

N. 02506/2016REG.PROV.COLL.

N. 05900/2015 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 5900 del 2015, proposto dalla società Hc Hospital Consulting S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Leonardo Bonechi e Antonello Zucconi, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Antonello Zucconi in Roma, Via Giuseppe Avezzana, n. 51;

contro

La società Tecnologie Sanitarie S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Sabotino, n. 2/A;

nei confronti di

dell'Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Gabriele Pafundi, Rocco Mangia e Stefano Quadrio, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n.14;

per la riforma

della sentenza breve del T.a.r. Lombardia, Sezione di Brescia, Sezione I, n. 453 del 24 marzo 2015;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Tecnologie Sanitarie S.p.a. e dell'Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 aprile 2016 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli Avvocati Leonardo Bonechi, Valentino Vulpetti e Gabriele Pafundi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - Con ricorso al T.a.r. per la Lombardia, Sezione Staccata di Brescia, n.r.g. 266 del 2015, la società Tecnologie Sanitarie S.p.A. ha impugnato la deliberazione 29 dicembre 2014 n. 914 con la quale il Direttore generale della Azienda Ospedaliera "Bolognini" di Seriate aveva aggiudicato alla H.C. Hospital Consulting S.p.a. la gara, indetta con delibera 16 settembre 2014 n°587, esperita con il sistema della procedura aperta telematica, per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomedicali in modalità di global service, in supporto al servizio ingegneria clinica della azienda stessa, per il periodo dal 1 marzo 2015 al 29 febbraio 2020.

Venivano impugnati anche tutti gli atti della procedura di gara, ivi compresi la delibera di indizione, il bando, il disciplinare, il capitolato speciale e i relativi allegati e veniva chiesta la condanna

dell'Amministrazione intimata al risarcimento del danno, con affidamento del contratto o per equivalente, previa, se del caso, declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

2. - La ricorrente, classificatasi seconda, deduceva a sostegno del ricorso sei censure (riconducibili a sette motivi).

Con la prima di esse, deduceva la violazione degli artt. 2.1 e 2.2. del capitolato tecnico, sostenendo che l'offerta della controinteressata si sarebbe dovuta escludere, in quanto, a fronte di un capitolato tecnico che richiede un certo numero e tipologia di apparecchiature "muletto", ovvero di emergenza, la HC avrebbe, come riconosciuto dalla stessa commissione (doc. 5 ricorrente, estratto valutazioni, p. 7), presentato un'offerta non conforme, perché i gastroscopi, colonscopi e fibroscopi offerti, sei per tipo, non sarebbero stati "in pronta disponibilità".

Con il secondo motivo, deduceva violazione dell'art.2.3 del capitolato tecnico, nel senso che, a suo dire, la controinteressata avrebbe dovuto ulteriormente essere esclusa per avere offerto una manutenzione non conforme a quanto prescritto dal fabbricante dell'apparecchio, come riconosciuto dalla stessa Commissione (doc. 5 prodotto dalla ricorrente, estratto valutazioni, p. 6).

Con il terzo motivo, deduceva eccesso di potere per illogicità, avendo la Commissione di gara attribuito 2,4285 punti su 4 alla controinteressata per apparecchiature "muletto" messe a disposizione in misura non ottimale.

Con il quarto motivo, deduceva ancora eccesso di potere per illogicità, avendo la Commissione di gara attribuito 5,28 punti su 6 per una manutenzione offerta con modalità non ottimali.

Con il quinto motivo, deduceva l'eccesso di potere per illogicità, avendo la Commissione di gara attribuito 7,2 punti su 10 per "servizi migliorativi", mentre nessun servizio di tal genere sarebbe stato offerto.

Con il sesto motivo, prospettato in dichiarato subordine, deduceva la violazione dell'art. 83 d. lgs. 12 aprile 2006 n°163, perché il bando ometterebbe la necessaria previsione dei sottocriteri di valutazione di ogni elemento dell'offerta.

Con il settimo motivo, anch'esso in subordine, deduceva la violazione dell'art. 282 del d.p.r. 5 ottobre 2010 n°207, per asserita omessa dichiarazione da parte dei commissari circa le possibili cause di incompatibilità;

3. - Si costituivano in giudizio l'Azienda intimata e la controinteressata HC S.p.A., chiedendo il rigetto del ricorso.

4. - La sentenza in epigrafe così definiva il giudizio:

- I) dichiarava non rilevante l'istanza di accesso a tutti gli atti dell'offerta vincente, formulata dalla ricorrente nella memoria 17 marzo 2015;
- II) rigettava (in ordine logico) il sesto motivo, per mancanza di specifici rilievi di manifesta illogicità e congruità dei criteri di valutazione di cui alla legge di gara, ed il settimo motivo, constando la regolare formazione delle dichiarazioni richieste;
- III) dichiarava infondati il primo e secondo motivo, pur rilevando la denunciata contraddittorietà della motivazione della Commissione, in quanto *"il Collegio non è nella posizione di valutare se il giudizio corretto avrebbe portato, come vorrebbe la ricorrente, all'esclusione dell'offerta, o a una sua corretta valutazione"*;
- IV) accoglieva il ricorso quanto alla domanda di annullamento della sola aggiudicazione, e non degli altri atti di gara, ritenendo fondati i motivi terzo e quarto, perché la Commissione ha espresso apprezzamenti illogici, che, a seguito dell'annullamento, è tenuta a correggere;

V) ha dichiarato assorbito il quinto motivo, dovendo essere rinnovata tutta la valutazione;

VI) ha dichiarato di non esaminare la domanda di inefficacia del contratto, dichiaratamente condizionata alla relativa stipulazione, che non consta;

VII) ha respinto la domanda risarcitoria non essendo certo (prima della nuova valutazione della Commissione) se la ricorrente abbia o no titolo al bene della vita cui aspira;

VIII) ha condannato la ricorrente alle spese del giudizio, nella misura di euro 5.000 per ciascuna delle due controparti.

5. - La società aggiudicataria HC Hospital Consultig S.p.A. ha proposto appello, notificato in data 19 giugno 2015, denunciando l'erroneità della sentenza.

6. - Si sono costituite in giudizio Tecnologie Sanitarie S.p.A. e l'Azienda ospedaliera, che eccepiscono l'inammissibilità e l'infondatezza dell'impugnazione.

6.1. - Con atto depositato il 28 luglio 2015, TS ha proposto anche ricorso incidentale, lamentando l'illegittimità della lex di gara che non avrebbe determinato i subcriteri e subpunteggi per gli elementi 1,3,4, e 6 di valutazione; la violazione dell'art. 282 del DPR 207/2010 per il mancato accertamento dell'inesistenza di cause di incompatibilità e di astensione dei commissari di gara; l'illegittimità delle valutazioni tecniche per incoerenza tra i punteggi espressi dai singoli commissari e quelli espressi dalla Commissione nel suo plenum.

7. - Nelle more, la Commissione, in esecuzione della sentenza del T.a.r., ha rinnovato le operazioni di valutazione dell'offerta dell'appellante, aggiudicando la gara a Tecnologie Sanitarie S.p.A., che si è classificata prima (ferma restando la precedente valutazione della sua offerta tecnica ed economica) con punti 90,4386, davanti ad HC, seconda con punti 89,3769.

7.1. - Contro l'esito della gara l'odierna appellante proponeva ricorso al T.a.r., n.r.g. 1619 del 2015, sollevando vizi di legittimità propri della procedura di riesame e per la violazione dei "limiti al riesame" che sarebbero stati imposti dalla sentenza qui impugnata e, comunque, l'errata attribuzione dei nuovi punteggi.

8. - Con sentenza n. 148 del 26 gennaio 2016, il T.a.r. lombardo, previo esame e rigetto del ricorso incidentale paralizzante di Tecnologie sanitarie, respingeva il ricorso ritenendo che la sentenza non ha inteso vincolare il potere dell'Amministrazione, ma solo prescrivere il contenuto minimo necessario del riesame.

Nel merito, la sentenza ha esaminato le censure svolte avverso la nuova valutazione della Commissione, ritenendo in parte inammissibile e in parte infondato il ricorso.

9.- L'azienda resistente con memoria depositata l'8 aprile 2016 chiede che sia dichiarata la cessazione della materia del contendere, essendo il provvedimento impugnato ormai sostituito dalla nuova aggiudicazione (tanto che l'appello in esame è stato proposto solo a seguito della nuova aggiudicazione disposta con provvedimento del 5 giugno 2015, n. 383, impugnato poi davanti al TAR Brescia e dichiarato legittimo con la citata sentenza del 26 gennaio 2016 n. 148).

10. - A seguito dell'aggiudicazione intervenuta con delibera n. 383 del 5 giugno 2015, l'ASST Bergamo est, che ha integrato l'Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate, ha stipulato il contratto di appalto.

11. - Dopo lo scambio di memorie, anche di replica, la causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 21 aprile 2015.

DIRITTO

1. - L'appello non merita accoglimento.

2. - Preliminarmente, ritiene il Collegio di precisare che l'appellante conserva interesse alla decisione, nonostante sia intervenuta la nuova valutazione della sua offerta da parte della Commissione, in esecuzione della sentenza di primo grado qui impugnata, e nonostante che sia stata successivamente adottata la nuova aggiudicazione in favore della controinteressata.

L'annullamento dell'aggiudicazione in suo favore, disposto con la sentenza qui impugnata, costituisce, infatti, il presupposto della sequenza di atti successivamente intervenuti; sicché l'auspicata riforma della sentenza determinerebbe la reviviscenza dell'atto annullato, con automatica caducazione degli atti successivi.

3. - Il Collegio ritiene, innanzitutto, che non sussiste l'interesse alla censura mossa col primo motivo di appello.

HC Hospital Consulting S.p.A. lamenta che sarebbe del tutto errata la decisione nella parte in cui il primo giudice, pur rigettando i motivi primo e secondo del ricorso introduttivo, coi quali Tecnologie Sanitarie deduceva l'erronea mancata esclusione dalla gara della sua offerta (per violazione delle norme del capitolato relative alla richiesta di apparecchiature "muletto" e al "programma di manutenzione" per il defibrillatore - punti 2.1 e 2.2 del capitolato), ha ritenuto di non essere "nella posizione di valutare se il giudizio corretto avrebbe portato, come vorrebbe la ricorrente, all'esclusione dell'offerta, o a una sua corretta valutazione".

Si tratta, infatti, di motivi respinti, rispetto ai quali non si configura la "soccumbenza", necessario presupposto che legittima l'impugnazione.

In ogni caso, il giudice di primo grado si è arrestato di fronte alla discrezionalità che compete alla Commissione, alla quale ha rimesso di rivalutare l'offerta con l'accoglimento dei successivi motivi.

4. - Col secondo motivo, l'appellante si duole dell'accoglimento del terzo motivo del ricorso di primo grado.

4.1. - In primis (motivo di appello II.b1), il T.a.r. avrebbe ommesso di pronunciare sull'eccezione di inammissibilità della censura per superamento dei limiti del sindacato di legittimità sulle scelte tecnico-discrezionali: le scelte non affette da manifesta illogicità non sono discutibili, perché espressione di un puro apprezzamento di merito.

4.1.1. - Ad avviso del Collegio, l'eccezione non è fondata in quanto la ricorrente in primo grado deduceva l'illogicità degli apprezzamenti tecnico-discrezionali compiuti dalla Commissione, sotto tale profilo sindacabili nel giudizio di legittimità.

4.2. - In secondo luogo (motivo di appello II.b.2), secondo l'appellante, il T.a.r. avrebbe errato nel merito, nel ritenere illogica la valutazione operata dalla Commissione: non potrebbe ritenersi tale una motivazione che, pur valutando in modo negativo una parte dell'offerta, ne apprezza positivamente un'altra.

L'offerta di HC ha già riportato il punteggio più basso tra quello assegnato a tutte le concorrenti e, pertanto, non è ammissibile la pretesa della ricorrente di attribuzione di un punteggio ancora inferiore, entrando nel merito di valutazioni discrezionali.

4.2.1. - Il T.a.r., ad avviso del Collegio, correttamente ha ravvisato contraddittorietà tra la motivazione discorsiva ed il punteggio attribuito dal plenum della Commissione, operando una lettura complessiva dell'operato della Commissione, alla luce delle prescrizioni del capitolato.

Alcune apparecchiature di emergenza (gastroscopi, colonscopi, fibroscopi offerti, sei per tipo), come la stessa appellante ammette, non erano disponibili in sostituzione nella richiesta modalità "muletto".

L'art. 2.2 del capitolato richiedeva, pena l'esclusione, un elenco di apparecchiature "muletto" per assicurare la continuità del servizio.

Il disciplinare, alle pag. 31 e 32, prevedeva che la mancanza dei requisiti richiesti avrebbe determinato, a giudizio insindacabile della Commissione tecnica, la non ammissione alla fase di valutazione dell'offerta economica, e che non erano ammesse proposte alternative a quanto previsto dal capitolato tecnico.

Nel verbale del 5 dicembre 2014, la Commissione afferma che la prescrizione del capitolato non è stata completamente rispettata da HC perché gli apparecchi offerti in modalità *repair exchange* non possono essere ritenuti "a pronta disponibilità", come richiesto.

Ciononostante, la Commissione non esclude l'offerta e la valuta con punti 2,4285 su 4, un punteggio numerico non coerente con le difformità rilevate dai commissari rispetto alle prescrizioni del capitolato e del disciplinare.

Non pare, dunque, criticabile il giudizio di illogicità formulato dal primo giudice che, correttamente, non potendo entrare nel merito delle valutazioni circa il grado di corrispondenza dell'offerta "non ottimale" alle prescrizioni del capitolato, ha ritenuto che dovesse essere rinnovata la valutazione (ai fini della esclusione, o dell'attribuzione di un diverso punteggio, o, eventualmente, della conferma del punteggio attribuito, ma con motivazione coerente).

4.2.2. - Ne consegue, ad avviso del Collegio, che non può ritenersi eccessivo neppure il margine di discrezionalità attribuito alla P.A. in sede di riesame.

La discrezionalità che compete all'Amministrazione, in caso di rinnovo delle operazioni di gara, è circoscritta dalla motivazione della sentenza che annulla la precedente valutazione.

Allorchè la sentenza di annullamento si limita a rilevare come sia "illogico" un apprezzamento in cui non vi sia corrispondenza tra le valutazioni negative verbalizzate ed il punteggio finale attribuito, senza condizionare il successivo riesame (che ben potrebbe essere anche confermativo del precedente punteggio) si richiede, in fase esecutiva, una valutazione ex novo in cui, secondo logica, siano ricondotti a coerenza il giudizio critico ed il punteggio che lo sintetizza, mediante correzione dell'uno o dell'altro.

4.3. - L'appellante, con altra critica (motivo di appello II.b.3), afferma che il T.a.r. non avrebbe compreso che la modalità *repair exchange* in nulla differisce, quanto a tempestività della sostituzione, dall'apparecchiatura "muletto"; lamenta anche (motivo di appello II.b.4) che il primo giudice avrebbe dato per scontate, senza alcun approfondimento istruttorio, le caratteristiche differenziali del tradizionale muletto rispetto al servizio "repair exchange", recependo semplicemente la tesi della ricorrente.

Il capitolato avrebbe richiesto solo di assicurare "la continuità del servizio" e non "la pronta disponibilità"; inoltre, l'appellante ribadisce che la modalità *repair exchange* offerta riguardava solo un numero limitato di apparecchiature.

4.3.1. - Tuttavia, l'appellante non dimostra che i due servizi siano equivalenti, né contesta adeguatamente, neppure in questa fase giudiziale, le argomentazioni (in tema) addotte da controparte per dimostrare la maggiore efficienza in termini di "continuità del servizio" riconducibile ai "muletti" richiesti dalla stazione appellante.

Non contesta adeguatamente, ad esempio, che il servizio offerto da HC prevede solo la sostituzione di apparecchiature guaste (e non anche in caso di manutenzione preventiva e programmata e di altre cause di indisponibilità dello strumento, come ad es. per aggiornamento del produttore); né contesta che il numero di interventi in sostituzione garantiti con la propria offerta nel quinquennio sia limitato a 18, come eccepito dalla controinteressata.

Rimane, pertanto, indimostrata la tesi della pari efficienza, in termini di "continuità del servizio", garantita dall'offerta dell'appellante.

5. - Analoghe considerazioni vanno svolte con riguardo alla censura rivolta con il terzo motivo di appello (II.c.) al capo di sentenza che ha accolto il motivo del ricorso introduttivo (il quarto) concernente l'utilizzazione del manuale dei produttori in sede di manutenzione preventiva e programmata.

5.1. - Come già affermato (punti 5.1.1. e 5.2.1), gli apprezzamenti tecnico-discrezionali compiuti dalla Commissione sono sindacabili, nel giudizio di legittimità, entro i limiti dell'illogicità e del difetto di presupposti.

L'illogicità denunciata dalla ricorrente in primo grado e riscontrata dal giudice consiste nella contraddittorietà tra la motivazione ed il punteggio attribuito dalla Commissione (punti 5,28 su 6), nonostante il rilievo che il programma di manutenzione del costruttore non viene rispettato, in particolare per una apparecchiatura "salvavita" come il defibrillatore; peraltro, nella parte in cui sono stati attribuiti i punteggi, le valutazioni risultano essere state positive.

5.2. - Quanto al merito della censura (II.c.1), l'appellante afferma l'erroneità della sentenza in quanto dalla Relazione illustrativa della propria offerta (doc. 8 dell'azienda) emergerebbe con chiarezza che le attività manutentive verranno effettuate avvalendosi dei manuali dei produttori, senza distinzione tra apparecchiature "critiche e ordinarie". Si tratterebbe di distinzione introdotta arbitrariamente dal seggio di gara, che non compare nell'offerta dell'appellante.

5.2.1 - L'appellante si duole anche del fatto che il primo giudice abbia preferito trincerarsi dietro il divieto di motivazione postuma dei provvedimenti, non attinente al caso di specie, e nonostante che l'amministrazione abbia provato in giudizio che l'esito del procedimento non poteva essere diverso (art. 21 -octies l.24171990).

5.2.2 - Il Collegio osserva che dalla motivazione della Commissione (verbale del 5 dicembre 2015) emerge che è prevista la manutenzione secondo il manuale del costruttore solo per le apparecchiature "critiche" e non anche per quelle "ordinarie"; e che non si comprende come vengono effettuate le manutenzioni per le apparecchiature "importanti". Inoltre, la Commissione ha rilevato che il programma successivamente stilato non è rispondente a quanto dichiarato in precedenza, specie a proposito del defibrillatore, per il quale il Manuale specifico richiede due manutenzioni annuali e non solo una, come programmato.

5.2.3. - A fronte di tale giudizio fortemente critico, sembra illogica l'attribuzione di un punteggio molto vicino al massimo attribuibile.

Tanto più che il capitolato, al punto 2.1, pag. 4, prescriveva che la manutenzione si svolgesse solo con le periodicità e le operazioni previste dai manuali di servizio specifici.

Dalla documentazione di gara (capoverso del punto 2.1 della relazione tecnica) emerge, invece, che per il programma di manutenzione, l'appellante, pur attenendosi principalmente alle indicazioni del Costruttore, tuttavia, seguendo una propria classificazione delle apparecchiature in "critiche, importanti, ordinarie", ed, in base alla funzione, in

apparecchiature per le quali l'intervento è effettuato "per modello" e "per tipologia", ha anche previsto l'uso di protocolli standard, ogni volta che il manuale di servizio dell'apparecchiatura non riporti il relativo protocollo di manutenzione preventiva (punto 2.1.1.1.).

La HC ha, quindi, previsto, nel programma di manutenzioni, che tempistiche e modalità verranno concordate con la stazione appaltante tenendo conto della funzione specifica delle apparecchiature e, quindi, anche in modo diverso, a seconda della tipologia, attenendosi al protocollo del produttore, ove esistente, o a quello elaborato dalla stessa HC.

5.2.4 – Neppure ritiene il Collegio che sia censurabile l'assunto del primo giudice di non ritenere ammissibile la motivazione postuma dei provvedimenti impugnati.

Mentre sarebbe legittima l'integrazione in sede giudiziale, da parte dell'Amministrazione competente, della motivazione dell'atto amministrativo effettuata mediante gli atti del procedimento o un successivo provvedimento di convalida, sono invece inammissibili le argomentazioni difensive addotte a giustificazione del provvedimento impugnato mediante un'integrazione postuma effettuata in sede di giurisdizionale (ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. III, 10/07/2015, n. 3488; Consiglio di Stato, sez. III, 30/04/2014, n. 2247).C.d.S., sez. III, 26/02/2016, n. 790).

6. - Con ultima censura (motivo di appello II.d), l'appellante lamenta che il T.a.r. non ha circoscritto il riesercizio del potere valutativo entro limiti e confini ben precisi.

Un conto è motivare ex novo, un altro è valutare ex novo; tanto più che tutti gli altri elementi dell'offerta erano ormai noti e così pure le offerte delle altre concorrenti.

6.1. - Nella fattispecie, in realtà, dalla motivazione della sentenza emergeva il confine ben preciso del riesame del punteggio attribuito ai due elementi considerati dell'offerta tecnica, essendo stato censurato per illogicità il punteggio attribuito, ritenuto incoerente rispetto alle criticità dell'offerta riscontrate.

Il principio giurisprudenziale per cui, nelle procedure di gara, imparzialità e correttezza delle operazioni selettive sono garantite dalla discrezionale valutazione delle offerte tecniche, secondo parametri predefiniti anteriormente alla conoscenza del contenuto delle medesime e prima che siano note le offerte economiche, può talora essere compatibile con il concorrente principio di conservazione dell'attività legittimamente espletata.

7. - In conclusione, l'appello va respinto.

8. - Le spese di entrambi i gradi di giudizio possono compensarsi tra le parti, in considerazione delle peculiarità del caso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 5900 del 2015, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, confermando la sentenza impugnata, annulla in parte qua l'impugnata deliberazione del Direttore generale della Azienda Ospedaliera "Bolognini" di Seriate del 29 dicembre 2014 n. 914.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/06/2016

IL SEGRETARIO

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