

Publicato il 20/10/2017

N. 04859/2017REG.PROV.COLL.
N. 09390/2016 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 9390 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sogesi Spa in proprio e quale componente del costituendo RTI con Servizi Italia Spa-Servizi Ospedalieri Spa-I.P.P. Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

contro

Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Dario Tino Vladimiro Gamba, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della Sezione Terza del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti di

Steris Spa (già Bioster), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi, Marco Salina, Luca Griselli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Andrea Manzi in Roma, via

Federico Confalonieri, n. 5;

Azienda Sanitaria Locale di Biella in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Piemonte, Sez. Prima, n. 1502 del 2016, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino e di Steris Spa (già Bioster);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 settembre 2017 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Andrea Zanetti, Dario Tino Vladimiro Gamba e Paolo Caruso su delega dichiarata dell'avvocato Andrea Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con deliberazione n. 61 del 12 Dicembre 2014 la Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino ha indetto una gara per la fornitura del servizio integrato di gestione del processo di sterilizzazione, manutenzione e fornitura in noleggio dello strumentario chirurgico in uso alla Azienda medesima, il tutto per la durata di anni cinque e con aggiudicazione secondo il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa.

2. - Alla gara hanno partecipato solo due concorrenti, e cioè il ricorrente Raggruppamento Temporaneo di Imprese costituito da Servizi Italia S.p.a. in qualità di mandataria, Servizi Ospedalieri S.p.A., Iniziative Produttive Piemontesi s.r.l. (I.P.P.) e la ricorrente SO.GE.SI S.p.A. in qualità di mandanti; e Bioster S.p.A. (che nel corso del giudizio ha assunto la nuova denominazione di Steris S.p.A.), che ha conseguito il miglior punteggio sia sulla offerta tecnica che su quella economica.

3. - L'Azienda Ospedaliera, con Determinazione Dirigenziale n. 103 del 15 febbraio 2016, ha aggiudicato in via definitiva la gara a Bioster S.p.A., dandone comunicazione al Raggruppamento controinteressato, ai sensi dell'art. 79 comma 5 D. L.vo 163/06, il 26 Febbraio 2016.

4. - La ricorrente SO.GE.SI S.p.A., nella sua qualità di mandante del Raggruppamento partecipante alla gara, ha impugnato l'aggiudicazione pronunciata a favore di Bioster S.p.A. deducendone la illegittimità per violazione del Capitolato Speciale di Appalto, violazione dell'art. 46 comma 1 bis e 74 del D. L.vo 163/06, eccesso di potere per travisamento e disparità di trattamento, violazione dell'art. 72 del R.D. 827/24, difetto di istruttoria, violazione dell'art. 75 D.P.R. 4450/00.

4.1 - Ha dedotto, infatti, che l'utilizzo di una centrale di sterilizzazione esterna sarebbe stato chiaramente richiesto dal Capitolato speciale, pertanto, secondo la ricorrente, la disponibilità di una centrale di sterilizzazione esterna per la intera durata del contratto sarebbe stato un requisito imprescindibile dell'offerta.

La società Bioster, all'atto di presentare la domanda avrebbe dichiarato che si sarebbe avvalsa della centrale di sterilizzazione della ASL di Biella, della quale, tuttavia, Bioster non avrebbe avuto la giuridica disponibilità per tutti e cinque gli anni di durata dell'appalto oggetto del presente giudizio. Tale società avrebbe altresì indicato la centrale di sterilizzazione del presidio ospedaliero San Carlo Borromeo, il quale tuttavia risultava in uso alla aggiudicataria per le sole necessità del presidio medesimo. L'offerta di Bioster, pertanto, avrebbe dovuto essere esclusa in quanto la disponibilità di una centrale di sterilizzazione esterna per tutta la durata del contratto sarebbe stato un elemento essenziale della offerta.

4.2 - Inoltre, tenuto conto dell'inidoneità delle centrali di sterilizzazione indicate da Bioster ad essere utilizzate per l'esecuzione del contratto, ne conseguirebbe che la stessa società avrebbe anche reso in corso di gara dichiarazioni false costituenti una autonoma causa di esclusione dalla gara.

4.3 - In seguito all'accesso agli atti di gara, la società So.ge.si ha formulato motivi aggiunti con i quali ha rilevato che Bioster, nella propria offerta tecnica, non avrebbe indicato i criteri che intendeva seguire per assicurare la continuità nel rifornimento della strumentario chirurgico, in particolare omettendo di esplicitare come avrebbe gestito le scorte; con ciò facendo la suddetta società avrebbe omesso di indicare un elemento essenziale della offerta, tale da determinare la sua inidoneità, ovvero, quantomeno, un ridimensionamento del punteggio ad essa attribuito per tale parametro.

4.4 - Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera intimata che ha chiesto il rigetto dell'impugnativa.

4.5 - Si è costituita in giudizio anche la società Bioster che ha anche proposto ricorso incidentale diretto ad ottenere l'esclusione della ricorrente dalla procedura di gara.

5. - Con la sentenza impugnata il TAR per il Piemonte ha respinto il ricorso principale, dichiarando improcedibile quello incidentale.

6. - La società Sogesi ha impugnato con il ricorso introduttivo il dispositivo di sentenza n. 1502 del 2016, chiedendone la sospensione.

6.1 - Con ordinanza n. 5735/2016 la domanda cautelare è stata respinta.

6.2 - A seguito del deposito della sentenza, l'appellante ha proposto motivi aggiunti con i quali ne ha censurato le statuizioni.

6.3 - Si è costituita nel giudizio di secondo grado l'Azienda Ospedaliera Ordine Mauriziano di Torino che ha chiesto il rigetto dell'impugnativa.

6.4 - Si è costituita anche la controinteressata Steris, già Bioster, che ha anch'essa concluso per la reiezione dell'appello.

In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato scritti difensivi.

7. - All'udienza pubblica del 14 settembre 2017 l'appello è stato trattenuto in decisione.

8. - L'appello è infondato e va, quindi, respinto.

8.1 - Con la prima doglianza censura l'appellante il capo di sentenza che ha respinto il primo motivo del ricorso introduttivo di primo grado.

La questione controversa riguarda la disponibilità della centrale di sterilizzazione per l'intera durata del servizio (cinque anni): secondo l'appellante si tratterebbe di un requisito di ammissibilità dell'offerta trattandosi di un elemento essenziale di essa, secondo il TAR, invece, sarebbe un requisito di esecuzione della prestazione, con la conseguenza che la mancata disponibilità della centrale per l'intero periodo (tenuto conto che la Biooster disponeva della centrale di sterilizzazione della ASL di Biella per soli tre anni, in luogo dei cinque richiesti), potrebbe costituire inadempimento contrattuale con conseguente possibile risoluzione del contratto, ma non causa di esclusione dalla gara, come invece sostenuto dall'appellante.

Il TAR, che aveva dapprima accolto la domanda cautelare, ritenendo tale presupposto un requisito di ammissione alla gara, in sede di merito si è adeguata all'orientamento di questa Sezione (cfr. Sez. III ord. n. 3623/2016) che – in sede di appello cautelare avverso la sua ordinanza di accoglimento – l'ha riformata, precisando che si trattava di un requisito di esecuzione della prestazione dedotta nel contratto.

Per la stessa ragione questa Sezione ha respinto la domanda cautelare proposta avverso il dispositivo di sentenza n. 1502/2016 (ord. n. 5735/2016).

8.2 - Ritiene il Collegio di dover confermare il proprio orientamento espresso in sede cautelare, confermando sul punto il capo di sentenza di primo grado.

Il TAR ha respinto la doglianza rilevando che:

“il servizio oggetto del contratto d'appalto per cui è causa è destinato a svolgersi in parte in locali ubicati all'interno della struttura ospedaliera, in parte in locali esterni, cioè nella c.d. Centrale di Sterilizzazione Esterna, verso la quale lo strumentario da sterilizzare viene indirizzato dopo essere stato sottoposto al primo trattamento, di decontaminazione. Emerge altresì con evidenza, da una parte che la disponibilità di una Centrale di Sterilizzazione Esterna non è indicata tra i requisiti di partecipazione alla gara, posto che il Disciplinare di gara individua a tale scopo solo lo svolgimento di servizi analoghi nel triennio 2012-

2014; d'altra parte che nessuna previsione contenuta nel Disciplinare di gara o nel Capitolato Speciale imponeva in modo chiaro e specifico che i partecipanti alla gara dovessero produrre, unitamente alla domanda di partecipazione, la documentazione che dimostrava la disponibilità di una centrale di sterilizzazione esterna, né la documentazione che tale disponibilità comprovava per un periodo minimo di 5 anni.

15.1. L'art. 17 del Disciplinare imponeva, è vero, ai partecipanti di inserire, nella Busta Tecnica, anche una dichiarazione attestante che la centrale di sterilizzazione esterna "indicata" era conforme al D.P.R. 37/1997, ma tale previsione non imponeva e non aveva ad oggetto, in modo esplicito e diretto, la dimostrazione della disponibilità della centrale in capo al partecipante e/o la dimostrazione di tale disponibilità per un periodo minimo di cinque anni: si vuol cioè dire che la previsione di che trattasi, contenuta nell'art. 17 del Disciplinare di gara, poteva - e potrebbe - essere letta anche nel senso che imponeva semplicemente in capo ai partecipanti l'obbligo di attestare l'impegno ad utilizzare un centrale di sterilizzazione esterna a norma di legge, e nulla più. D'altro canto è fuor di dubbio che la disponibilità di una centrale esterna di sterilizzazione risultava necessaria ai fini della esecuzione dell'appalto, emergendo evidente, dall'art. 1 nonché dalle altre norme sopra riportate del Capitolato Speciale, che nella centrale esterna debbono svolgersi alcune fasi del servizio oggetto di appalto".

Ha poi aggiunto il TAR che: la disponibilità di una centrale esterna per il quinquennio non è stata indicata tra i requisiti oggettivi di capacità tecnica e che, pertanto, la citata utilità non può e non deve essere individuata nella mera esigenza di tutelare la Stazione Appaltante in ordine alla affidabilità del contraente ed alla sua capacità di avere, per tutta la durata del contratto, la disponibilità di una centrale di sterilizzazione esterna. Da questo punto di vista occorre qui rammentare che rientra nella discrezionalità della Stazione Appaltante la individuazione dei requisiti oggettivi di capacità tecnica e che il Giudice Amministrativo non può sostituirsi ad essa in tale valutazione, segnatamente interpretando la *lex specialis* in guisa da far assumere il ruolo di requisito di capacità tecnica ad un elemento che invece non lo è in base alla medesima *lex specialis*".

8.3 - Tali conclusioni sono state rese dal primo giudice dopo un'approfondita disamina della *lex specialis* di gara, rilevando – condivisibilmente - che non vi

era nella lex specialis alcuna disposizione che imponeva come requisito di ammissione alla procedura di gara la disponibilità quinquennale della centrale di sterilizzazione, sicché l'eventuale esclusione dalla gara per tale motivo, avrebbe comportato la sua illegittimità per violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

8.4 - Peraltro, la tesi interpretativa dell'appellante, diretta a trasformare un requisito di esecuzione – quale è quello previsto dall'art. 17 del disciplinare – in un requisito di partecipazione, confondendo la natura e la finalità (ben distinti tra loro) dei requisiti, comporterebbe anche la violazione dei criteri ermeneutici relativi all'interpretazione del contratto, applicabili alla materia degli appalti (art. 1362 e seguenti, ed in particolare la violazione del principio di cui all'art. 1366 c.c.), incidendo in questo modo sul legittimo affidamento dei concorrenti: l'introduzione surrettizia di un requisito di ammissione non chiaramente espresso dalla stazione appaltante, lede – infatti – la buona fede dei concorrenti che, facendo affidamento sull'interpretazione letterale delle clausole di gara, non hanno riscontrato l'esistenza di un requisito di ammissione “implicito” e dunque “nascosto” e, conseguentemente, non si sono avvalsi degli strumenti apprestati dall'ordinamento (ad es. avvalimento, ricorso al R.T.I.), per procurarselo.

I bandi di gara (ed il relativi atti connessi, disciplinari, capitolati speciali) devono essere chiari in modo da non poter indurre in errore i partecipanti in merito ai requisiti richiesti; non è ammissibile un'interpretazione diretta a ricavare dalle norme relative all'esecuzione della prestazione ulteriori requisiti di ammissione “nascosti” o “impliciti”, facendo leva sul concetto di “essenzialità”.

Spetta, infatti, alla sola stazione appaltante, nell'esercizio del proprio potere tecnico discrezionale, delineare in modo palese (facendolo seguire dall'indicazione specifica “a pena di inammissibilità dell'offerta”) ciò che riveste natura “essenziale” per lo svolgimento del servizio, tenuto conto delle sue specifiche esigenze: non possono ricavarsi ex post, attraverso la lettura

congiunta delle clausole del capitolato speciale, presunti requisiti ritenuti “essenziali” per lo svolgimento del servizio (ma non qualificati come tali dalla stazione appaltante), facendo leva - per di più - sulle particolari modalità di esecuzione della prestazione indicate dal concorrente nella sua offerta tecnica.

In questo modo, infatti, si confondono i due piani nettamente separati, costituiti dall’individuazione dei requisiti di ammissione (potere che spetta alla sola stazione appaltante) e che riguarda elementi oggettivi valevoli per tutti i concorrenti, nel rispetto del principio della par condicio, e requisiti specifici attinenti alle particolari modalità di esecuzione della prestazione oggetto del successivo contratto, prescelti del singolo concorrente in sede di offerta tecnica, che come tali sono stati individuati dall’impresa partecipante alla gara e che valgono – ovviamente – solo per essa.

Non può infatti ritenersi che l’offerta di tali particolari modalità e caratteristiche specifiche possa costituire motivo di esclusione, ove non vi sia prova del loro possesso al momento della presentazione dell’offerta: ciò non rileva né sotto il profilo della asserita “falsità” della dichiarazione, né sotto quello dell’inammissibilità dell’offerta, come invece sostenuto nell’atto di appello.

Tutto ciò che attiene all’esecuzione della prestazione riguarda lo specifico rapporto esistente tra la stazione appaltante e l’impresa aggiudicataria: quest’ultima si può dotare anche successivamente di tutti quegli elementi (ad esempio mezzi, personale aggiuntivo, strutture indicate nell’offerta) che costituiscono l’oggetto della prestazione dedotta nel contratto stipulato con la stazione appaltante, purchè tali mezzi siano assicurati in sede di esecuzione.

E’ notorio che le imprese si dotano dei mezzi per eseguire una commessa quando l’hanno acquisita, non quando sperano di acquisirla, se tali mezzi non sono richiesti dal bando ai fini dell’ammissione.

L’omessa disponibilità dei “mezzi” indicati nell’offerta al momento della sua presentazione e relativi all’esecuzione della prestazione, non costituisce, quindi, falsità della dichiarazione o inammissibilità dell’offerta alla gara.

L'eventuale mancato rispetto da parte dell'aggiudicataria degli "impegni assunti" con la presentazione dell'offerta in sede di gara (che integrano l'oggetto del contratto stipulato con la stazione appaltante), costituisce inadempimento contrattuale, sanzionabile con i rimedi apprestati dall'ordinamento, ma non costituisce motivo di esclusione per mancanza dei requisiti, né per falsità della dichiarazione.

8.5 - Nel caso di specie, poi, la scelta della stazione appaltante di non richiedere, a pena di ammissibilità dell'offerta, la disponibilità della centrale di sterilizzazione per il quinquennio di durata dell'appalto, non si appalesa illogica, tenuto conto che l'interesse da essa perseguito era soddisfatto dalla individuazione del processo da utilizzarsi per la sterilizzazione, essendo del tutto irrilevante il luogo di esecuzione di tale attività; inoltre, la stessa Azienda Ospedaliera aveva in progetto di realizzare presso di sé la centrale di sterilizzazione, e quindi non aveva alcun interesse a dedurre come requisito di ammissione dell'offerta la disponibilità quinquennale di una determinata struttura.

Peraltro, come ha correttamente rilevato la difesa della controinteressata, una clausola diretta a prevedere la disponibilità quinquennale di una specifica centrale di sterilizzazione sarebbe stata anticoncorrenziale, tenuto conto della situazione di fatto esistente, atteso che nel nord Italia solo la società I.P.P., partecipante alla gara in raggruppamento con la Sogesi, ne aveva la disponibilità.

8.6 - Quanto alla doglianza secondo cui le caratteristiche della centrale di Biella avrebbero inciso sull'attribuzione dei punteggi, è sufficiente rilevare che tale censura è inammissibile per violazione dell'art. 104 c.1 c.p.a., in quanto tale censura non è stata dedotta in primo grado.

Il primo motivo di appello va dunque, respinto.

9. - Anche la seconda doglianza, con la quale è stata censurato il capo di sentenza che aveva respinto il secondo motivo dedotto in primo grado (in precedenza richiamato), è destituita di fondamento.

Correttamente il TAR ha ritenuto che: *“è documentato in atti che Bioster ha trattato specificamente, nella propria offerta tecnica, il problema afferente la gestione delle scorte dello strumentario da fornire alla Azienda Ospedaliera”*. Ha poi richiamato, condivisibilmente, il costante orientamento della giurisprudenza sui limiti del sindacato dei punteggi assegnati in sede di gara, rilevando che: *“il punteggio attribuito dalla Commissione giudicatrice alla offerta tecnica di Bioster, espressione di discrezionalità tecnica non sindacabile dal Giudice Amministrativo se non nei limiti del travisamento e della manifesta irrazionalità ed illogicità, qui non apprezzabili, non può quindi essere rimesso in discussione nella presente sede giudiziale”*.

Le doglianze proposte avverso tale capo di sentenza, dirette a sostenere l'incompletezza dell'offerta sono smentite dalla documentazione versata in atti, e non possono dunque accogliersi.

Quanto all'attribuzione dei punteggi, i rilievi svolti dal primo giudice – che richiamano la giurisprudenza consolidata -, sono pienamente condivisibili con conseguente reiezione del profilo di censura.

10. - L'appello va dunque respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza di primo grado che ha respinto il ricorso di primo grado.

11. - Le spese del grado di appello 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 al pagamento delle spese di giudizio che liquida in complessivi € 3.000,00 per ciascuna delle parti costituite, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 settembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Oswald Leitner, Consigliere

L'ESTENSORE
Stefania Santoleri

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO