

Cons. Stato Sez. III, Sent., (ud. 30-11-2017) 22-12-2017, n. 6022

Fatto Diritto P.Q.M.

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA

Contratti

OPERE PUBBLICHE E SERVIZI (APPALTO DI)

In genere

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 3398 del 2017, proposto da:

Azienda O.U., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Vito Iorio, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Scirè 15;

contro

Consorzio O. Soc. Cons. Arl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Cristiana Pesarini, Riccardo Crispiani, Maurizio Brizzolari, con domicilio eletto presso lo studio Maurizio Brizzolari in Roma, via della Conciliazione 44;

R.A.A. Spa, R.M.I. Srl non costituiti in giudizio;

nei confronti di

M.M.S. Srl in proprio e quale Capogruppo Mandataria Rti, R.P. Srl, R.I. Soc.Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Pio Corti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Parioli 79h;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00154/2017, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio O. Soc. Cons. A.r.l e di M.M.S. S.r.l. in proprio e quale Capogruppo Mandataria R. e di R.P. S.r.l. 7 e di R.I. Soc.Coop.;

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 30 novembre 2017 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Vito Iorio, Cristiana Pesarini e Raffaella Baccaro su delega dichiarata di Pio Corti;

Svolgimento del processo

L'Azienda Ospedaliera appellante premette:

-- di aver indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione, con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura, comprensiva dell'installazione di tecnologie e di opere di adeguamento, della centrale di sterilizzazione del Presidio Ospedaliero di Pesaro;

-- in esito alle valutazioni della commissione giudicatrice veniva dichiarato aggiudicatario il costituendo R. composto dal Consorzio O., A.A. Spa e M.I. S.r.l. per un importo complessivo pari a Euro 699.608,73 (Iva esclusa);

-- con atto di preannuncio di ricorso giurisdizionale l'A.M.M.S. contestava l'aggiudicazione sotto il profilo della carenza dei requisiti minimi previsti a pena di esclusione;

-- con un ulteriore supplemento di istruttoria la commissione aveva poi concluso: - che l'aggiudicatario non avrebbe fornito la prova che le soluzioni proposte ottemperassero in maniera equivalente ai requisiti espressi nelle caratteristiche tecniche di minima; - che vi sarebbe stata una certa contraddizione nella documentazione presentata dal R.O.; - che comunque non sarebbe stata accertata in maniera incontrovertibile la corrispondenza e l'adeguatezza dell'impianto a vapore ai requisiti minimi richiesti dal capitolato tecnico;

-- il RUP aveva, in conseguenza, disposto l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria all'R.O., in esito della quale il consorzio appellato trasmetteva, sia pure invano, ulteriori chiarimenti con particolare riferimento al requisito minimo di abbassamento della temperatura di scarico a massimo 50.

-- in conseguenza l'appalto veniva quindi aggiudicato alla M.S. S.r.l. .

Con il presente gravame l'azienda ospedaliera universitaria "ospedali riuniti" Marche Nord impugna la sentenza con cui il Tar ha accolto il ricorso introdotto dal R. composto dal Consorzio O..

Il Tar accoglieva il ricorso sul duplice rilievo per cui:

-- con riferimento al requisito minimo previsto dalla lex specialis che richiedeva una temperatura di scarico al di sotto dei 50, la soluzione proposta dall'A.O., predisposto ad una temperatura di scarico di 55, costituiva una variante che non altererebbe la sostanza dell'importo dell'appalto;

-- il Passbox offerto dall'A.O., ancorché privo di porta vetro come richiesto, avrebbe integrato una variante progettuale ammissibile del tutto innovativa e notevolmente migliorativa dal punto di vista tecnico prestazionale.

L'appello è affidato alla deduzione di due articolate censure concernenti:

-- la falsa applicazione del capitolato prestazionale per erroneità, contraddittorietà, travisamento; violazione della par condicio, e dei principi di buon andamento e di imparzialità;

-- la violazione dei limiti della giurisdizione, violazione e falsa applicazione del principio dell'autotutela amministrativa.

L'R.O. si è ritualmente costituito in giudizio e, con memoria, ha analiticamente confutato le argomentazioni di controparte.

In data 15 maggio 2017 si è costituito ad adiuvandum in giudizio l'A.M.M.S. con una memoria -- non notificata ancorché qualificata nelle sue conclusioni come appello -- con cui ha sottolineato l'erroneità della decisione sotto diversi profili.

Con ordinanza cautelare n. 2547 del 19 giugno 2017 la Sezione, per la sola considerazione dell'esigenza di lasciare la res adhuc integra accoglieva l'istanza cautelare nelle more della pronuncia di merito.

Con le rispettive memorie per la discussione, i due raggruppamenti contrapposti ribadivano e sottolineavano le proprie argomentazioni ed insistevano nelle relative conclusioni.

Motivi della decisione

1.par.. In linea preliminare si deve disattendere l'eccezione di inammissibilità dell'R.O. perché la memoria di costituzione non risulta notificata ritualmente nei termini di legge pur trattandosi di un appello vero e proprio, come risulta dalle sue conclusioni espressamente qualificate come "appello".

Al contrario si rileva che deve essere ritenuta sempre ammissibile la costituzione in giudizio di una contointeressata che, seppur soccombente nel giudizio di primo grado, non abbia ritenuto di impugnare autonomamente la sentenza, e anche quando non abbia nemmeno proposto appello incidentale ma ha solamente depositato una memoria adesiva non notificata, nel caso di rapporti inscindibili tra le predette parti.

Il Giudice, in ragione del principio del giusto processo, ben può, e deve, consentire che la parte, resistente e soccombente in prime cure, possa essere considerata interveniente adesiva all'iniziativa giurisdizionale proposta dall'Amministrazione soccombente, pur restando il thema decidendum nei limiti di quello ritualmente individuato e devoluto alla cognizione del giudice d'appello dalla predetta appellante principale.

In queste ipotesi infatti è stata affermata, da un lato, la legittimità della costituzione in giudizio della parte e, dall'altro, che i motivi di impugnazione dedotti con il predetto atto di costituzione non possono essere autonomamente valutabili, ma possono essere considerati solo in via meramente adesiva alle censure dell'appellante principale, perché in caso contrario si verificherebbe un'elusione dell'onere di utilizzare, quale strumento di impugnazione, l'appello di cui all'art. 102 comma 1, c.p.a. (cfr. Consiglio di Stato sez. V 25 febbraio 2016 n. 755; Consiglio di Stato sez. III 14 febbraio 2017 n. 656, ecc. ecc.).

Deve dunque concludersi per l'ammissibilità della costituzione dell'ATI Multi Service S.r.l. .

2.par.. Nel merito, come sarà meglio evidente in seguito, l'offerta del consorzio appellato era indubbiamente difforme dalle disposizioni del capitolato speciale di gara.

Né si può ammettere che, in una gara ad alto contenuto tecnico, puntualmente disciplinato dalle disposizioni del capitolato tecnico-prestazionale, le imprese possono presentare proposte del tutto estemporanee rispetto alle prescrizioni del capitolato perché altrimenti rischia di esser vanificata del tutto la certezza del diritto, la par condicio dell'intero sistema degli appalti pubblici.

Nel dettaglio entrambi i motivi dell'appello dell'Azienda Ospedaliera sono fondati.

2.par.1. Con il primo motivo si assume che il Tar avrebbe contraddittoriamente e immotivatamente censurato l'operato dell'amministrazione che, in realtà, avrebbe mutato il proprio avviso iniziale, solo a seguito di una precisa sollecitazione del medesimo Tribunale.

Con specifico riferimento alla temperatura di scarico delle macchine lavaferri, erroneamente il TAR avrebbe ritenuto ammissibile e valutabile l'offerta del R.O., sull'inesatto presupposto per cui:

-- "l'aggiudicatario non era onerato a indicare nei dettagli tutti gli accorgimenti natura tecnica necessari per la realizzazione a regola d'arte della centrale di sterilizzazione"; e che

-- solo "per eccesso di zelo l'A. ha voluto indicare le varie soluzioni alternative utili a conseguire tale risultato ma ciò non era necessaria in quanto in sede di esecuzione delle i lavori sarebbe stato pur sempre possibile modificare la soluzione progettuali ipotizzata in sede di gara (senza che questo dia luogo a variazioni essenziali dell'oggetto del contratto trattandosi nella specie di varianti che non altererebbe la sostanza dell'importo dell'appalto). Per cui l'A.O. avrebbe ben potuto indicare un'unica soluzione tecnica che avrebbe evitato l'insorgere del presente motivo di esclusione";

-- inoltre il programma elettronico della macchina dell'A.O. avrebbe sempre potuto essere modificato in modo da garantire una temperatura di scarico di 50;

-- in ogni caso, al limite, per tale dettaglio tecnico sarebbe stato eventualmente possibile far luogo ad una "penalizzazione del punteggio".

A quest'ultimo proposito, per contro l'Azienda Ospedaliera appellante assume che il Tar avrebbe ragionato in termini di penalizzazione del punteggio, dato che la stessa offerente, nei successivi chiarimenti, aveva proposto ben tre diverse, e disomogenee, soluzioni alternative.

Tuttavia tale modalità di offerta avrebbe reso impossibile la valutazione da parte della commissione. Le varie soluzioni che l'O. si riservava di adottare non in sede di esecuzione, del resto, non sarebbero state "a costo zero".

Inoltre nell'offerta non si indicavano i tempi di rallentamento della procedura di lavaggio e di sterilizzazione.

Il rallentamento dei tempi di raffreddamento rappresenterebbe comunque una soluzione inaccettabile in quanto comporterebbe necessariamente un rallentamento delle procedure di lavaggio e di sterilizzazione, e di conseguenza il ritardo dei tempi nei quali lo strumentario chirurgico sarebbe stato tornato a disposizione del blocco operatorio.

Inoltre la presenza di macchine per l'abbattimento del calore avrebbe comportato incrementi dei costi idrici ed elettrici.

La presenza di tre soluzioni -- per le quali mancava anche la prova della realizzabilità tecnica-offerte dal R. Consorzio O. rendeva impossibile alla commissione la valutazione della stessa in violazione del principio dell'unicità dell'offerta tecnica, che era prescritta dalla clausola del bando (punto II.2.11.) che non consentiva di proporre opzioni. La sentenza appellata si pone dunque in violazione del principio che imponeva un contenuto determinato dell'offerta.

La commissione non avrebbe quindi potuto nemmeno penalizzare il punteggio di un'offerta inammissibile perché indeterminata sia sul processo realizzativo e sia relativamente ai consumi e ai costi di esercizio.

Inoltre del tutto contraddittoriamente il consorzio O., che inizialmente aveva dichiarato che la temperatura di scarico sarebbe stata di 55, successivamente avrebbe poi affermato che, con una modifica tecnica attraverso l'installazione di scambiatori di calore, sarebbe riuscita ad abbassare la temperatura a 50 come richiesto a pena di esclusione.

Tale soluzione sarebbe stata contraddittoria, rispetto alla dichiarazione per cui, con una semplice regolazione dell'elettronica della macchina, si sarebbe potuto garantire la temperatura richiesta. In ogni caso sarebbe mancata la prova di una concreta funzionalità.

Con un evidente errore di fatto il Tar avrebbe affermato che, se "la temperatura di scarico poteva essere programmata ciò rendeva l'offerta tecnica pienamente ammissibile", dato che lo stesso Consorzio aveva suggerito l'installazione di scambiatori di calore.

Sarebbe dunque evidente il palese inadempimento del R.O. dell'obbligo di presentare un'offerta in modo chiaro e coincidente con i requisiti posti dalla legge di gara.

Sotto altro profilo si censura anche l'erroneità dell'affermazione per cui la gara non aveva ad oggetto la presentazione di un progetto esecutivo, in quanto il rispetto della temperatura di uscita inferiore a 50 non atterrebbe al progetto esecutivo ma alle caratteristiche tecniche e funzionali dell'apparecchiatura stessa che doveva risultare certificata anche con riferimento alla temperatura di uscita dei tempi di produzione.

Parimenti erronea sarebbe l'affermazione per cui la commissione che in un primo tempo aveva ritenuto di valutare positivamente il progetto del R.O., successivamente e contraddittoriamente avrebbe considerato ammissibile l'offerta tecnica pur in difetto dei requisiti di raffreddamento.

Il motivo va complessivamente accolto.

In primo luogo, nel caso in esame, si deve sottolineare l'inderogabilità dell'indicazione del capitolato per cui la temperatura di scarico dell'impianto di lavaferri non avrebbe dovuto superare i 50. E ciò anche se la normativa tecnica Europea EN 1253, concernente lo standard minimo di funzionalità dei sistemi di scarico "a gravità" all'interno degli edifici, consente un'oscillazione tra i 20 ed i 95 della temperatura delle acque calde da immettere degli scarichi.

A fronte della ricorrenza, nel caso, di una diversità dell'offerta rispetto alle specifiche del progetto tecnico, ben poteva essere posta a pena di esclusione dell'offerta tecnica.

In ogni caso, il capitolato speciale - non impugnato sul punto -- richiedeva specificamente il rispetto di una temperatura massima di scarico delle acque reflue dell'impianto di sterilizzazione inferiore ai 50, per cui i partecipanti alla gara, e la stazione appaltante medesima, non potevano che rispettare la clausola.

Tale prescrizione assumendo una valenza tipicamente negoziale nell'ambito del procedimento, costituisce una disposizione tecnica di carattere assolutamente tassativo.

Nel caso di specie non vi sono dubbi che, se per il raggiungimento dello standard richiesto fosse bastata una semplice regolazione dell'elettronica, il Consorzio O. si sarebbe limitato a chiarirlo e non avrebbe proposto tre diverse soluzioni per la riduzione della temperatura di scarico.

In secondo luogo esattamente l'appellante sottolinea che la *lex specialis* non consentiva offerte in variante. Nel concetto di variante rientrano, come è noto, sia varianti "di prodotto", che investono cioè la struttura stessa della fornitura, e sia le varianti "di funzionalità" che mutano cioè in meglio le modalità di esercizio dell'impianto.

Nel caso in esame l'installazione degli scambiatori di calore non era finalizzata all'implemento prestazionale, ma al rispetto dello standard minimo obbligatorio.

In sostanza per ragioni di par condicio e confrontabilità delle varie offerte, la presentazione di una offerta con una temperatura delle acque reflue dall'impianto di sterilizzazione superiore a quella tassativamente richiesta, costituiva, nella realtà delle cose, una difformità non superabile.

Nel complesso delle prestazioni funzionali della fornitura, tale elemento costituiva una difformità dell'offerta presentata in spregio al relativo divieto ed al divieto di far luogo a diverse soluzioni opzionali.

In questo senso si condivide che le successive molteplici soluzioni si risolvevano in una violazione del cardine dell'unicità dell'offerta che governava la presente procedura.

Ne consegue che, nella specie, tale particolare potesse essere considerato un dettaglio del tutto risibile o comunque relativamente risolvibile nell'ambito della fase esecutiva, secondo indicazioni peraltro inserite ab initio nell'offerta. Per il medesimo ordine di ragioni si deve anche condividere l'affermazione dell'azienda appellante per cui una successiva scelta dell'affidatario, tra un ventaglio di possibili soluzioni (regolazioni

della componente elettronica, uno o più scambiatori di calore), sarebbe risolta in un arbitrio del medesimo nell'esecuzione del contratto.

In definitiva, non essendovi accertata la indubbia difformità sul punto dell'Offerta O. con la ricordata prescrizione tecnica, deve concludersi che la medesima offerta doveva essere esclusa.

Nei sensi che seguono, il motivo deve dunque essere accolto.

2.par..2. Con un secondo motivo di censura l'Azienda contesta l'affermazione della sentenza per cui la proposta di un "armadio box" in sostituzione della "finestra pass-box" sarebbe stato comunque ammissibile ancorché il capitolato di gara prevedesse la presenza di una vetrata come requisito di minima che il materiale proposto da ogni singolo concorrente avrebbe dovuto possedere.

Del tutto contraddittoriamente si sarebbe affermato che tale soluzione costituiva "una variante progettuale innovativa rispetto a quanto richiesto al capitolato e del tutto migliorativa dal punto di vista tecnico prestazionale anche se non contemplava la presenza di un'anta vetrata".

Osserva al riguardo l'appellante Azienda Ospedaliera che erroneamente il Tar avrebbe addebitato alla Commissione l'incertezza iniziale sulla presenza di una porta di vetro nell'offerta dell'O., mentre tale equivoco era stato esclusivamente indotto dal rendering fotografico allegato all'offerta.

Inoltre il Tar avrebbe violato le competenze esclusive dell'amministrazione procedente dichiarando che -- seppur sarebbe stata difforme dalle previsioni del capitolato speciale d'appalto -- la soluzione offerta dal Consorzio avrebbe costituito un'ipotesi ammissibile di variante progettuale migliorativa "del tutto innovativa rispetto a quanto richiesto al capitolato".

Al contrario invece la possibilità di vedere attraverso i vetri la persona che ritira il materiale sterilizzato garantirebbe una velocizzazione del tempo di distribuzione dei ferri operatori.

L'affermazione del Tar sarebbe fondata sull'erronea convinzione che il bando ammettesse le varianti progettuali.

Anche questo motivo è meritevole di favorevole considerazione.

Non può condividersi che debba essere considerata ammissibile l'offerta R.O., proprio perché la fornitura un "Armadio Pass-box" in luogo della "porta a vetri" costituiva la palese violazione di una tassativa prescrizione del capitolato speciale di fornitura, che era dichiaratamente previsto come requisito "di minima" (cfr. codice ID 169 "CAR Generali- Porta Vetrata"), indispensabile per l'ammissibilità dell'offerta.

Per questo esattamente l'appellante assume che tale variazione integrerebbe la mancanza di un requisito "minimo" di ammissibilità dell'offerta.

Anche sulla base della comune esperienza, non appare affatto convincente l'affermazione del Tar per cui un armadio "pass box", privo quindi di visibilità tra l'ambiente di sterilizzazione e la sala operatoria, possa costituire una soluzione assolutamente migliorativa in quanto impedisce il controllo visivo sia del deposito che del prelievo degli attrezzi chirurgici da parte degli operatori sanitari.

Inoltre anche la circostanza per cui l'apertura da un lato di uno sportello blocchi automaticamente la porta opposta, seppur finalizzato a dividere i due ambienti in modo da impedire la contaminazione dell'area sterile, potrebbe, in momenti particolarmente concitati e di malfunzionamento, essere anche un elemento negativo.

Del tutto correttamente quindi la commissione aveva ritenuto necessario, in sede di riesame, rivedere la precedente valutazione relativa all'ammissibilità dell'offerta.

3.par.. In conclusione l'appello deve essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, deve essere pronunciato il rigetto del ricorso di primo grado.

Le spese, secondo le regole generali seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

1. Accoglie l'appello di cui in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

2. Condanna l'appellato consorzio al pagamento delle spese del presente giudizio che vengono complessivamente liquidate in solido in Euro 4000, di cui 2000 in favore dell'azienda ospedaliera

appellante e Euro 2000 in favore della raggruppamento M.M.S. S.r.l. .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere
