

N. 01048/2016REG.PROV.COLL.

N. 07576/2015 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 7576 del 2015, proposto da:

Unisalute Spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Scanzano ed Elio Leonetti, con domicilio eletto presso lo studio legale Chiomenti in Roma, Via XXIV Maggio, n. 43;

contro

Inarcassa - Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per gli ingegneri ed architetti liberi professionisti, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Eugenio Picozza, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via San Basilio, n. 61;

nei confronti di

RBM Salute S.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Giampiero Proia, Carlo Comandè e Annunziata Testone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giampiero Proia in Roma, Via Pompeo Magno, n. 23 A;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. Lazio - Roma: Sezione III Bis n. 6319 del 4.5.2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Inarcassa - Cassa nazionale di previdenza ed assistenza per gli ingegneri ed architetti liberi professionisti e di RBM Salute S.p.a.;

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 3 dicembre 2015 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Francesco Scanzano, Eugenio Picozza e Carlo Comandè;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con ricorso al T.a.r. per il Lazio, sede di Roma, la società UNISALUTE S.p.a. (d'ora in poi, UNISALUTE) impugnava l'aggiudicazione in favore di RBM Salute S.p.a. (d'ora in poi, RBM) della gara a procedura aperta per la "Copertura assicurativa per il rischio rimborso spese mediche per i propri iscritti e i propri dipendenti di ogni ordine e grado", da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.- La ricorrente si collocava al secondo posto con punti 96,336, mentre a RBM veniva attribuito il punteggio complessivo di 96.876, pur avendo essa offerto un prezzo meno conveniente; l'istanza di accesso agli atti della procedura, in data 18 dicembre 2014, veniva respinta perché l'offerta tecnica della controinteressata sarebbe coperta da segreto tecnico/commerciale.

3.- Il ricorso era affidato ai seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza e par condicio, violazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione; erronea rappresentazione dei presupposti di fatto; contraddittorietà ed illogicità, manifesta irragionevolezza;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 49, comma 10, del d.lgs. n. 163 del 2006, eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di istruttoria;

3) Violazione e falsa applicazione della legge di gara, nonché dell'art. 120 del d.P.R. n. 270/2010 e dell'Allegato "1" al d.P.R. n. 207/2010; eccesso di potere per illogicità manifesta;

4) In via subordinata: violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/2006 e della lex specialis di gara (punto IV.2.1. del bando e dei paragrafi 4 e 10 del disciplinare; violazione dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità, par condicio e trasparenza; eccesso di potere per difetto di istruttoria e motivazione; erronea rappresentazione dei presupposti di fatto; contraddittorietà ed illogicità; manifesta irragionevolezza;

5) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 e dell'art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006.

4. - La controinteressata RBM proponeva ricorso incidentale, chiedendo la dichiarazione di inammissibilità o improcedibilità del ricorso principale, per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione degli articoli 86, comma 3 bis, ed 87, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006: violazione e falsa applicazione dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006, illegittimità manifesta e violazione della par condicio competitorum;

2) violazione e falsa applicazione degli articoli 86 e 87 del d.lgs. n. 163/2006, eccesso di potere e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto.

5. - Venivano prodotti da Inarcassa, in busta chiusa, i documenti riservati oggetto dell'istanza di accesso, ma la controinteressata si opponeva.

6. - La sentenza in epigrafe rigettava, innanzitutto, il ricorso incidentale.

a-)quanto alla eccezione di carenza di legittimazione della ricorrente principale non aggiudicataria, per non aver reso la dichiarazione attestante l'ammontare degli oneri della sicurezza interna, necessaria a pena di inammissibilità dell'offerta, rilevava che:

- nell'ambito dei servizi di cui all'Allegato II b del d.lgs. n. 163/2006, tra cui rientrano quelli oggetto dell'appalto (categoria n. 27 "Altri servizi"), si applicano direttamente solo le disposizioni indicate dall'art. 20 del medesimo Codice degli Appalti ed i principi di cui all'art. 27;

- sia il "Modulo di presentazione offerta economica", di cui all'Allegato 1 prodotto dalla ricorrente principale, che quello prodotto dalla ricorrente incidentale, non recano l'indicazione degli oneri della sicurezza, con conseguente carenza di interesse alla censura;

l- a censura è infondata nel merito, in quanto l'obbligo di indicare i costi della sicurezza aziendale a pena di esclusione avrebbe dovuto essere imposto dalla lex specialis, a guisa di autolimita (Cons. Stato, sez, V 23 ottobre 2014, n. 5228 e 6 agosto 2012, n. 4510);

b-) quanto al secondo motivo con cui si deduceva che c UniSalute avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura in quanto tanto l'offerta tecnica, quanto quella economica presentate sono anormalmente basse, la sentenza rilevava l'inammissibilità per mancanza dell'interesse a coltivare la censura, poiché, come è dato evincere dal verbale n. 7 del 21 ottobre 2014, tutte e due le offerte sia di UniSalute sia di RBM si presentavano come anormalmente basse.

6.1. - La sentenza rigettava anche il ricorso principale, in quanto:

- infondata è la censura secondo cui erroneo sarebbe il punteggio di 7 attribuito alla controinteressata per "strutture sanitarie ed equipe mediche convenzionate" (in quanto offre una lista di strutture convenzionate in parte non pertinenti o inadeguate perché la lex di gara si riferisce ai Capitolati di Polizza, che prevedono i ricoveri in Day Hospital e/o ambulatoriali, effettuabili anche presso strutture psichiatriche -che svolgono anche servizi diversi da quelli psichiatrici- e perché non dimostrata la dedotta inadeguatezza di alcune altre strutture;

-infondata è la censura con cui si lamenta che RBM ha fatto ricorso all'avvalimento con l'impresa Previmedical senza specificare quale sia il titolo giuridico che consente alla stessa di offrire in gara una rete convenzionata non propria (non potendo tale titolo rinvenirsi nel subappalto), in quanto valido l'avvalimento anche se non previsto dalla lex specialis e anche in assenza "di contenuti particolari e/o predeterminati, o di specifiche tassative formalità oltre a quelle specificate dalla norma";

- non vi sarebbe confusione con il subappalto, che interviene in fase di esecuzione, purchè autorizzato, come nella specie, in cui è stata avanzata la relativa istanza il 24 novembre 2014;

- la riparametrazione non ha determinato distorsione nei punteggi, atteso che l'operato della stazione appaltante sarebbe conforme all'art. 120 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207; quanto all'altro profilo del motivo, con il quale parte ricorrente osserva che la riparametrazione doveva valere solo su due elementi, il riferimento preciso al contenuto del punto II, lett. a) n. 4 dell'allegato P del d.P.R. 207/10 recato dal Disciplinare, anche se la lex specialis fosse equivoca, ne esclude la fondatezza per il chiaro contenuto della norma di riferimento;

- infondato è il motivo con cui si denuncia la violazione dell'art. 83, comma 4, del Codice dei contratti, in quanto il Disciplinare al punto 4.2 già individuava i sub criteri e l'attribuzione dei punteggi relativi alle voci 6 e 7 e nessun sub criterio nuovo ha inserito la Commissione;

- è infondata la censura secondo cui la stazione appaltante non avrebbe proceduto, prima della aggiudicazione, alle verifiche dei requisiti di ordine speciale e generale nei confronti dell'impresa aggiudicataria, come dimostra la richiesta, in data 17 novembre 2014, di comprovare "i requisiti gara Gap 22/14", cui l'aggiudicataria ha risposto con nota del 19 novembre 2014.

Infine, la sentenza ha dichiarato in parte improcedibile e in parte infondato il ricorso avverso il diniego di accesso.

7. - Con l'appello in esame, UNISALUTE deduce l'erroneità della sentenza ed articola i seguenti motivi:

a) erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il primo motivo - omessa pronuncia, violazione e falsa applicazione dei principi di trasparenza e par condicio, violazione della lex speciale di gara - erronea rappresentazione dei presupposti di fatto - contraddittorietà ed illogicità;

b) erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il secondo motivo di ricorso principale – violazione e falsa applicazione dell'art. 49, comma 10, del d.lgs n. 163/2006 – erronea rappresentazione dei presupposti di fatto e di diritto;

c) erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il terzo motivo del ricorso principale - violazione e falsa applicazione della legge di gara nonché dell'art. 120 del D.P.R. 207/2010 e dell'allegato P al DPR 207/2010 - contraddittorietà.

d) erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il quarto motivo del ricorso principale – contraddittorietà - omessa pronuncia - violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.lgs. n. 163/2006 e della lex specialis di gara (punto IV.2.1 del bando e paragrafi 4 e 10 del disciplinare di gara) - violazione dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità, par condicio e trasparenza.

e) erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato il quinto motivo del ricorso principale - violazione e falsa applicazione dell'art. 38 e dell'art. 48, comma 2, del D.Lgs 163/2006.

f) erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato l'istanza ex art. 116, comma 2, cpa.

8. - L'aggiudicataria RBM propone appello incidentale condizionato all'eventuale accoglimento dell'appello principale, chiedendo la riforma della sentenza impugnata nella parte in cui non ha esaminato le eccezioni di inammissibilità alle censure del ricorso introduttivo, sollevate con apposita memoria, e ha ritenuto inammissibile e infondata la prima censura del ricorso incidentale.

9.- Si è costituita Inarcassa confutando specificamente i motivi di appello e chiedendo la conferma del capo di sentenza relativo al ricorso incidentale.

8. - A seguito di scambio di memorie e repliche, la causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 3 dicembre 2015.

DIRITTO

1. - Va esaminato, innanzitutto, l'appello principale, essendo quello incidentale condizionato all'ipotesi di accoglimento del primo.

2. - Infondato è il primo motivo.

2.1. - La sentenza ha ritenuto correttamente che gli schemi di polizza facevano riferimento anche al ricovero in regime di day hospital, day surgery ed ambulatoriale e che la definizione di "ricovero" contenuta nelle "definizioni di polizza" va integrata con quanto previsto negli schemi di polizza, che rappresentano i capitoli speciali d'onere.

In base al testo di polizza Integrativa -Iscritti e pensionati (pag. 5, art.2), al Piano Sanitario per i Dipendenti (pag. 3, Eventi garantiti) e al Piano sanitario per i dirigenti (pag.4, grandi interventi), il "ricovero", ai fini dell'oggetto della garanzia, ricomprende al suo interno anche il regime di "day hospital" e di "day surgery".

Non vi è stata, dunque, alcuna falsa dichiarazione da parte di RBM.

2.2. - Infondato è anche il profilo riguardante la contestazione del punteggio attribuito nonostante la presenza nell'elenco di alcune strutture psichiatriche, stante l'esclusione dalla garanzia delle malattie mentali e dei disturbi psichici in genere.

A parte la considerazione che si tratterebbe soltanto di 5 strutture psichiatriche inserite in un elenco ben più numeroso e a fronte di 254 strutture offerte dall'aggiudicataria, è ragionevole ritenere che dette strutture ben possono essere utilizzate anche per prestazioni diverse, di tipo strumentale (ad es. elettromiografia, elettroencefalogramma, radiografie, etc.), ricomprese nella polizza.

2.3. - Riguardo alla censura secondo cui alcune strutture sarebbero richiamate due volte, l'appellante denuncia il vizio di omessa pronuncia.

Si tratta, ad avviso del collegio di errore ininfluenza, all'apparenza di un errore materiale, che comunque riguarda un numero esiguo di strutture (solo 10), a fronte del numero considerevole di strutture indicate per ricoveri (369) e per visite specialistiche (1.581).

3. - E' infondato il terzo motivo, con cui si lamenta la mancata esclusione di RBM per aver offerto una rete di altro operatore economico senza fornire il titolo giuridico che le consente di offrire una rete convenzionata non propria. Il contratto di avvalimento avrebbe ad oggetto solo una rete convenzionata minima di 80 strutture per il ricovero e non la più ampia rete convenzionata indicata nella relazione tecnica.

Invero, RBM ha allegato all'istanza di partecipazione alla gara un contratto di avvalimento con Previmedical e la dichiarazione di quest'ultima, con l'indicazione dei requisiti posseduti e prescritti a pena di esclusione dal bando, ovvero un elenco di istituti di cura e di strutture sanitarie pubbliche convenzionate in Italia in misura non inferiore a 80, con esclusione di poliambulatori, e una struttura di ricovero in almeno l'80% delle regioni italiane (punto III.2.1 del bando).

La dotazione di un numero di strutture non inferiore a 80 rappresenta evidentemente un requisito minimo, che non esclude la possibilità di indicare la disponibilità di una rete più estesa.

RBM, in sede di gara, ha anche dichiarato di affidare in subappalto a Previmedical la fornitura e gestione della rete di strutture sanitarie convenzionate nei limiti dell'avvalimento (presentando poi richiesta di autorizzazione in tal senso).

4.- Col quarto motivo, l'appellante critica la sentenza per aver rigettato la censura con cui contestava l'avvenuta seconda riparametrazione, non prevista dalla lex di gara.

La sentenza ha ritenuto correttamente che l'operato della stazione appaltante sia conforme all'art. 120 DPR 207/2010 e al disciplinare di gara che rinvia all'allegato P, punto II lett. a) n. 4 " e successiva riparametrazione" (cfr.punto 4.2.del disciplinare).

La lex di gara prevedeva espressamente la riparametrazione secondo il metodo aggregativo compensatore, che comporta il calcolo dell'offerta economicamente più conveniente attraverso il sistema dell'attribuzione di coefficienti assoluti agli elementi qualitativi dell'offerta tecnica, secondo la formula prevista dall'allegato P al citato D.P.R. 207/2010, punto II, lett. a) (in particolare, n. 4, specificato dal disciplinare), nonchè per quanto riguarda gli elementi di natura quantitativa (prezzo e tempo) l'applicazione della formula di cui alla lett. b) dello stesso punto II dell'allegato P (così deve intendersi l'espressione "e successiva riparametrazione").

Nel metodo aggregativo compensatore è insita la doppia riparametrazione, in quanto, una volta individuata la migliore offerta tecnica, occorre procedere ad una seconda riparametrazione al fine di garantire il necessario rispetto del rapporto tra peso dell'offerta economica e quello dell'offerta tecnica, conformemente alla disposizione dell'art. 120 del DPR 207/2010, che pone l'obbligo di stabilire un punteggio assegnabile nel complesso pari a 100, ripartito tra i criteri di valutazione nella lex di gara.

Tale seconda riparametrazione è necessaria per osservare correttamente la proporzione voluta dalla stessa lex di gara tra i singoli criteri di valutazione e i pesi che rispettivamente essi rivestono nell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (C.d.S., VI, 14.11.2012, n. 5754).

Si avrebbe, altrimenti, un'indubbia alterazione nel rapporto tra i punteggi dettati per il profilo tecnico e per quello economico, in violazione della stessa lettera di invito.

Il prezzo finirebbe per pesare di fatto, rispetto alla qualità, di più di quanto stabilito dalla lex specialis di gara, in violazione di quest'ultima (oltre che dei principi dettati dall'art. 120 del d.P.R. n. 207/2010).

Proprio la necessità di rispettare il rapporto tra offerta tecnica ed offerta economica, previsto dalla lex specialis di gara, porta a ritenere, in ultima analisi, che la lettera di invito contenesse, anche implicitamente, l'obbligo per la stazione appaltante di dare corso anche alla cd. seconda parametrizzazione, perché è soltanto mediante quest'ultima che si sarebbe potuto mantenere intatto il predetto rapporto.

4.1 – Le considerazioni svolte fanno ritenere infondato anche il profilo di censura con cui si lamenta che la riparametrazione doveva valere solo su due elementi, stando alla lettera del disciplinare.

5.- Non ha pregio il quarto motivo di appello col quale si censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto inconsistente la censura avanzata in primo grado tendente a dimostrare che la Commissione abbia illegittimamente determinato ex post, dopo aver avuto contezza delle offerte tecniche, criteri non previsti dal bando.

La sentenza ha ritenuto che il verbale n. 5/2014 ha solo riprodotto i criteri indicati dall'art. 4.2 del disciplinare, con la conseguenza che non sarebbe stato introdotto alcun nuovo sub-criterio.

L'appellante afferma erroneamente che il disciplinare non contemplava sub criteri e relativi sub punteggi, bensì una serie di profili che costituivano esclusivamente i contenuti che il concorrente avrebbe dovuto illustrare nella relazione tecnica.

Va confermata sul punto la decisione del primo giudice, constatando che il disciplinare attribuisce alla voce del punto 6 un punteggio fino a 5 e alla voce del numero 7 un punteggio fino a 7 e che si tratta delle stesse voci indicate nel verbale numero 5 del 17 ottobre 2014, con i medesimi punteggi.

5.1. - Va ulteriormente precisato che, nel verbale del 17 ottobre 2014, la Commissione non ha proceduto all'introduzione di sub criteri e sub punteggi, ma ha semplicemente illustrato in concreto l'applicazione del disciplinare e del metodo aggregatore compensatore di cui al punto 4.2 del disciplinare.

6. – Infondata è pure la censura riguardante il rigetto del quinto motivo di ricorso, con cui si denunciava la violazione dell'art. 38 e dell'art. 48, comma 2, del D.lgs n. 163/2006, in quanto non si sarebbe mai proceduto alla comprova dei requisiti, essendo smentita dalla produzione di Inarcassa e della stessa RBM.

7. – Infine, quanto alla parte della sentenza che ha rigettato l'istanza ex art 116, comma 2 c.p.a., è corretta la sentenza che dichiara in parte improcedibile il ricorso, essendo stata esaudita l'istanza di accesso per le parti ostensibili dei

documenti richiesti, in parte infondato, relativamente alle informazioni tecniche costituenti segreti tecnici e commerciali (privative e know how riservati – come da dichiarazione resa da RBM, ai sensi dell'art. 13, comma 5 del Dlgs 163/2006).

8. – Essendo infondato l'appello principale, va dichiarato inammissibile l'appello incidentale condizionato.

9. – Le spese di giudizio si compensano tra le parti, attesa la natura delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e dichiara inammissibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

Sergio Fina, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/03/2016

IL SEGRETARIO

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