

Consiglio di Stato sez. III 24/5/2017 n. 2452

Sottoscrizione dell'offerta - Tassatività della cause di esclusione - Sottoscrizione offerta tecnica - Assolta anche con la sola sottoscrizione in calce

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 8703 del 2016, proposto da:
Servizi Italia in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del RTI con Adapta Processi Industriali per l'Igiene e la Sterilizzazione Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati

contro

Hospital Service Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato

nei confronti di

Azienda Ospedaliera S. Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati.....;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, sede di Roma, Sezione Terza Quater n. 11092 del 2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di noleggio e lavaggio biancheria ed effetti tessili, fornitura di TNT non sterile e di teleria e capi sterili per la camera operatoria presso l'Azienda Ospedaliera S. Camillo-Forlanini.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Hospital Service Srl e di Azienda Ospedaliera S. Camillo Forlanini;

Visto l'appello incidentale di Hospital Service Srl ed i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2017 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso di primo grado società la Hospital Service s.r.l. ha impugnato, relativamente al lotto 1, gli atti della procedura aperta da aggiudicare con il criterio dell'art. 83 d.lgs. n. 163/2006, indetta dall'A.O. S. Camillo-Forlanini per il "Servizio di noleggio e lavaggio della biancheria e di tutti gli effetti tessili (lenzuola, coperte, materassi, guanciali, vestiario e divise del personale etc.) nonché fornitura di T.N.T. non sterile e di teleria e capi sterili per camera operatoria necessari a soddisfare le esigenze residenziali/alberghiere e le attività sanitarie dell'azienda ospedaliera S. Camillo-Forlanini".

In particolare, il lotto 1, avente base d'asta di € 16.500.000,00, era stato definitivamente aggiudicato al R.T.I. tra Servizi Italia e Adapta, e la società Hospital Service si era classificata al secondo posto.

A sostegno della propria impugnativa ha proposto con il ricorso principale 12 motivi di gravame, integrati da motivi aggiunti (proposti dopo aver avuto accesso all'offerta tecnica) con i quali sono state sollevate altre 3 censure.

Nel ricorso introduttivo del giudizio ha quindi chiesto l'annullamento di tutti gli atti di gara, ed in particolare dell'aggiudicazione a favore del RTI controinteressato, con declaratoria a conseguire l'aggiudicazione e con dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

1.1 - Si sono costituiti nel giudizio di primo sia l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini che Servizi Italia S.p.A. in proprio e nella qualità di mandataria del raggruppamento.

2. - Con la sentenza impugnata il TAR ha respinto le censure proposte in via principale con il ricorso introduttivo del giudizio; ha poi accolto il primo dei motivi aggiunti con il quale la ricorrente aveva censurato la mancata sottoscrizione di alcuni documenti allegati alla relazione tecnica presentata dall'aggiudicataria (allegati ai capitoli 2, 3, 4 e 6 contenenti l'elencazione degli articoli offerti con la descrizione, mediante schede tecniche, delle caratteristiche di questi e il processo di sterilizzazione impiegato).

Ha quindi accolto il ricorso disponendo l'annullamento dell'aggiudicazione a favore della parte controinteressata.

3. - Avverso tale sentenza ha proposto appello Servizi Italia, in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria, deducendo un unico motivo di appello e chiedendo la sua riforma.

3.1 - Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera San Camillo Forlanini chiedendo la riforma della sentenza di primo grado.

3.2 - Si è costituita in giudizio anche l'appellata Hospital Service S.r.l., ricorrente vittoriosa in primo grado, che ha riproposto, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi assorbiti dal giudice di primo grado; ha anche proposto appello incidentale sui capi di sentenza che hanno respinto i cinque motivi dedotti con il ricorso introduttivo del giudizio dinanzi al TAR.

Con l'appello incidentale ha formulato anche la domanda risarcitoria rilevando che il ristoro maggiormente adeguato sarebbe costituito dal risarcimento in forma specifica, e dunque, dall'affidamento del servizio in proprio favore.

In via subordinata, ha chiesto la condanna al risarcimento per equivalente, commisurato al 10% del valore dell'appalto.

3.3 - In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

4. - All'udienza pubblica del 23 marzo 2017 l'appello è stato trattenuto in decisione.

5. - L'appello è fondato e va, dunque, accolto.

5.1 - Per ragioni logiche deve essere preventivamente esaminato l'appello principale, tenuto conto che quello incidentale non ha natura escludente, ma riguarda i capi di sentenza che hanno respinto alcuni motivi dedotti dall'appellata, ricorrente in primo grado, e diretti ad ottenere l'esclusione del raggruppamento aggiudicatario dalla procedura di gara.

5.2 - Con l'unico motivo del ricorso principale l'appellante ha denunciato la violazione e/o falsa applicazione delle norme e di principi in tema di ammissione delle offerte alle pubbliche gare, la violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara, l'illogicità, il travisamento, la falsità dei presupposti, la violazione del principio del favor participationis e la violazione ed errata applicazione delle norme in tema di soccorso istruttorio.

L'appellante critica la sentenza di primo grado sotto diversi profili rilevando che:

- l'omessa sottoscrizione non riguarderebbe l'offerta tecnica, ma soltanto gli allegati ai capitoli 2, 3, 4 e 6 della relazione tecnica;

- Servizi Italia avrebbe contestato la circostanza, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, sicchè la Hospital Service avrebbe dovuto provare la mancata sottoscrizione degli allegati in questione;

- l'art. 35 del CSA che imponeva la sottoscrizione da parte dei rappresentanti legali delle imprese offerenti in caso di raggruppamento, si riferirebbe alla sola offerta economica, non essendo prevista un'analogia statuizione per l'offerta tecnica;

- nessuna clausola, né nel disciplinare di gara né nel C.S.A., prevedeva l'esclusione dalla gara in caso di mancata sottoscrizione degli allegati da parte di tutte le imprese costituenti il raggruppamento;

- erroneamente il TAR avrebbe fatto applicazione della clausola relativa all'offerta economica pur non essendo riferibile anche alla relazione tecnica;

- tale relazione, una volta inserita nel plico contenente le tre buste previste dal capitolato, non avrebbe potuto che essere riferita all'impresa offerente, tanto più che la busta n. 2 riportava all'esterno la ragione sociale dell'impresa e la dicitura "relazione tecnica";

- non avrebbe potuto sussistere alcun dubbio circa la provenienza degli allegati, anche in mancanza della loro sottoscrizione;

- il TAR avrebbe erroneamente qualificato la relazione come offerta tecnica, sebbene avesse la sola funzione di descrivere le modalità di svolgimento del servizio e la tipologia e le caratteristiche degli articoli proposti;

- la mancata sottoscrizione di alcuni allegati alla relazione tecnica non avrebbe potuto integrare la mancanza di un elemento essenziale (tenuto anche conto che tali allegati non erano neppure previsti nel capitolato), tale da comportare l'estromissione del concorrente, violandosi altrimenti il principio di tassatività delle cause di esclusione;

- la stazione appaltante avrebbe dovuto richiedere la regolarizzazione della documentazione senza procedere all'immediata esclusione del concorrente come erroneamente ritenuto dal TAR.

Infine l'appellante lamenta l'eccessiva severità della condanna alle spese di giudizio, tanto più in presenza di una soccombenza parziale.

6. - La doglianza è fondata.

6.1 - Preliminarmente è opportuno rilevare che la questione controversa riguarda la mancata sottoscrizione, da parte di tutti i legali rappresentanti delle imprese facenti parte del raggruppamento, degli allegati ai capitoli 2, 3, 4 e 6 contenenti l'elencazione degli articoli offerti con la descrizione, mediante schede tecniche, delle caratteristiche di questi e del processo di sterilizzazione impiegato dal R.T.I. aggiudicatario.

Innanzitutto occorre precisare che il primo giudice non ha travisato la censura dedotta con il primo dei motivi aggiunti, avendo chiaramente rilevato che l'omessa sottoscrizione riguarda gli allegati.

Il riferimento effettuato in sentenza alla mancata sottoscrizione dell'offerta tecnica, omettendo lo specifico riferimento ad alcuni allegati alla relazione tecnica, non è frutto di un errore di fatto, ma discende dalla qualificazione operata dal primo giudice di tali allegati come elementi costitutivi di essa, da cui ha fatto discendere l'obbligo della loro sottoscrizione.

Ciò si evince chiaramente laddove il TAR ha sostenuto che tali documenti «integrano nei suoi elementi essenziali l'offerta tecnica costituita da una relazione tecnica da inserire nella "busta n. 2" che, tra le altre cose, deve evidenziare «tipologia e caratteristiche degli articoli proposti».

6.2 - Sempre in via preliminare è necessario esaminare la questione relativa alla prova della mancata sottoscrizione di tali allegati.

Il TAR ha dichiarato che non vi era contestazione tra le parti in merito alla mancata sottoscrizione: nell'atto di appello l'appellante principale deduce, invece, di aver specificatamente contestato la circostanza nella memoria di replica, rilevando che neppure l'azienda ospedaliera avrebbe confermato la mancata sottoscrizione.

L'appellata ha replicato di aver fornito un principio di prova in merito a tale circostanza, sostenendo che spettava alle controparti dimostrare il contrario.

6.2.1 - Ritiene il Collegio che effettivamente in primo grado vi è stata contestazione sul punto (cfr. pag. 2 della memoria di replica di Servizi Italia), e che, quindi, erroneamente il TAR ha ritenuto incontestata la circostanza di fatto.

6.2.2 - Nondimeno, però, ritiene che possa prescindersi dall'approfondire la questione fattuale, disponendo un'istruttoria in merito, perché l'omessa sottoscrizione di tali allegati non costituiva causa di nullità dell'offerta tecnica (tale dovendo considerarsi la relazione tecnica), e dunque non poteva comportare l'esclusione dell'aggiudicataria dalla gara.

6.3 - A questo proposito è opportuno richiamare la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 461/2015) secondo cui, tenuto conto del principio di tassatività delle cause di esclusione, questa può intervenire o per causa normativa (in quanto prevista dalla legge) o per causa amministrativa (in quanto prevista dalla lex specialis di gara).

Nel caso di specie non ricorre nessuno dei due presupposti.

6.3.1 - La "causa normativa" non ricorre, in quanto l'art. 74 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che le offerte:

i) «hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale» (comma 1);

ii) devono contenere, tra l'altro, gli elementi essenziali per identificare l'offerente (comma 2).

La norma in esame, in coerenza con la ragione giustificativa del principio di tassatività, deve essere intesa nel senso che è sufficiente che venga sottoscritta la sola offerta tecnica e che il requisito formale della sottoscrizione dell'offerta cui ha riguardo l'art. 74 del d.lgs. n. 163/2006 deve intendersi rispettato già con il fatto stesso dell'apposizione della formalità di cui si tratta in calce al relativo documento (cfr. C.d.S., V, 20 aprile 2012 n. 2317; VI, 18 settembre 2013, n. 4663).

Nell'ambito delle gare pubbliche per "sottoscrizione dell'offerta" deve intendersi, infatti, proprio la firma in calce alla corrispondente dichiarazione, con la quale solo si esprime, del resto, la consapevole assunzione della paternità di un testo e della responsabilità in ordine al suo contenuto (C.d.S., V, 15 giugno 2015, n. 2954; IV, 19 marzo 2015, n. 1425).

Questo adempimento, inoltre, soddisfa anche l'esigenza di certezza sul contenuto e la provenienza dell'offerta che è perseguita dall'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. cit. (cfr. C.d.S., VI, n. 4663/2013 cit.), valore la cui lesione integra una delle cause di esclusione operanti anche nel vigente regime di tassatività delle circostanze escludenti.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, prima ancora della novella dell'art. 46 comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006, aveva precisato che nelle gare pubbliche la funzione della sottoscrizione della documentazione e dell'offerta è di renderla riferibile al presentatore dell'offerta vincolandolo all'impegno assunto, con la conseguenza che laddove tale finalità risulta in concreto conseguita, con salvaguardia del sotteso interesse dell'Amministrazione, non vi è spazio per interpretazioni formali delle prescrizioni di gara (Cons. Stato, VI, 15 dicembre 2010, n. 8933; V, 27 aprile 2015, n. 2063; Consiglio di Stato, sez. V, 21/11/2016, n. 4881; Consiglio di Stato, sez. V, 03/05/2016, n. 1687)

E' stato quindi ritenuta illegittima l'esclusione da una gara nel caso di inosservanza della regola della firma dell'offerta tecnica in ogni pagina, ove l'offerta sia stata sottoscritta in calce alla stessa e la prescrizione della lex specialis non sia assistita da una clausola di esclusione dall'appalto nel caso di inosservanza (Consiglio di Stato, sez. V, 30/10/2015, n. 4971). Consiglio di Stato sez. V, 15 giugno 2015 n. 2954).

La sottoscrizione della relazione tecnica costituisce elemento sufficiente a garantire la sua riferibilità al presentatore vincolandolo all'impegno assunto, sicché la mancata sottoscrizione di alcuni allegati non può giustificare l'esclusione dalla gara in via normativa.

6.3.2 - Nel caso di specie, poi, non sussistono i presupposti per disporre l'esclusione per "causa amministrativa" in quanto l'art. 35 del C.S.A. nulla prevedeva al riguardo.

La specifica clausola di esclusione cui fa riferimento il TAR è contenuta nella parte relativa all'offerta economica e prevede testualmente che: "Nel caso di presentazione dell'offerta da parte dei soggetti di cui all'art. 37 comma 8 del D.Lgs 163/06, non ancora costituiti, la medesima dovrà, a pena di esclusione, essere sottoscritta da tutte e imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi". Saranno ritenute nulle o comunque non valide:

(...) le offerte non firmate, o in caso di costituzione di R.T.I., mancanti della firma di una Impresa consociata".

L'art. 35 del C.S.A. non suffraga l'assunto di parte secondo cui l'aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa per difetto di sottoscrizione degli allegati alla relazione tecnica, poiché non prevede alcuna specifica disposizione che lo contempa, limitandosi a sanzionare con la nullità la mancata sottoscrizione della sola offerta e non dei suoi allegati, peraltro neppure espressamente richiesti.

Con specifico riferimento alla relazione tecnica, la *lex specialis* individuava specificatamente gli aspetti che in essa dovevano essere evidenziati, (caratteristiche tecnico strutturali organizzative del lavaggio, disinfezione, finissaggio; tipologia e caratteristiche degli articoli proposti, organizzazione del servizio all'interno della struttura ospedaliera, ecc.) prevedendo, in particolare, l'elenco degli elementi da allegare ad essa, tra i quali la campionatura dei set sterili, delle superfici antidecubito, il fac-simile dell'etichettatura, l'organigramma della centrale di sterilizzazione e di sanificazione, ecc.) a dimostrazione di quali fossero gli elementi ritenuti necessari dalla stazione appaltante per la descrizione dell'offerta tecnica.

Pertanto, ritiene la Sezione che l'omessa sottoscrizione degli allegati in questione non potesse comportare l'esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria in quanto:

- la volontà dell'Amministrazione di sanzionare con l'esclusione dalla gara l'inosservanza di una particolare modalità di presentazione delle offerte deve essere chiaramente espressa dal relativo bando;

- nell'incertezza circa l'interpretazione di una clausola ambigua deve accordarsi prevalenza all'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti;

- la mancata sottoscrizione di ogni pagina di un documento, allorché questo riporti comunque in calce una firma regolarmente apposta, non toglie valore al documento medesimo, né autorizza dubbi sulla sua provenienza e sulla manifestazione di volontà da esso recata;

- nel caso di specie, poi, si trattava di documentazione aggiuntiva, non richiesta dalla *lex specialis* di gara, ma presentata dalla concorrente a meri fini esplicativi in aggiunta a quella ritenuta necessaria dalla stazione appaltante, per la quale non vi era espressa comminatoria di esclusione;

- non sussistevano dubbi sulla provenienza.

6.4 - L'appello principale è dunque fondato e, per l'effetto, va riformata la sentenza di primo grado.

Deve essere quindi esaminato l'appello incidentale proposto dalla Hospital Service avverso i capi di sentenza che hanno respinto il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

7. - Con il primo motivo dell'appello incidentale, Hospital Service ha censurato il capo di sentenza che aveva respinto il primo motivo del ricorso di primo grado, con il quale era stata dedotta la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. 163/2006, del d.P.R. n. 207/2010, della l. n. 298/1974, del Reg. CE 1071/2009, del d.P.C.m. 8 gennaio 2015, delle regole e dei principi in tema di qualificazione per l'ammissione e la partecipazione a gare pubbliche, della normativa di gara, della par condicio, nonché il difetto di istruttoria, lo sviamento di potere e il difetto di motivazione.

A sostegno della propria impugnativa aveva dedotto che il servizio di lavanolo messo a gara sarebbe stato configurato unitariamente dalla normativa di gara, senza distinguere tra prestazione principale e secondaria, cosicché l'ammissione del R.T.I. controinteressato, avente carattere verticale, sarebbe illegittima avendo Adapta assunto attività non svolte anche dalla capogruppo Servizi Italia, qualificandole di fatto come secondarie.

Nell'appello incidentale reitera la censura sostenendo l'erroneità della statuizione del TAR.

7.1 - La statuizione del primo giudice resiste alle critiche sollevate dall'appellante incidentale.

Correttamente, infatti, il TAR ha rilevato che: "il bando di gara, da un lato, non distingueva tra prestazioni principali e secondarie, configurando quella di lavanolo come una prestazione unitaria e complessa e, dall'altra, considerava tout court ammissibile la partecipazione alla gara delle associazioni temporanee di impresa ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 (v. pagg. 52 e 54 del capitolato speciale, nella quale ultima è chiesta addirittura ai rappresentanti delle imprese raggruppate una dichiarazione «attestante le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese, che sarà vincolante per il raggruppamento in caso di aggiudicazione»), senza distinguere tra raggruppamenti verticali e orizzontali; ne discende che l'indicazione partita del soggetto raggruppato in relazione alle singole prestazioni comprese nel Lotto 1 effettuata nell'offerta del controinteressato, che non ha invece dichiarato in ordine alla natura verticale ovvero orizzontale del raggruppamento, non assume la valenza di una riqualificazione delle prestazioni, ovvero di una non consentita scomposizione del contenuto della prestazione volta a distinguere fra prestazioni principali e secondarie, ma piuttosto quella di una indicazione che corrisponde, nell'equivalenza della capacità tecnica di entrambe le aziende raggruppate (come messo in evidenza in un successivo motivo proprio dalla ricorrente), ad una puntuale prescrizione della legge di gara nonché alla generale previsione dell'art. 37, comma 4, d.lgs. n. 163/2006 a prescindere da distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento verticale od orizzontale, alla tipologia delle prestazioni principali o secondarie, scorporabili o unitarie, o al dato cronologico del momento della costituzione dell'associazione, costituita o costituenda".

In aggiunta alle condivisibili statuizioni del primo giudice è sufficiente sottolineare che

l'individuazione delle prestazioni derivava da una puntuale prescrizione della legge di gara alla quale ha dato esecuzione Servizi Italia, il che implica l'infondatezza della censura.

8. - Con il secondo motivo di appello incidentale la Hospital Service contesta i punteggi assegnati all'offerta tecnica.

Correttamente il primo giudice ha dichiarato inammissibile tale censura non essendovi prova del superamento della prova di resistenza, tenuto conto dell'ampio margine di differenza tra i punteggi tecnici conseguiti dalle due offerte (punti 80 e punti 91,45).

9. - Con il terzo motivo dell'appello incidentale viene censurata la statuizione del primo giudice che ha respinto il terzo motivo del ricorso di primo grado, relativo alla violazione del divieto di intestazione fiduciaria.

La doglianza è infondata.

Correttamente il TAR ha rilevato che "la ricorrente non prova né la natura fiduciaria della società estera che detiene l'8.690% del pacchetto azionario della Servizi Italia s.p.a. né la ricorrenza degli affermati presupposti di cui all'art. 2359 c.c., cosicché non può dirsi violato l'art. 38, comma 1, lett. d), del d.lgs. n. 163/2006".

Le deduzioni svolte in appello non consentono di superare le statuizioni del primo giudice né sotto il profilo probatorio, né in merito all'incidenza di tale asserita partecipazione ai sensi della previsione recata dall'art. 2359 c.c., sicché non appare convincente la tesi di Hospital Service diretta a sostenere la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. d) del D.Lgs. n. 163/06.

Come ha correttamente rilevato il TAR l'onere della prova incombe sullo stesso appellante incidentale e non può essere addossato alla controparte.

10 - Con il quarto motivo dell'appello incidentale viene reiterata la censura relativa alla qualificazione del raggruppamento come sovrabbondante, il che avrebbe comportato l'effetto distorsivo della concorrenza tenuto conto della dominanza che hanno le aziende associate nello specifico settore del lavanolo.

La censura è stata correttamente respinta dal primo giudice che non si è limitato a rilevare che non sussiste un espresso divieto di costituzione delle c.d. ATI sovrabbondanti (cfr. sul punto, T.A.R. Lazio, sez. III 09 novembre 2016 n. 11092; III Quater 26/4/2016 n. 4741 quest'ultima richiamata dal primo giudice; Consiglio di Stato sez. III 05 febbraio 2013 n. 689; parere ANAC n. 114 del 21/5/2014), ma è andato ben oltre ed ha analizzato in concreto – con valutazioni pienamente condivise dal Collegio - la situazione di fatto, accertando che non vi erano sufficienti elementi indicativi della finalità anticoncorrenziale.

I rilievi svolti in appello non appaiono tali da inficiare la corretta ricostruzione operata dal TAR in merito.

La doglianza deve essere pertanto respinta.

11. - Altrettanto infondato è il quinto motivo dell'appello incidentale, con il quale è stata censurata la sentenza impugnata che ha respinto il corrispondente motivo del ricorso di primo grado, diretto a sostenere che l'offerta del raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere sottoposta alla verifica di congruità ai sensi dell'art. 86 e ss. del D.Lgs. n. 163/06.

Correttamente il primo giudice ha rilevato che: «qualora si proceda (...) alla verifica a norma dell'art. 86, co. 3, del codice dei contratti, recante l'ipotesi in cui l'offerta migliore ha riportato un punteggio non inferiore ai quattro quinti del massimo tanto per l'aspetto tecnico quanto per l'aspetto economico, non occorre una motivazione particolarmente approfondita, non potendosi neppure parlare di offerta sospetta di anomalia, bensì solo di verifica effettuata per scelta discrezionale

dell'Amministrazione; e, com'è noto e come già accennato, il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta si connota per poteri, che, poiché inerenti la verifica dell'anomalia delle offerte, attengono alla sfera propria di discrezionalità tecnica della stazione appaltante, sicché il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dalla p.a. sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell'istruttoria, ma non può operare autonomamente siffatta verifica, pena l'invasione di quella sfera tipica» (così, ex multis, C.d.S. 9 luglio 2014, n. 3492).

Nel caso di specie, inoltre, risulta dal provvedimento di aggiudicazione (deliberazione n 269 del 9 marzo 2016) che l'offerta dell'aggiudicataria è stata sottoposta a verifica di congruità, il che comporta l'infondatezza della doglianza.

12. - L'appello incidentale va dunque respinto.

13. - Con memoria di costituzione depositata il 7 dicembre 2016, Hospital Service ha riproposto, ai sensi dell'art. 101 c. 2. c.p.a., le censure dedotte in primo grado ed assorbite dal TAR.

Per la loro disamina può seguirsi il criterio utilizzato nella suddetta memoria, nella quale vengono distinte le doglianze dirette ad ottenere l'esclusione dalla gara dell'ATI Servizi Italia, da quelle dirette, invece, al rifacimento della procedura di gara.

14. - Con il primo motivo (pag. 9 della memoria) lamenta l'appellante che la Commissione di gara non avrebbe aperto le confezioni contenenti i prodotti in TNT ed in TTR presentati dalla controparte, e ciò nonostante avrebbe attribuito i punteggi relativi alle "caratteristiche merceologiche" sub. criterio 2A e di "foggia colore e funzionalità" sub criterio 2B, nonostante fosse necessario valutare in concreto i prodotti mediante la visione dei campioni.

14.1 - La censura è infondata

La disamina dei campioni viene eseguita solo ove sia necessario: se la documentazione tecnica è ritenuta sufficiente per la valutazione dei prodotti, la Commissione tecnica può anche prescindere dalla disamina della campionatura.

Nel caso di specie, il CSA prevedeva il deposito delle schede tecniche dei prodotti, documenti che la Commissione ha ritenuto sufficienti per la loro valutazione e per l'attribuzione dei relativi punteggi.

Inoltre, nessun elemento è stato dedotto a dimostrazione di possibili errori di valutazione o di illogicità nell'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice, il che comporta il rigetto della doglianza proposta.

14.2 - Con lo stesso primo motivo, (pag. 10 e ss.) l'appellata contesta i punteggi assegnati dalla Commissione giudicatrice all'offerta tecnica di Servizi Italia.

Le doglianze si appuntano sui punteggi assegnati con riferimento ai seguenti criteri:

Q1A: potenzialità degli impianti comprensiva della potenzialità di sterilizzazione;

Q1B: descrizione generale degli impianti (...)

Q1D: caratteristiche dei cicli produttivi e dei settori tecnologici di supporto;

Q2A: caratteristiche merceologiche di tutti gli articoli richiesti nel capitolato;

Q2B: foggia colore e funzionalità di tutti gli articoli richiesti nel Capitolato;

Q3A: modalità di effettuazione dei trasporti esterni tra gli stabilimenti della Ditta e i locali dell'Azienda Ospedaliera;

Q3B: numero, tipo e portata degli automezzi utilizzati per l'espletamento del servizio con indicazione dell'uso;

Q3C: procedure di sanificazione;

Q3D: gestione della biancheria confezionata personalizzata e non;

Q4A: organizzazione del servizio di noleggio, lavaggio e disinfezione di teleria e capi sterili da camera operatoria;

Q4B: caratteristiche dei tessuti proposti (...);

Q4C: controlli qualitativi e relative attrezzature che la Ditta applicherà nell'esecuzione del servizio (...);

Q5: proposte di miglioramento del servizio;

Q6: conformità delle certificazioni presentate.

14.3 - Le censure sono infondate.

Occorre preliminarmente rilevare che nelle tabelle allegate ai verbali n. 2 e n. 3 sono riportati i singoli criteri, la valutazione effettuata dalla Commissione giudicatrice per ciascun criterio, il giudizio finale ed il punteggio assegnato.

In questo modo è possibile desumere l'iter logico seguito dalla Commissione giudicatrice nella valutazione di ciascun criterio e nell'attribuzione del relativo punteggio: la Commissione ha quindi garantito, nella propria valutazione tecnico-discrezionale, il rispetto del principio di trasparenza fornendo una sufficiente motivazione sulla propria scelta.

Per quanto riguarda, specificamente l'attribuzione dei singoli punteggi, è opportuno ricordare che secondo l'orientamento costante della giurisprudenza, la valutazione e la conseguente attribuzione dei punteggi ai vari elementi di un'offerta tecnica attiene all'espressione di un giudizio discrezionale di competenza esclusiva della commissione di gara.

Nelle gare pubbliche da aggiudicarsi sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'Amministrazione non applica "scienze esatte", che conducono ad un risultato certo e univoco, ma formula un giudizio tecnico connotato da un fisiologico margine di opinabilità, per sconfessare il quale non è sufficiente evidenziare la mera non condivisibilità del giudizio, dovendosi piuttosto dimostrare la sua palese inattendibilità, l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto dalla commissione giudicatrice, con la conseguenza che, ove non emergano travisamenti, pretestuosità o irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non condivisibilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dalla Pubblica amministrazione, il Giudice Amministrativo non potrà sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo della stessa

la propria giacché, diversamente, egli sostituirebbe un giudizio opinabile (quello della commissione giudicatrice) con uno altrettanto opinabile (quello del consulente o del giudice), assumendo così un potere che la legge riserva all'Amministrazione (cfr. tra le tante, Consiglio di Stato sez. V 07 luglio 2015 n. 3339; Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2016, n. 1331).

A tale principio consegue che su tali valutazioni operate dalla Commissione giudicatrice il giudice amministrativo esercita un sindacato estrinseco, nei limiti cioè della manifesta irragionevolezza (Consiglio di Stato sez. V 16 gennaio 2017 n. 99).

Nel caso di specie, non emergono elementi da cui desumere la palese illogicità nelle valutazioni operate dalla Commissione di gara, alla luce della motivazione fornita dalla Commissione nell'attribuzione dei singoli punteggi.

Le censure possono essere quindi respinte.

15. - Devono essere ora esaminate le doglianze con le quale l'appellata fa valere il proprio interesse strumentale al rifacimento della procedura di gara.

16. - Con il secondo motivo (pag. 18 della memoria) Hospital Service reitera la censura proposta con il VI° motivo dedotto in primo grado diretto a sostenere che la gara non sarebbe stata autorizzata dalla Regione Lazio.

La doglianza è infondata come può evincersi dalla documentazione versata in atti dall'Azienda Ospedaliera (cfr. doc. n. 2 fasc. doc. di primo grado).

17. - Per quanto concerne la dedotta illegittimità dell'intera procedura di gara, per non avere la Commissione giudicatrice provveduto all'apertura dell'offerta tecnica in seduta pubblica (terzo motivo, pag. 19 e ss.), la doglianza non può trovare accoglimento in assenza di elementi concreti dai quali desumere l'esistenza di specifici pregiudizi per la regolarità della procedura di gara: in mancanza di elementi fattuali che possano corroborare l'esistenza di effettive lesioni ai principi di trasparenza e di imparzialità, la violazione si appalesa meramente formale, e come tale innocua, e dunque non idonea a condurre all'annullamento della procedura di gara (Cons. Stato, Sez. V, 27/1/2016 n. 275).

18. - Con il quarto motivo riproposto (pag. 21) contesta l'appellata l'illegittima costituzione della Commissione giudicatrice che ha svolto le operazioni di gara nella prima seduta del 12/11/2015 (cfr. verbale n. 1).

Risulta dal verbale che la Commissione è stata presieduta dalla dott.ssa Salducci, in luogo della Presidente designata dott.ssa Gagliano, impedita a parteciparvi per gravi motivi familiari.

Secondo la società Hospital Service la Commissione giudicatrice sarebbe immodificabile trattandosi di collegio perfetto, e dunque l'illegittima composizione della Commissione nella prima seduta avrebbe inficiato tutte le successive operazioni di gara.

18.1 - La doglianza non può essere condivisa.

Può richiamarsi al riguardo l'orientamento, seguito più volte da questo Consiglio di Stato, secondo il quale non esiste un principio assoluto di unicità o immodificabilità delle commissioni giudicatrici, poiché tale principio è destinato ad incontrare deroghe ogni volta vi sia un caso di indisponibilità da parte di uno dei componenti della commissione a svolgere le proprie funzioni.

È stata, quindi, ammessa la sostituzione avvenuta per indisponibilità di un componente in un momento in cui la commissione non aveva ancora cominciato le operazioni valutative (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 21 novembre 2014 n. 5732; Consiglio di Stato, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169).

Nel caso di specie, la sostituzione è intervenuta nella sola prima seduta pubblica, quando la Commissione non ha svolto attività valutativa delle offerte, ma si è limitata ad aprire le buste contenenti le offerte presentate dalle ditte concorrenti verificando la correttezza della documentazione; ha poi eseguito il sorteggio ex art. 48 del D.Lgs. 163/06 ed ha poi provveduto a sigillare nuovamente le buste.

La sostituzione non ha quindi inciso sulle valutazioni della Commissione e non ha comportato l'illegittimità delle operazioni di gara.

19. - Con il quinto motivo riproposto (pag. 21 della memoria), lamenta l'appellata che la legittimità dell'intera procedura di gara sarebbe inficiata dalla duplicazione degli aspetti qualitativi assunti come criteri e sub criteri di valutazione.

In questo modo sarebbe stata avvantaggiata Servizi Italia.

19.1 - La censura non può essere condivisa.

Innanzitutto ritiene il Collegio che non ricorra la duplicazione degli stessi criteri, in quanto se si esaminano ad es. il criterio Q1 con quello Q4C, ci si avvede che hanno oggetti differenti (ma ciò vale anche per gli altri criteri indicati nella doglianza), sicchè la censura è infondata in punto di fatto; in ogni caso, tali criteri sono stati applicati uniformemente nei confronti di tutti i concorrenti, non potendo quindi falsare in alcun modo la concorrenza.

20. - Con il sesto motivo (pag. 22-23), lamenta l'appellata la commistione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e quelli oggettivi di valutazione dell'offerta.

20.1 - La censura è inammissibile, in quanto non ha comportato alcuna lesione nella sfera giuridica dell'appellata.

In ogni caso non sussiste alcun divieto di considerare la certificazione di qualità come elemento di valutazione della qualità del servizio.

21. - Con il settimo motivo di doglianza (pag. n. 23 della memoria), lamenta Hospital Service l'omessa indicazione della metodologia prescelta dalla stazione appaltante per l'attribuzione dei punteggi da parte dei commissari.

Deduce, inoltre, che tale omissione sarebbe ancora più grave per aver devoluto alla Commissione, a buste aperte, la scelta della formula matematica e del metodo di valutazione applicabile per la quotazione delle offerte.

21.1 - La censura è infondata, in quanto l'art. 9 del disciplinare ha indicato i criteri di aggiudicazione sia per quanto riguarda il prezzo, sia per quanto concerne la qualità; in particolare ha indicato anche i coefficienti per la trasformazione dei giudizi in valutazioni numeriche.

La scelta della stazione appaltante ha escluso la possibilità da parte della Commissione di applicare il metodo "electre" di cui all'allegato G del D.P.R. n. 207/10.

22. - Altrettanto infondato è l'ottavo motivo di doglianza (pag. 26), con il quale si lamenta l'asimmetria informativa esistente tra i concorrenti con la conseguente violazione della par condicio.

Solo l'esecutore storico della commessa, infatti, sarebbe stato a conoscenza del dato relativo al consumo storico della biancheria: ciò avrebbe falsato la concorrenza tra le ditte partecipanti.

22.1 - La censura si appalesa inammissibile per genericità.

Inoltre, poiché con tale censura si lamenta la mancata conoscenza di un elemento essenziale per la presentazione dell'offerta, tale doglianza avrebbe dovuto essere proposta immediatamente, in sede di impugnazione della lex specialis di gara (cfr. Cons. Stato A.P. n 1/2003).

Anche sotto quest'ultimo profilo, quindi, la censura si appalesa inammissibile.

23. - Infine, con il nono motivo di doglianza, lamenta Hospital Italia l'omessa sottoscrizione da parte della Commissione giudicatrice dell'intero progetto tecnico prodotto dall'ATI Servizi Italia, in spregio ai principi della par condicio e di trasparenza amministrativa.

23.1 - La doglianza si appalesa meramente formale e può essere respinta per le stesse ragioni già espresse con riferimento alla mancata apertura in seduta pubblica della documentazione tecnica (§ 17).

24. - In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello principale va accolto con riforma della sentenza di primo grado, mentre il ricorso incidentale va respinto.

Conseguentemente va respinto il ricorso di primo grado.

25. - La complessità delle questioni trattate e l'alternativo esito del giudizio di primo grado giustificano la compensazione delle spese di lite relative al doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 8703 del 2016, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso di primo grado e l'appello incidentale.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dei giorni 23 marzo e 10 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
Stefania Santoleri Franco Frattini

IL SEGRETARIO