

Consiglio di Stato, sezione terza, sentenza 3 febbraio 2017, n. 476

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 7046 del 2015, proposto da

Ab. S.r.l. in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Wa. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Fe. Pi., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Mi. Sa. in Roma, via (...);

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo e Fondazione Ma. di Varese – Polo Universitario, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Vi. Av., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Al. Pl. in Roma, via (...);

Di. S.p.a., in proprio e quale mandataria del R.T.I. con A S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ma. Pr., St. Ga., Ca. Me. ed An. Bo., con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. St. Ga. in Roma, via (...);

A S.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Lombardia, Milano, sezione IV, n. 1427 del 19 giugno 2015;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo e Fondazione Ma. di Varese – Polo Universitario e di Di. 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 19 gennaio 2017 il Cons. Luca Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Fe. Pi., Ug. De. Lu. su delega di Vi. Av., St. Ga., An. Bo., Ca. Me. e Ma. Pr.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'odierna appellante impugna la sentenza del T.a.r. Lombardia, Milano, sezione IV, n. 1427 del 19 giugno 2015, con cui è stato rigettato, con l'onere delle spese (liquidate in € 4.000,00 complessivi), il ricorso avverso il provvedimento di non ammissione della propria offerta alla fase di valutazione economica relativamente al lotto 15 della procedura aperta indetta dalla resistente Azienda Ospedaliera per lo "allestimento di laboratori aziendali – fornitura full service per l'effettuazione di analisi e acquisto di arredi ed attrezzature per un

periodo di 6 anni”, nonché l’aggiudicazione provvisoria e definitiva del medesimo lotto a favore del R.T.I. contro-interessato.

Ab. ha premesso in fatto che, dei quattro concorrenti che avevano presentato offerta per il lotto 15 (avente ad oggetto “Sierologia infettiva donatori e sacche e Test di conferma per HIV 1-2, HCV, HBsAg”), ben tre venivano esclusi “per una valutazione (presunta) insufficiente delle rispettive offerte tecniche”, che non avevano raggiunto il punteggio minimo di qualità pari a 31/60: conseguentemente, l’appalto veniva aggiudicato al R.T.I. Di., unico concorrente rimasto in gara.

In diritto Ab. ha sostenuto che la propria offerta tecnica fosse in linea con le previsioni della lex specialis e che, di contro, fosse l’offerta dell’aggiudicatario ad essere inidonea, con conseguente necessità di disporre l’esclusione.

La sentenza di I grado, assorbita l’eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse svolta dal contro-interessato, ha, senza procedere ad istruttoria, rigettato il ricorso da un lato perché “la commissione di gara ha operato del tutto legittimamente nell’effettuazione della valutazione delle offerte tecniche, non potendosi ravvisare alcuna irrazionalità nella formulazione dei giudizi”, dall’altro per l’assunta infondatezza delle censure formulate nei confronti dell’offerta del contro-interessato.

Ab. ha interposto appello chiedendo la riforma della gravata sentenza, previa verifica circa i profili tecnici di ritenuta insufficienza qualitativa dell’offerta del contro-interessato.

Si sono ritualmente costituiti sia la stazione appaltante, sia il contro-interessato.

Il Collegio, con ordinanza n. 1522 del 9 dicembre 2015, ha disposto verifica relativa agli aspetti tecnico-qualitativi sia dell’offerta di Ab., sia di quella di Di..

Depositata la relazione di verifica il ricorso è, quindi, stato trattato alla pubblica udienza del 19 gennaio 2017 e, all’esito della discussione, trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso, infondato nel merito, non merita accoglimento: può, pertanto, prescindere, in omaggio al dovere di sinteticità imposto dall’art. 120 c.p.a., dalla censura di inammissibilità svolta dal contro-interessato e dalla conseguente questione di legittimità costituzionale sollevata, in via incidentale e gradata, da Ab..

Il Collegio osserva, anzitutto, che l’assegnazione del lotto era basata sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa: ai fini della relativa determinazione erano previsti 40 punti per i parametri economici e 60 per quelli tecnico-valutativi.

Il disciplinare di gara, inoltre, prevedeva che si procedesse alla fase di valutazione economica solo in relazione alle offerte che avessero ottenuto almeno 31 punti nella preliminare valutazione tecnico-qualitativa, ottenuta dalla somma dei coefficienti di valore attribuiti da ciascun commissario mediante il sistema del “confronto a coppie”.

Come noto, tale metodo di selezione, volto ad individuare l’offerta migliore in termini strettamente relativi (cfr. C.d.S., V, 15 dicembre 2016, n. 5278), si basa sull’attribuzione di punteggi espressione delle preferenze soggettive dei commissari: un punteggio alto testimonia l’elevato gradimento del seggio di gara per le soluzioni proposte da un candidato rispetto a quelle formulate dagli altri, laddove una valutazione bassa è, specularmente, conseguenza della scarsa attrattiva tecnico-qualitativa della proposta del concorrente non in sé e per sé, ma rispetto a quelle degli altri partecipanti.

Emerge chiara, pertanto, l’ampia discrezionalità sottesa a tali manifestazioni di giudizio dei commissari, che non scrutinano il possesso dei requisiti minimi di partecipazione (presupposto per l’ammissione al confronto), ma, al contrario, esprimono una valutazione, necessariamente soggettiva e opinabile, circa le diverse soluzioni tecniche offerte: la metodologia in questione, in altre parole, non mira ad una ponderazione atomistica di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, bensì tende ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti mediante l’attribuzione di coefficienti numerici nell’ambito di ripetuti “confronti a due”.

Il sindacato giurisdizionale, quindi, incontra forti limitazioni, non potendo il Giudice impingere in valutazioni di merito ex lege spettanti all’Amministrazione, salva la ricorrenza di un uso palesemente distorto, logicamente

incongruo, macroscopicamente irrazionale del metodo in parola, che è, però, preciso onere dell'interessato allegare e dimostrare, evidenziando non già la mera (e fisiologica) non divisibilità del giudizio comparativo, bensì la sua radicale ed intrinseca inattendibilità tecnica o la sua palese insostenibilità logica.

Nulla di tutto ciò si registra nella vicenda per cui è causa.

Si osserva, anzitutto, che, nella seduta riservata del 4 agosto 2014, la commissione giudicatrice ha proceduto alla "attribuzione delle preferenze" una volta "ascertato che tutte le offerte presentate rispondono ai requisiti indispensabili previsti dal Capitolato": le conseguenti valutazioni, dunque, esprimono elementi di mera e dichiarata preferenza soggettiva dei commissari in merito alle soluzioni tecniche delineate dai vari concorrenti, sulla scorta dell'acclarata adeguatezza oggettiva di tutte le offerte, ivi inclusa quella di Ab..

Quanto, più in particolare, alle singole manifestazioni di giudizio:

a) per la voce "utilizzo di puntali monouso o metodi convalidati per la riduzione del carry over" la commissione ha attribuito ad Ab. punti zero. Ab. non si serve di puntali monouso, bensì di puntali riutilizzabili previo lavaggio con apposita soluzione chimica: benché tale modus operandi costituisca un "metodo di campionamento convalidato per evitare fenomeni di trascinarsi" (cfr. relazione di verifica, pag. 1), cionondimeno è ragionevole che la commissione abbia espresso una decisa preferenza per il ricorso a puntali monouso, atti a ridurre allo zero statistico, proprio per l'assenza di un contatto fisico tra le tracce dei diversi campioni progressivamente analizzati, il rischio di contaminazione;

b) per la voce "caricamento in continuo dei reagenti senza interruzione dell'attività del singolo strumento o autonomia operativa adeguata al carico di lavoro giornaliero" Ab. ha ricevuto punti 1,67 su 5, giacché in due dei tre "confronti a due" ha conseguito il punteggio di 0. L'apparecchio di Ab., pur vantando una prolungata autonomia operativa per "la disponibilità di un numero elevato di posizioni reagenti" (cfr. relazione di verifica, pag. 2), non dispone della possibilità di ricarica mentre è in funzione: è ragionevole, pertanto, che la commissione abbia indirizzato la propria preferenza ad apparati dotati di tale possibilità, alla luce dell'evidente ed oggettiva maggiore duttilità operativa che tali macchine sono strutturalmente in grado di offrire;

c) per la voce "possibilità di test quali-quantitativo per HbsAg – gestione dell'index" Ab. ha conseguito punti 1,71. L'apparecchio di Ab. impone due diversi test (uno qualitativo e di carattere diagnostico, per sapere se il paziente è affetto da epatite, l'altro quantitativo e di indole terapeutica, per conoscere il livello di agente patogeno nel sangue), mentre quella di Di. consente di effettuare entrambe le analisi con un unico test: ragionevole, dunque, che sia stata preferita, da parte della commissione, una soluzione che, dimezzando il numero di operazioni, consente un risparmio di tempo, costi e risorse.

L'infondatezza delle censure mosse da Ab. avverso la propria esclusione ne prosciuga l'interesse ad aggredire l'aggiudicazione della gara a Di..

Peraltro, tali censure sono comunque infondate.

In particolare:

a) la lex specialis imponeva al concorrente di "proporre una soluzione di arredo del laboratorio" senza escludere espressamente l'esecuzione anche di opere murarie; per di più, la sistemazione degli ambienti delineata da Di. non contempla l'abbattimento di strutture portanti dell'edificio e non comporta alcun esborso per l'Azienda. Infine, la possibilità di modifiche edili era stata espressamente ammessa dalla stazione appaltante, salva la futura validazione, con apposito chiarimento in data 30 maggio 2014;

b) il reagente "Treponema" ha la calibrazione di 15 giorni, come richiesto dalla lex specialis, posto che la documentazione presentata da Di. ne prevede la ritaratura quando, fra l'altro, "la taratura precedente è stata eseguita più di due settimane prima": orbene, la locuzione "più di due settimane prima" significa due settimane più almeno un giorno, dunque 15 giorni;

c) il comparto reagenti (da intendersi come comparto della macchina dove sono allocati i reagenti ivi già caricati, non già come frigorifero esterno dove vengono conservati i reagenti ancora da caricare sull'apparecchiatura di analisi) è refrigerato, in quanto tenuto a 13 gradi con tolleranza di +/- 2, a fronte dei 24 gradi del laboratorio; per vero, la lex specialis non impone una temperatura specifica, ma prescrive unicamente che il comparto reagenti sia tenuto "a temperatura refrigerata e controllata", condizione soddisfatta dalla macchina proposta da Di., il cui comparto reagenti è, quanto consta, tenuto a temperatura

“controllata” (+/- 2 gradi centigradi) e certo “refrigerata”, ossia più bassa dell’ambiente circostante (conforme, sul punto, la relazione di verifica, pag. 5);

d) l’antigene NS3 è, come richiesto dal capitolato, “pronto all’uso”. Premesso che tale concetto non ha basi scientifiche e sconta, nella sua valenza meramente descrittiva, un inevitabile margine di soggettivismo valutativo, osserva il Collegio che il reagente è fornito in forma liofilizzata e, dunque, deve essere ricostituito prima dell’uso: all’uopo sono necessarie semplici operazioni manuali oggettivamente agevoli e limitate e, comunque, funzionali solo alla concreta utilizzazione materiale del prodotto, non alla sua strutturale preparazione (in termini la pronuncia di questa Sezione 18 marzo 2013, n. 1571). Inoltre, in disparte il fatto che pure l’analogo reagente offerto da Ab. richiede, a quanto consta, operazioni manuali propedeutiche all’uso, giova rilevare che, proseguendo nella traiettoria concettuale sottesa alla censura in commento, anche la semplice apertura di una confezione potrebbe escluderne la qualità di “pronto all’uso”, conclusione – questa sì – manifestamente illogica;

e) la lex specialis richiede, oltre al requisito ordinario di 400 test/ora, ampiamente rispettato da Di., le cui 4 macchine hanno una cadenza complessiva di 720 test/ora, una capacità minima di 200 test/ora in caso di “fermo macchina”: tale livello minimo è assicurato da Di. anche nel caso di fermo di ben 2 delle 4 macchine (sarebbero comunque assicurati 360 test/ora) ed è quasi raggiunto pure nel caso di scuola di contestuale fermo di addirittura 3 delle 4 macchine (sarebbero realizzati 180 test/ora); è evidente che la clausola, da interpretarsi secondo un criterio di ragionevolezza, si riferisce ad episodi di blocco per così dire ordinari e fisiologici e non ad eventi catastrofici che causino pregiudizi all’operatività di tipo massivo: del resto, ove la prescrizione de qua fosse così intesa nessun sistema, neppure quello fornito da Ab., sarebbe ontologicamente in grado di rispettarla.

Il regolamento delle spese di lite, liquidate come in dispositivo, segue la soccombenza con riguardo alle parti costituite.

Nulla sulle spese quanto alla parte non costituita.

L’onere della verifica viene posto in via definitiva a carico di Ab..

P.Q.M.

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

Condanna Ab. S.r.l. a rifondere ad Azienda Ospedaliera Ospedale di Circolo e Fondazione Ma. di Varese – Polo Universitario le spese di lite, liquidate in complessivi € 3.000,00 oltre accessori di legge.

Condanna Ab. S.r.l. a rifondere a Di. S.p.a. le spese di lite, liquidate in complessivi € 3.000,00 oltre accessori di legge.

Nulla sulle spese quanto alla parte non costituita.

Pone in via definitiva le spese della verifica, come liquidate ai sensi dell’art. 66, comma 4, c.p.a., in capo ad Ab. S.r.l..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2017 con l’intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani – Presidente

Raffaele Greco – Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia – Consigliere

Luca Lamberti – Consigliere, Estensore

Francesco Gambato Spisani –