

N. 03649/2015REG.PROV.COLL.

N. 02079/2015 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 2079 del 2015, proposto da:  
Hospital Service S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuliano Di Pardo, con domicilio eletto in Roma, piazza del  
Popolo,18 – Palazzo Valadier - Regus;

contro

ASL 1 Avezzano - Sulmona - L'Aquila;

nei confronti di

- Molnlycke Health Care S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso Grez e  
Associati S.r.l. in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;  
- Mon & Tex S.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA, SEZIONE I, n. 00887/2014, resa tra le parti, concernente affidamento  
della fornitura del materiale TNT sterile nonchè dei servizi accessori per le attività chirurgiche ambulatoriali dei presidi  
ospedalieri - ris.danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Molnlycke Health Care S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2015 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati  
Giuliano Di Pardo e Massimiliano Brugnoletti su delega dell'avv. Piero Fidanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La ASL n. 1 Avezzano - Sulmona - L'Aquila, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 23 dicembre 2011, ha indetto una gara per la gestione quadriennale rinnovabile del servizio e fornitura del materiale in TNT (tessuto non tessuto) sterile ed altro, nonché dei servizi accessori necessari per le attività chirurgiche dei blocchi operatori e delle attività chirurgiche ambulatoriali dei presidi ospedalieri di L'Aquila, Avezzano, Sulmona e Castel di Sangro.

2. Il bando, il disciplinare ed il capitolato sono stati impugnati dinanzi al TAR Abruzzo dalla Hospital Service S.r.l. (d'ora in poi, HS), che, in esito ad una gara espletata nel 2008, aveva stipulato con la ASL un contratto avente ad oggetto, tra l'altro, la fornitura di materiale monouso TNT per il periodo 20 settembre 2010-19 settembre 2016.

3. Col ricorso introduttivo, HS ha prospettato che la pubblicazione del nuovo bando equivale a revoca parziale dell'appalto in essere, ed ha lamentato anzitutto la violazione dell'art. 7 della legge 241/1990 per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento nei suoi confronti, la violazione dei principi di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, il difetto di istruttoria e di motivazione.

4. Ha lamentato inoltre la violazione dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici, a causa della previsione, nel disciplinare di gara, di un'illegittima soglia di sbarramento e di sub criteri che si limitano a elencare le prestazioni richieste e sono generici, nonché la violazione dell'art. 68 del Codice, per violazione del criterio di omogeneità dei lotti.

5. HS ha partecipato alla gara (per i lotti n. 1 e n. 2, non per il n. 3), ma, con provvedimento prot. 13967 in data 7 febbraio 2014, è stata esclusa: per il lotto n. 1, a causa dell'inidoneità o incompletezza dei campioni e delle relative schede tecniche presentati; per il lotto n. 2, a causa del non raggiungimento della soglia di sbarramento richiesta per il punteggio della componente tecnica dell'offerta. Con motivi aggiunti, ha impugnato le esclusioni.

6. La ASL ha aggiudicato definitivamente l'appalto con deliberazione n. 409 in data 11 marzo 2014, per quanto qui interessa, il lotto n. 1 alla Mon & Tex S.p.a. (d'ora in poi, M&T), ed il lotto n. 2 alla Molnlycke Health Care S.r.l. (d'ora in poi, MHC – che si è aggiudicata anche il lotto n. 3).

HS, con ulteriori due ricorsi per motivi aggiunti, anche in esito all'accesso agli atti di gara, ha dedotto ulteriori censure nei confronti dell'operato della Commissione di gara, prospettando ulteriori profili di illogicità nell'attribuzione dei punteggi alla propria offerta e motivi per i quali le offerte delle aggiudicatrici per i lotti n. 1 e n. 2 avrebbero dovuto essere escluse, o, quanto meno, avrebbero dovuto essere sottoposte a verifica di congruità.

7. Il TAR Abruzzo, con la sentenza oggi appellata (L'Aquila, n. 887/2014) ha ritenuto inammissibile l'impugnazione della *lex specialis*, in quanto la pubblicazione del nuovo bando non sarebbe idonea ad incidere sull'efficacia del contratto in essere, non equivalendo a revoca parziale del contratto, che rimane valido ed efficace ancorché vi sia una parziale sovrapposizione dei relativi oggetti. Il TAR ha anche precisato che la ricorrente potrà sempre far valere un'eventuale responsabilità dell'Amministrazione in caso di inadempimento, ovviamente davanti al giudice competente.

8. Per il resto, il TAR ha respinto il ricorso, ritenendo infondate le censure rivolte da HS avverso le proprie esclusioni e le omesse esclusioni delle aggiudicatrici controinteressate.

9. Nell'appello, HS ripropone le censure disattese (in parte, per quanto riguarda il secondo ricorso per motivi aggiunti, non esaminate) in primo grado, accompagnandole con critiche alle argomentazioni svolte dal TAR.

10. Si è costituita in giudizio e ha controdedotto puntualmente MHD.

11. Non si sono costituite la ASL 1 e M&T.

12. Il Collegio osserva che la società appellante, nelle conclusioni, ha espressamente graduato il proprio interesse, chiedendo prioritariamente la riammissione alla gara, ed in subordine l'annullamento dei provvedimenti impugnati e la reintegra nel servizio illegittimamente revocato.

Osserva anche che, tuttavia, si può ritenere che la presentazione delle offerte nell'ambito della nuova gara da parte dell'appellante non comporti acquiescenza nei confronti dell'indizione della gara, soltanto a condizione di considerare subordinata la pretesa alla sua aggiudicazione, e prioritaria la pretesa alla non indizione della gara (ed al correlato completamento dell'esecuzione dell'appalto preesistente).

13. In ogni caso, il Collegio ritiene di poter esaminare i motivi d'appello seguendo la graduazione indicata dall'appellante, stante l'infondatezza o inammissibilità di tutte le censure concernenti la nuova gara d'appalto bandita dalla ASL.

14. Occorre premettere che nell'appello le censure vengono raggruppate con riferimento all'atto mediante il quale sono state proposte in primo grado, senza una distinzione tematica o meramente ordinale, e soprattutto non sempre è rinvenibile una chiara indicazione di quale aspetto della procedura (elemento della *lex specialis*, componente dell'offerta, ovvero valutazione della commissione) assuma rilevanza in relazione a ciascuna di esse.

15. Il motivo di appello II, concerne le censure (già dedotte col ricorso introduttivo in primo grado) rivolte nei confronti della struttura della *lex specialis*.

L'appellante lamenta l'erroneità della sentenza per violazione degli artt. 83 e 68 del Codice dei contratti, e 120 del relativo regolamento di cui al d.P.R. 207/2010.

Il TAR non si sarebbe avveduto che la stazione appaltante ha imposto una duplice soglia di sbarramento: la prima al 50% del punteggio di qualità, la seconda con riferimento alla valutazione di singoli sotto-parametri (§ 5.2.2. del disciplinare). Nel caso in esame la soglia di sbarramento non sarebbe né ragionevole, né proporzionata, né congruente con l'oggetto dell'appalto, e comporterebbe una distorsione della concorrenza, alterando la corretta valutazione anche dell'elemento qualità, e/o attenuando ingiustificatamente il rilievo della valutazione economica (gli standards di ammissibilità sotto il profilo tecnico-qualitativo delle offerte sono prefissati, pertanto in questo modo si introduce surrettiziamente un nuovo requisito, soggetto a valutazione discrezionale).

15.1. Il Collegio osserva che la soglia specificamente censurata (almeno 8 punti su 15 per il sotto-parametro (a) - "sperimentazione in sala operatoria"), prevista al punto 5.2.2. del disciplinare, sembra riguardare soltanto il lotto n. 3 ("set chirurgici e set procedurali"), che non interessa all'appellante, non avendo per esso presentato alcuna offerta; né, d'altra parte, l'appellante sostiene che la previsione abbia precluso o inibito la sua partecipazione alla gara anche per tale lotto.

In ogni caso, in base all'art. 83, comma 2, del Codice dei contratti, lo scarto tra il punteggio soglia e il massimo punteggio dell'elemento (di ciascun elemento rispetto al quale una soglia venga prevista) deve essere "appropriato", con riferimento alla rilevanza che l'elemento assume nel contesto complessivo, e l'appellante non ha dimostrato, e nemmeno argomentato che nel caso in esame la previsione della soglia sia in concreto (con riferimento allo specifico elemento, o sub-elemento o sub-criterio, ed alla luce del suo contenuto e della sua incidenza sulla struttura complessiva dell'offerta, o sulle caratteristiche del mercato, etc.) inappropriata.

16. Con lo stesso motivo II, l'appellante lamenta poi che il sotto-parametro lettera b) - "Finitura dei materiali" - sia generico, comprendendo prodotti ben diversi tra loro (teli, camici, divise, mascherine e cappellini chirurgici, etc.) e non prevedendo nessun parametro qualitativo della valutazione.

Anche i sotto-parametri di cui alle lettere a), b), c) e d), sia del punto 5.2.1., che del punto 5.2.2., del disciplinare, non individuerrebbero alcun aspetto tecnico-qualitativo utile alla Commissione per la valutazione degli articoli e dei servizi da appaltare. E il capitolato tecnico si limiterebbe a descrivere il materiale, indicando caratteristiche minime, ma non individuerrebbe aspetti tecnici o qualitativi da valutare. I lotti n. 1 e n. 2 sarebbero anche disomogenei, in quanto comprendono dispositivi medici di natura totalmente diversa, per tipologia e destinazione d'uso, e sia materiale sterile che materiale non sterile.

16.1. Il Collegio ribadisce quanto precisato riguardo l'irrelevanza delle previsioni del § 5.2.2., oltre che del § 5.2.1., in quanto concernenti il lotto n. 3.

Quanto alla genericità e disomogeneità dei prodotti, da valutare alla luce del sotto-parametro (b) "finitura dei materiali" del § 5.1.1. (questo sì, attinente al lotto n. 2 - "materiale sfuso"), si tratta di un'asserzione per un verso smentita dalla descrizione analitica dei prodotti, per altro verso indimostrata; comunque non è tanto la coincidenza della tipologia e destinazione d'uso che giustifica la ricomprensione di prodotti diversi in uno stesso lotto, quanto piuttosto l'idoneità ad essere valutati con il medesimo parametro, in attinenza alle caratteristiche qualitative da apprezzare; ma l'appellante si limita ad affermare che i prodotti andrebbero valutati alla stregua di aspetti qualitativi differenziati per ciascuno di essi, e non accenna a quali debbano essere.

Né, per altro verso, è stato argomentato che l'accorpamento nei lotti, e le specifiche tecniche previste dal capitolato, comportino, in relazione alla struttura dell'offerta, una distorsione del mercato o la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura dell'appalto alla concorrenza.

Non sembra poi del tutto condivisibile che il capitolato tecnico contenga soltanto requisiti strutturali o funzionali minimi (invero, in forma assai analitica: e questo rileva soprattutto per il lotto n. 1, ai fini della individuazione di un corretto parametro di valutazione dell'idoneità dei campioni e della completezza delle schede tecniche presentati, essendo per detto lotto prevista l'aggiudicazione al prezzo più basso), in quanto nel capitolato è riscontrabile anche l'indicazione di caratteristiche suscettibili di essere apprezzate dalla Commissione secondo una gradazione di qualità (ad es., per le caratteristiche dei prodotti in TNT in generale, quelle che secondo le normative europee devono essere indicate nelle schede tecniche: capacità di assorbimento, idrorepellenza e traspirabilità per i camici, resistenza alla trazione sia

longitudinale che trasversale, bassa dispersione di particelle, etc.; ancora, per i camici, alcuni "requisiti minimi", quali vestibilità, traspirabilità, leggerezza).

In ogni caso, l'individuazione dei sotto-parametri di valutazione (per il lotto n. 2) appare sufficientemente specifica: (a) – "grado di protezione, confort e semplicità d'uso del materiale"; (b) – "finitura dei materiali"; (c) – "confezionamento adeguato al sistema di stoccaggio in uso presso le farmacie ospedaliere dei vari p.o. della ASL". Ancora di più, può aggiungersi per completezza, quella del lotto n. 3 (che prevede, per i due parametri "qualità" e "servizio", rispettivamente, cinque e quattro sotto-parametri assai dettagliati).

Dunque, i criteri di valutazione ed i relativi punteggi appaiono adeguati in relazione all'oggetto dell'appalto e idonei a limitare l'attività della Commissione di gara.

17. Con il motivo III, l'appellante censura l'esclusione delle proprie offerte per i lotti n. 1 e n. 2 (riproponendo le censure dedotte in primo grado con i primi motivi aggiunti).

17.1. E' utile ribadire che l'esclusione per il lotto n. 1 è dovuta ad inadeguatezza del materiale (campionatura e schede tecniche) presentato per la valutazione preliminare di idoneità prevista dal disciplinare (§ 5.); mentre l'esclusione per il lotto n. 2 è dovuta al mancato superamento della soglia di sbarramento di punti 30/60 prevista dal disciplinare (§ 5.1.1.).

In particolare, per il lotto n. 1, dal tabulato allegato al verbale n. 17 della Commissione, si evince che HS è stata esclusa in quanto il (campione dei) camici era stato "dichiarato con velcro ma offerto senza velcro - dichiarato misura unica richiesto misure varie", pertanto "non idoneo", e per quello delle tute "manca scheda tecnica", pertanto "non idoneo"; ciò, in modo coerente quanto riportato nel verbale.

Per il lotto n. 2, anzitutto dal verbale n. 6 si desume che l'offerta HS sarebbe stata penalizzata nel punteggio complessivo (20,70/60) in quanto per i camici le schede tecniche (ci sono, ma) sono prive di riferimento ai c.d. livelli-requisiti di prestazione, coefficienti che, come puntualizza la Commissione, consentono di esprimere un puntuale giudizio di qualità dei prodotti rispetto alle caratteristiche richieste (ad es.: impermeabilità, linting; resistenza alla trazione ...); poi, in allegato al verbale n. 10, vi sono i tabulati con le valutazioni analitiche, che, per l'offerta HS, indicano in prevalenza giudizi di "conformità" alla normativa e al capitolato (\*), con poche "positività" (+) e qualche "negatività" (-) rispetto alla soglia di conformità, quest'ultime corredate dall'indicazione del tipo di carenza riscontrata (laddove per l'offerta aggiudicataria si riscontrano numerose "positività" e qualche "conformità", senza "negatività").

17.2. L'appellante lamenta che non siano state indicate le norme tecniche cui i campioni non sarebbero conformi; e che al campione "camice" sia stata allegata la scheda tecnica dalla quale si evince la conformità al capitolato, ed indicazioni che consentivano di valutare i livelli ed i requisiti prestazionali del campione.

Anche il rilievo della mancata allegazione della scheda tecnica al campione "tuta" sarebbe errato, in quanto era stata prodotto in giudizio l'elenco dei campioni e delle schede tecniche presentati, e ciò costituirebbe principio di prova dell'allegazione anche della scheda tecnica in questione.

Comunque, aggiunge l'appellante, nessuna norma sanziona con l'esclusione l'omessa produzione della scheda tecnica di un campione. Infine, lamenta che il TAR non si sia pronunciato sulla istanza di nominare un verificatore o CTU, ex art. 66, cod. proc. amm., perché accerti che effettivamente aveva presentato tutti i campioni e le schede tecniche prescritti, e che nessuna disposizione sanzionava a pena di esclusione l'omessa presentazione.

17.3. Ad avviso del Collegio, l'indicazione dei profili di non conformità risulta dal tabulato sufficientemente specifica, mentre l'appellante non ha contestato che gli aspetti oggetto di contestazione fossero effettivamente richiesti dalla *lex specialis*, né ha impugnato per contrarietà alla normativa tecnica o alle esigenze operative le relative previsioni.

Quanto all'omessa allegazione delle schede tecniche, l'appellante non ha corredato le proprie censure con la produzione di copia della documentazione che afferma di aver presentato, o quanto meno non ha fornito indicazioni che consentissero al Collegio di individuarla e valutarla (ed è evidente che la presentazione dell'elenco non può far presumere quella della documentazione elencata).

D'altra parte, la funzione delle schede tecniche nell'ambito della valutazione è stata precisata dalla Commissione nel verbale n. 6, trova riscontro nelle analitiche previsioni del capitolato tecnico (art. 6 – "campionatura di gara", art. 7 – "elaborato tecnico per la partecipazione alla gara"), e peraltro non è stata contestata in giudizio.

In definitiva, l'appellante non ha offerto elementi per poter mettere in discussione la mancanza dei campioni e della documentazione, affermata dalla Commissione, e la rilevanza delle lacune ai fini valutativi. Pertanto, non vi sono neanche i presupposti per disporre l'approfondimento istruttorio richiesto.

17.4. Secondo l'appellante, sempre riguardo al lotto n. 2, è poi illegittima la mancata riparametrazione dei diversi punteggi attribuiti alle offerte, visto che la stazione appaltante si era auto vincolata ad applicare la formula prevista dall'allegato G del regolamento di cui al d.P.R. 207/2010.

17.5. Il Collegio osserva al riguardo che, non avendo l'appellante indicato in forza di quale previsione sarebbe avvenuto detto autolimitazione, deve concludersi che la censura non può inficiare quanto affermato dal TAR, nel senso che, nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il ricorso alla riparametrazione deve essere espressamente previsto dal bando, e che nel caso in esame la riparametrazione voluta dalla ricorrente non era stata prevista.

A quanto sembra, l'attribuzione del punteggio definitivo per il lotto n. 2 era prevista al § 5.3.1. del disciplinare con ricalcolo proporzionale del punteggio complessivo per il criterio qualità, mentre HS sostiene che avrebbe dovuto essere "interna ed esterna", cioè, sembra di capire, anche rispetto a ciascuno dei sotto-parametri che davano luogo a distinti punteggi, e non solo sul punteggio complessivo.

In ogni caso, la stessa appellante ha affermato che se la Commissione avesse operato la riparametrazione nel modo da essa propugnato il punteggio complessivo per il criterio qualità "sarebbe stato di ben 26,70 punti, dunque vicinissimo alla soglia di sbarramento fissata dal disciplinare" (primi motivi aggiunti, pag. 5; appello, pag. 29). Se si considera che le censure volte ad evidenziare direttamente una sottovalutazione dell'offerta HS risultano infondate (vedi *infra*), quella appena evidenziata costituisce la dimostrazione che la censura non potrebbe comunque superare la prova di resistenza.

18. Con il VI motivo, l'appellante deduce una serie di censure (proposte in primo grado con i secondi motivi aggiunti) che il TAR ha integralmente omissis di valutare.

Le censure sono eterogenee.

Occorre esaminare quelle che riguardano profili di errato apprezzamento da parte della Commissione dell'offerta presentata dall'appellante per il lotto n. 2.

18.1. L'appellante ribadisce che il punteggio attribuito all'offerta tecnica andava riparametrato con riferimento ad ogni criterio e sottocriterio, ma la Commissione ha riparametrato solo il punteggio complessivo dell'offerta tecnica; se lo avesse fatto, HS avrebbe conseguito un punteggio di 26,70 (anziché 16,40), "vicinissimo" alla soglia di sbarramento fissata a 30.

18.2. La censura è già stata sopra confutata.

19. Inoltre, a dire dell'appellante, l'attribuzione di bassi punteggi all'offerta HS (3,5/30 per il sotto-parametro "grado di protezione, confort e semplicità d'uso del materiale"; 6,7/20 per la "finitura dei materiali"; 6,2/10 per il "confezionamento") appare contraddittoria alla luce del numero di "positività" e di "conformità" riscontrate nei confronti dei campioni; una proiezione basata sull'attribuzione di 6/10 del punteggio massimo di ciascun sotto-parametro per ogni sufficienza ("conformità") dei campioni, condurrebbe l'offerta dell'appellante al di sopra della soglia di sbarramento di 30/60, anche prima del riallineamento omissis; chiede comunque che venga disposta una CTU.

19.1. Il Collegio osserva che la presenza di positività e conformità va considerata in una prospettiva comparativa, e dal tabulato allegato al verbale n. 10 appare del tutto evidente che l'offerta dell'appellante ha ottenuto assai meno riconoscimenti positivi, o comunque di sufficienza, non soltanto rispetto a quella dell'aggiudicataria, ma anche rispetto a quelle delle altre concorrenti ammesse, senza contare le maggiori criticità riscontrate nei suoi confronti.

Il presupposto della proiezione dell'appellante è che una "conformità" alle previsioni del capitolato ed alla normativa corrisponda ai 6/10 del punteggio massimo previsto per ciascun sotto-parametro, ma ciò, oltre a non trovare alcun appiglio nella *lex specialis*, appare poco logico, posto che appena al di sotto della "conformità" i componenti dell'offerta, in quanto difformi o incompleti, dovrebbero dar luogo a "negatività", e non dovrebbero ottenere punteggio.

20. HS lamenta inoltre che, mentre il disciplinare prevedeva solo tre sotto-parametri per la valutazione dell'intera campionatura, la Commissione ha valutato la campionatura per macrocategorie di campioni (camici sterili; teli sterili, accessori; calzari in TNT; mascherina chirurgica; divise e giubbini in TNT) ma ciò non era previsto dalla normativa; ed ha introdotto tre criteri innovativi, rappresentati, come sopra esposto, dalla "conformità", "positività" e "negatività" rispetto alle prescrizioni capitolari, mentre non avrebbe potuto procedere a tale integrazione della *lex specialis*, così come non avrebbe potuto controbilanciare le positività con le negatività, sempre in mancanza di una previsione nel disciplinare che ciò consentisse.

20.1. Sembra evidente al Collegio che la valutazione per macrocategorie (tipologie di materiali) non possa dirsi illogica, essendo sostanzialmente comuni le caratteristiche richieste per ciascuna di esse ed i relativi apprezzamenti o rilievi.

Altresì evidente è che il riferimento, per categorie di prodotti, a determinate “positività”, “conformità” e “negatività”, costituisce il modo per esprimere dei giudizi di valore, poi traducibili in punteggi, rispetto ad un parametro di sufficienza oggettivo e desumibile essenzialmente dalle previsioni del capitolato; in pratica, si tratta di un criterio motivazionale adottato dalla Commissione per rendere verificabili e sindacabili le proprie valutazioni, nell’ambito del quale non appare certo illogica, ai fini dell’assegnazione dei punteggi, una “compensazione” tra valutazioni positive e valutazioni negative.

D’altra parte, nessuna critica specifica ai giudizi attribuiti dalla Commissione è stata svolta dall’appellante in chiave comparativa; per quanto riguarda l’insufficienza del punteggio attribuito alla propria offerta, si veda (oltre a quanto sopra esaminato riguardo alla “proiezione” sui 6/10) il punto seguente.

21. Una serie di censure riguardano pretesi profili di illogicità nelle specifiche valutazioni negative (criticità) dell’offerta HS:

(1) – per le mascherine chirurgiche, il giudizio negativo è motivato con il rilievo che HS avrebbe presentato solo due tipologie di mascherine e non ne avrebbe indicato la conformità alla normativa UNIEN 14683; ma HS, sostiene che, come si evincerebbe dall’elenco dei campioni prodotti in sede di gara, ha presentato tutti e 4 i tipi di mascherina e le schede tecniche riportano l’attestazione di conformità; probabilmente, la Commissione non ha ritrovato i campioni, tra le centinaia presentate; per di più, due delle mascherine presentano caratteri migliorativi, e ciò avrebbe consentito di ottenere punteggi maggiori.

(2) – per i camici, la Commissione ha attribuito una negatività, per il confezionamento, ai camici sia “standard performance” sia “basic con lacci”, avendo rinvenuto una delle due salviette richieste in uno solo dei campioni presentati (in più taglie); anche in questo caso, HS ipotizza un mancato rintracciamento di campioni, e sostiene che la Commissione avrebbe dovuto chiedere chiarimenti, tenuto conto che la scheda tecnica indicava due salviette e che la produttrice Esafarma S.r.l. conferma che tutti i camici erano corredati da due salviette assorbenti.

(3) – errata sarebbe la valutazione della divisa monouso e del giubbino, sia per la tenuità delle ragioni (una sola tasca nella giacca, collo del giubbino in altro materiale dalla maglino), sia perché il prodotto può fungere solo da elemento di comparazione, da esempio illustrativo, ma non può costituire il tipo esclusivo della fornitura.

(4) – il rilievo della Commissione sulla mancanza nelle schede tecniche di riferimenti ai c.d. livelli-requisiti di prestazione sarebbe frutto di una svista, in quanto vi era l’attestazione di conformità alla UNIEN 13975, e comunque la campionatura non è parte integrante dell’offerta.

21.1. Il Collegio, principiando dagli ultimi profili, ribadita la centralità della campionatura nella valutazione delle caratteristiche dell’offerta, sottolinea che quanto affermato circa la mancanza di riferimento ai c.d. livelli requisiti di prestazione non ha trovato confutazione.

L’importanza delle caratteristiche richieste della divisa monouso e del giubbino, non implicanti individuazione di un “tipo” esclusivo bensì, appunto, di caratteristiche richieste del prodotto, è frutto, prima ancora che delle valutazioni della Commissione, delle scelte tecnico discrezionali tradottesì nelle previsioni del capitolato, non illogiche e comunque non contestate per questo aspetto.

Quanto agli elementi della campionatura che la Commissione ha ritenuto mancanti, il Collegio rileva che, anche in questo caso, l’appellante non ha fornito indicazioni specifiche utili, quanto meno, ad individuare le schede tecniche, nell’ambito della documentazione acquisita al giudizio ed a verificarne il contenuto.

In ogni caso, anche volendo ipotizzare che si sia verificato uno smarrimento dei campioni imputabile alla Commissione (ipotesi per suffragare la quale, peraltro, non vi sono elementi), la differenza, in termini di somma di “positività” e “conformità”, al netto delle “negatività”, tra l’offerta dell’appellante e quella della Molnlycke sembra tale, che anche un maggior punteggio risultante dall’apprezzamento in positivo degli elementi ritenuti mancanti non potrebbe condurre ad un diverso risultato di gara (tale considerazione vale anche riguardo alle censure indicate al punto seguente).

22. Nell’ambito del VI motivo, viene riproposta anche una censura che non ha attinenza specifica con la valutazione dell’offerta dell’appellante, ma che, se fondata, avrebbe comportato l’integrale annullamento delle operazioni di valutazione effettuate dalla Commissione.

L’appellante lamenta che la Commissione giudicatrice non abbia operato come un collegio perfetto, in quanto la valutazione delle offerte tecniche sarebbe stata demandata a quattro componenti (tra i commissari incaricati della valutazione, dalla lettura del verbale n. 3, non figura il presidente), non essendo peraltro possibile sapere chi abbia effettivamente esaminato le schede tecniche ed i campioni, e non essendo state menzionate nei verbali le concrete modalità adottate dai singoli componenti o dai gruppi di lavoro per espletare l’attività valutativa, né le valutazioni dei singoli campioni in concreto effettuate.

Inoltre, i commissari hanno impiegato dieci mesi per la valutazione, in violazione dei principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara, non sono state verbalizzate le cautele adottate per la conservazione e la custodia in sicurezza delle offerte nel corso del procedimento; detta omissione è ascrivibile, a dire dell'appellante, alla anomalia dell'esame demandato a soli quattro componenti, che verosimilmente vi hanno proceduto singolarmente; e spiegherebbe il mancato ritrovamento delle due mascherine per il lotto n. 2, e della scheda tecnica per il lotto n. 1, oltre che delle salviette dei camici.

22.1. Il Collegio osserva che nulla consente di affermare che la valutazione non sia stata condivisa dall'intera Commissione.

L'affidamento dell'esame delle schede tecniche e dei campioni ai componenti aventi una specifica competenza professionale è giustificato, purché la decisione finale, sulla base dell'esposizione e della valutazione delle risultanze dell'istruttoria, sia compiuta dal collegio nella sua interezza (cfr. Cons. Stato, III, n. 1368/2011). E nulla nel caso in esame conduce a ritenere che tale momento collegiale sia mancato, risultando l'attribuzione dei punteggi e l'elaborazione dei relativi tabulati riferite alla intera Commissione (cfr. verbale n. 5, per il lotto n. 1, e verbale n. 10 per il lotto n. 2).

Inoltre, sebbene le garanzie di imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza dell'azione amministrativa postulino che le sedute di una commissione di gara debbano ispirarsi al principio di concentrazione e continuità, tale principio è soltanto tendenziale ed è suscettibile di deroga, potendo verificarsi situazioni particolari che obiettivamente impediscono l'espletamento di tutte le operazioni in una sola seduta o in poche sedute ravvicinate. Nel caso in esame, le operazioni di valutazione si sono protratte a lungo, per il lotto n. 2, dal 12 aprile 2012 (apertura buste offerte tecniche – verbale n. 3) al 17 dicembre 2012 (attribuzione punteggi – verbale n. 10), ma va considerata la numerosità dei campioni e delle schede da valutare e la sosta estiva con correlata fruizione delle ferie da parte dei commissari (cfr. verbale n. 8, seduta di aggiornamento del 9 luglio 2012).

Quanto alle paventate conseguenze del notevole lasso di tempo intercorso tra l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche e la definitiva attribuzione dei punteggi, senza che siano state indicate le modalità di conservazione dei plichi e senza che sia stata giustificata la ragione del lungo periodo di tempo impiegato, il Collegio sottolinea che, in assenza di disposizioni espresse circa le modalità di conservazione dei plichi tra una seduta e l'altra, la mancata indicazione nei verbali di operazioni singolarmente svolte - quali tra l'altro l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei plichi, il luogo di custodia e le eventuali misure atte a garantire la integrale conservazione dei plichi stessi - non costituisce causa di illegittimità del procedimento, salvo che non sia provato - o siano quanto meno forniti adeguati e ragionevoli indizi - che la documentazione di gara sia stata effettivamente manipolata negli intervalli tra un'operazione e l'altra (cfr. Cons. Stato, V, n. 257/2015; n. 5060/2014; n. 2444/2014; n. 1668/2014). Tali elementi non si riscontrano nel caso in esame.

23. Le considerazioni che precedono conducono alla conclusione che l'esclusione dell'appellante dalla gara si sottrae alle censure dedotte.

Conseguentemente, posto che la graduatoria della gara evidenzia, sia per il lotto n. 1 che per il lotto n. 2, tre concorrenti classificati, risultano inammissibili per difetto di interesse le censure rivolte dall'appellante nei confronti delle offerte presentate dalle aggiudicatrici, posto, in mancanza della contestazione della posizione delle altre due imprese graduate, la eventuale fondatezza di dette censure non potrebbe comunque condurre all'aggiudicazione in favore dell'appellante.

Si tratta del IV motivo (che ripropone censure dedotte con i terzi motivi aggiunti del primo grado), con cui HS lamenta l'omessa esclusione dell'offerta M&T, risultata aggiudicataria del lotto n. 1, e del V motivo (anch'esso riprodotto parte dei terzi motivi aggiunti del primo grado), con cui HS lamenta l'omessa esclusione dell'offerta MHC, risultata aggiudicataria del lotto n. 2, per omessa presentazione dell'attestazione di avvenuto sopralluogo e di dichiarazioni da parte di procuratori speciali sull'insussistenza di cause di esclusione ex art. 38 del Codice dei contratti pubblici.

Inoltre, la stessa sorte seguono quelle censure, facenti parte del VI motivo di appello, con le quali si lamenta che le offerte delle due aggiudicatrici non indichino i costi per la sicurezza, che nei loro confronti non sia stata effettuata la verifica di anomalia, che l'offerta della MHC sia in aumento rispetto alla base d'asta della fornitura.

24. Deve a questo punto esaminarsi il motivo di appello I, con cui viene contestata, sotto vari profili, l'indizione della nuova gara.

L'appellante precisa che, in esito a gara, aveva sottoscritto un contratto d'appalto in data 17 settembre 2010, avente una durata sei anni a decorrere dal 20 settembre 2010, per la fornitura dei "servizi di lavanolo, disinfezione, gestione guardaroba, trasporto ritiro e riconsegna di tutta la biancheria, divise complete, materasseria e fornitura di materiale monouso in TNT"; e che, in corso di fornitura, la ASL aveva esercitato l'opzione prevista dall'art. 17 del capitolato, chiedendo, dopo un periodo di sperimentazione, la fornitura di prodotti (divise, telini, teli, etc.) in TTR (materiale sterile riutilizzabile) in luogo di quelli in TNT (tessuto non tessuto).

Precisa anche che le forniture sono state assicurate fino al 28 gennaio 2015, allorché ha ricevuto una nota con cui il direttore sanitario del p.o. di Sulmona comunicava ai responsabili delle strutture che “ ... con decorrenza dalla data odierna viene sospesa la fornitura del materiale monouso in TNT e TTR, nonché la fornitura di dispositivi medici sterili per l’allestimento del teatro operatorio, comprendente camice e teleria riutilizzabili, sino ad oggi riforniti dalla ditta Hospital Service, a cui la presente viene inviata per dovuta informazione. Dalla data odierna il materiale in questione verrà rifornito dalla ditta Molnlycke H.C. S.r.l., in ottemperanza alla delibera di aggiudicazione di gara D.G. n. 409 del 11/3/2014” (doc. B1 – prod. documentale). E che analoga comunicazione di sospensione delle forniture era prevenuta da parte del direttore dell’U.O.C. del p.o. di Avezzano in data 16 febbraio 2015 (doc. B2, *idem*).

L’appellante fornisce anche un prospetto comparativo dei materiali oggetto delle due forniture, sostenendone il carattere “perfettamente e totalmente speculare” (sul piano funzionale, se non su quello nominale).

25. In base agli atti di causa, ed in mancanza di confutazioni di controparte, il Collegio deve ritenere vi sia, se non piena coincidenza, almeno una ampia sovrapposibilità dell’oggetto dell’appalto in essere con l’appellante rispetto a quello della nuova gara bandita in data 23 dicembre 2011.

26. Anche il TAR ha affermato che vi è “parziale sovrapposizione”, concludendo però che ciò non comporterebbe alcuna diretta conseguenza per l’efficacia del contratto in essere, e quindi allo stato (fino a che, in ipotesi, non si verifichi inadempimento agli obblighi da esso derivanti) non vi sarebbe interesse di HS di contestare l’indizione della gara.

Anche la difesa di MHC afferma di voler “prescindere dalla sovrapposibilità o meno dell’oggetto del contratto”, sostenendo, nella medesima prospettiva seguita dal TAR, la tesi dell’irrelevanza della circostanza.

27. Il Collegio non è di questo avviso.

Non si evince dagli atti del giudizio che l’indizione della nuova gara sia motivata da esigenze di acquisire nuovi prodotti o servizi, o maggiori volumi di quelli previsti; o, quanto meno simili esigenze – con la eventuale valutazione della possibilità di ampliare l’oggetto dell’appalto originario, all’uopo interpellando l’appaltatore (si tratta, va sottolineato, di prestazione integrata, senza interferenze tra più fornitori) - non risultano essere state messe in adeguata evidenza negli atti della ASL.

Né risultano mossi all’operato dell’appaltatore rilievi di inadempimento.

In sostanza, la scelta di indire una nuova gara sembra essere maturata nella non considerazione che per lo stesso oggetto (in gran parte) esisteva un appalto in corso di (regolare, deve ritenersi) esecuzione. Anche se, sempre stando agli atti, non può dirsi che la consapevolezza della sovrapposizione non vi fosse (l’appellante, richiamando i tavoli tecnici tenuti tra i dirigenti interessati alla tematica in data 11 ottobre 2010 e 22 novembre 2012, sottolinea che in quest’ultima occasione, era stata fatta “espressa riserva di effettuare una verifica comparativa tra gli articoli previsti nel contratto richiamato e gli articoli ricompresi negli atti di gara in corso di espletamento, al fine di evitare possibili duplicazioni di forniture nei Presidi già serviti dalla H.S. ...”).

28. Di fronte ad una simile scelta, HS aveva interesse ad impugnare l’indizione della nuova gara, sotto il profilo della mancata considerazione della sovrapposizione dell’oggetto con quello dell’appalto in essere, nonché della possibilità di conseguire le (eventuali) esigenze di ampliamento o integrazione della fornitura mediante un intervento sul contratto in essere.

E sembra al Collegio che, per quanto esposto, sia corretta la prospettazione dell’appellante che lamenta un difetto di istruttoria e di motivazione sui presupposti dell’indizione della nuova gara, nonché la violazione delle garanzie procedurali nei suoi confronti.

29. Ciò, a prescindere dalla qualificabilità o meno dell’indizione della nuova gara d’appalto alla stregua di una revoca implicita, in violazione dello schema generale dell’art. 21-quinquies, della legge 241/1990, degli atti concernenti l’affidamento alla HS del precedente appalto (qualificazione che potrebbe comportare altre e più radicali censure nei confronti dell’operato della stazione appaltante – cfr. Cons. Stato, A.P. n. 14/2014).

30. Non può sostenersi, infatti, che l’incidenza del nuovo appalto sulla posizione dell’appaltatore originario andrebbe valutata solo allorché sia verificato in concreto che l’esecuzione del nuovo appalto determina l’inadempimento di quello preesistente, e con esso la lesione della situazione soggettiva dell’appaltatore originario.

Infatti, la legittimità degli atti amministrativi va valutata per le conseguenze prevedibili che essi programmano, nella prospettiva che vengano portati ad esecuzione in modo coerente alle premesse. E nel caso in esame, non sembra dubbio che l’esecuzione del nuovo appalto presentasse, fin dall’origine, un effetto incompatibile (in forza della sovrapposibilità, parziale o totale, dell’oggetto) con il permanere della esecuzione dell’appalto preesistente. Se vi fosse qualche dubbio, le note di comunicazione summenzionate (ancorché intervenute a giudizio in corso) lo dimostrano.

31. La fondatezza di detto ordine di censure comporta l'annullamento degli atti di gara.

32. L'appellante ha formulato anche una domanda risarcitoria; ciò, tuttavia, espressamente "in difetto" del *petitum* che ha dichiarato essere prioritario, vale a dire "l'annullamento dei provvedimenti impugnati e la reintegra nel servizio" (fornitura).

Poiché l'annullamento della gara comporta la prosecuzione dell'esecuzione dell'appalto preesistente, potenzialmente con recupero oltre la scadenza dei mesi del 2015 nei quali vi è stata sospensione della prestazione, non vi è luogo al momento a valutare la domanda di risarcimento legata a detta sospensione, che potrà essere eventualmente riproposta da HS una volta definita l'effettiva durata residua che avrà l'esecuzione dell'appalto.

33. In considerazione della natura delle questioni affrontate, anche tenuto conto che l'appello non risulta pienamente rispettoso dei principi di sinteticità e chiarezza, si ravvisano giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie parzialmente e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, accoglie parzialmente il ricorso proposto in primo grado ed annulla gli atti della gara d'appalto indetta con bando pubblicato sulla G.U.R.I. del 23 dicembre 2011.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Deodato, Presidente FF

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 23/07/2015

IL SEGRETARIO

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