

Pubblicato il 17/09/2020

N. 00543/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01103/2019 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1103 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da Multimed s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Filippo Bucchi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Sanitaria Locale TO 3, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Angelini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Torino, corso Re Umberto 27;

nei confronti

Pirinoli s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Formentin, Gianni Maria Saracco, Fabrizio Colasurdo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Pirinoli s.r.l. (determina n. 2433 del 24 dicembre 2019) della gara per la fornitura di containers per sterilizzazione a vapore e containers per evacuazione e accessori, indetta dall'Azienda e pubblicata sul portale MEPA in data 19 dicembre 2019;

- dei verbali di rivalutazione delle offerte tecniche;

- per quanto occorra, dell'allegato A – Scheda Tecnica contenente le “caratteristiche e prestazioni essenziali richieste” per la fornitura e delle “condizioni particolari di fornitura”, nelle parti relative all'accessorio “griglia interna”;

- per il subentro nell'appalto di fornitura ovvero, in subordine, per la condanna dell'Azienda Sanitaria Locale TO 3 al risarcimento del danno per equivalente;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale TO 3 e della Pirinoli s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 maggio 2020 il dott. Savio Picone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Azienda Sanitaria Locale TO 3 ha indetto una procedura negoziata, mediante invito a presentare offerta telematica nel sistema MEPA, pubblicato in data 17 luglio 2019, per la fornitura di containers per sterilizzazione a vapore e containers per evacuazione ed accessori, di importo a base d'asta pari ad euro 124.000, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti per gli aspetti qualitativi, 30 punti per il ribasso).

Sono pervenute cinque offerte. Quella della ricorrente Multimed è inizialmente risultata la migliore, con 92,65 punti totali; la controinteressata Pirinoli si è collocata al secondo posto in graduatoria, con 91,52 punti.

In seguito, l'Azienda Sanitaria ha riconvocato la commissione giudicatrice per il giorno 13 dicembre 2019: in quella sede, sono state rivalutate le offerte tecniche e modificati i relativi punteggi, con riguardo all'accessorio della griglia interna, in quanto la Multimed avrebbe offerto una griglia derivante dalla lavorazione di una lamina e non da una maglia di acciaio.

Con provvedimento del 24 dicembre 2019, l'appalto è stato perciò aggiudicato alla Pirinoli.

La Multimed, retrocessa al secondo posto in graduatoria, ne chiede l'annullamento, deducendo in sintesi:

la violazione dell'art. 30 del d.lgs. n. 50 del 2016, la violazione dei principi di segretezza delle offerte, di trasparenza, di imparzialità e l'eccesso di potere per illogicità manifesta: in quanto l'Amministrazione avrebbe riesaminato le offerte tecniche quando era già compiuta l'apertura e la valutazione, con attribuzione di punteggi, delle offerte economiche;

la violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50 del 2016, il difetto di motivazione e l'eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto d'istruttoria ed errore sui presupposti: in quanto il bando di gara non conteneva alcuna previsione in forma numerica, dimensionale o descrittiva riferibile alla differenza

tra maglia larga e maglia stretta della griglia; in ogni caso, l'Amministrazione avrebbe violato il principio di equivalenza, ritenendo non consentita l'offerta di accessori a maglia leggermente più larga ma ugualmente funzionali allo scopo della fornitura; qualora la rivalutazione dell'offerta tecnica fosse dipesa dal fatto che Multimed avrebbe offerto una griglia derivante dalla lavorazione di una lamina e non da una maglia di acciaio, ciò configurerebbe la violazione della *lex specialis* di gara, poiché nessuna clausola richiedeva griglie "in maglia di acciaio", tanto meno a pena di esclusione, essendo semplicemente richiesta la fornitura di "griglie in acciaio", senza specificare il relativo processo di fabbricazione (in lamina o in maglia); il chiarimento preventivo reso dall'Azienda Sanitaria, anch'esso comunque impugnato, non potrebbe introdurre elementi essenziali nella *lex specialis* di gara; in ogni caso, l'offerta di una griglia in lamina in acciaio perforata, in luogo di una maglia in acciaio, dovrebbe ritenersi del tutto equivalente, non potendo il processo di fabbricazione di un prodotto giustificare trattamenti discriminatori, quando lo stesso non risulti in alcun modo funzionale allo scopo dell'appalto.

Si sono costituiti, chiedendo il rigetto dell'impugnativa, l'Azienda Sanitaria Locale TO 3 e la Pirinoli.

Quest'ultima ha altresì notificato ricorso incidentale, deducendo:

l'illegittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente Multimed, che avrebbe offerto: una griglia per alloggiamento in lamina forata, anziché in maglia di acciaio; una griglia interna per sterilizzazione a maglia larga, in violazione di quanto prescritto dall'Allegato A alle condizioni d'offerta; un sistema di chiusura del container per sterilizzazione, privo della prescritta guarnizione sostituibile;

in subordine, l'illegittimità dei punteggi numerici assegnati dalla commissione giudicatrice, in ordine al sub-criterio "caratteristiche costruttive e funzionali della vasca" ed al sub-criterio "caratteristiche costruttive e funzionali del coperchio", che a suo avviso risulterebbero del tutto illogici e non coerenti con le caratteristiche dei prodotti offerti e con le motivazioni riportate a verbale.

Con ordinanza n. 16 del 15 gennaio 2020, è stata accolta l'istanza cautelare della ricorrente Multimed e sospesa l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva.

Le parti hanno svolto difese in vista dell'udienza del 27 maggio 2020, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Il ricorso incidentale della controinteressata Pirinoli deve essere esaminato in via prioritaria ed è infondato.

Quanto alle censure riguardanti il processo di fabbricazione della griglia, deve affermarsi che nessuna clausola del disciplinare di gara richiedeva griglie in maglia di acciaio a pena di esclusione. La disciplina di gara si è limitata bensì a richiedere la fornitura di griglie in acciaio, senza specificare il relativo processo di fabbricazione, se con lamina perforata o con maglia.

Il chiarimento preventivo reso dall'Azienda Sanitaria ed invocato dalla ricorrente incidentale non può assumere rilevanza, ai fini dell'ammissione di una concorrente, non potendo i chiarimenti modificare elementi essenziali del disciplinare di gara. Secondo un principio ormai consolidato, le modifiche del bando di gara non hanno effetto nei confronti delle imprese partecipanti, se non sono

portate a loro conoscenza nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando, seguendo la regola del *contrarius actus* e prevedendo la contestuale riapertura o proroga dei termini per la presentazione delle offerte.

In termini più generali, si è più volte chiarito che, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis*, una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente, non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (Cons. Stato, sez. V, n. 607 del 2020).

D'altronde, non può accogliersi il motivo con cui la ricorrente incidentale lamenta la violazione dell'art. 20 dell'Allegato contenente le condizioni particolari di fornitura, a norma del quale "la non conformità dei prodotti offerti, per le eventuali mancanze dei requisiti tecnici minimi sarà causa di esclusione dell'offerta e dovrà essere adeguatamente motivata, a cura della Commissione giudicatrice". La fornitura di maglia in acciaio non era una condizione minima inderogabile espressa. Va poi considerato che, come evidenziato nella memoria della ricorrente Multimed, la censura attiene ad un elemento accessorio della fornitura (12 griglie) che, complessivamente, rappresenta meno del 4% del valore dell'appalto.

Identiche considerazioni valgono per le censure riguardanti la larghezza della maglia offerta dalla Multimed e la guarnizione del container per la sterilizzazione, che non costituiscono condizioni essenziali della fornitura, tali da rendere il dispositivo inidoneo all'uso.

Ne discende, per tali profili, la legittimità dell'ammissione alla gara della ricorrente Multimed e l'infondatezza del primo motivo del ricorso incidentale.

Uguale sorte merita il secondo motivo, con il quale la controinteressata Pirinoli contesta la legittimità dei punteggi assegnati alle offerte tecniche per il sub-criterio "caratteristiche costruttive e funzionali della vasca" e per il sub-criterio "caratteristiche costruttive e funzionali del coperchio".

Nel merito, la difesa dell'Azienda Sanitaria ha prodotto in giudizio (doc. 15 – paragrafi 2.1 e 2.2) la relazione con cui la commissione giudicatrice ha puntualmente controdedotto ai rilievi mossi nel ricorso incidentale.

La tabella allegata alle condizioni di fornitura aveva previsto: per il sub-criterio "caratteristiche costruttive e funzionali della vasca", che il punteggio massimo di 15 p. sarebbe stato attribuito secondo un "metodo discrezionale (attribuzione di un coefficiente variabile tra 0 e 1)" ed alla luce degli specifici parametri indicati nel "questionario tecnico" ai nn. 1, 2, 3, 4, 9 e 10; per il sub-criterio "caratteristiche costruttive e funzionali del coperchio", che il punteggio massimo di 23 p. sarebbe stato attribuito secondo un "metodo discrezionale (attribuzione di un coefficiente variabile tra 0 e 1)" ed alla luce degli specifici parametri indicati nel "questionario tecnico" ai nn. 1, 2, 5, 6, 7 e 8.

Dall'esame dei prospetti allegati al verbale della seduta pubblica di gara del 20 novembre 2019 (doc. 7) risulta comprovato che, in relazione ai due sub-criteri qui controversi, la commissione ha correttamente preso in considerazione tutti i singoli parametri prescritti. La valutazione affidata alla commissione era senz'altro connotata da un'ampia discrezionalità tecnica ed i giudizi così espressi sono immuni dalla censura di illogicità.

E' pertanto respinto il ricorso incidentale della controinteressata Pirinoli.

Il ricorso principale è ritualmente proposto ed è fondato, per le motivazioni già sommariamente espresse nella fase cautelare.

Ad avviso del Collegio, è assorbente e di immediata evidenza la circostanza che le offerte tecniche sono state riesaminate, e rivalutate con differenti punteggi in danno della ricorrente, dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche.

Il riesame dell'offerta tecnica della Multimed non ha condotto alla sua esclusione. L'aver offerto una griglia in acciaio a maglia larga perforata a laser non è stato ritenuto dalla commissione, neppure in sede di autotutela, motivo di esclusione nei confronti della ricorrente.

Secondo il noto e costante insegnamento della giurisprudenza, il principio della segretezza dell'offerta economica è posto a presidio dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, per garantire il lineare svolgimento del giudizio sull'offerta tecnica e l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri di valutazione. La peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica impone che la tutela copra non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio: la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità della valutazione (Cons. Stato, sez. V, n. 612 del 2019).

E' altresì innegabile che, nella specie, la rivalutazione ha avuto ad oggetto elementi connotati da margini di discrezionalità, per l'attribuzione dei sub-punteggi (fino a 5 p.) alle "caratteristiche costruttive delle griglie interne", laddove la commissione ha modificato il proprio precedente giudizio, assegnando 0 p. alla ricorrente Multimed e 0,6 p. alla controinteressata Pirinoli.

E' pertanto illegittima l'attività procedimentale posta in essere dalla stazione appaltante nella seduta di gara del 13 dicembre 2019, ove sono state rivalutate le offerte tecniche e modificati i relativi punteggi, con riguardo all'accessorio della griglia interna, in quanto la Multimed avrebbe offerto una griglia derivante dalla lavorazione di una lamina e non da una maglia di acciaio.

E' conseguentemente illegittima, e deve essere annullata, l'aggiudicazione definitiva alla Pirinoli disposta con provvedimento del 24 dicembre 2019.

La fondatezza del primo motivo del ricorso principale, con l'annullamento dell'aggiudicazione e l'accertamento dell'illegittimità del riesame svolto dalla stazione appaltante, non determina la caducazione dell'intera procedura. In accoglimento della domanda formulata in via principale dalla ricorrente Multimed (si vedano le conclusioni a pag. 4 dell'atto di ricorso), l'Azienda Sanitaria è tenuta a portare a termine l'affidamento dell'appalto, restando vincolata ai punteggi ed alla graduatoria risultanti dalla seduta pubblica del 20 novembre 2019, nella quale l'offerta della Multimed ha conseguito complessivamente 92,65 p. e quella della Pirinoli ha conseguito 91,52 p. (doc. 17).

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

respinge il ricorso incidentale;

accoglie il ricorso principale, nei termini di cui in motivazione;

condanna l'Azienda Sanitaria Locale TO 3 e la Pirinoli s.r.l. al pagamento delle spese processuali in favore della società ricorrente, ciascuno nella misura di euro 2.000,00 (oltre i.v.a., c.a.p. ed accessori di legge).

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 27 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Savio Picone, Consigliere, Estensore

Paola Malanetto, Consigliere

L'ESTENSORE
Savio Picone

IL PRESIDENTE
Vincenzo Salamone

IL SEGRETARIO