

N. 04615/2015REG.PROV.COLL.

N. 01811/2015 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 1811 del 2015, proposto da Bioster s.p.a. e Sterimed s.r.l. a socio unico, in proprio e quali partecipanti a costituendo r.t.i. rispettivamente quale capogruppo mandataria e mandante, rappresentate e difese dagli avv. Saverio Sticchi Damiani, Anna Laura Ferrario, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina n. 26;

contro

Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia, rappresentata e difesa dagli avv. Dario Meini e Gabriele Di Paolo, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, viale Liegi 35/B;

nei confronti di

Servizi Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Raffaella Arcangeli e Paolo Sansone, con domicilio eletto presso il primo in Roma, Via Monte del Gallo, 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 00078/2015, resa tra le parti, concernente aggiudicazione della procedura ristretta per l'affidamento del servizio di sterilizzazione, manutenzione e fornitura di strumentario chirurgico - risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia e di Servizi Italia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2015 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti gli avvocati Sticchi Damiani, Ferrario, Di Paolo e Sansone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Ospedaliera Spedali Civili di Brescia bandiva gara per l'affidamento del servizio di sterilizzazione, manutenzione e fornitura in noleggio di strumentario chirurgico per un periodo di novantasei mesi ed un importo complessivo presunto di 19.200.000,00 euro, di cui 2.400.000 per il completamento della centrale di sterilizzazione, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (60 % qualità e 40 % prezzo).

All'esito della procedura concorsuale risultava aggiudicataria dell'appalto con punti 94,23 l' a.t.i. con capogruppo Servizi Italia s.p.a. e mandante Servizi Ospedalieri s.p.a. (in prosieguo di trattazione a.t.i. Servizi Italia).

Al secondo posto era graduata con punti 82,98 l' a.t.i. formata dalle Bioster s.p.a. (capogruppo e mandataria) e Sterimed s.r.l. (mandante), in prosieguo di trattazione a.t.i. Bioster.

Con ricorso proposto avanti al T.A.R. Lombardia, Sezione staccata di Brescia, le società da ultimo menzionate, in proprio e quali componenti dell' a.t.i. costituenda, impugnavano per dedotti motivi di violazione di legge e eccesso di potere in diversi profili i seguenti provvedimenti e atti di gara;

- determinazione dirigenziale n. 256 del 19 marzo 2014, comunicata, ai sensi dell'art. art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006 il 20 marzo 2014, di aggiudicazione a favore dell' a.t.i. Servizi Italia della procedura ristretta, in forma telematica, per l'affidamento del servizio di sterilizzazione, manutenzione e fornitura in noleggio di strumentario chirurgico.;

- tutti i verbali di gara, allegati A, B, C e D alla suddetta determina;

- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi inclusa l'aggiudicazione provvisoria, nonché ogni determinazione eventualmente assunta nel sub procedimento di verifica di anomalia dell'offerta aggiudicataria, ed, in subordine, per quanto possa occorrere, il disciplinare, il capitolato e la lettera invito;

Formulavano altresì domanda di conseguimento dell'aggiudicazione e subentro *ex tunc*, o, in via graduata, *ex nunc*, nel contratto eventualmente medio tempore stipulato, previa dichiarazione di inefficacia del contratto medesimo e per la condanna dell'Azienda ospedaliera al risarcimento in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente dei danni patiti in conseguenza degli atti impugnati.

A seguito di accesso documentale formulavano motivi aggiunti di ricorso.

A.t.i. Servizi Italia proponeva ricorso incidentale di natura paralizzante – integrato con motivi aggiunti – a sostegno dell'esclusione dalla gara di a.t.i. Bioster.

Con sentenza n. 78 del 2015 il T.A.R. adito respingeva entrambi i ricorsi principale e incidentale e compensava fra le parti spese e onorari del giudizio.

Avverso la sentenza reiettiva ha proposto appello a.t.i. Bioster e ha contrastato le conclusioni del primo giudice insistendo nelle domanda articolate in prime cure.

Resistono a.t.i. Servizi Italia e l' Azienda Ospedaliera Spedali Civili Brescia, che hanno contraddetto i motivi di impugnativa e chiesto la conferma delle sentenza impugnata.

In sede di note conclusive e di replica le parti hanno insistito nelle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 21 maggio 2015 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. A.t.i. Bioster ripropone il primo mezzo di impugnativa disatteso dal T.A.R.

Riconduce, invero, alla presenza in DVD non riscrivibile, da prodursi unitamente all'offerta cartacea, di un documento con numerazione 13/918, relativo all'allestimento della centrale di sterilizzazione, dei prezzi di serie di arredi pertinenti alla predetta centrale. L' a.t.i. risultata aggiudicataria sarebbe, quindi, incorsa nella violazione della *lex specialis* del concorso che nella lettera di invito imponeva che *sul progetto tecnico non dovrà comparire alcuna indicazione di prezzo pena l'esclusione della gara*.

Il collegio reputa di non doversi discostare dalla statuizione del T.A.R. reiettiva del motivo per il seguente ordine di considerazioni.

2.1. Sotto un primo profilo, come posto in rilievo dalla resistente Azienda Ospedaliera, la disciplina di gara riconduceva - sul piano sia sostanziale che formale - la produzione della documentazione di gara al suo caricamento su piattaforma denominata SINTEL quanto agli elementi inerenti alla documentazione amministrativa, all'offerta economica e a parte dell'offerta tecnica (quest'ultima limitatamente al progetto tecnico/organizzativo). Doveva, invece, aver luogo in formato cartaceo la produzione degli atti concernenti il completamento della centrale di sterilizzazione con descrizione delle apparecchiature e degli arredi offerti; computo metrico di massima senza prezzi delle attrezzature e degli arredi; elaborati grafici di posizionamento.

A detta attività adempitiva veniva a ricondursi l'offerta della ditta partecipante nelle sue diverse componenti tecniche, economica, nonché relative al possesso dei requisiti di partecipazione.

La riconduzione dei dati anzidetti in apposito e separato DVD veniva ad assolvere un ruolo di sola riproduzione a fini informatici e di archivio, ma non concorrente e tantomeno sostitutivo dell'offerta prodotta nelle forme in precedenza indicate. Eventuali incompletezze o difformità per errore di riproduzione, in assenza di specifiche previsioni nella disciplina di gara, non esplicano effetto viziante dell'offerta prodotta e tantomeno ad esse può essere ricondotta la comminatoria di esclusione dalla gara.

2.2. Sotto ulteriore profilo non risulta violata la regola che vieta l'indicazione o il richiamo in sede di offerta tecnica a dati ed elementi economici che ne qualificano il contenuto.

Anche ad accedere alla tesi dell' a.t.i. ricorrente secondo la quale la valutazione dell'offerta avrebbe dovuto aver luogo in base al combinato esame della produzione cartacea e di quella informatica assegnata del DVD non si versa a fronte di elementi idonei ad inficiare o deviare la corretta formazione della volontà negoziale della stazione appaltante.

Lo stesso appellante riconosce nei prezzi che si rinvergono nel documento scaricato su DVD la loro potenziale riferibilità a qualsiasi marca di arredo da utilizzarsi per l'allestimento della centrale di sterilizzazione. Tuttavia proprio questa genericità e indeterminatezza rende recessivo ogni potenziale *vulnus* sull'imparzialità del giudizio della commissione, che ha invece assunto a fondamento dati certi emergenti nell'offerta tecnica collegati ad una specifica marca (Gentinge) quale risultante dalle indicazioni contenute nel progetto tecnico e organizzativo, nelle schede tecniche, e nel computo metrico senza prezzi, come correttamente illustrato dalla resistente azienda ospedaliera.

Soccorre al riguardo la giurisprudenza di questo Consiglio (sez. VI, n. 5890 del 27 novembre 2014) che – in un'interpretazione delle clausole di gara secondo criteri di ragionevolezza (nonché, si aggiunge, alla luce del principio di conservazione dei valori giuridici) – reputa irrilevante, ai fini della comminatoria di esclusione, l'inserimento nell'offerta tecnica di prezzi di listini ufficiali, o il riferimento a prezzi praticati sul mercato, ovvero ad elementi del tutto marginali che non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica. Tale ultima evenienza ricorre nella fattispecie di cui è controversia, ove si consideri che l'importo totale del listino Metal riprodotto nel D.V.D., cui a.t.i. Bioster collega l'effetto cognitivo del valore economico dell'offerta tecnica, rappresenta un valore percentuale del tutto marginale su un corrispettivo di appalto che a.t.i. Servizi Italia ha quantificato in oltre diciassette milioni di euro..

2.3. La su riferita marginalità nell'economia dell'offerta del computo metrico recante i prezzi di taluni prodotti, casualmente inserito nel DVD, porta a disattendere il secondo motivo di impugnativa che ha detta evenienza collega l'automatismo esclusivo dalla gara, non potendosi a ciò ricondurre, in ragionevole approccio, una idonea efficienza causale a deviare da criteri di imparzialità il giudizio di merito sull'offerta tecnica che si caratterizza per complessità.

2.4. Con il terzo mezzo a.t.i. Bioster insiste sul valore costitutivo ai fini della partecipazione alla gara dei dati scaricati nel DVD con effetto, in presenza della riscontrata difformità rispetto agli elementi resi disponibili in forma cartacea, sulla duplicazione dell' offerta, con incertezza sul contenuto effettivo da ritenersi vincolante per l' Amministrazione ai fini della valutazione comparativa.

In contrario alla tesi dell'appellante milita il dato lessicale della lettera di invito che imponeva al concorrente *“di far pervenire anche CD-DVD non riscrivibili, contenenti tutta la documentazione prodotta sia in maniera informativa (depositata sulla piattaforma Sintel) che cartacea”*. Il termine *anche* avvalorava la tesi – già in precedenza enunciata al punto 2.1 della presente motivazione – della funzione secondaria e accessoria assegnata al DVD di riprodurre dati già presenti nell' offerta in forma cartacea o scaricata sulla piattaforma Sintel, che con valenza primaria indicano volontà negoziale del soggetto ammesso alla gara, i cui contenuti e vincolo per l'offerente non restano inficiati da una difforme e minimale riproduzione della stessa sul supporto informatico.

Né la previsione che il DVD doveva essere firmato digitalmente corrobora la tesi del valore costitutivo del DVD medesimo, trattandosi di regola tesa sul piano formale ad asseverare la veridicità e la riconduzione a soggetto determinato del documento predisposto in forma elettronica,.

2.4. A sostegno dell'indeterminatezza e dell'ambiguità dell'offerta – che nelle prospettazioni dell' a.t.i. ricorrente sarebbe avvalorata dall'elenco prezzi che compare nel DVD – è dato risalto all'assenza nelle relazioni tecniche del riferimento ad una specifica marca di prodotti

Al riguardo va confermata la conclusione cui è pervenuto il primo giudice che riconduce l'individuazione del contenuto dell'offerta tecnica al congiunto esame dei documenti indicati nella disciplina di gara come rappresentativi della stessa (progetto tecnico; computo metrico senza prezzi; schede tecniche dei prodotti) da cui emerge lo specifico riferimento dei prodotti alla marca Gettinge, indicati in dettaglio nelle schede tecniche con i relativi dati ufficiali e misure che assumono carattere prevalente e vincolante rispetto a eventuali marginali errori e refusi contenuti nella relazione tecnica.

2.5. Sempre a sostegno dell'indeterminatezza dell'offerta l'appellante sostiene che l'a.t.i. aggiudicataria ha fornito taluni arredi non di marca Gettinge, ma con specifiche uguali a prodotti della marca Metal/Arredinox che compare nel documento scaricato nel DVD.

Al riguardo, come correttamente statuito dal primo giudice, ipotizzati inadempimenti della ditta aggiudicataria in sede di esecuzione del contratto non inficiano la precedente fase di evidenza pubblica, finalizzata alla scelta dell'affidatario, la cui legittimità va apprezzata secondo le regole di azione che si desumono dalla *lex specialis* del concorso, dal codice dei contratti pubblici e da ogni altra regola che sul piano pubblicistico vincola l'Amministrazione.

Peraltro la resistente Azienda Ospedaliera ha dato atto come ogni prospettata incertezza dell'offerta tecnica di a.t.i. Bioster ha trovato smentita nelle verifiche in sede di collaudo che, sulla base dell'offerta medesima, hanno riscontrato talune difformità dell'attività adempitiva con diniego dell'attestazione di conformità.

3. Vanno disattesi i motivi di impugnativa articolati in via subordinata da a.t.i. Bioster.

3.1. A.t.i. Bioster riconduce la censura di omessa osservanza delle cautele di conservazione dei plichi di gara - con effetto sulla genuinità ed integrità delle offerte - alla mancata verbalizzazione delle modalità di custodia della documentazione di gara, avvalorata alla produzione in giudizio da parte della stazione appaltante alla data del 10 maggio 2014 di talune schede tecniche dei prodotti Gettinge che non erano fra gli atti consegnati in data 8 aprile 2014 in esito ad accesso documentale.

Il T.A.R. ha correttamente dichiarato il motivo tardivamente proposto l' 11 giugno 2014, rispetto alla data dell' 8 aprile 2014, di definizione dell'accesso documentale, che ha consentito l'integrale visione dei verbali di gara e del faldone contenente gli atti dell'offerta di a.t.i. Servizi Italia.

A.t.i. Bioster, tenuto conto della numerazione progressiva delle schede tecniche prodotte Gettinge era, quindi, in condizione fin dall' 8 aprile 2014 di verificare ogni ipotizzata manomissione dei plichi, con ricaduta sulla regolarità del confronto concorrenziale, e proporre il motivo di legittimità entro il termine dimidiato di impugnativa.

3.2. Relativamente alla dedotta insufficienza della verbalizzazione il T.A.R., a pag. 27 della sentenza che si impugna, aveva dichiarato la tardiva proposizione del motivo perché tardivamente proposto rispetto alla data di conoscenza dei verbali resi disponibili come prima detto l' 8 aprile 2014 in esito ad accesso documentale.

La statuizione in rito del T.A.R. non forma oggetto di contestazione e ciò rende inammissibile la riedizione in appello del motivo di merito.

3.3. Peraltro la riproduzione in verbale delle operazioni di gara risponde e criteri di essenzialità e sinteticità rimessi al prudente apprezzamento della commissione di gara, che non devono necessariamente riferirsi a tutte le scelte e determinazioni che l'organo collegiale può aver preso in esame di massima, ma poi accantonato (nella specie esternazione delle ragioni di aver privilegiato l' esame dell'offerta tecnica quale risultante dalla documentazione cartacea rispetta alla riproduzione nel DVD).

Del resto l' aver operato in tali sensi e reso palese dal riferimento in sede di verbali al materiale cartaceo, al suo esame e alla conservazione quale contenuto in appositi *scatoloni*.

3.4. A.t.i. Bioster ripropone la censura, non esaminata dal T.A.R., formulata avverso il bando di gara da ritenersi illegittimo per aver imposto la presentazione dell'offerta anche in DVD per poi negare a detta produzione valenza costitutiva dell'offerta medesima.

Il motivo non ha pregio perché le questioni insorte in sede applicativa della previsione del bando sul rapporto fra documentazione cartacea e ulteriore supporto informatico per l'identificazione dell'offerta, non inficiano la legittimità della scelta provvedimento dell' amministrazione, che - un volta esclusa la duplicazione dei mezzi documentali ai fini della presentazione delle medesima offerta - non si pone in contrasto con regole dettate dal codice degli appalti e con ai principi di imparzialità, correttezza, parità di trattamento, non discriminazione che debbono presiedere e procedure di affidamento dei contratti pubblici.

3.5. Da ultimo a.t.i. Bioster reitera la doglianza sull'indeterminatezza delle *lex specialis* del concorso e dei criteri di valutazione per aver imposto la produzione di un elaborato planimetrico sul completamento della centrale di

sterilizzazione, per poi dequotarlo in sede applicativa come meramente indicativo e di massima e, quindi, non impegnativo sulla quantità e la tipologia degli arredi.

Al riguardo correttamente la resistente Azienda sanitaria ha dato rilievo, in linea con il contenuto della lettera di invito, alla funzione assegnata all'elaborato planimetrico di individuare il *posizionamento* degli arredi, essendo invece rimesso al computo metrico senza prezzi l'individuazione all'interno dell'offerta della quantità dei prodotti, poi definito in sede di offerta economica con l'indicazione del prezzo accanto a ogni singolo prodotto.

Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto.

In relazione ai profili della controversia spese e onorari del giudizio possono essere compensati fra le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/10/2015

IL SEGRETARIO

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