i motivi d'inammissibilità del ricorso di primo grado.

Alla pubblica udienza del 7 dicembre 2012, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

4. – Vanno esaminate, per evidenti ragioni di pregiudizialità, i motivi d'appello incidentale dell'ATI TS e le (d'identico contenuto) eccezioni preliminari d'inammissibilità del ricorso di primo grado, sollevate dall'appellante principale, ma devono essere rigettati.

In particolare, non può esser condiviso l'argomento, posto dall'appellante AOL, circa l'onere di immediata impugnazione della *lex specialis*. Invero, tale eccezione è connessa al fatto che l'ATI IBSL si duole dell'omessa indicazione *a priori* dei criteri selettivi per guidare l'assegnazione delle preferenze nel confronto a coppie. Ma ciò non costituisce certo una clausola ad effetto preclusivo immediato della partecipazione di tale ATI, risolvendosi piuttosto nella censura di un'omissione che rende difficile la comprensione delle ragioni d'ogni preferenza in ciascun confronto a coppie. In tal modo, quindi, si sottopone l'offerta, in sé del tutto possibile sotto profilo materiale, ad una non accettabile arbitrarietà, eliminabile, peraltro solo *ex post*, con uno stringente obbligo, per il seggio di gara, di motivazione non meramente numerico.

Per il resto, i motivi del gravame incidentale non hanno pregio a partire da quello sulla pretesa non conformità della dichiarazione dell'ATI IBSL sull'elenco dei servizi da fornire.

Tal dichiarazione, oltre ad essere conforme allo schema ex art. 7 del

capitolato speciale, in sostanza elenca tutti detti servizi, pure le prestazioni essenziali richieste dal CSA e reputate omesse (cfr. l'elenco a pag. 15 del gravame ATI TS). In particolare, per un verso, l'elenco dei servizi indicati dall'ATI IBSL replica quello di cui all'art. 7, lett. a)/i) del capitolato, mentre i servizi cui si riferisce l'ATI TS non sono prestazioni autonome dedotte in appalto, bensì elementi od operazioni contenute nei servizi da offrire. In disparte la voce *prestazioni aggiuntive*, cui si riferisce l'art. 24 del CSA e che s'invera in una mera disponibilità al miglioramento qualitativo dei servizi e senza ulteriori oneri per la stazione appaltante, afferisce alla gestione integrata del parco apparecchiature, alcune delle cui operazioni sono peraltro la gestione informatizzata dei dati, gli spostamenti di apparecchi e attrezzature, il loro noleggio, il supporto tecnico su richiesta la supervisione ed il controllo ed il supporto di formazione ed aggiornamento del personale.

Per altro verso, come la gestione delle ottiche rigide e flessibili (art. 8-quinquies CSA) è una delle possibili specificazioni materiali della manutenzione correttiva (art. 7), così l'analisi dell'inquinamento gas anestetici nelle sale operatorie e la taratura appartengono alle verifiche di sicurezza e nei controlli funzionali.

Rettamente dunque il TAR precisa come l'offerta tecnica dell'ATI IBSL, nella misura in cui ha in più punti manifestato la propria accettazione di tutte le previsioni del CSA, contenga l'impegno ad eseguire tutte le prestazioni previste dal CSA, ancorché contenute in ciascuna prestazione aggregata.

È solo da rammentare, in conclusione, che non si possono imporre alle imprese partecipanti ad una gara ad evidenza pubblica obblighi di dichiarazione solenni ed ulteriori rispetto alle esigenze della procedura stessa e conformi a legge, né su elementi impliciti, o non evincibili dall'oggetto dell'appalto in base alla piana lettura della *lex specialis* con

un'interpretazione di buona fede.

Ciò posto, trattandosi nella specie d'un appalto di servizi, ai fini della corrispondenza tra quote di partecipazione all'ATI e quote di qualificazione soccorre l'art. 275, c. 2 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207, laddove rinvia alle determinazioni contenute nella *lex specialis* (nel caso in esame, nell'art. 2, c. 10 del disciplinare di gara) la regolazione concreta della fattispecie. E Tanto ancor più se si considera che la *lex specialis* non ha fissato una soglia minima di fatturato per le imprese mandanti, all'uopo stabilendo che tal requisito fosse dimostrabile da tutti i soggetti raggruppati nel loro insieme. Resta ovviamente fermo l'obbligo ex art. 37, c. 13 del Dlg 163/2006 (svolgimento del servizio nella medesima quota di partecipazione all'ATI), ma anche questo è stato adempiuto dall'ATI IBSL.

È materialmente vera la mancanza, in capo alla mandante Carlino s.r.l., dell'abilitazione professionale ex DM 37/2008 (impiantistica elettrica), ma si tratta d'un dato non espressamente richiesto quale requisito di partecipazione alla gara, al più e se del caso venendo in evidenza solo in fase d'esecuzione del contratto. Corretta è poi la dichiarazione ex art. 38 del Dlg 163/2006, resa da detta mandante con l'apposizione della clausola «*per quanto a mia conoscenza*» (arg., per tutti, ex Cons. St., IV, 27 giugno 2011 n. 3862; id., V, 30 giugno 2011 n. 3926; id., 2 marzo 2012 n. 1646), essendo il dichiarante responsabile per i fatti notori e pacifici (cfr. Cons. St., IV, 12 luglio 2011 n. 4206). Infine, è corretta la statuizione del TAR laddove indica che l'offerta tecnica dell'ATI IBSL debba esser valutata ed intesa, anche alla luce delle dichiarazioni di suo impegno negoziale, nel suo complesso e, quindi, giudicata congrua in ragione dell'effettiva conformità di essa all'oggetto del contratto, ogni altra imprecisione appalesandosi irrilevante se non tale da rendere incomprensibile, manifestamente contraddittoria o in tutto o in parte ineseguibile la prestazione.

5. – Non a diversa conclusione il Collegio perviene con riguardo all'appello

incidentale autonomo presentato dall'ATI IBSL, il quale ribadisce i motivi correttamente respinti dal TAR.

5.1. – In particolare, il Collegio osserva che il bando ha consentito agli offerenti un buon margine per definire il numero e la tipologia di apparecchiature da fornire in sostituzione o in implementazione del parco esistente. Tanto, però, perché l'AOL ha manifestato la necessità di acquisire dalle imprese offerenti l'analisi di produttività ed efficienza del parco apparecchiature, anche in una prospettiva evolutiva futura e, quindi, d'ottenerne la proposta d'un piano d'aggiornamento.

Allora non può essere ritenuta vaga o illegittima la formulazione dell'oggetto dell'appalto in termini non stringenti in ogni singolo particolare, ancorché non possa sfuggire come, ad una sua serena lettura, il capitolato prestazionale già di per sé s'appalesi articolato e minuzioso nella descrizione disaggregata delle macroprestazioni richieste.

Soccorre al riguardo l'art. 34, c. 1, lett. c), n. 3) del CSA, laddove indica le specifiche tecniche più appropriate in rapporto alle esigenze poste dal medesimo capitolato e, comunque, non inferiori alle specifiche di qualità minima inderogabile di cui all'All. n. 1), sez. D. Se, quindi, ogni offerta tecnica, compresa, come s'è visto dianzi, quella dell'appellante incidentale, è da valutare nel suo complesso, come insieme ordinato di beni e servizi da progettare e prestare, su questo medesimo complesso e non su ogni singolo suo aspetto va effettuato il confronto per ciascuna coppia possibile di partecipanti. Di questo d'altra parte l'appellante è ben consapevole, giacché nel ricorso di primo grado ebbe a chiarire che «... *l'offerta tecnica richiesta alle partecipanti consisteva... per gran parte in un progetto di "sviluppo" del parco delle attrezzature destinate alla diagnostica per immagini dell'AOL (così l'art. 34, comma 1, lett. c) del capitolato) ...*».

Né può ora la medesima appellante incidentale dolersi del fatto che, così facendo, in fondo la gara non avesse i caratteri formali e sostanziali del

concorso di progettazione, e non tanto perché questa censura è proposta solo in questa sede. Invero, non manifestamente irrazionale è l'opzione della stazione appaltante verso un sistema di valutazione premiale della qualità delle proposte, con particolare riferimento alla capacità delle imprese di proporre soluzioni efficacemente innovative, di procedura e di prodotti. E che si tratti d'una valutazione tutt'altro che arbitraria non par dubbio, sol che si pensi al riferimento del CSA alla capacità delle apparecchiature di integrarsi con le dotazioni già esistenti in Azienda, all'affidabilità dei loro produttori (soprattutto in termini di rete di assistenza e di reperimento di parti di ricambio), alla loro diffusione presso altre strutture del SSN.

Ha poi ben individuato il TAR la criticità dell'argomento dell'ATI IBSL, riproposto in sede d'appello incidentale, per cui la libertà d'offerta, anche dal punto di vista progettuale, non resta certo elisa o sminuita, perché la scelta finale del fornitore definitivo delle apparecchiature va compiuta non solo d'intesa con la stazione appaltante, ma in base alla terna di produttori indicata da ciascun offerente e, quindi, sulla scorta delle scelte progettuali che questi hanno compiuto nel proporre la terna stessa.

5.2. – Parimenti da respingere è il motivo d'appello sulla nomina di commissari esterni utili alla bisogna, una volta che la stazione appaltante abbia verificato, in relazione alle esigenze dianzi descritte quali presupposti di acquisizione del servizio oggetto di gara, l'assenza di tutte le professionalità acconce a tal scopo tra i propri dipendenti in servizio.

Va disattesa anche la censura sull'omessa copertura finanziaria dell'appalto da parte dell'AOL, in quanto quest'ultima va indicata non già nell'atto che indice la procedura —il quale, al più e come in effetti è avvenuto, reca l'onere per il relativo svolgimento—, bensì in quello di aggiudicazione definitiva ed in base al reale importo a carico dell'Azienda appaltante, cosa, questa, che appunto si legge nella deliberazione n. 694 del 2 agosto 2011.

Infondata è poi la censura sull'omessa autotutela da parte dell'AOL, che è facoltà e non obbligo della stazione appaltante a fronte del preavviso di ricorso.

5.3. – Se speciosa appare poi la questione in seduta aperta delle buste contenenti l'offerta tecnica —che non ha menomato i poteri di loro valutazione spettanti al seggio di gara—, giova rammentare che, stante il generale obbligo di custodia dei documenti di una gara pubblica da parte della stazione appaltante, lo stesso si deve intendere assolto con l'adozione delle ordinarie garanzie di conservazione degli atti amministrativi, tali da assicurare la genuinità ed integrità dei relativi plichi.

La doglianza dell'appellante incidentale s'incentra sul fatto che le buste contenenti le offerte tecniche non furono adeguatamente sigillate dal RUP, ancorché egli le custodite in un apposito armadio chiuso. Ciò, nondimeno, s'appalesa irrilevante, sia perché l'armadio è in sé quell'unico contenitore della documentazione di gara, prescritto dall'art. 9 del disciplinare di gara ai fini di tal custodia; sia perché l'appellante incidentale non riesce a dedurre alcun elemento concreto e specifico contro l'individuazione di siffatto contenitore, da cui evincere almeno un serio e ragionevole dubbio che si possa esser verificata la sottrazione o la sostituzione dei medesimi plichi, la manomissione delle offerte o un altro fatto rilevante al fini della regolarità della procedura (arg. ex Cons. Stato, III, 2 agosto 2012 n. 4422; id., 21 settembre 2012 n. 5050).

Non sfugge al Collegio che tal argomento potrebbe per certi versi tradursi in una sorta di *probatio diabolica* in capo all'offerente che si assuma lesa da comportamenti anomali della stazione appaltante, visto che essa, nelle gare di appalto, ha la piena disponibilità e l'integrale responsabilità della conservazione degli atti di gara, cui in corso del procedimento l'interessato non può subito accedere, giusta quanto stabilito dall'art. 13, c. 2 del Dlg 163/2006.

Allora spetta ad essa l'onere di dimostrare, ma solo a fronte di una seria e non emulativa allegazione presuntiva dell'interessato circa l'effetto di non genuinità degli atti stessi e fermo il diritto d'accesso, di dar idonea contezza dell'efficacia dei metodi di custodia in concreto adoperati, a tal fine dimostrandola non solo con il verbale (che di per sé ha fede privilegiata), ma pure con ogni idoneo mezzo di prova. Poiché nella specie l'allegazione dell'appellante incidentale non pare dimostrare almeno un serio principio di prova della non genuinità in concreto del materiale esaminato dal seggio di gara, se ne può, forse, stigmatizzare un comportamento superficiale almeno nelle indicazioni di conservazione del materiale stesso. Ma non v'è ragione reale di dubitare della correttezza delle operazioni svolte, né tampoco dell'esattezza della sentenza del TAR sul punto.

6. – Venendo al merito dell'appello principale e riducendone il contenuto all'essenziale, secondo il TAR il punto critico del confronto a coppie per l'appalto in esame consiste nella necessità, a causa dell'assenza di parametri tecnico-valutativi *a priori*, per il seggio di gara d'esplicitare le ragioni della preferenza di volta in volta accordata alle soluzioni progettuali nella comparazione reciproca delle offerte, senza esprimerle solo in forma numerica.

Una precisazione preliminare è opportuna: il confronto a coppie prevede che ciascun elemento qualitativo dell'offerta sia valutato mediante la determinazione di coefficienti all'interno di una tabella triangolare, nella quale le offerte di ogni concorrente sono confrontate a due a due e con l'indicazione per ogni coppia, da parte di ciascun componente il seggio di gara, dell'elemento preferito, all'uopo attribuendo un punteggio, in una scala crescente da 1 a 6, che esprime il livello di preferenza di volta in volta accordata. Né sfugge al Collegio che anche così permane un irriducibile nucleo di apprezzamenti tecnici, il quale, tuttavia, non è un *proprium* esclusivo (e, dunque, in vario modo correggibile con la prefissione in bando

di criteri e conseguenti punteggi) del confronto a coppie. Si tratta, piuttosto d'un fenomeno tipico d'ogni giudizio basato sia su dati tecnico-scientifici abbastanza fermi allo stato dell'arte, sia su valutazioni opinabili (p.es., circa la convenienza economica e patrimoniale della conduzione di certi microservizi, ecc.) o probabilistiche (p.es., circa le linee di tendenza evolutiva di taluni servizi, in sé o rispetto ad altri, ecc.).

A tal riguardo, il TAR è consapevole degli arresti di questo Consiglio e, in particolar modo, di come è inteso il funzionamento del confronto a coppie: una volta accertata la correttezza dell'applicazione di tal metodo e ove non si e ne dimostri l'uso irrazionale o erroneo, non residua altro spazio per lo scrutinio di questo collegio nel merito, *recte* sulla ragionevole esattezza dei singoli apprezzamenti e dei conseguenti voti numerici assegnati (cfr., p.es., Cons. St., V, 28 febbraio 2012 n. 1150). Il TAR non li condivide, ma, come bene afferma l'appellante principale, tal metodo è così già altamente oggettivizzante, perché esso esprime una valutazione non già assoluta e secca, bensì relativa delle offerte, finalizzata ad individuare quella che, in raffronto con le altre appare migliore. Né esso implica un giudizio transitivo tra le offerte, essendo invece imperniato su una serie di distinte e autonome valutazioni di ogni offerta con ciascuna delle altre, sì da pervenire ad un giudizio globale dell'offerta, che è poi la risultante delle preferenze da essa riportate rispetto a quelle sulle altre offerte. Sicché il giudizio *de quo* di ogni offerta è indicata dal totale dei punteggi attribuiti per tutti e ciascun singolo elemento posto in comparazione, su una scala di valori data (anzi, predefinita dalla legge) e, quindi, la motivazione è già nella preferenza sì manifestata con uno dei numeri della scala stessa e non abbisogna né di criteri direttivi ulteriori rispetto a quelli già dati dalla norma, né di motivazioni logico-argomentative *ex post* sui coefficienti assegnati.

Insomma, la preferenza, se è arbitraria o erronea, va confutata per la sua

intrinseca ed evidente irragionevolezza, non certo per come la conforma il metodo del confronto a coppie, per la virtuosa motivazione della quale, dunque, vige la regola della sufficienza dell'espressione numerica. Se è erroneo, ingiusto, incongruo o arbitrario il dato introdotto nel confronto, questo e solo questo vizio è deducibile sul confronto a coppie, non potendosi esigere da questo Giudice altro tipo di sindacato sulla motivazione. Poiché nella specie, non v'è stata una confutazione puntuale e specifica circa un uso distorto del metodo stesso, sulla superiorità manifesta del progetto dell'ATI IBSL o sulla pari incongruenza della superiorità accertata a favore delle altre imprese, si sarebbe dovuto respingere il ricorso di primo grado anche sotto questo aspetto.

7. – In definitiva, l'appello principale va accolto nei termini fin qui esaminati e senza necessità di ulteriore disamina delle altre censure, ma la complessità della vicenda e giusti motivi suggeriscono l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 5140/2012 RG in epigrafe, respinge i due appelli incidentali ed accoglie quello principale e, per l'effetto ed in parziale riforma della sentenza impugnata, rigetta integralmente il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 7 dicembre 2012, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2013

IL SEGRETARIO

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