



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 764 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Società Ingegneria Biomedica Santa Lucia S.p.A., in persona del legale rappresentate pro-tempore, in proprio e quale mandataria del R.T.I con Prima Vera S.p.A., Elettronica Biomedicale S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv. Ernesto Stajano e Giovanni Caputi, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via di Villa Albani, 12/A;

contro

Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano, in persona del legale rappresentate pro-tempore, rappresentata e difesa dagli Avv. Donato Vigezzi e Marco Saverio Montanari, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale Liegi, 16;

nei confronti di

Ge Medical System Italia S.p.A., in persona del legale rappresentate pro-tempore, in proprio e quale mandataria del RTI con Tesi S.r.l., Hermex Italia S.r.l., RE.V.I.

S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Lirosi, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Gianni Origoni in Roma, via delle Quattro Fontane n. 20;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE I, n. 00248/2011, e della sentenza n. 452/2011 del 11.2.2011 resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI MANUTENZIONE ATTREZZATURE AZIENDA OSPEDALIERA SAN PAOLO DI MILANO - RISARCIMENTO DANNI

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano e di Ge Medical System Italia S.p.A., in proprio e quale mandataria del RTI con Tesi S.r.l., Hermex Italia S.r.l., RE.V.I. S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, c.10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 gennaio 2012 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti gli avvocati Clarich su delega di Stajano, Caputi, Montanari e Lirosi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorso in esame - parte di un più ampio contenzioso già incardinato presso il Consiglio di Stato (appelli RG n. 6494/2010 e n. 6894/2010, proposti, per quanto di ragione, rispettivamente, dalla controinteressata Ge Medical System Italia S.p.A. e dall'odierna appellante, avverso la medesima sentenza del TAR Lombardia n. 1871/2010, in atto definiti rispettivamente con sentenza n. 2844 del 15.4/12.5.2011 e con sentenza n. 3510 del 15.4/9.6.2011 di questa Sezione, di cui

si dirà di seguito) - concerne la ri-aggiudicazione della gara, indetta dall'Azienda Ospedaliera San Paolo di Milano per l'affidamento del servizio quinquennale di manutenzione delle proprie attrezzature biomediche e tecnico-economiche, di cui alla delibera n. 828 del 30 luglio 2008 e al bando pubblicato in GUCE del 24 marzo 2009.

- A seguito dell'annullamento parziale della precedente aggiudicazione, di cui alla delibera n.1241 del 30.12.2009, in favore del resistente RTI capeggiato da Ge Medical System Italia S.p.A., pronunciato dal TAR Lombardia con sentenza n. 1871 del 16 giugno 2010 per difetto di motivazione e carente istruttoria, l'Amministrazione ha proceduto alla nomina di una nuova Commissione ed alla rinnovazione degli atti di gara. In particolare, in ottemperanza alla sentenza, la Commissione ha riconsiderato il punteggio attribuito all'ATI Ge Medical System Italia S.p.A., per il sottocriterio 1.6 ("tempi di intervento e ripristino manutenzioni correttive") del criterio 1 ("organizzazione del servizio"), ritenendo "attuabile nella quasi totalità dei casi" "la tempistica" della prestazione offerta, che promette la risoluzione di tutti i guasti in 24 ore, ed, in conseguenza, ha attribuito all'unanimità il punteggio di "distinto" (in luogo del precedente "ottimo"), con nuova aggiudicazione della gara al medesimo RTI .

- Il verbale n. 2 del 14.7.2010, di aggiudicazione provvisoria, e la successiva delibera n. 792 del 28 luglio 2010, di aggiudicazione definitiva del servizio, sono stati impugnati, oltre che davanti al C.d.S., con motivi aggiunti proposti nell'ambito dell'appello pendente avverso la sentenza n. 1871/2010 (RG. N. 6894/2010), anche davanti al TAR Lombardia, con ricorso R.G. n. 1938/2010, censurando l'operato della nuova Commissione, denunciando la violazione dell'art. 84, comma 12, dell'art. 11, commi 8, 10 e 12 e dell'art. 48, comma 2, nonché dell'art. 243 bis del codice dei contratti, e riproponendo motivi non decisi con la sentenza n.

1871/2010, nonchè, infine, chiedendo anche l'ottemperanza alla predetta sentenza, in quanto gli atti impugnati sarebbero elusivi del "giudicato".

- Con dispositivo di sentenza n. 248 del 27 gennaio 2011, il TAR ha dichiarato il ricorso in parte improcedibile ed in parte infondato.

- Con ordinanza n. 1686/2011 del 15 aprile 2011, questa Sezione ha rigettato la domanda di misura cautelare, richiesta con l'appello avverso il predetto dispositivo.

- La sentenza del TAR Lombardia n. 452 dell'11.2.2011, che definisce il giudizio in primo grado, viene, quindi, impugnata con motivi aggiunti depositati il 9.3.2011.

- La sentenza ha dichiarato, preliminarmente, l'inammissibilità del secondo motivo di ricorso, concernente la nomina della nuova Commissione, in quanto l'Amministrazione si è conformata sul punto alla statuizione della sentenza n. 1871/2010, appellata con ricorso al C.d.S., cui spetta la relativa pronuncia; ha dichiarato anche l'inammissibilità della domanda di ottemperanza alla sentenza predetta perchè l'Amministrazione ha, di fatto, ottemperato con l'adozione degli impugnati provvedimenti, che, in disparte i profili di irritualità derivanti dalla pendenza della medesima impugnativa sia in primo grado che in appello, non si configurano come comportamenti elusivi.

Nel merito ha rigettato l'impugnazione, in quanto le valutazioni compiute dalla nuova Commissione sono sembrate attendibili, secondo un giudizio di portata globale e sintetica sulla serietà dell'offerta di Ge Medical System Italia S.p.A., riesaminata sotto il profilo del sottocriterio 1.6; ha ritenuto legittimamente convocata una nuova Commissione; ha ritenuto che la verifica del possesso dei requisiti si pone come condizione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva e viene effettuata, pertanto, legittimamente in una fase successiva all'aggiudicazione; ha dichiarato inammissibile il motivo relativo alla violazione dell'art. 243 bis, comma 6, cod. contr.; ha rigettato il motivo con cui si dubitava della legittimità del criterio di valutazione dell'offerta economica, affermando che difetta l'interesse alla luce

delle risultanze della nuova valutazione, atteso che il divario tra l'offerta economica della ricorrente e quella della contro interessata, pari a punti 3,09, non sarebbe modificato in modo favorevole alla ricorrente neppure se si adottasse il diverso metodo di calcolo proposto (che consentirebbe di conseguire punti 1,40 in più all'interessata); quanto alla composizione della Commissione di gara ha affermato che la censura è pretestuosa e inammissibile, frutto di mere ipotesi, ritenendo "esperto" il dott. Moreno Mauro, dirigente medico, non essendo necessario che l'esperienza di ciascun componente copra tutti i possibili ambiti oggetto di gara; infine, ha dichiarato sfornita di prova la denunciata illegittima composizione della Commissione per violazione dell'art. 84, commi 4 e 5 , del D.Lgs 163/2006.

- Con l'appello in esame la Società Ingegneria Biomedica Santa Lucia S.p.A lamenta, nuovamente, l'erronea attribuzione del punteggio per il sub criterio 1.6 e ripropone la doglianza di primo grado circa l'irrealizzabilità della proposta di Ge Medical System Italia S.p.; critica la sentenza di primo grado che avrebbe sottovalutato la portata del precedente annullamento e l'opportunità di nomina di consulente tecnico, la contraddizione interna e poco convincente della motivazione della nuova commissione, la non praticabilità della compensazione reciproca dei criteri di attribuzione dei punteggi. L'appellante denuncia, ancora, la violazione dell'art. 84, comma 12, del codice dei contratti, che imporrebbe di riconvocare la medesima Commissione per la rinnovazione del procedimento. Denuncia l'errata interpretazione da parte del TAR dell'art. 48 cod. contratti, per quanto concerne la verifica dei requisiti, che a suo dire dovrebbe avvenire prima dell'aggiudicazione definitiva, e ripropone la censura riguardo alla formula matematica adottata dall'AOSP per la valutazione delle offerte economiche, censura strumentale all'annullamento dell'intera gara. Infine, denuncia la mancata rispondenza agli atti di causa del capo di sentenza concernente la mancanza di prove circa l'incompetenza del componente della Commissione Dott. Mauro

Moreno e degli altri componenti (cfr. curriculum depositati dall'Amministrazione); da ultimo, impugna il capo di sentenza relativo alla condanna alle spese, sussistendo giuste ragioni per compensarle.

- Resistono in giudizio sia l'Azienda Ospedaliera che l'aggiudicatario R.T.I., scambiando memorie e repliche in vista dell'udienza.

- All'udienza del 27 gennaio 2012 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

- L'appello è destituito di fondamento.

- Preliminarmente, per le evidenti connessioni tra i giudizi e l'esistenza di giudicati in ordine ad aspetti di questa vicenda che vengono oggi all'esame del Collegio, va preso atto che con sentenza n. 2844 del 15.4/12.5.2011 è stato definito l'appello avverso la sentenza del TAR Lombardia n. 1871/2010 proposto da Ge Medical System Italia S.p.A., nella parte in cui disponeva l'annullamento parziale della prima aggiudicazione in proprio favore di cui alla delibera n.1241 del 30.12.2009. Questa Sezione con la richiamata sentenza ha rigettato l'appello e prendendo atto della rinnovazione della valutazione compiuta dalla nuova Commissione, ha tra l'altro affermato, sebbene quale obiter dictum, che "in sede di riemanazione, il seggio di gara ha ampiamente rimeditato e motivato il proprio giudizio, pervenendo sì ad un voto favorevole, ma diverso ed inferiore (e, soprattutto, più precisamente argomentato) rispetto a quello per cui è causa".

Inoltre, con la sentenza n. 3510 del 9.6.2011, questa Sezione, pronunciando sull'impugnazione proposta da IBSL S.p.A. avverso la medesima sentenza n. 1871/2010 del TAR Lombardia ha, tra l'altro, esaminato la censura riproposta con il quinto motivo dell'appello in esame, relativo alla presunta incompetenza dei componenti della prima Commissione (motivo esaminato dalla sentenza appellata in quanto tra quelli assorbiti dalla sentenza n. 1871/2010 cit. ed espressamente riproposti in primo grado nel ricorso n. 1938/2010). Essendo stato il motivo già

deciso e rigettato con ampia motivazione dalla sentenza n. 350/2011 di questa Sezione, pronunciata tra le stesse parti, ne va dichiarata l' inammissibilità per il principio del "ne bis in idem".

- Quanto al primo motivo di appello, va rilevato che la sentenza appellata non ha travisato l'annullamento parziale della precedente aggiudicazione, disposto con la sentenza del TAR Lombardia n. 1871/2010, che aveva riscontrato fondate le censure unicamente sotto il profilo della mancanza di una seria verifica istruttoria con riguardo al sottocriterio 1.6, relativo ai "tempi di intervento e ripristino manutenzioni correttive", e sotto il profilo della motivazione "superficiale e incompleta" sul punto.

Il TAR ha correttamente dato atto, con la sentenza appellata, che la Commissione nominata per rinnovare tale giudizio ha bene operato, tenendo presenti i rilievi mossi nella sentenza n. 1871/2010, ed ha compiuto autonome valutazioni.

Ha escluso, quindi, correttamente, che la nuova Commissione abbia effettuato un mero "salvataggio" dell'offerta di Ge Medical System Italia S.p.A, in quanto dal verbale impugnato emerge che è stata compiuta un'attenta verifica dei singoli aspetti della "tempistica di riparazione guasti" offerta, che sono stati esaminati alcuni elementi dell'organizzazione del servizio e delle migliorie proposte che rendono plausibile la detta tempistica, ed è stata considerata, incidendo negativamente sulla valutazione, anche la mancata previsione di modalità di risoluzione di guasti "particolarmente critici" (guasto non frequente, irreperibilità di pezzi di ricambio particolari, difficile individuazione della causa del guasto).

L'appellante ritiene inverosimili le conclusioni raggiunte dalla Commissione e avallate dal TAR, e, per dimostrarne l'illogicità assume a termine di paragone la recente procedura aperta CONSIP per l'aggiudicazione dell'appalto dei servizi integrati per la gestione delle apparecchiature elettromedicali per le PP.AA. nelle regioni Umbria, Marche, Abruzzo, Lazio, Campania, e Sardegna, che prevede la

fissazione di un tetto massimo percentuale di risoluzione dei guasti, considerando attendibili solo le proposte che prevedono la risoluzione dei guasti entro due giorni qualora le stesse superino il 63% (area critica) e il 48% (area non critica) del totale.

Ritiene il Collegio che le considerazioni dell'appellante comportino un'inammissibile comparazione tra diverse procedure di affidamento ed un inammissibile sindacato di merito sul giudizio valutativo espresso dalla Commissione.

Come più volte affermato da questo Consiglio, le valutazioni tecniche relative alle offerte presentate nelle gare d'appalto sono caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dalla opinabilità dell'esito della valutazione. Di conseguenza, gli apprezzamenti in ordine all'(in)idoneità tecnica delle offerte, in quanto espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, non possono essere sostituiti da valutazioni di parte circa la (in)sussistenza delle prescritte qualità, trattandosi di questioni afferenti al merito delle suddette valutazioni tecnico-discrezionali (C.d.S sez. V, 08 marzo 2011, n. 1464; Consiglio Stato, sez. V, 01 ottobre 2010, n. 7262); e il giudice, parimenti, può sindacarli solo se affetti da macroscopici vizi logici, disparità di trattamento, errore manifesto, contraddittorietà ictu oculi rilevabile.

Ancora, l'appellante si duole del fatto che il primo giudice non abbia disposto una consulenza tecnica.

La nomina di consulente tecnico risponde all'esigenza del giudice di chiarire situazioni di fatto, effettuare rilievi, acquisire dati certi, controllare le operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto ai criteri tecnici applicati, ma non si estende fino alla valutazione circa l'idoneità di un certo bene o servizio a rispondere all'interesse pubblico; valutazione questa che impinge nella discrezionalità propria dell'Amministrazione, ovvero costituisce un giudizio di

valore che solo il titolare dell'interesse può formulare, in quanto attiene strettamente alla relazione tra il bene e la soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito.

Né appare fuorviante il riferimento dei primi giudici al carattere di "complessità" del giudizio di valutazione della serietà dell'offerta tecnica che, solo a titolo di esempio, il TAR ha paragonato al giudizio di "congruità" delle offerte anomale, per sottolinearne la "portata globale e allo stesso tempo sintetica".

Inoltre, appare corretta la decisione nella parte in cui ha ritenuto giustificato il giudizio positivo della Commissione con il ricorso all'esistenza di elementi nell'organizzazione del servizio capaci di soccorrere in caso di guasti complessi, che non ha determinato una doppia valutazione di quegli elementi, ma solo una plausibile complessiva considerazione dell'organizzazione del servizio al solo fine di una comprensione più approfondita dell'offerta, tant'è che dopo aver modificato la valutazione solo per il sottocriterio 1.6, la Commissione ha proceduto ad una mera operazione di "ricalcolo" del punteggio tecnico complessivo, già precedentemente attribuito.

- Quanto al motivo con cui si denuncia la violazione dell'art. 84, comma 12, del codice dei contratti, la sentenza ha correttamente affermato che l'Amministrazione si è limitata a dare esecuzione alla sentenza che suggeriva la nomina di una nuova Commissione.

Va qui precisato che il comma 12 dell'art. 84 prevede che "in caso di rinnovo del procedimento di gara a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione."

Ad avviso del Collegio la previsione normativa contiene un'enunciazione di principio, posta a presidio della celerità e del buon andamento dell'Amministrazione, e sottintende che nell'ipotesi di rinnovazione dell'intera gara

la conoscenza degli atti e delle operazioni già effettuate possa giovare alla celere rinnovazione del procedimento, semprechè ciò non si risolva nella compromissione della garanzia di imparzialità, valore altrettanto preminente negli affidamenti pubblici.

La norma, pertanto, va interpretata nel senso che non è esclusa la possibilità di nominare una nuova Commissione se garanzia di maggiore serenità di giudizio.

E' quanto accaduto nell'ipotesi in esame, in cui l'annullamento parziale dell'aggiudicazione, solo per quanto riguardava l'attribuzione di un singolo punteggio, era stato determinato dalla necessità di "un'indagine più approfondita e una motivazione meno superficiale" con riguardo all'applicazione di un sub-criterio di valutazione delle offerte, e su tale esito aveva anche influito la circostanza che si era verificata in seno alla precedente Commissione la spaccatura tra membri interni e membri esterni (cfr. pag. 10 sentenza n. 452/2011). Riconvocare la medesima Commissione avrebbe, dunque, comportato il rischio di rinnovare anche il contrasto interno alla Commissione ed il rischio di condizionamenti preconcepi di giudizio.

La scelta dell'Amministrazione, aderendo al suggerimento della sentenza n. 1871/2010, in quanto più idonea a salvaguardare l'imparzialità dell'organo tecnico, non appare censurabile.

- Correttamente la sentenza ha affermato che la verifica dei requisiti per la partecipazione a gara rappresenta fase autonoma del procedimento di affidamento, ex art. 11, comma 8, cod. contr., secondo cui l'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la suddetta verifica e, pertanto, non è precluso all'Amministrazione pronunciare prima l'aggiudicazione (C.d.S., Sez. III, n. 343 del 26.1.2012).

La censura che l'appellante muove, in ogni caso, è meramente formale e pretestuosa, non adducendo alcuna circostanza concreta da cui desumere la mancanza dei requisiti in capo all'aggiudicataria.

- Col quarto motivo di appello viene censurata la sentenza nella parte in cui ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse il motivo riguardante il criterio di calcolo dell'offerta economica. Afferma l'appellante di avere interesse strumentale all'accoglimento della censura, finalizzato all'annullamento dell'intera gara.

La sentenza, alla luce dei punteggi riportati dalle due concorrenti, tenuto conto dello scarto esistente tra le due offerte, pari a punti 3,09, ha correttamente rilevato che anche se venisse ritenuto sussistente il vizio dedotto relativamente al metodo matematico di attribuzione del punteggio alle offerte economiche, denunciato perchè favorirebbe un appiattimento nella valutazione delle stesse, l'appellante non conseguirebbe comunque l'aggiudicazione, recuperando solo un punteggio pari a punti 1,40 (come deducono le controparti, senza che, sul punto, venga sollevata alcuna contestazione).

Il Collegio osserva che alla luce di tale considerazione e tenuto conto che hanno partecipato due sole concorrenti, non sussiste neppure l'interesse strumentale all'annullamento dell'intera gara.

L'interesse strumentale, invero, è meritevole di tutela tutte le volte in cui le censure dedotte ed accoglibili non escludano ex ante una rinnovazione della selezione con esito favorevole al ricorrente. (Consiglio Stato , sez. V, 04 marzo 2011 , n. 1398) (controllare)

Ma nella fattispecie, nella quale due sole essendo le concorrenti, la rinnovazione della gara e la rivalutazione delle offerte economiche, anche in applicazione del diverso criterio matematico invocato dall'appellante, non porterebbe ad un diverso risultato per la ricorrente, giacchè, per quanto già detto, GE Medical system Italia S.p.a. risulterebbe ancora una volta aggiudicataria, sebbene con diverso punteggio, non si ritiene che meriti tutela l'interesse della ricorrente al rifacimento delle operazioni.

- Col quinto motivo di appello si ripropone la doglianza espressa sia nel ricorso di prime cure R.G. n. 1938/2010, sia nel ricorso R.G. n. 361/2010 (col quale era stata censurata, tra l'altro, la composizione della prima commissione nominata con delibera n. 450 del 15.5.2009), lamentando la presenza in Commissione di soggetti che non sembrano dotati di specifica competenza tecnica, motivo che la sentenza appellata definisce solo con riferimento alla questione concernente la composizione della prima Commissione (asseritamente non definita nel precedente giudizio). Il motivo, come già detto in via preliminare, è inammissibile per il principio del "ne bis in idem", essendo stato deciso con sentenza di questa Sezione n. 3510/2011.

Inoltre, l'appellante accenna ad una incompetenza anche dei membri della seconda Commissione (nominata con delibera 678 del 30.6.2010), deputata ad attribuire solo il punteggio per il sottocriterio 1.6.

Il Collegio osserva che anche per tale profilo il motivo è inammissibile, perchè nuovo e generico, nessuna specifica censura essendo stata formulata nel ricorso di primo grado, col quale I.B.S.L. S.p.A. si era limitata a chiedere l'esame dei motivi assorbiti o accantonati con la sentenza n.1871/2010, tra cui quello concernente la composizione della prima Commissione, ma nessun vizio aveva dedotto con riguardo alla competenza dei membri della seconda Commissione, diversamente composta.

- In conclusione l'appello va rigettato.

- Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio a favore delle parti resistenti ed in misura uguale tra loro, che liquida in complessivi euro 6.000,00, oltre IVA e CPA, come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 gennaio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/03/2012

IL SEGRETARIO

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