

N. 01927/2014REG.PROV.COLL.
N. 06272/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 6272 del 2013, proposto da:
Vitalaire Italia S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Raffaele Izzo
e Diego Vaiano, presso il cui studio ha eletto il domicilio in Roma,
Lungotevere Marzio, 3;

contro

Agenzia Intercent - Er, Agenzia Regionale di Sviluppo dei Mercati
Telematici, rappresentata e difesa dagli avv.ti Aristide Police e
Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso il primo di essi in
Roma, piazza Adriana,20;

Regione Emilia Romagna, in persona del Presidente *pro tempore*, non
costituita nel presente giudizio;

nei confronti di

Medicair Centro S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Stefano

Soncini e Gabriele Di Paolo, con domicilio eletto presso il secondo di essi in Roma, viale Liegi 35/B;

Sapio Life S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. ti Francesco Castiello, Emanuela Persichetti e Maria Rosaria Ambrosini, con domicilio eletto presso il primo di essi in Roma, via Giuseppe Cerbara, 64;

Vivisol S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - BOLOGNA: sezione I n. 472/2013, resa tra le parti, concernente la procedura aperta per la fornitura di miscele nutrizionali per via enterale

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia Intercent - Er, Agenzia Regionale di Sviluppo dei Mercati Telematici, Medicaire Centro S.r.l. e di Sapio Life S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2014 il Cons. Hadrian Simonetti, uditi per le parti gli Avvocati Vaiano, Masini su delega di Police, Napolitano su delega di Di Paolo e Ambrosini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Intercenter, Agenzia della Regione Emilia Romagna per lo

sviluppo dei mercati telematici, ha indetto una procedura aperta, divisa in numerosi lotti, per la fornitura di miscele nutrizionali per via enterale e di supporti nutrizionali orali destinati ad ospedali e strutture convenzionate, nonché per il c.d. service di nutrizione enterale, il tutto per la durata di anni tre.

1.1. La procedura relativa ai lotti 41, 42 e 43, avente come oggetto specifico il service di nutrizione enterale riguardante il trasporto dei prodotti nutrizionali direttamente al domicilio dei pazienti (v. capitolato tecnico 3.1), e per la quale il criterio di aggiudicazione era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (40 punti per la parte tecnica e 60 per quella economica), ha registrato la partecipazione di quattro concorrenti e, all'esito, è stata aggiudicata a Sapiro Life, sui lotti 41 e 43 e a Medicaire sul lotto 42, dopo che entrambe dette società erano state sottoposte a verifica di anomalia con esito positivo.

2. L'odierna appellante, precedente gestore di uno dei tre lotti, classificatasi al quarto posto nel lotto 41 e al terzo nei lotti 42 e 43, ha impugnato le relative aggiudicazioni lamentando la mancata esclusione dei concorrenti che la precedono in graduatoria, con particolare riferimento all'incongruità delle loro offerte e, nel caso di Sapiro Life, anche all'assenza di alcuni dei requisiti di partecipazione richiesti dalla legge di gara, assumendo che dalla esclusione di detti concorrenti sarebbe derivata l'aggiudicazione in proprio favore dell'intera procedura. In via subordinata ha chiesto inoltre

l'annullamento e la rinnovazione della gara, sul presupposto che la valutazione delle offerte tecniche fosse stata nell'insieme inattendibile.

3. Il Tar, rilevato preliminarmente come la stazione appaltante avesse verificato la congruità delle offerte delle sole prime classificate e come la ricorrente non fosse arrivata seconda su nessun lotto, ha dichiarato il ricorso inammissibile, sul presupposto che, al lume dell'art. 34, co. 2, c.p.a., il giudice amministrativo non possa sindacare l'anomalia di un'offerta non ancora sottoposta a verifica dall'amministrazione. Ha invece respinto il ricorso, esaminandolo quindi nel merito, in ordine ai motivi concernenti altre cause di esclusione dei concorrenti, legate alla dedotta violazione degli artt. 38 e 118 del Codice dei contratti.

4. Con il presente appello Vitalaire, argomentando in premessa sulla propria legittimazione al ricorso, censura la pronuncia di inammissibilità e ribadisce, nel merito, come le offerte dei concorrenti che la precedono siano incongrue e nell'insieme inattendibili, come tali, da escludere.

4.1. Con riferimento tanto all'offerta di Medicair che a quella di Sapio Life, deduce in particolare come vi sarebbe una contraddizione tra la parte tecnica e le giustificazioni rese sulla parte economica, con particolare riferimento all'indicazione del personale e dei mezzi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto.

4.2. Ha quindi concluso per l'esclusione delle imprese che la

precedono in graduatoria, con conseguente aggiudicazione della procedura in proprio favore, previa pronuncia di inefficacia delle convenzioni già sottoscritte.

4.3. Si è difesa la Stazione appaltante, con articolata memoria difensiva, ribadendo il difetto di legittimazione dell'appellante e, nel merito delle censure dedotte, replicando nel senso che, date le caratteristiche dell'appalto e dell'aziende che vi partecipano, le offerte avrebbero un costo marginale estremamente basso, il che giustificerebbe i ribassi offerte delle prime classificate.

4.4. Si sono costituite Medicair centro s.r.l., aggiudicataria del lotto 42, e Sapio Life s.r.l., aggiudicataria dei lotti 41 e 43, replicando con articolate memorie difensive.

4.5. Rinviato l'esame dell'istanza cautelare sull'accordo delle parti, rinviata per due volte la trattazione nel merito della causa in attesa della pronuncia dell'Adunanza plenaria sulla questione di massima sollevata dall'ordinanza n. 761/2013 della sezione VI, all'udienza pubblica del 27.3.2014, in vista della quale le parti costituite hanno depositato ulteriori memorie, la causa è passata in decisione.

5. Deve essere esaminato preliminarmente il primo motivo dell'appello volto a contestare la pronuncia di parziale inammissibilità del ricorso originario, e dei motivi aggiunti, proposti in primo grado da Vitalaire.

5.1. Come si è già ricordato in premessa, il Tar ha dichiarato l'impugnazione inammissibile sul rilievo che la terza classificata, in

una gara di appalto, non fosse legittimata e non avesse interesse a contestare l'anomalia della prima e della seconda classificata laddove, come nel caso in esame, l'amministrazione abbia sottoposto a verifica l'offerta della prima e, ritenendola congrua, non abbia quindi esteso la verifica anche alla seconda in graduatoria.

Simile rilievo è stato giustificato in nome sia della preclusione di cui all'art. 34 co. 2, c.p.a. – sul presupposto che il potere non esercitato coinciderebbe in questo caso con la verifica di anomalia non eseguita – che della necessità di conciliare la tutela dell'interesse strumentale con i caratteri di fondo del giudizio amministrativo.

5.3. Se questa è l'impostazione che regge la sentenza, deve darsi atto di come la recente pronuncia dell'Adunanza plenaria 8/2014 abbia superato i dubbi e le perplessità mostrati dalla sezione VI di questo stesso Consiglio con l'ordinanza di remissione n. 7612013, già ricordata e richiamata nella sentenza qui impugnata a fondamento della decisione di inammissibilità.

La sentenza 8/2014 (al punto 3.4. della motivazione) esclude che la collocazione al terzo posto in graduatoria comporti, di per sé solo, il difetto di legittimazione a contestare la congruità delle offerte economiche delle prime due classificate, anche laddove la seconda non sia stata sottoposta a verifica di anomalia da parte della stazione appaltante; dovendosi piuttosto valutare il tipo e l'incidenza dei vizi di illegittimità dedotti dalla terza classificata (nonché gli effetti che il loro ipotetico accoglimento determinerebbe), rifuggendo da ogni

automatismo.

5.4. Con particolare riferimento alla vicenda in esame, si può aggiungere che l'odierna appellante, attraverso le articolate censure dedotte nei confronti delle prime classificate sui lotti da 41 a 43, agisce – quanto meno in prima battuta - a tutela del proprio interesse primario all'aggiudicazione di questa gara, sul presupposto che dall'esclusione delle prime, ove le loro offerte fossero giudicate incongrue e non sostenibili sulla base delle censure da essa dedotte, deriverebbe lo scorrimento della graduatoria sino ad arrivare alla sua posizione.

Il che dispensa il Collegio dall'interrogarsi più diffusamente sulla rilevanza del cd. interesse strumentale alla riedizione della gara che, nella vicenda in esame, entra in gioco solamente in un secondo momento e solo subordinatamente all'accertata infondatezza delle censure del primo tipo.

5.5. Il fatto che, in corso di gara, la stazione appaltante non abbia sottoposto a verifica di anomalia l'offerta della seconda, perché ha ritenuto che fosse comunque congrua la prima e che quindi non fosse necessario procedere nella verifica, non giustifica la tesi per cui non sarebbe possibile contestarne in giudizio la sostenibilità.

Ritenere, infatti, che la terza classificata non potrebbe contestare l'offerta della prima perché vi sarebbe pur sempre una seconda in graduatoria (e quindi non sarebbe superata la prova di resistenza), per poi affermare che non potrebbe contestare neppure la seconda

perché su di essa la stazione appaltante non avrebbe ancora esercitato i suoi poteri di verifica, equivale a negare una tutela piena ed effettiva (cfr. art. 1 c.p.a. che deve orientare e guidare l'interpretazione delle altre disposizioni, compresa quella di cui all'art. 34 co. 2).

Sicché, ragionando su queste basi, la terza classificata dovrebbe solamente augurarsi che fosse la seconda ad impugnare vittoriosamente l'aggiudicazione della prima, perché solamente a quel punto potrebbe finalmente agire in giudizio.

Sul piano generale, questa lettura, lungi dall'essere coerente con i caratteri della giurisdizione di tipo soggettivo, segnerebbe piuttosto una battuta d'arresto lungo il percorso evolutivo che ha accompagnato il giudizio amministrativo nella direzione di una "giurisdizione piena", percorso contrassegnato da una crescita progressiva degli strumenti di azione delle parti e dei poteri di cognizione dell'organo giudicante.

Una simile lettura presterebbe quindi il fianco, come veduto, a forti dubbi sul piano dell'effettività della tutela e renderebbe inevitabile rimettere la questione, pregiudiziale, alla Corte di Giustizia, la cui giurisprudenza è peraltro ispirata ad una visione piuttosto "liberale" in tema di legittimazione ed interesse al ricorso.

Ne consegue, per le ragioni sin qui esposte, la fondatezza del primo motivo di appello e, in riforma sul punto della sentenza impugnata, la necessità di esaminare il merito delle contestazioni.

6. Si è già osservato come Vitalaire lamenti la mancata esclusione sia di Medicaire che di Sapio Life, in primo luogo a motivo dell'inattendibilità ed incongruità delle offerte da loro presentate (v. motivi dell'appello 1.1. e 1.2.).

6.1. Il punto comune ad entrambi i motivi è quello dell'apparente discrasia tra un'offerta tecnica (di Medicaire come di Sapio Life) che destina un robusto numero di dipendenti all'esecuzione della fornitura (e che per questo consegue un punteggio significativo alla voce del capitolato "numero, ruoli e qualifiche del personale tecnico addetto all'appalto") ed un'offerta economica che invece non li contempla, se non in minima parte, sul presupposto che quelle stesse unità siano già alle dipendenze della società ed effettuino anche altri appalti in contemporanea, per cui il loro "costo" andrebbe spalmato. Più nel dettaglio, Medicaire avrebbe dapprima indicato 27 figure professionali, tra cui 4 addetti alla consegna, singolarmente dedicati a ciascuno dei tre lotti posti a gara, ottenendo il punteggio di 3,75 su un massimo di 5, salvo poi quantificarne il costo, in sede di offerta economica, in misura assai contenuta. Sapio Life avrebbe dapprima indicato 56 unità di personale, ottenendo su tali basi il punteggio massimo di 5, per poi in sede di verifica di congruità indicare i costi connessi all'impiego di appena 12 unità per il lotto 41 e di 14 unità per il lotto 43, omettendo di integrare il costo integrale dei 4 trasportatori addetti agli automezzi dichiarati nel progetto tecnico. Da questa discrasia, che nessuna delle imprese avrebbe giustificato in

maniera esaustiva e credibile, deriverebbe un'incoerenza di fondo e con essa l'inattendibilità dell'offerta nel suo complesso, il che ne avrebbe dovuto condurre all'esclusione dalla gara.

6.2. La replica della difesa della stazione appaltante muove dalla considerazione che tutti i partecipanti alla gara, compresa Vitalaire, abbiano indicato nell'offerta tecnica personale che solo in parte sarebbe stato dedicato all'appalto in oggetto, perché, per il resto, sarebbe già impiegato in altri servizi (di ossigenazione domiciliare e nutrizione a domicilio) e già remunerato; e che, quindi, i costi marginali e aggiuntivi dell'appalto in questione sarebbero "estremamente bassi" (v. memoria di costituzione, a p. 16), il che spiegherebbe l'apparente discrasia tra offerta tecnica ed offerta economica.

Nella misura in cui la contestazione fosse da riferire specificamente al punteggio attribuito dalla commissione per la voce del personale, Italcenter sottolinea inoltre come l'accoglimento delle censure comunque non modificherebbe l'ordine della graduatoria, tenuto conto che per tale voce erano previsti un massimo di 5 punti e che lo scarto di punti che separa Vitalaire dalla prima classificata su ciascuno dei tre lotti in contestazione è ben maggiore.

6.3. Le difese di Medicaire e di Sapio Life, sebbene in forme e con accenni diversi, insistono entrambe sulla differenza tra costi del personale "dedicato" e costi di struttura (per il personale in pianta stabile, i mezzi, le attrezzature) assumendo, per giustificare la

sostenibilità del maggior ribasso offerto, che le unità di personale indicate nei loro progetti tecnici fossero da riferire alla rispettiva struttura aziendale e non allo specifico appalto, se non in una limitata parte e comunque per un utilizzo pur sempre promiscuo tra le diverse commesse pubbliche loro affidate.

6.4. Se queste sono le contrapposte deduzioni di parte, il Collegio osserva come, sul piano generale, la linea difensiva di Vitalaire, per quanto suggestiva, sia efficacemente contraddetta dalle difese delle controparti laddove, evidenziando le caratteristiche di fondo dell'appalto e delle imprese che hanno concorso alla sua aggiudicazione, sottolineano come anche la ricorrente avrebbe indicato nel progetto tecnico una forza lavoro che solo in parte sarebbe stata destinata all'esecuzione di questo appalto.

Un simile assunto - al quale Vitalaire non ha sostanzialmente replicato, né tanto meno ha fornito elementi per confutarne la veridicità (non producendo, ad esempio, la propria offerta economica) - potrebbe invalidare il punteggio assegnato per la parte del personale, che sarebbe stata sovrastimata in sede di progetto tecnico o che comunque non sarebbe stata indicata con sufficiente chiarezza, ma non avrebbe effetti sull'ordine finale della graduatoria, in ragione del significativo scarto di punti che separa la ricorrente dalla prima classificata su ciascuno dei tre lotti qui in contestazione (nell'ordine di circa 24 punti sul lotto 41, circa 12 sul lotto 42 e circa 7 sul lotto 43).

Quanto alla congruità delle offerte economiche, una volta spiegata la minore incidenza dei costi per il personale rispetto a quanto poteva apparire necessario sulla base del progetto tecnico, la valutazione tanto nei confronti di Medicaid che di Sapio Life va condotta adottando il consueto metro di giudizio seguito dalla prevalente giurisprudenza amministrativa.

Premesso (e non contestato) come in questo caso la verifica di anomalia sia stata condotta dalla stazione appaltante (nei confronti delle prime classificate su ciascun lotto) nelle forme prescritte e sia confluita in una motivazione che, come noto, in caso di esito positivo può essere anche piuttosto sintetica e fare rinvio alle giustificazioni fornite dalle imprese sottoposte a verifica; va ricordato, in linea generale, come il giudizio sull'anomalia dell'offerta abbia natura globale e sintetica sulla serietà dell'offerta nel suo insieme, non rilevando ai fini dell'esclusione eventuali imprecisioni o incongruità di singoli prezzi o voci di costo, laddove non inficino il complesso dell'offerta (v. A.P. n. 36/2012 e, ancora da ultimo, Cons. st., III, n. 1487/2014).

Ciò posto, date le caratteristiche già evidenziate dell'appalto, tenuto anche conto dell'utile indicato da Medicaid e da Sapio Life in misura comunque significativa (in media il 10%), non vi sono indici sufficienti per ritenere fondate le censure di parte appellante nei loro confronti.

6.5. Anche senza dare rilevanza, ai fini della legittimità

dell'aggiudicazione, al fatto contingente che i contratti di appalto sono da mesi in corso di esecuzione senza che siano emersi problemi di sorta tra le parti e nei confronti dell'utenza, anche facendo quindi salva la necessità di un giudizio (solamente) *ex ante*; è un dato difficilmente superabile - in chiave di onere della prova - che a fondamento delle proprie censure Vitalaire abbia offerto a questo Collegio delle semplici allegazioni, per quanto assai articolate e suggestive, senza corroborarle con perizie o relazione tecniche a riscontro di quanto dedotto.

6.6. Soprattutto nei confronti di Sapio Life, la cui offerta complessiva oggettivamente presenta una (apparente) discrasia tra la parte tecnica e quella economica di minore impatto, il grosso delle censure si riduce al costo dei quattro trasportatori addetti agli altrettanti automezzi e destinati al trasporto a domicilio delle miscele e alla relativa assistenza tecnica, costo che Sapio Life non avrebbe saputo giustificare se non nella prospettiva di affidare tale specifica attività in subappalto.

6.6.1. Sul presupposto che si sia al cospetto di un subappalto "necessario", perché Sapio Life non avrebbe il personale qualificato richiesto dall'art. 3.3. del capitolato, la difesa di Vitalaire richiama quell'orientamento giurisprudenziale recente secondo cui, in simili ipotesi, sull'esempio di quanto previsto dall'art. 49, co. 2, d.lgs. 163/2006 per l'avvalimento, il concorrente dovrebbe già nella domanda di partecipazione indicare - a pena di esclusione - il

nominativo del subappaltatore e dimostrare il possesso in capo al medesimo dei necessari requisiti (v. Cons. St., V, n. 5900/2012).

6.6.2. Premesso che (è incontestato che) nella domanda di partecipazione Sapio Life aveva manifestato l'intenzione di fare ricorso eventualmente al subappalto, non persuade in questo caso il richiamo alla figura, peraltro discussa, del subappalto "necessario". Ciò sul rilievo che la previsione dell'art. 3.3. del capitolato tecnico (secondo cui l'aggiudicataria avrebbe dovuto "provvedere mediante proprio personale qualificato alla consegna, direttamente all'abitazione del paziente, dei nutrienti e dei dispositivi medici...") deve essere letta in combinato disposto con l'art. 11 del disciplinare che ammette il subappalto "in conformità a quanto previsto dall'art. 118 D.Lgs. n. 163/2006", nel senso quindi di intendere "proprio personale" non come personale necessariamente alle proprie dipendenze ma come personale di cui si è comunque responsabili sul piano giuridico.

6.6.3. Tanto più se consideriamo come l'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla difesa di Vitalaire sul subappalto "necessario" non sia affatto pacifico, a fronte di decisioni anche di questo Consiglio di segno opposto (v. Cons. St., V, n. 3963/2013), suffragate peraltro da determinazioni conformi dell'Autorità di Vigilanza (v. n. 4/2012), ispirate al principio di tassatività delle cause di esclusione e al dato di fondo per cui il tipo di esclusione invocata dall'appellante non avrebbe una base normativa sicura ed inequivoca.

6.7. Le considerazioni sin qui svolte conducono a respingere tutti i motivi dell'appello preordinati all'esclusione di Medicaire e di Sapio Life, potendo essere assorbite, perché non più rilevanti in alcun modo, le censure mosse nei confronti di Vivisol.

7. Resta da esaminare quanto dedotto, in via subordinata, con il quarto motivo di appello, al fine di ottenere l'integrale annullamento della gara.

Questo motivo, tuttavia, è solo all'apparenza differente dagli altri, dal momento che con esso, una volta ancora, si fa leva sulla discrasia tra l'offerta tecnica e quella economica dei primi classificati per inferire da tale dato che, nell'insieme, l'intero giudizio della commissione sarebbe stato palesemente inattendibile.

E' quindi evidente che, una volta spiegata l'apparente discrasia e ridimensionato l'ordine delle grandezze, la censura si dimostra, nella sua absolutezza, manifestamente infondata. Né, per le stesse ragioni, vale invocare una presunta "incertezza assoluta" sul contenuto delle offerte, da cui discenderebbe per altra via il bisogno di escludere le controparti, alla luce dei chiarimenti offerti in corso di gara dai concorrenti e di quanto è stato ribadito e approfondito nel corso del giudizio.

8. Sicché, in conclusione, l'intero appello è infondato e va respinto.

9. Vi sono giustificati motivi per compensare le spese di lite tra le parti, in ragione della particolarità delle questioni affrontate, su una delle quali si è pronunciata la Plenaria solamente in pendenza di

giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, lo respinge confermando, con motivazione parzialmente differente, la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/04/2014

IL SEGRETARIO

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