

N. 01318/2016REG.PROV.COLL.

N. 09230/2015 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 9230 del 2015, proposto da:  
Svas Biosana S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luciano Maria Delfino, Luigi Tretola, con domicilio eletto presso  
E Associati Studio Lombardo in Roma, Via Taro, 56;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale Reggio Calabria, rappresentata e difesa dall'avv. Rosario Infantino, con domicilio eletto  
presso Cons. Di Stato Segreteria in Roma, p.za Capo di Ferro 13;

nei confronti di

Fater Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Salvatore Alberto Romano, Laura Rainaldi, con domicilio eletto presso  
Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile, 11;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA n. 00841/2015, resa tra le parti,  
concernente affidamento fornitura di ausili per incontinenti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Provinciale Reggio Calabria e di Fater Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Luigi  
Tretola, Mario Sanino su delega di Rosario Infantino e Laura Rainaldi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, respingeva il ricorso proposto dalla Svas Biosana S.p.A. (d'ora innanzi Svas) avverso la sua esclusione dalla gara per la fornitura di ausili per incontinenti, indetta dall'Azienda Sanitaria Provinciale di Reggio Calabria (d'ora innanzi ASP) e l'aggiudicazione dell'appalto alla Fater S.p.A.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la Svas, contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso proposto in primo grado.

Resistevano la ASP e la Fater, rilevando l'infondatezza dell'appello e domandandone la reiezione, con conseguente conferma della decisione impugnata.

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 10 marzo 2016.

## DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dell'esclusione della Svas dalla gara per la fornitura di ausili per incontinenti in favore dell'ASP, disposta dalla stazione appaltante in esito all'attribuzione all'offerta tecnica della ricorrente, in occasione del terzo esame della stessa (dopo che le prime due valutazioni, unitamente ai conseguenti provvedimenti di esclusione, erano state, rispettivamente, annullate dalla sentenze n.4968 del 2014 del Consiglio di Stato e n. 282 del 2015 del T.A.R. di Reggio Calabria), di un punteggio (di 25,4462 punti) inferiore a quello prescritto dal disciplinare di gara (di 26 punti) per l'accesso alla successiva fase di valutazione dell'offerta economica.

Il Tribunale calabrese, dopo aver esaminato i giudizi della Commissione in ordine agli otto sub-criteri relativi al punto G del capitolato (colpiti dalle citate decisioni di annullamento delle precedenti esclusioni della ricorrente), ne ha riscontrato la coerenza con la portata conformativa dei relativi giudicati, rilevando, in ogni caso, l'estraneità delle censure indirizzate contro di essi al perimetro del giudizio di legittimità riservato al giudice amministrativo, ed ha giudicato in parte improcedibile e in parte infondato il ricorso per motivi aggiunti proposto avverso l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata Fater.

L'appellante Svas critica il convincimento espresso dal T.A.R., sulla base delle censure appresso esaminate, e conclude per la riforma della sentenza impugnata e per il conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado.

2.- L'appello è infondato, alla stregua delle considerazioni di seguito esposte, e va respinto.

3.- Con il primo motivo di appello si critica il giudizio di inammissibilità delle censure rivolte alle valutazioni tecniche contestate, pronunciato dai primi giudici in esito al rilievo che le pertinenti questioni esulano dai confini del sindacato di legittimità, sulla base dell'argomentazione che, al contrario di quanto ritenuto in prima istanza, le doglianze articolate nel ricorso originario si fondano su ammissibili rilievi di erroneità od illogicità dei giudizi censurati.

La censura è infondata e va disattesa.

Dalla semplice lettura delle decisioni di annullamento delle precedenti esclusioni e del verbale della riunione nella quale è stato rinnovato il giudizio di inadeguatezza dell'offerta tecnica di Svas si ricava, infatti, il convincimento che gli apprezzamenti che hanno fondato la valutazione negativa censurata con il ricorso risultano, per un verso, coerenti con gli obblighi conformativi prodotti dal giudicato delle suddette statuizioni e, per un altro, congruenti con le risultanze documentali e con i contenuti oggettivi del progetto scrutinato.

I giudizi contestati, invero, si rivelano del tutto coerenti, attendibili, plausibili e, soprattutto, privi di profili di manifesta irragionevolezza o di palese erroneità.

Orbene, a fronte dei caratteri appena segnalati, le valutazioni espresse dalla commissione di gara devono intendersi estranee all'ambito oggettivo del sindacato di legittimità delle relative determinazioni, che, com'è noto, non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle limitate ipotesi, nella specie non riscontrabili, in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una deliberazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 18 gennaio 2016, n.120).

Merita, in definitiva, conferma la statuizione gravata, nella parte in cui ha giudicato l'esame delle doglianze indirizzate alle valutazioni di inadeguatezza dell'offerta tecnica precluso dal rispetto dei limiti del sindacato di legittimità degli atti connotati da evidenti e costitutivi profili di discrezionalità tecnica.

4.- Con il secondo motivo l'appellante insiste, invece, nel denunciare l'inadeguatezza e la carenza delle motivazioni dei giudizi tecnici censurati.

Anche tale censura dev'essere respinta.

E' sufficiente, al riguardo, la mera lettura delle argomentazioni (per come verbalizzate) del controverso giudizio di inadeguatezza, per apprezzare ictu oculi la completezza dell'apparato motivazionale che supporta e giustifica l'esclusione dell'offerta della ricorrente.

Ma, quand'anche si intendessero esaminare i contenuti delle motivazioni censurate, si perverrebbe alle medesime conclusioni reietive.

Basti, al riguardo, rilevare, in estrema sintesi, che: a) quanto al sub-criterio G1 la commissione ha correttamente rilevato che la gestione della sicurezza dei dati è assicurata dalla Svas in modo adeguato, ma con alcune carenze progettuali che impediscono l'assegnazione del punteggio massimo; b) anche quanto al sub-criterio G2 la commissione ha correttamente rilevato che l'applicativo che serve al controllo della fornitura nelle varie fasi garantisce una funzionalità sufficiente ma con alcune difficoltà operative (puntualmente indicate a verbale) che non consentono l'attribuzione del punteggio più alto; c) quanto al sub-criterio G3 la commissione si è preoccupata di conformarsi ai rilievi formulati con la citata sentenza del T.A.R. n. 282 del 2015, argomentando dettagliatamente (con un ordito motivazionale del tutto logico e plausibile) circa le ragioni per le quali ha confermato il precedente giudizio di inadeguatezza e riassumibili nel rilievo di diverse e rilevanti carenze funzionali del sistema di gestione anagrafica offerto da Svas; d) quanto al sub-criterio G4 la commissione ha esaminato analiticamente il progetto e le osservazioni della Svas in merito al funzionamento del progetto di ricerca dei parametri prescritzionali, ma ne ha rilevato significativi difetti (puntualmente e compiutamente verbalizzati) di operatività e di fruibilità; e) quanto al sub-criterio G5 la commissione ha motivato compiutamente il giudizio di inadeguatezza con puntuale riferimento all'incoerenza del progetto di scambievolezza dei dati con le esigenze informative sottese al relativo parametro; f) quanto al sub-criterio G6 la commissione ha puntualmente rilevato l'inadeguatezza del progetto di Svas, siccome tecnicamente incapace di assicurare la visione on line della documentazione fiscale; g) quanto al sub-criterio G7 la commissione ha riesaminato il progetto in conformità al giudicato di annullamento della precedente valutazione negativa, ma ha confermato quest'ultima sulla base dell'argomentato riscontro della genericità del sistema di fatturazione proposto, che non permette, come tale, un'esatta comprensione della sua funzionalità operativa; h) quanto al sub-criterio G8 la commissione ha confermato il giudizio di inadeguatezza in esito al motivato rilievo del difetto, nel sistema tecnico proposto da Svas, della dimostrazione dell'idoneità tecnica del sistema a consentire all'Amministrazione l'analisi dei dati con la tempistica e le modalità operative indispensabili.

Resta così confermato il giudizio relativo all'insussistenza dei vizi di carenza o contraddittorietà della motivazione dell'esclusione controversa, in quanto supportata da articolate ed analitiche argomentazioni che si rivelano, a loro volta, conformi ai precedenti giudicati e coerenti con le risultanze oggettive del progetto esaminato.

5.- Né, peraltro, può giudicarsi illegittima l'omessa attivazione dei poteri di soccorso istruttorio in relazione a tutti i sub-criteri sopra esaminati (dedotta con il terzo motivo di appello), nella misura in cui la pertinente potestà dev'essere intesa come consentita solo a fronte di carenze documentali (che non implicano, di per sé, l'esclusione dalla gara) o di esigenze di chiarimenti in ordine ad attestazioni equivoche (come, tra l'altro, chiarito dall'Adunanza Plenaria con le sentenze n. 9 e 16 del 2014), ma rigorosamente preclusa se preordinata ad ammettere precisazioni o integrazioni dei contenuti dell'offerta tecnica, che integrerebbero, come tali, inammissibili mutamenti postumi della stessa (in violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, affermato, tra le tante, da Cons. St., sez. III, 26 maggio 2014, n. 2690).

In altri termini, il potere di soccorso istruttorio può (e, a certe condizioni, deve) essere attivato solo a fronte della necessità di acquisire integrazioni documentali o chiarimenti di dichiarazioni ambigue, anche se, ovviamente, solo nelle ipotesi in cui non risulti violata una prescrizione la cui inosservanza vincola l'amministrazione all'esclusione del concorrente inadempiente (ovviamente per le procedure, quale quella in esame, soggette al regime normativo previgente all'introduzione dell'art.38, comma 2-bis, d.lgs., n.163 del 2006), ma non può mai essere esercitato per acquisire puntualizzazioni o specificazioni tecniche (e non regolarizzazioni documentali) circa i contenuti e la funzionalità del progetto tecnico, soprattutto quando, come nel caso di specie, lo stesso risulta, di per sé, completo, nelle soluzioni proposte, anche se carente nella sua capacità funzionale e operativa.

Tale ultima ipotesi, a ben vedere, esula dall'ambito oggettivo di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, da intendersi, infatti, circoscritto alle sole integrazioni propriamente documentali, come si ricava dall'univoco dato testuale ricavabile dalla lettura dell'art.46, comma 1, d.lgs., n.163 del 2006, e la cui latitudine applicativa non può essere estesa fino a comprendere anche i contenuti propriamente tecnici dell'offerta.

6.- Restano da esaminare i motivi di appello indirizzati a contestare il capo di decisione dichiarativo dell'improcedibilità e dell'infondatezza dei motivi aggiunti proposti in primo grado contro l'aggiudicazione dell'appalto alla Fater.

6.1- La prima censura, con cui si critica la declaratoria della carenza di interesse in ordine al motivo attinente all'omissione dei controlli sul possesso dei requisiti di cui all'art.38 d.lgs. n.163 del 2006 in capo all'aggiudicataria,

dev'essere disattesa, in quanto la statuizione gravata risulta correttamente fondata sia sul rilievo del corretto riscontro dell'insussistenza, in capo alla Svas (siccome definitivamente esclusa dalla procedura), di qualsivoglia titolo a dolersi della (presunta) illegittimità di una fase della procedura successiva alla sua estromissione dalla procedura, in relazione a vizi che, quand'anche accertati, non implicherebbero la rinnovazione dell'intera gara, sia, in ogni caso, sulla condivisibile valutazione che l'espressa subordinazione dell'efficacia dell'aggiudicazione all'esito positivo dei controlli pretermessi impedisce che gli effetti dell'assegnazione dell'appalto possano consolidarsi, a fronte dell'eventuale accertamento della carenza di uno o più requisiti di ordine generale.

6.2- Anche l'ulteriore motivo, con cui si critica la statuizione di rigetto della censura finalizzata ad ottenere l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'offerta economica della Fater, in quanto asseritamente violativa del divieto della presentazione di offerte in aumento, dev'essere respinto in quanto il parametro rispetto al quale doveva essere verificato il rispetto della predetta prescrizione deve intendersi quello del prezzo forfettario mensile per utente (25 euro), da valersi quale unico paradigma di costo certo, rispetto al quale l'offerta contestata (di 24,99 euro) era inferiore, e non quello del limite di prezzo annuo (nella misura in cui risulta computato sulla base del numero presunto, indicativo e variabile del numero degli assistiti).

7.- L'ultimo motivo di appello, con cui viene riproposta una censura non esaminata dal T.A.R., dev'essere, infine, dichiarato improcedibile, investendo una fase della procedura (il controllo sulla congruità dell'offerta di Fater), rispetto alla cui contestazione la ricorrente, in quanto legittimamente esclusa dalla gara, non risulta (più) titolare di alcun interesse qualificato.

8.- Alle considerazioni che precedono conseguono la reiezione dell'appello e la conferma della decisione impugnata.

9.- Il carattere tecnico delle questioni principalmente controverse giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa tra tutte le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/04/2016

IL SEGRETARIO

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