

N. 00112/2016REG.PROV.COLL.

N. 06928/2015 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 6928 del 2015, proposto da:
Tecnologie Sanitarie S.p.a. in proprio e quale Capogruppo mandataria del costituendo RTI con le imprese SOF S.p.a. a Socio Unico e Prima Vera S.p.a. a Socio Unico, rappresentate e difese dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso Valentino Vulpetti in Roma, Via Sabotino, 2/A;

contro

Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Viciconte, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula n.34;

nei confronti di

Elettronica Bio Medica S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Fabrizio Cataldo, Luca Tufarelli, con domicilio eletto presso Luca Tufarelli in Roma, Via Ennio Quirino Visconti n. 20;
H.C. Hospital Consulting S.p.a., Esaote S.p.a., n. c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE I n. 00738/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizi integrati di gestione e manutenzione apparecchi biomedici in uso presso aziende sanitarie - ris. danni -

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di Elettronica Bio Medica Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2015 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Vulpetti, Viciconte, Cataldo e Tufarelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara spedito per la pubblicazione il 24 gennaio 2014, l'Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta Centro, oggi Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale (nel seguito: "ESTAR"), ha indetto una procedura aperta telematica per l'affidamento dei "Servizi integrati di gestione e manutenzione degli apparecchi biomedici in uso presso le aziende sanitarie dell'Area Vasta Centro", da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In base al bando di gara gli elementi di valutazione, per un totale di 100 punti, erano suddivisi in 60 punti per l'offerta tecnica e 40 punti per l'offerta economica. L'impresa Tecnologie Sanitarie s.p.a. ha presentato offerta in costituendo raggruppamento temporaneo con le imprese con PRIMA VERA s.p.a. e SOF s.p.a.; offerta è stata presentata anche dalle imprese Elettronica Bio Medica s.r.l. (nel seguito "EBM") e dal raggruppamento temporaneo costituito tra le imprese Hospital Consulting s.p.a. e ESAOTE s.p.a.

All'esito delle operazioni di gara è risultata vincitrice EMB con punti 100; secondo classificato il R.T.I. HC/ESAOTE con punti 78,85 e terzo classificato il R.T.I. Tecnologie Sanitarie/SOF/PRIMA VERA con punti 69,72. L'offerta prima classificata è risultata anomala, e all'esito del procedimento di verifica l'Amministrazione, in base ai giustificativi forniti dal concorrente, l'ha ritenuta congrua disponendo a suo favore l'aggiudicazione definitiva con deliberazione 10 dicembre 2014, n. 584.

E' quindi insorta l'impresa Tecnologie Sanitarie s.p.a. proponendo ricorso dinanzi al T.A.R. Toscana, con il quale ha lamentato, in via principale, l'illegittimità degli atti di gara nella parte in cui hanno disposto l'ammissione delle prime due classificate e odierne controinteressate, con conseguente richiesta di subentrare al primo posto nella graduatoria di gara e di conseguire l'aggiudicazione del contratto pubblico.

Con primo motivo la ricorrente ricorda che la lex specialis prescriveva di indicare nell'offerta tecnica il personale che sarebbe stato impiegato nell'esecuzione dell'appalto ripartito per laboratorio tecnico e nucleo di Area Vasta, con indicazione di numero, qualifica ed esperienza, facendo riferimento alle categorie professionali del capitolato speciale e specificando il loro ruolo nell'organizzazione del servizio. I concorrenti dovevano evidenziare anche il numero, la qualifica e gli anni di esperienza degli addetti oltre il numero minimo richiesto in capitolato. Nel verbale del 16 settembre 2014, ai fini dell'attribuzione del punteggio tecnico, la Commissione ha rilevato che nell'offerta presentata da EMB venivano proposte 48 persone, ma analizzando i giustificativi da questa presentati nella verifica di anomalia si evincerebbe che il numero di persone stabilmente dedicate all'esecuzione del servizio, e considerate per la definizione dei costi relativi al personale, in realtà sarebbe pari a 46,9 unità. Questa circostanza inficerebbe l'offerta e l'ammissione della concorrente poiché non risulterebbe certo quale sia l'impegno assunto, e la proposta contrattuale sarebbe quindi indeterminata.

Per l'ipotesi in cui non si ritenga che il vizio denunciato comporti l'inammissibilità e la conseguente esclusione dell'offerta di EMB dalla gara, la circostanza che il personale stabilmente dedicato al servizio non ammonta a 48 ma a 46,9 unità inficerebbe le valutazioni tecniche effettuate dalla Commissione di gara che le ha assegnato il punteggio massimo (25 punti) per il parametro "personale del servizio". L'offerta non avrebbe meritato questa positiva valutazione poiché dalle motivazioni sottese all'assegnazione risulta che è stato considerato un numero di personale (appunto di 48 unità) che verrebbe poi contraddetto nei giustificativi.

Con il secondo motivo la ricorrente contesta la valutazione di anomalia effettuata dalla stazione appaltante.

Con verbale del 23 ottobre 2014 la Commissione ha ritenuto motivate le giustificazioni e adeguati i prezzi offerti da EMB invitando l'Amministrazione a procedere all'aggiudicazione definitiva. Tuttavia i giustificativi e l'offerta cui si riferiscono sarebbero, a suo dire, palesemente inaffidabili. Dall'esame della documentazione di gara risulterebbe infatti che EMB non avrebbe riscontrato in dettaglio la richiesta di giustificazioni, omettendo di indicare le quote di ammortamento attrezzature ed automezzi, il dettaglio subvoci spese generali e il costo relativo alla formazione del personale. Inoltre avrebbe sottostimato il costo del personale come definito dalle Tabelle ministeriali.

I giustificativi paleserebbero poi ulteriori mancanze e difformità rispetto a quanto dichiarato in sede di partecipazione alla gara, poiché il costo del personale indicato da EMB non includerebbe neanche le quote relative al personale di supporto non residente e al personale aggiuntivo offerto per il secondo e terzo anno contrattuale. Posto che l'offerta presenta un utile pari ad 1,40% corrispondente a soli € 78.375,21, i suddetti profili di incongruità si tradurrebbero in perdite palesando la sua inaffidabilità. Sarebbero stati sottostimati, inoltre, i costi per il noleggio degli automezzi e per i buoni pasto del personale, né verrebbe previsto alcun margine di garanzia per l'eventuale superamento del tetto di spesa relativo ai ricambi e agli interventi svolti da terzi per la manutenzione correttiva, disciplinato dall'art. 21 del Capitolato speciale. Infine non sarebbero stati considerati i costi relativi al periodo di rinnovo del contratto per ulteriori tre anni.

Con il terzo motivo la ricorrente lamenta che la seconda classificata HC ha dichiarato di dedicare al servizio 37,3 unità di personale tecnico, ma ha poi fornito un dettaglio delle singole figure professionali tecniche le quali, sommate tra loro, ammontano invece a 34 unità. Anche in tal caso l'offerta sarebbe contraddittoria e avrebbe meritato l'esclusione. Nell'ipotesi in cui non si ritenga che il vizio denunciato comporti l'inammissibilità e la conseguente esclusione della

controinteressata, quanto sopra rilevato vizierebbe le valutazioni tecniche effettuate dalla Commissione di gara in ordine al punteggio assegnatele nel parametro "personale del servizio".

Con il quarto motivo rileva che HC, a pag. 12 del documento "c.2 Personale impiegato nel servizio", ha dichiarato che: "I nominativi del personale indicato in questi paragrafi devono essere intesi come identificazioni del tipo di professionalità cui si intende far riferimento e che sarà utilizzato nella prestazione del servizio, riservandosi comunque la concorrente, previa approvazione da parte dell'azienda committente, di sostituirlo con altro personale di pari professionalità". Tale dichiarazione comporterebbe un'indicazione non vincolante in ordine al personale offerto, non intendendo identificare le persone come richiesto dalla lex specialis ma solo le professionalità proposte. Anche tale circostanza avrebbe dovuto condurre all'esclusione di H.C. dalla gara.

Con il quinto motivo la ricorrente ricorda che il disciplinare di gara prevedeva, in caso di partecipazione alla procedura di gara in raggruppamento di imprese, che tutte le dichiarazioni ed i documenti d'offerta avrebbero dovuto essere sottoscritti a pena di esclusione da tutte le ditte raggruppate. L'impresa Esaote invece, mandante del R.T.I. costituita con HC, non avrebbe sottoscritto tutti i documenti di gara richiesti dalla lex specialis quali, in particolare, l'offerta economica e i documenti facenti parte dell'offerta tecnica.

Con il sesto motivo la ricorrente si duole che le attività valutative svolte dalla Commissione di gara con riferimento alle offerte tecniche sarebbero viziate sotto numerosi profili. Anzitutto, censura il fatto che ai lavori abbia partecipato un terzo non facente parte dell'organo con il compito, non precisato, di consulente informatico esperto e nominato con provvedimento 17 luglio 2014, n. 358. Inoltre la Commissione ha ritenuto necessario, ai fini dell'assegnazione dei punteggi alle offerte tecniche, convocare tutte le concorrenti in apposite e separate audizioni per la spiegazione dei progetti tecnici presentati, e poi chiedere loro chiarimenti scritti. Infine le attività valutative svolte con le relative assegnazioni di punteggio non darebbero conto dell'iter valutativo e del percorso logico motivazionale seguito ai fini dell'aggiudicazione della gara.

In via subordinata la ricorrente deduce diverse censure avverso la lex specialis di gara.

Con un primo motivo subordinato lamenta che la previsione di indicare, al fine dell'ammissibilità dell'offerta, il personale da impiegare nel servizio e il divieto di utilizzare personale diverso si risolverebbe in un obbligo irragionevole, sproporzionato e immotivato sia rispetto all'oggetto del contratto, che alle finalità dell'offerta. Oggetto del contratto è infatti la gestione del servizio di manutenzione che deve essere condotta nel rispetto delle regole tecniche e nel perseguimento dell'interesse volto a garantire la pubblica salute. Sarebbe quindi irrilevante, a tal fine, che il servizio sia svolto dall'uno o dall'altro tecnico, essendo invece essenziale che il personale impiegato garantisca la specializzazione necessaria ed il servizio con le modalità e termini prescritti dal capitolato. Più in generale, la previsione impugnata sarebbe pregiudizievole per i principi dettati a garanzia del corretto svolgimento delle pubbliche gare di cui all'art. 2 del d.lgs. 13 aprile 2006, n. 163, e restringerebbe la libertà di iniziativa economica privando l'impresa della libertà di disporre dei propri dipendenti e di impiegarli secondo le proprie esigenze. Essa violerebbe anche l'art. 68 del d.lgs. n. 163 che postula il principio di equivalenza.

Con un secondo motivo subordinato deduce che la legge di gara sarebbe illegittima nella parte in cui pone a carico dell'appaltatore l'alea degli interventi tecnici specialistici e delle parti di ricambio richiesti oltre il tetto di spesa fissato annualmente dall'Amministrazione. L'art. 21 del capitolato speciale di appalto prevede, infatti, che l'acquisto delle parti di ricambio e le richieste di interventi specialistici, fermo restando l'obbligo di primo intervento dell'aggiudicatario, saranno effettuati direttamente dal Dipartimento Tecnologie Sanitarie dell'azienda appaltante. La normativa di gara prevede altresì che l'aggiudicatario potrà chiedere l'acquisto di parti di ricambio e di interventi specialistici nei limiti di un complessivo tetto di spesa pari ad 1,2% del valore di rinnovo del parco tecnologico affidato, calcolato sull'intero parco e insuperabile nonché infrazionabile azienda per azienda. In caso di superamento del tetto di spesa, tutti i costi afferenti le parti di ricambio e gli interventi specialistici per tutte le aziende sanitarie restano a carico dell'aggiudicatario. Le previsioni in esame violerebbero il divieto di contenuto aleatorio dei contratti affidati dalla pubblica amministrazione, previsto per evitare il rischio di inefficienza nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, e si paleserebbero anche irragionevoli e contrarie al principio di proporzionalità nella parte in cui pongono a carico dell'appaltatore il costo dei pezzi di ricambio.

Con un terzo motivo subordinato lamenta che la legge di gara consenta alla stazione appaltante di rinnovare il contratto per ulteriori trentasei mesi agli stessi patti, prezzi e condizioni precisando però che, in caso di rinnovo, il canone complessivo dei servizi "a corpo" sarà ridotto dell'8%. La previsione illegittimamente assoggetterebbe l'appaltatore all'obbligo di proseguire nel rapporto contrattuale, anche dopo la scadenza del terzo anno, a corrispettivi ridotti in tale percentuale e prescindendo da qualsiasi valutazione istruttoria e parametro di mercato, e violerebbe il disposto di cui all'art. 86, comma 1, d.lgs. n. 163.

Con un quarto motivo subordinato si duole che il disciplinare di gara abbia omissso di determinare i sub punteggi relativi a ciascun criterio di valutazione.

Con un quinto motivo subordinato lamenta la decisione di attribuire trenta dei sessanta punti dedicati ai profili qualitativi dell'offerta alla valutazione del personale dedicato al servizio, poiché in tal modo l'aggiudicazione verrebbe a dipendere

dai giudizi espressi dalla Commissione in ordine ai soggetti indicati nell'offerta. Non potrebbe legittimamente valutarsi la meritevolezza delle offerte in funzione dell'identità del personale da impiegare nel servizio e tale criterio, poi, non avrebbe attinenza all'oggetto del medesimo.

La ricorrente chiede anche il risarcimento del danno in forma specifica, e in via subordinata, in forma generica.

ESTAR ha eccepito la tardività delle censure rivolte avverso la legge di gara, che a suo dire avrebbe dovuto essere impugnata entro il termine decadenziale decorrente dalla sua pubblicazione.

La controinteressata ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per contraddittorietà tra le domande di conseguire l'aggiudicazione e di caducazione dell'intera procedura, e congiuntamente alla stazione appaltante ha replicato puntualmente nel merito alle deduzioni della ricorrente.

Con la sentenza impugnata il primo giudice ha assorbito le eccezioni preliminari respingendo il ricorso nel merito.

Il T.A.R. Toscana ha rilevato che nel ricorso era azionato, in via principale, l'interesse diretto all'aggiudicazione, che postulava l'esclusione della prima e della seconda classificata; in via subordinata, invece, la ricorrente aveva azionato l'interesse strumentale alla ripetizione della gara.

Il primo giudice ha dunque preventivamente esaminato le censure proposte avverso la mancata esclusione della seconda classificata e dopo averle respinte, ha dichiarato inammissibili quelle proposte avverso la mancata esclusione dell'aggiudicataria.

Ha poi respinto anche le censure avverso gli atti di gara.

L'appellante ha censurato la sentenza con riferimento alle statuizioni ivi contenute e ha riproposto le censure non esaminate in primo grado avverso la mancata esclusione della aggiudicataria, chiedendone l'accoglimento.

L'appellante ha quindi distinto tra le censure rubricate sub lett. A) dirette a perseguire l'aggiudicazione, e quelle classificate sub lett. B) dirette a perseguire l'interesse strumentale al rifacimento della gara.

In particolare, le censure sub lett. A1, 2, 2.1, 2.2., 2.3, 2.4 e 2.5 sono state proposte avverso la mancata esclusione dalla gara dell'aggiudicataria.

Con esse, l'appellante ha dedotto la violazione degli artt. 87-88 del D.Lgs. 163/06 e dei principi in materia di verifica dell'anomalia; la carenza di istruttoria e di motivazione, la contraddittorietà ed il travisamento dei fatti (2° motivo).

Ha in particolare dedotto l'omessa presentazione di giustificazioni in ordine alle voci indicate dalla commissione di gara (motivo 2.1); la sottostima del costo del personale (motivo 2.2.); la sottostima e insufficienza del costo attrezzatura e logistica: sottostima del costo del noleggio degli automezzi ed omessa considerazione del costo per i buoni pasto del personale (motivo 2.3); l'omessa considerazione di ulteriori costi e di un margine di garanzia per far fronte al costo di interventi specialistici e parti di ricambio oltre il tetto di spesa (motivo 2.4); l'omessa considerazione dei costi relativi al periodo di rinnovo del contratto per ulteriori tre anni (motivo 2.5).

Nei confronti della seconda classificata ha invece proposto le seguenti censure:

A3) Inammissibilità dell'offerta del secondo classificato RTI HC/ESAOTE per contraddittorietà e duplicità del numero di personale offerto per l'esecuzione del servizio. Violazione dell'art. 11 c. 6 del D.Lgs. 163/06 e dell'art. 46 c. i bis del D.Lgs. 163/06. In subordine, erroneità del punteggio tecnico attribuito all'offerta tecnica del RTI HC per il criterio Pb.

A4) Inammissibilità e non conformità dell'offerta RTI HC alla normativa di gara in tema di personale da impiegare nel servizio.

A5) Inammissibilità dell'offerta RTI HC per omessa sottoscrizione dell'offerta da parte della mandante ESAOTE. Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara.

A6) Illegittimità delle attività valutative svolte dalla Commissione di gara e dei punteggi assegnati.

In via subordinata ha proposto le censure rubricate sub lett. B) con le quali ha dedotto:

B1) Illegittimità del punto C.2 del disciplinare di gara nella parte in cui richiede di indicare i nominativi del personale impiegato nel servizio e vieta di modificarlo senza autorizzazione della stazione appaltante. Violazione dei principi di non

aggravamento e di proporzionalità dell'offerta. Violazione dei principi di par condicio e di non discriminazione. Violazione della libertà di iniziativa economica e del principio di equivalenza. Violazione dell'art. 2, dell'art. 68 e dell'art. 74 del D.Lgs. 163/06.

B2) Illegittimità dell'art. 21 del Capitolato Speciale nella parte in cui pone a carico dell'appaltatore l'alea degli interventi tecnici specialistici e delle parti di ricambio richiesti oltre il tetto di spesa fissato annualmente dall'amministrazione appaltante. Violazione del divieto di aleatorietà degli appalti pubblici.

B3) Illegittimità della lex specialis di gara nella parte in cui prevede il rinnovo del contratto di appalto per ulteriori 36 mesi con riduzione del prezzo dell'8%. Violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 89 c. 1 del D.Lgs. 163/06.

B4) Illegittimità della lex specialis di gara nella parte in cui omette di determinare i sub punteggi associati ai sub criteri di valutazione. Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.Lgs. 163/06.

B5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 74 dell'art. 83 del D.Lgs. 163/06. Introduzione di un dominante criterio di valutazione non riguardante l'offerta, ma le risorse umane da dedicare al servizio.

Conclude l'appellante chiedendo la riforma della sentenza impugnata con conseguente l'annullamento di tutti i provvedimenti impugnati; formula anche la domanda risarcitoria in forma specifica, o in subordine, per equivalente, chiedendo la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in conseguenza dell'aggiudicazione impugnata.

Si sono costituite in giudizio le controparti che hanno eccepito l'inammissibilità dell'appello sotto diversi profili, chiedendone comunque il rigetto.

Le parti hanno depositato memorie e memorie di replica in prossimità dell'udienza di discussione.

All'udienza pubblica del 26 novembre 2015 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Può prescindersi dalla disamina delle eccezioni di inammissibilità sollevata dalla difesa delle appellate in considerazione dell'infondatezza dell'impugnazione per le ragioni in seguito precisate.

Nella disamina dei motivi di appello ritiene la Sezione di dover seguire l'ordine utilizzato dal primo giudice.

Pertanto, verranno dapprima esaminati i motivi rubricati sub lett. A) nn. 3, 4, 5, 6 nei quali l'appellante ha dedotto l'inammissibilità dell'offerta del RTI HC/ESAOTE secondo classificato.

Con il motivo rubricato sub A3) deduce l'appellante deduce che l'offerta del RTI HC/ESAOTE sarebbe contraddittoria, e come tale inammissibile, atteso che nella relazione tecnica avrebbe dichiarato di dedicare al servizio 37,3 unità di personale, avendo poi indicato un numero di figure professionali (7 tecnici dedicati alla manutenzione, 4 tecnici specialisti, 23 tecnici distribuiti nei laboratori) pari a 34 unità.

L'incertezza sul contenuto dell'offerta la renderebbe inammissibile; inoltre sarebbe errato anche il punteggio assegnato dalla Commissione giudicatrice con riferimento al criterio PB "Personale del Servizio".

Inoltre, per valutare l'offerta tecnica, la Commissione avrebbe preso in considerazione un numero di addetti ancora maggiore, pari a 48 unità che non troverebbe conferma nel contenuto dell'offerta (verbale del 16/9/2014). La valutazione dell'offerta sarebbe quindi illegittima, e dunque il punteggio assegnato al suddetto raggruppamento (pari a punti 16,25) sarebbe erroneo con conseguente scorrimento della graduatoria.

Il primo giudice ha respinto detta censura rilevando che <<il numero di persone che essa si impegna ad utilizzare nel servizio è deducibile dall'esame dell'offerta nel suo complesso e ammonta chiaramente a 48 unità e non, come erroneamente pretende la ricorrente, a 34: questa quantità identifica invece le sole persone adibite alla manutenzione preventiva e correttiva. Deve quindi escludersi ogni indeterminatezza dell'offerta.

Quanto alle censure rivolte contro il punteggio assegnato alla voce "personale del servizio", si rileva che la ricorrente ha offerto solo 40 persone e alla luce di questa circostanza, appare logica e ragionevole la differenza di punteggio tra la stessa che ha ottenuto punti 15, e la seconda classificata H.C. che ha conseguito punti 21,25.

La ricorrente, in memoria (pag. 8, punto 3.1) afferma che anche l'indicazione di 37 tecnici non basterebbe a coprire il carico di lavoro stimato dalla contro interessata; ma questa censura configura la formulazione di un motivo nuovo, inammissibilmente dedotto con memoria non notificata alle controparti>>.

La censura è infondata e la sentenza è immune dai vizi dedotti.

Come ha correttamente rilevato la difesa dell'appellata non vi sono incertezze sul contenuto dell'offerta, in quanto le unità offerte sono 37 (come si può rilevare dal documento specifico sul personale: "Personale impiegato nel servizio" (Documento C del progetto) e come risulta dal verbale del 16/9/2014 nel quale si precisa che il personale complessivo ammonta a 48 unità formato da 37 tecnici manutentori ai quali devono aggiungersi ulteriori 11 unità di personale amministrativo (8 amministrativi e 3 ingegneri), come si evince dalla relativa offerta e dai verbali di gara. Correttamente il primo giudice ha rilevato che il riferimento a 34 unità si riferisce ai soli addetti adibiti alla manutenzione preventiva e correttiva.

Le conclusioni del primo giudice sono condivisibili anche nella parte in cui hanno respinto la censura relativa al punteggio, giustificata dalla diversa entità del personale addetto al servizio, e alla questione relativa all'insufficienza di 37 tecnici addetti alla manutenzione correttamente dichiarata inammissibile perché non dedotta nel ricorso introduttivo né con memoria notificata nei termini.

Il motivo deve essere pertanto respinto.

Con il motivo sub A4) sostiene l'appellante che il RTI HC/ESAOTE avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara non avendo rispettato le previsioni della lex specialis di gara che imponeva indicazioni vincolanti circa il personale da impiegare per lo svolgimento del servizio.

La censura è infondata.

Come correttamente dedotto dall'amministrazione, il RTI HC/ESAOTE ha presentato i curricula completi dei nominativi precisando che tale indicazione doveva essere intesa come identificazione del tipo di professionalità cui si intendeva far riferimento e che sarebbe stato utilizzato nella prestazione del servizio, riservandosi, comunque, la possibilità di sostituirlo con altro personale titolare di analoga professionalità, previa approvazione da parte dell'azienda committente, come peraltro prevedeva l'art. 11 comma 11 del capitolato speciale di appalto, che vietava la sostituzione in caso di personale con qualifica ed esperienza inferiori a quanto offerto.

Inoltre, correttamente il primo giudice ha rilevato che: *"il disciplinare di gara, al punto c.2) come integrato con la risposta fornita il 27 febbraio 2014 al quesito n. 6, non obbligava i concorrenti ad indicare i nominativi degli operatori. Ove la disposizione dovesse essere intesa in tal senso, sarebbe illegittima per l'evidente violazione del principio di libertà di impresa, in base al quale l'amministrazione appaltante non può obbligare il (futuro) aggiudicatario ad assumere ed impiegare nel servizio persone specificamente individuate.*

"l'impegno censurato dalla ricorrente appare pienamente conforme a quanto richiesto dalla legge di gara poiché H.C. si era impegnata a fornire (non specifiche persone nominativamente individuate, ciò che non era richiesto, bensì) dipendenti da impiegare nel servizio che fossero forniti della capacità professionale necessaria al buon andamento del servizio affidato. D'altronde la legge di gara, si ripete nella formulazione integrata con la risposta fornita il 27 febbraio 2014 al quesito 6, ammetteva in via eccezionale la sostituzione del personale con autorizzazione della stazione appaltante".

La censura deve essere pertanto respinta.

Deduce, inoltre, l'appellante con il motivo A5) che il RTI HC/ESAOTE avrebbe dovuto essere escluso per omessa sottoscrizione dell'offerta dalla mandante ESAOTE. Il disciplinare di gara prevedeva, infatti, l'obbligo di sottoscrizione di tutte le dichiarazioni e dei documenti dell'offerta a pena di esclusione, da tutte le imprese raggruppate in persona dei legali rappresentanti (pag. 9 con riferimento all'offerta economica e pagg. 11-12-12 con riferimento a quella tecnica). Secondo l'appellante detta prescrizione non distingueva tra ATI costituita e ATI costituenda.

Poiché la mandante ESAOTE non avrebbe sottoscritto l'offerta economica e i documenti vari facenti parte dell'offerta tecnica, il raggruppamento avrebbe dovuto essere escluso.

Erroneamente, quindi, il primo giudice avrebbe respinto la censura sostenendo che si sarebbe trattato di una gara telematica, perché anche in quel caso avrebbe dovuto essere apposta la firma digitale; la mancata sottoscrizione, inoltre, non sarebbe stata contestata neppure dalla stazione appaltante.

La censura è infondata.

Correttamente il primo giudice ha respinto la censura rilevando che la gara era telematica il che comporta l'apposizione della firma digitale e non della sottoscrizione cartacea; l'appellante, poi, non ha dimostrato la carenza di sottoscrizione (anche digitale) pretendendo di provarla facendo leva sulle difese dell'amministrazione, il che non soddisfa l'onere probatorio gravante a suo carico, tenuto conto che nessuna valenza probatoria può desumersi dalla scelta difensiva utilizzata dall'amministrazione, specie quando la tesi da essa propugnata sia tale da togliere giuridica rilevanza alla censura stessa.

Per completezza espositiva condivide comunque la Sezione la tesi dell'ESTAR: Il disciplinare di gara non indica, con formula espressa, se l'obbligo di sottoscrizione riguardi solo le A.T.I. costituenti o si estenda anche quelle costituite; leggendo integralmente la clausola (pag. 9) può desumersi, però, che la prescrizione in esame si riferisca alle sole A.T.I. costituenti, essendo previsto espressamente, dopo l'obbligo di sottoscrizione in capo a tutte le imprese raggruppate, l'impegno di costituzione dell'A.T.I. nel caso di aggiudicazione della gara. Anche l'AVCP nella determinazione n. 4/2012 ha precisato che in caso di R.T.I. costituendo, è necessaria la sottoscrizione di tutti i partecipanti al raggruppamento temporaneo, il che implica che detto obbligo – ove non previsto espressamente nella lex specialis di gara – non si estende ai R.T.I. già costituiti.

Il motivo deve essere quindi respinto.

In relazione al motivo A6) l'appellante ritiene che le attività valutative della Commissione risultino viziate:

- per la partecipazione di un terzo, in qualità di consulente informatico esperto, non facente parte della composizione della stessa;
- per la convocazione e l'audizione di tutte le concorrenti sulle caratteristiche del progetto tecnico presentato, nella fase che ha preceduto l'assegnazione dei relativi punteggi;
- per difetto di motivazione nell'attribuzione dei punteggi.

Innanzitutto occorre rilevare che contrariamente a quanto dedotto dall'appellante, l'Ing. Spinu – nominato consulente informatico della Commissione – non aveva il compito di *"affiancarla nelle proprie valutazioni"* come dedotto erroneamente nell'atto di appello (pag. 19, 1° paragrafo), dovendo solo *"esaminare le caratteristiche del software e dei servizi aggiuntivi in materia di gestione dei dispositivi medici software"*, tenuto conto *"della complessità dell'offerta"* e della *"delicatezza delle valutazioni da svolgere, posto che si trattava di affidare la manutenzione di macchinari da cui dipende la salute e finanche la vita delle persone"*, come correttamente rilevato dal primo giudice.

Sono condivisibili anche le successive affermazioni del primo giudice: *"Non è infatti inibito alle commissioni di gara avvalersi di consulenze esterne (C.d.S. VI, 5 aprile 2012 n. 2026; T.A.R. Puglia Bari I, 20 agosto 2012 n. 1583); è invece essenziale che l'attribuzione dei punteggi avvenga da parte dei soli componenti la commissione in seduta plenaria della stessa. Tanto è accaduto nel caso di specie poiché l'attribuzione dei punteggi alle offerte tecniche è stata effettuata nella seduta del 16 settembre 2014, alla presenza dei soli componenti della Commissione e del segretario verbalizzante, senza il consulente esterno. In memoria la ricorrente ricorda che proprio nel corso di quella seduta è stato esaminato il parere da questi redatto prima dello svolgimento dell'attività valutativa e ritiene che tale circostanza costituisca sintomo di sviamento di potere, stante il silenzio del verbale sull'oggetto dell'attività svolta dal consulente. Essa però non fornisce alcun principio di prova circa le sue affermazioni in ordine ad un possibile "inquinamento" delle valutazioni delle offerte sotto il profilo tecnico conseguente alle attività svolte dal consulente, e pertanto la censura resta allo stato di mera illazione e deve quindi essere rigettata"*.

Quanto alla dedotta inidoneità tecnica della Commissione che avrebbe dovuto rivolgersi all'esterno per svolgere il suo compito (pag. 20 del ricorso), si tratta di censura inammissibile in quanto proposta per la prima volta in appello.

Ne consegue l'infondatezza del motivo in esame.

Altrettanto infondata si appalesa l'ulteriore censura riferita alla convocazione e l'audizione personale di tutte le concorrenti sulle caratteristiche del progetto tecnico presentato.

Condivide la Sezione i principi affermati dal primo giudice secondo cui *"E' priva di pregio l'ulteriore censura avverso l'operato della Commissione poiché l'art. 46 del d.lgs. n. 163 espressamente consente, al comma 1, alle stazioni appaltanti di chiedere chiarimenti sulle offerte ai singoli concorrenti. E' stato stabilito, a tale proposito, che "l'art. 2 della direttiva 2004/18 non osta a una disposizione del diritto nazionale..... secondo cui l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere per iscritto ai candidati di chiarire la loro offerta, senza tuttavia chiedere o accettarne alcuna modifica. Nell'esercizio del potere discrezionale di cui dispone, l'amministrazione aggiudicatrice deve trattare i diversi candidati in maniera uguale e leale di modo che, all'esito della procedura di selezione delle offerte e tenuto conto del risultato di quest'ultima, non possa apparire che la richiesta di chiarimenti abbia indebitamente favorito o sfavorito il candidato o i candidati cui essa è rivolta"* (Corte giustizia UE IV, 29 marzo 2012 n. 599). Non è quindi inibito alle stazioni appaltanti

chiedere chiarimenti sulle offerte ai concorrenti in gara, fermo restando che nell'ambito di tale attività deve essere garantito il principio (basilare) di parità di trattamento. La ricorrente non deduce l'esistenza di specifiche circostanze tali da far ritenere che alcuno dei concorrenti sia stato favorito a scapito di altri e, pertanto, la censura si presenta generica e deve essere respinta".

I rilievi svolti in sede di appello dall'istante non sono idonei a confutare quanto affermato dal primo giudice; peraltro il ricorso la metodica utilizzata dalla Commissione – rispettosa del principio della par condicio tra i concorrenti – le ha consentito di meglio svolgere la valutazione tecnica di offerte relative a servizi caratterizzati da particolare complessità sotto l'aspetto tecnico, come correttamente rilevato dal primo giudice.

Il motivo deve essere dunque respinto.

Anche l'ultima censura relativa all'operato della Commissione deve essere rigettata in quanto, come ha correttamente rilevato la difesa dell'ESTAR, la valutazione dell'offerta tecnica, in presenza di criteri sufficientemente puntuali, come nel caso di specie, può estrinsecarsi mediante l'attribuzione di punteggi senza la necessità di ulteriore motivazione, esternandosi in tal caso il giudizio della Commissione ex sé nella graduazione e ponderazione dei punteggi assegnati. È noto che la Commissione di gara, per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nell'attribuzione dei punteggi agli elementi costituenti l'offerta tecnica gode di un'ampia discrezionalità, che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale sempre che sia in linea con i criteri predefiniti nella lex specialis di gara e non presenti macroscopiche irrazionalità ed incongruenze. Invero, il riscontro del Giudice amministrativo su tali valutazioni discrezionali deve essere svolto in modo estrinseco, nei limiti della rilevanza ictu oculi dei vizi di legittimità dedotti, essendo preclusa una sostituzione dell'Amministrazione, che costituirebbe ipotesi di sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla P.A. (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato sez. V 07 luglio 2015 n. 3339; T.A.R. Lazio Roma sez. II 23 dicembre 2014 n. 13119; TAR Lombardia, Milano, Sezione III, 8 gennaio 2014, n.14).

Ne consegue l'infondatezza della censura.

Il rigetto dei motivi di appello diretti avverso il capo di sentenza che ha respinto le censure proposte avverso la mancata esclusione della seconda classificata, comportano la conferma del capo di sentenza che ha pronunciato sull'inammissibilità del ricorso proposto nei confronti dell'aggiudicataria, non potendo l'appellante conseguire il bene della vita a cui aspira, e cioè l'aggiudicazione dell'appalto.

Devono essere quindi esaminate le sole censure proposte avverso i capi di sentenza con i quali il primo giudice ha respinto le censure rubricate sub lett. B), relative al cosiddetto "interesse strumentale" alla ripetizione della gara.

Con il motivo B1) l'appellante ha censurato il capo di sentenza che ha respinto la censura proposta avverso il punto C.2 del disciplinare di gara, nella parte in cui richiedeva di indicare i nominativi degli addetti al servizio vietando di modificarli senza il previo assenso della stazione appaltante.

Il motivo è infondato.

Come già rilevato e come correttamente precisato dal primo giudice, *"la lex specialis, come integrata dai chiarimenti forniti dalla stazione appaltante, non obbligava, come già detto, i concorrenti ad indicare i nominativi degli operatori da impiegare nel servizio bensì le loro specifiche qualità tecnico professionali. Questo onere non appare sproporzionato, stante l'alto contenuto tecnico specialistico delle prestazioni richieste all'aggiudicatario e l'importanza, per la tutela della salute umana, del buon funzionamento delle apparecchiature biomedicali. La stazione appaltante correttamente esige il possesso, in capo alle persone da adibire all'esecuzione del contratto, di una professionalità sufficiente per lo svolgimento delle mansioni necessarie al buon andamento del servizio affidato".*

Quanto agli ulteriori rilievi svolti nel ricorso in appello avverso detta prescrizione attenente al disciplinare di gara, avrebbero dovuto essere proposti tempestivamente e non solo dopo la conclusione della procedura di gara.

Inammissibile ed infondato è il motivo sub B.2), con il quale si censura il capo di sentenza che ha respinto la censura avverso l'art. 21 del capitolato speciale, nella parte in cui pone a carico dell'appaltatore l'alea degli interventi tecnici specialistici e delle parti di ricambio richiesti oltre il tetto di spesa fissato annualmente dall'amministrazione appaltante.

L'appellante sostiene che detta prescrizione renderebbe aleatorio il contratto di appalto poiché esporrebbe l'appaltatore ad una prestazione che potrebbe divenire eccessivamente onerosa, sottoponendolo ad un rischio non calcolabile, nonostante ciò sia vietato dalla normativa sugli appalti: ritiene il Collegio che la censura sia inammissibile in quanto avrebbe dovuto essere dedotta al momento dell'indizione della gara e non solo al termine della procedura (cfr. Consiglio di Stato sez. V 18 giugno 2015 n. 3104; T.A.R. Roma (Lazio) sez. II 30 aprile 2015 n. 6240).

In ogni caso, condivide la Sezione i principi affermati dal primo giudice secondo cui non è rinvenibile l'aleatorietà lamentata dall'appellante poiché *"Il rischio contrattuale (...) è ragionevolmente prevedibile e rientra nella normale alea*

imprenditoriale connessa a qualunque attività di impresa, e può essere controllata con una efficiente attività dell'aggiudicatario".

Altrettanto infondato è il successivo motivo B.3: correttamente il primo giudice ha rilevato che *"Quanto al rinnovo del contratto, la relativa (non decisione, ma) proposta non è vincolante per l'aggiudicatario né sono previste penali in caso di mancata accettazione. La proposta, peraltro, deve essere preceduta da una apposita istruttoria poiché in base al disciplinare di gara il rinnovo può essere disposto solo con "atto motivato" e non ad libitum della stazione appaltante".*

Deve aggiungersi, peraltro, che la riduzione dell'8% investe il corrispettivo dei soli servizi "a corpo" e non si estende quindi anche ai servizi "a misura": presenta, dunque, un'incidenza solo parziale sul corrispettivo spettante all'aggiudicatario. Infine non è provato che in caso di mancata disponibilità dell'aggiudicatario alla prosecuzione del servizio scattino le sanzioni indicate nel ricorso, non essendovi alcuna comminatoria espressa negli atti di gara.

Deve essere respinto anche il motivo B4, concernente l'omessa predeterminazione dei subpunteggi in merito ai subcriteri individuati, in quanto l'attribuzione del punteggio tecnico è avvenuta sulla base dei quattro criteri indicati dal disciplinare di gara, rispetto ai quali il disciplinare individuava gli elementi oggetto di valutazione.

Il punteggio della competente tecnica era infatti così suddiviso: 25 punti per l'organizzazione del servizio, 25 punti per il personale del servizio, 5 punti per i servizi aggiuntivi e 5 punti per la struttura tecnico organizzativa.

Per il criterio "organizzazione del servizio" il disciplinare di gara indicava 7 parametri – che costituivano non sub-criteri, bensì criteri motivazionali, al fine di consentire ai concorrenti di conoscere ex ante quali sarebbero stati gli aspetti presi in considerazione per l'attribuzione del punteggio; in questo modo la lex specialis ha limitato anche la discrezionalità della Commissione giudicatrice consentendo a tutti i partecipanti di predisporre l'offerta in modo adeguato ai fini della valutazione. La Commissione ha valutato ciascuno di questi aspetti ed ha motivato il proprio giudizio con riferimento a ciascuno di essi, come si evince dalla disamina del verbale n. 9 del 16/9/2014. I punteggi sono stati assegnati secondo quanto previsto nel disciplinare di gara (pag. 15) utilizzando la formula ivi indicata.

Dalla lettura del verbale n. 9 è possibile ripercorrere l'iter logico seguito dalla Commissione per la valutazione delle diverse offerte tecniche, in quanto il coefficiente assegnato a ciascun concorrente costituisce la riproduzione in termini numerici del giudizio reso su di esse.

Ne consegue l'infondatezza della censura con la precisazione che - come ha correttamente rilevato il primo giudice – *"a norma di legge la predeterminazione di sottoparametri e subpunteggi non è obbligatoria come si evince dalla lettura dell'art. 83, comma 5, d.lgs. n. 163, il quale prevede che essi vengano stabiliti, per ogni criterio di valutazione, solo ove sia necessario. L'obbligo di predeterminazione non è quindi assoluto e laddove, come nel caso di specie, la Commissione espliciti le motivazioni sul punteggio attribuito, l'omissione non lede i principi di imparzialità e trasparenza".*

La censura deve essere pertanto respinta.

Deve essere infine respinto anche l'ultimo motivo (B5) perché come ha correttamente rilevato il primo giudice *"l'alto contenuto tecnico specialistico delle prestazioni richieste all'aggiudicatario giustifica il peso attribuito al personale che i concorrenti si impegnavano a mettere a disposizione per l'esecuzione del contratto":* è sufficiente aggiungere che il servizio oggetto di gara riguarda *"la gestione e manutenzione degli apparecchi biomedici"* e dunque la componente umana e la sua qualificazione professionale assume valenza preponderante nello svolgimento del servizio tanto da costituire qualità dell'offerta e non dell'offerente.

In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Condanna l'appellante a rifondere all'amministrazione e alla controinteressata Elettronica Bio Medicale S.r.l. le spese di lite che liquida in € 3.000,00 (tremila/00) per ciascuna oltre accessori di legge; non vi è luogo a pronuncia sulle spese con riferimento alla H.C. Hospital Consulting S.p.a. non costituitasi in giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/01/2016

IL SEGRETARIO

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