

In tema di discrezionalità nella determinazione delle formule per l'attribuzione del punteggio

di Adriano Cavina

Data di pubblicazione: 26-11-2018

Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - Formula matematica per l'assegnazione del punteggio economico - Basata sul prezzo offerto e non sul ribasso - Legittimità

Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - Valutazione offerta tecnica - Possibilità di avvalersi di soggetti esterni alla commissione per l'esame di specifici profili - Legittimità - Condizioni

È noto che nell'ambito di una gara da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, la stazione appaltante gode di ampia discrezionalità nella determinazione delle formule per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica, con ogni connesso limite alla censurabilità in giudizio delle relative scelte se non nei casi della manifesta irragionevolezza o abnormità (*ex multis*: Consiglio di Stato, sez. V, 10 agosto 2016, n. 3579).

Con la sentenza in epigrafe il Consiglio di Stato ha ritenuto che una formula matematica per l'assegnazione del punteggio economico che prenda a riferimento il prezzo offerto, e non il ribasso, non è in sé irragionevole ed è anzi assolutamente legittima, ancorché l'effetto (aritmetico) sia quello di un appiattimento dei punteggi da attribuirsi all'elemento economico.

Un risultato che comporti lievi differenze di punteggio a fronte di ribassi apprezzabilmente diversi, non è infatti di per sé illogico, garantendo pur sempre un collegamento di tipo proporzionale fra prezzo e punteggio (in termini, tra le più recenti, Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2185).

Il caso era peraltro riferito ad una fattispecie alla quale era applicabile il previgente d.lgs. n. 163/2006, cosicché la conclusione raggiunta dal Consiglio di Stato è ancor più valida nell'attuale contesto normativo, che tende a ridurre quanto più possibile il peso ponderale della componente economica, valorizzando al massimo grado gli elementi qualitativi delle offerte (art. 95, commi 3, 4 e 10 *bis*, d.lgs. n. 50/2016), come pure confermato dall'inedita possibilità, prevista dalle direttive del 2014 (art. 67, paragrafo 2 della Direttiva 2014/24/UE) e trasfusa nel codice del 2016 (art. 95, comma 7), che la stazione appaltante stabilisca nel bando di gara che la competizione si svolga esclusivamente sulla componente qualitativa, a prezzo fisso (procedura considerata eccezionale dalle linee guida Anac n. 2, approvate con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016, nella misura in cui è ivi posto in rilievo che il ricorso ad un siffatto criterio dovrebbe essere limitato all'acquisto di prodotti, servizi e lavori i cui prezzi non subiscano rilevanti oscillazioni di mercato).

Sotto altro profilo, la decisione merita attenzione per aver ritenuto legittima la possibilità, per la commissione di gara, di farsi supportare nell'esame di particolari aspetti dell'offerta tecnica da soggetti esterni alla commissione stessa, ma interni alla stazione appaltante ed esperti nella specifica materia del cui affidamento si tratti.

Il caso riguardava un affidamento di natura mista e complessa di lavori, servizi e forniture, nell'ambito del quale a prevalere in termini funzionali erano le forniture, mentre una parte secondaria era costituita da un appalto integrato di lavori misto a progettazione esecutiva.

Per l'esame tecnico del progetto la commissione aveva deciso di avvalersi di un ingegnere appartenente alla stessa stazione appaltante che bandiva la gara; e il Consiglio di Stato ha ritenuto legittimo tale *modus procedendi*, a condizione che il ruolo dei soggetti esterni alla commissione sia di mero supporto e consulenza rispetto all'attività valutativa e all'assegnazione dei relativi punteggi (attività che spetta per legge alla commissione costituita).

Il ricorso alle competenze specifiche di un soggetto estraneo alla commissione, ma interno alla stazione appaltante, è dunque da considerarsi legittimo nella misura in cui non risulti che il commissario esterno abbia influenzato in termini indebiti, ovvero sia oltre i limiti legati alle specifiche esigenze di conoscenza specialistica, il giudizio finale di esclusiva pertinenza della commissione.

Leggi la sentenza

Pubblicato il 12/10/2018

N. 05880/2018REG.PROV.COLL.

N. 03958/2018 REG.RIC.

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 3958 del 2018, proposto dalla Siemens Healthcare s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Clarich e Stefano Bonatti e con questi elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Marcello Clarich in Roma, in Roma, Viale Liegi, n. 32;

contro

l'Azienda USL di Modena, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto della Fontana, elettivamente domiciliata all'indirizzo Pec avv.alberto@pec.studio-dellafontana.it, nonché

l'Azienda Ospedaliera Universitaria di Modena, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

nei confronti

della Beckman Coulter s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino, Corrado Curzi e Riccardo Pagani, con domicilio eletto in Roma in Viale Parioli, n.180 presso lo studio dell'avvocato Mario Sanino;

della Abbott s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ferdinando Pinto ed elettivamente domiciliata all'Indirizzo Pec ferdinando.pinto@ordineavvocatita.it e in Roma, via XX Settembre, n. 3, presso lo studio dell'avvocato Bruno Sassani;

della Diasorin s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Carlo Merani, Antonella Borsero e Stefano Gattamelata ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Stefano Gattamelata in Roma, in via di Monte Fiore, n. 22;

della Instrumentation Laboratory s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

della Alere s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

della Cooperativa Facchini Portabagagli Società Cooperativa (C.F.P. Soc. Coop), in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

della Allodi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

della Aven – Area Vasta Emilia Nord, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tar Emilia Romagna, sede di Bologna, sez. II, n. 315 del 9 aprile 2018, che ha respinto il ricorso proposto per l'annullamento della gara avente ad oggetto la fornitura di dispositivi analitici e preanalitici completi di diagnostici e reagenti, nonché le domande di declaratoria di inefficacia del contratto e di risarcimento del danno subito in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda USL di Modena;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Beckman Coulter s.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Abbott s.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Diasorin s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2018, il Cons. Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto del Direttore del Servizio Acquisiti e Logistica n. 557 del 30 dicembre 2015, l'Azienda USL di Modena ha indetto una procedura aperta per l'aggiudicazione dell'appalto misto di forniture, servizi e lavori occorrenti ai laboratori analisi dell'Azienda USL e dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena (categoria prevalente: fornitura di dispositivi analitici e preanalitici, completi di diagnostici e reagenti; categorie accessorie: servizio di trasporto, esecuzione di lavori edili ed impiantistici, fornitura di arredi tecnici), per l'ammontare complessivo di € 75.635.000,00. La lex specialis di gara ha previsto l'attribuzione di un punteggio massimo di 65 punti alla componente tecnica e di 35 punti all'offerta economica.

La gara è stata aggiudicata al costituendo Raggruppamento Beckman Coulter, Abbott, Diasorin, Instrumentation Laboratory, Alere, C.F.P. Soc. Coop e Allodi (d'ora in poi, Beckman), con 95,35 punti (di cui 65 punti per la parte tecnica e 30,35 punti per la parte economica), mentre l'appellante Siemens Healthcare s.r.l., con il costituendo Raggruppamento con le società Dasit s.p.a., Prisma Engineering s.r.l., FR Engineering s.r.l., Cosepuri Soc. Coop. P.A. di Bologna, Eco Eridania s.p.a. ed Eos s.p.a. (d'ora in poi, Siemens), si è collocata al secondo posto con il punteggio di 89,30 punti (di cui 54,30 punti per la parte tecnica e 35 punti per la parte economica).

L'aggiudicazione è stata impugnata dinanzi al Tar Emilia Romagna, sede di Bologna.

La Siemens ha censurato la formula di assegnazione del punteggio per la parte economica dell'offerta, non consentendo l'attribuzione dell'intero peso ponderale prescelto (35 punti) e comportando l'appiattimento rispetto alle marcate differenze quantitative tra le offerte, non avendo alcuna relazione con la base d'asta, nonché l'attribuzione dei punteggi all'offerta tecnica.

Ha poi dedotto l'incompetenza della Commissione di gara che si era dovuta avvalere, limitatamente alla parte di offerta tecnica relativa al progetto dei lavori edili, del supporto tecnico di un funzionario interno, nonché la carenza di motivazione in ordine alla attribuzione dei sottopunteggi assegnati per la parte tecnica.

Con atto di motivi aggiunti, notificato il 24 novembre 2017, ha censurato il giudizio di anomalia dell'offerta presentata dall'aggiudicataria.

L'aggiudicataria Beckman ha proposto ricorso incidentale e in data 4 dicembre 2017 ha notificato atto di motivi aggiunti al ricorso incidentale.

3. Con sentenza n. 315 del 9 aprile 2018 la sez. II del Tar Bologna ha respinto il ricorso e l'atto di motivi aggiunti ed ha dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso incidentale e il relativo atto di motivi aggiunti.

4. Con appello notificato l'11 maggio 2018 e depositato il 18 maggio Siemens ha impugnato la sentenza n. 315 del 9 aprile 2018 della sez. II del Tar Bologna ed ha dedotto:

a) Error in iudicando – Omessa e comunque errata motivazione - Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla appellante in relazione al primo motivo di ricorso (Violazione e falsa applicazione del d.P.R. n. 207 del 2010 – Eccesso di potere per irragionevolezza ed illogicità della formula prevista dalla legge di gara per l'attribuzione del punteggio dell'offerta economica – Violazione e falsa applicazione degli artt. 81-83, d.lgs. n. 163 del 2006 e Direttive 2004/18/CE e 2014/24/UE).

Con il primo motivo di ricorso dinanzi al Tar la Siemens aveva contestato la legittimità della formula individuata dalla stazione appaltante per l'attribuzione del punteggio relativo all'elemento prezzo, che aveva la caratteristica di non consentire mai di sfruttare l'intero margine di punteggio previsto per la parte economica, giacché essa non effettuava una comparazione tra i ribassi, ma tra i valori assoluti delle offerte, e quindi senza più alcuna relazione con la base d'asta, che costituiva il limite massimo di prezzo (e l'offerta meno conveniente possibile).

Erroneamente il Tar ha respinto il motivo richiamando la discrezionalità di cui gode la stazione appaltante in materia, non avendo la stessa carattere assoluto, ma dovendo comunque essere esercitata entro i parametri della logica ed imparzialità.

b) Error in iudicando – Errore di fatto – Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla appellante in relazione al secondo motivo di ricorso (Violazione del Capitolato Speciale e dei principi di parità di trattamento e par condicio – Violazione e falsa applicazione della direttiva CE 98/79, come recepita con d.lgs. n. 332 del 2000).

La decisione impugnata appare errata anche con riferimento al giudizio espresso in relazione al secondo motivo di ricorso, non essendo vero che le apparecchiature della controinteressata servono sia per uso ricerca che per uso diagnostico.

c) Error in iudicando - Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla appellante in relazione al terzo motivo di ricorso (Violazione della legge speciale di gara - Allegato A – Caratteristiche della fornitura e dei principi di parità di trattamento e par condicio).

Con il terzo motivo di ricorso, Siemens ha dedotto che l'Ati Beckman avrebbe dovuto essere esclusa per violazione delle richieste minime del Capitolato prestazionale, in ossequio alla pacifica regola secondo la quale l'offerta deve essere conforme alle caratteristiche tecniche previste per i beni da fornire.

Erroneamente il giudice di primo grado ha rigettato la censura proposta da Siemens, ritenendo che quanto dedotto non fosse stato "dimostrato".

d) Error in iudicando – Omessa e/o insufficiente motivazione – Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla appellante in relazione al quarto motivo di ricorso (Violazione dell'art. 53, d.lgs. n. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione della legge di gara nella parte in cui dispone l'esclusione delle offerte incomplete – Violazione del principio della parità di trattamento – Eccesso di potere per erronea valutazione dell'offerta del Rti Beckman).

Con il quarto motivo la ricorrente aveva affermato che la dichiarazione di costituire l'ATI con le relative quote era stata resa "al netto" della progettazione (ed era, quindi, incompleta) e che il progettista, incaricato dal raggruppamento Beckman per la progettazione preliminare dei lavori richiesti dal Capitolato, non avesse presentato le dichiarazioni sui requisiti generali di cui all'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006.

Il Tar si è limitato ad affermare che "appaiono rispettati gli obblighi a carico del progettista Dr. Binini", senza nulla motivare.

e) Error in iudicando - Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla appellante in relazione al quinto motivo di ricorso (Violazione e falsa applicazione della legge di gara, laddove prevede l'esclusione nel caso in cui l'offerta economica sia condizionata, indeterminata o incompleta).

Con il quinto motivo Siemens aveva dedotto un vizio di violazione della legge di gara, nella parte in cui prevedeva l'esclusione delle concorrenti in caso di offerta condizionata, indeterminata o incompleta. Infatti, in relazione ad alcune voci era stato indicato "a cura della stazione appaltante". Il che, evidentemente, costituiva una modifica (in senso riduttivo) degli oneri assunti dalla concorrente rispetto a quelli posti a gara dalla stazione appaltante.

Erroneamente il Tar Bologna ha rigettato anche tale doglianza, sostenendo che "tali voci, diversamente da quanto sostenuto, non sono caricate sulla stazione appaltante", senza nulla argomentare.

f) Error in iudicando - Omessa e/o insufficiente motivazione - Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla appellante in relazione al sesto motivo di ricorso (Violazione e falsa applicazione dell'art. 84, d.lgs. n. 163 del 2006 – Violazione dei principi in tema di buon andamento, adeguatezza e correttezza dell'azione amministrativa).

Con un ulteriore mezzo di gravame, proposto in via subordinata, l'odierna appellante aveva

eccepito innanzi al giudice di prime cure l'incompetenza della Commissione di gara posto che, esaminando la valutazione tecnica redatta dai commissari, aveva appreso che essa aveva avuto la necessità di avvalersi di un funzionario interno (l'Ing. Bellettato) per la lettura e la valutazione dell'offerta tecnica relativa al progetto per i lavori.

La motivazione di reiezione del giudice di primo grado avrebbe dovuto dar conto delle ragioni per le quali non si è ritenuto di condividere la tesi dell'odierna appellante, secondo cui il lavoro eseguito dall'Ingegnere Bellettato ha influenzato e diretto la valutazione delle offerte sotto il profilo tecnico.

g) Error in iudicando - Omessa e/o insufficiente motivazione - Violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato - Omessa e comunque errata, inadeguata ed incongrua considerazione dei motivi allegati dalla appellante in relazione al settimo motivo di ricorso (Eccesso di potere per violazione dei principi di parità di trattamento, efficienza e buona amministrazione; Eccesso di potere per disparità di trattamento, difetto e contraddittorietà della motivazione).

La sentenza impugnata è illegittima anche laddove ha rigettato l'ulteriore motivo, proposto anch'esso in via subordinata da Siemens, con cui si è eccepito il fatto che non fosse possibile ripercorrere il percorso logico e valutativo che ha condotto la Commissione alla attribuzione dei sottopunteggi relativi alla parte tecnica delle offerte.

h) Error in iudicando per omessa motivazione - Errore in procedendo per omessa pronuncia su un vizio dei provvedimenti impugnati (Violazione dell'art. 86, d.lgs. n. 163 del 2006 e dei principi in materia di verifica di anomalia delle offerte – Eccesso di potere per difetto di istruttoria).

Erroneamente il giudice di primo grado non ha rilevato il vizio in cui è incorsa la stazione appaltante nell'aver giudicato non anomala l'offerta.

5. Si è costituita in giudizio l'Azienda USL di Modena, che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

6. Si è costituita in giudizio la Beckman Coulter s.r.l., che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità dell'appello, mentre nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza.

7. Si è costituita in giudizio la Abbott s.r.l., che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

8. Si è costituita in giudizio la Diasorin s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza dell'appello.

9. L'Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Barletta – Andria – Trani non si è costituita in giudizio.

10. La Instrumentation Laboratory s.p.a. non si è costituita in giudizio.

11. La Alere s.r.l. non si è costituita in giudizio.

12. La Allodi s.r.l. non si è costituita in giudizio.
13. La Aven – Area Vasta Emilia Nord non si è costituita in giudizio.
14. Alla camera di consiglio del 14 giugno 2018 la domanda di sospensione cautelare dell'impugnata sentenza è stata, con l'accordo delle parti, riunita al merito.
15. Alla pubblica udienza del 4 ottobre 2018 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, oggetto del gravame è l'aggiudicazione dell'appalto misto di forniture, servizi e lavori occorrenti ai laboratori analisi dell'Azienda USL e dell'Azienda Ospedaliero Universitaria di Modena (categoria prevalente: fornitura di dispositivi analitici e preanalitici completi di diagnostici e reagenti; categorie accessorie: servizio di trasporto, esecuzione di lavori edili ed impiantistici, fornitura di arredi tecnici) al Raggruppamento Beckman Coulter, Abbott, Diasorin, Instrumentation Laboratory, Alere, C.F.P. Soc. Coop e Allodi (d'ora in poi, Beckman) con 95,35 punti (di cui 65 punti per la parte tecnica e 30,35 punti per la parte economica), mentre l'appellante Siemens Healthcare s.r.l. - con il costituendo Raggruppamento con le società Dasit s.p.a., Prisma Engeeniring s.r.l., FR Engeeniring s.r.l., Cosepuri Soc. Coop. P.A. di Bologna, Eco Eridania s.p.a. ed Eos s.p.a. (d'ora in poi, Siemens) - si è collocata al secondo posto con il punteggio di 89,30 punti (di cui 54,30 punti per la parte tecnica e 35 punti per la parte economica).

In via preliminare il Collegio rileva che nei confronti della pronuncia del giudice di primo grado è censura reiteratamente dedotta quella di difetto di motivazione.

Con ragione l'appellante afferma che la sentenza del Tar Bologna non argomenta per nulla le conclusioni alle quali perviene. L'intera decisione è infatti caratterizzata da conclusioni apodittiche non argomentate, facendosi al più rinvii alle ragioni addotte alle memorie delle diverse parti in causa.

Rileva però il Collegio che tale modalità di decisione, rilevante forse in altro contesto, non comporta però l'annullamento della sentenza con rinvio al giudice di primo grado, neanche dopo i recenti arresti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 30 luglio 2018, nn. 10 e 11, 5 settembre 2018, n. 14 e 28 settembre 2018, n. 15.

Costituisce giurisprudenza consolidata del giudice di appello (Cons. St., sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5711; id. 17 ottobre 2017, n. 4796) – che la Sezione condivide e fa propria – quella secondo cui l'omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su censure e motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione del disposto di cui all'art. 112 c.p.c., che è applicabile al processo amministrativo (Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2006, n. 98) con il correttivo a più riprese affermato, secondo il quale l'omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché

essa può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile (Cons. St., sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009).

Peraltro, l'omessa pronuncia su una o più censure proposte con il ricorso giurisdizionale non configura un error in procedendo, tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado ex art. 105, comma 1, c.p.a., ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il giudice di appello è legittimato ad eliminare, integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa (Cons. St., A.P., 30 luglio 2018, nn. 10 e 11; id. 5 settembre 2018, n. 14; id. 28 settembre 2018, n. 15). Fa eccezione a questa ipotesi il caso in cui manchi del tutto la pronuncia sulla domanda o il giudice decida su diversa domanda, ovvero sulla domanda fatta valere in giudizio il giudice di primo grado abbia pronunciato con motivazione inesistente o apparente. In questi casi la rimessione al primo giudice si riscontra in ragione del ricorrere della fattispecie della nullità della sentenza, perché priva degli elementi minimi idonei a qualificare la pronuncia come tale (Cons. St., A.P., nn. 10 e 11 del 2018).

Non rientrando l'omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado su un motivo del ricorso, nei casi tassativi di annullamento con rinvio, ne consegue che, in forza del principio devolutivo (art. 101, comma 2, c.p.a.), il Consiglio di Stato decide, nei limiti della domanda riproposta, anche sui motivi di ricorso non affrontati dal giudice di prime cure (Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2017, n. 6158).

2. Con il primo motivo la Siemens contesta la legittimità della formula individuata dalla stazione appaltante per l'attribuzione del punteggio relativo all'elemento prezzo, che non consentirebbe di sfruttare l'intero margine di punteggio previsto per la parte economica, giacché essa non effettua una comparazione tra i ribassi, ma tra i valori assoluti delle offerte, e quindi senza alcuna relazione con la base d'asta, che costituisce il limite massimo di prezzo (e l'offerta meno conveniente possibile). In base alla formula individuata dalla stazione appaltante all'offerta recante la migliore quotazione relativa al prezzo totale di fornitura si sarebbero dovuti assegnare 35 punti; alle altre offerte punti "proporzionalmente decrescenti" secondo la formula $P_i = 35 \cdot C_{min} / C_i$, ove con: P_i si indica il punteggio prezzo attribuito all'offerta i -esima; C_i si indica il prezzo dell'offerta i -esima; C_{min} si indica il prezzo minimo delle offerte valide.

Deduce la Siemens che il giudice di primo grado ha di fatto omesso di pronunciare sulla censura, trincerandosi dietro la discrezionalità che ha la stazione appaltante nell'individuare la formula per attribuire i punti alle offerte economica e tecnica e limitandosi ad affermare la legittimità dell'operato della Commissione, che ha assegnato un maggior peso all'offerta tecnica su quella economica (decisione, questa, non contestata da Siemens), mentre la censura era volta a rilevare la necessità che la comparazione fosse fatta tra i ribassi, e non tra valori assoluti. Facendo – come è stato fatto – la comparazione tra valori assoluti nessuna offerta avrebbe potuto prendere meno di 28,10 punti, con la conseguenza che il differenziale è stato tra 35 e 28,10, e non tra 35 e 0, come previsto dal disciplinare.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione, atteso che la formula individuata dalla stazione appaltante non ingenera ex se ed in assoluto la conseguenza che l'appellante ritiene non corretta, e cioè che nessuna offerta avrebbe potuto prendere meno di 28,10 punti, determinandosi tale esito nel caso di specie. In altre parole, il differenziale massimo intercorrente tra la migliore e la peggiore offerta economica dipende unicamente dall'entità dei ribassi e dalla distanza tra loro sussistente nella singola gara. Come correttamente affermato dalle controparti, il differenziale avrebbe potuto essere maggiore se l'offerta economica di un concorrente fosse risultata più conveniente con una più accentuata valorizzazione del prezzo.

Ne consegue che la formula - così come individuata nella lex specialis di gara per scoraggiare ribassi eccessivi, laddove si prevede anche che "Non saranno ammesse offerte per importi pari o superiori a quello indicato come base d'asta; il ribasso zero determina l'esclusione dalla gara" - non è manifestamente illogica ed irrazionale ed è dunque insindacabile, nella finalità alla stessa sottesa, dal giudice amministrativo.

Né la legittima scelta non può essere sostituita da una rivalutazione postuma del concorrente non aggiudicatario. Tanto più che sottesa alla stessa vi era una precisa considerazione: quella di non voler attribuire, nella valutazione delle offerte, peso preponderante all'elemento del ribasso offerto (Cons. St., sez. V, 18 giugno 2018, n. 3733)

Il primo motivo è quindi infondato, e ciò consente al Collegio di prescindere dall'esame dell'eccezione di inammissibilità dello stesso, sollevata da Beckman Coulter s.r.l.

3. Con il secondo motivo Siemens reitera il secondo motivo dell'atto introduttivo del giudizio dinanzi al Tar, secondo cui l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver offerto strumenti AB Sciex 6500 privi di marcatura CE IVD e, comunque, non idonei ad eseguire i test diagnostici perché utilizzati dal fabbricante solo ai fini di ricerca.

Anche questo motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Gli analizzatori in questione sono stati, infatti, classificati dal fabbricante come dispositivo medico-diagnostico e la relativa dichiarazione è stata resa dal fabbricante – così come previsto dall'art. 9, d.lgs. 8 settembre 2000, n. 332 (Attuazione della direttiva 98/79/CE relativa ai dispositivi medico-diagnostici in vitro) – il 26 aprile 2016, dunque in data anteriore a quella di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

4. Quanto poi alla possibilità di utilizzare gli strumenti offerti dal raggruppamento Beckman Coulter per fini diagnostici rileva il Collegio che il Capitolato speciale prevedeva la necessità che la strumentazione fosse utilizzabile anche ai fini di ricerca. Prevedeva, ad es., che "il Laboratorio di Tossicologia e Diagnostica Avanzata (TDA) risponde all'esigenza di coniugare la tossicologia/farmacologia clinica con gli aspetti specialistici di tossicologia occupazionale, per mezzo di tecnologie ad elevata manualità Le attività di laboratorio comprendono, oltre alla diagnostica, la presentazione e la partecipazione a progetti di ricerca innovativa volti all'identificazione di nuovi marcatori e allo sviluppo di nuove metodiche diagnostiche ...".

Tale essendo la lex specialis di gara, ne consegue che correttamente il Raggruppamento

aggiudicatario ha offerto strumentazione in grado di eseguire attività diagnostica e di ricerca.

5. Con il terzo motivo, che ripropone il terzo motivo del ricorso di primo grado, ulteriormente approfondito con l'atto di motivi aggiunti depositato il 30 novembre 2017, Siemens afferma che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa perché, contrariamente a quanto previsto dall'Allegato A del Capitolato speciale, recante "caratteristiche della fornitura", al punto 9.1.1 Magazzino, ha offerto solamente n. 1 camera fredda. Risulterebbe, infatti, che il canone di noleggio è stato associato ad una sola cella frigo, avendo l'aggiudicatario offerto due celle raggruppate in un'unica Camera fredda.

Il Tar ha respinto il motivo affermando solo che "anche questo profilo di doglianza non è condivisibile in quanto indimostrato".

Il Collegio, pur convenendo pienamente con l'appellante che anche tale capo della sentenza "appare singolarmente apodittico, non sviluppando alcuna motivazione a supporto della conclusione", ritiene il motivo privo di fondamento, in punto di fatto.

Dalla documentazione versata in atti risulta che le celle frigorifero previste nell'offerta dell'aggiudicatario erano due. Nella descrizione, inclusa nell'offerta tecnica, dell'Area magazzino si fa riferimento alle "celle" frigorifero previste, chiarendo che le stesse non si sostituiscono ma si aggiungono alla cella frigorifero 11 PT177 e 11 PT 178 e ai frigo già presenti nella stanza 11 PT 176. E' stato altresì chiarito che le celle offerte – una alla temperatura di esercizio di + 4° e la seconda alla temperatura di esercizio di - 20° (stralcio planimetrico allegato all'offerta tecnica dell'aggiudicatario) – sono fornite di arredi, con la medesima superficie di stoccaggio e la stessa temperatura delle celle esistenti, in modo da garantire un totale bach-up.

6. Con il quarto motivo l'appellante – premesso che l'appalto prevedeva anche l'esecuzione di lavori edili ed impiantistici, con conseguente necessità di presentare un progetto preliminare - afferma che gli elaborati progettuali presentati da Beckman sono stati timbrati e sottoscritti come progettista dal dottor Tiziano Binini di Binini Parteners s.r.l. di Reggio Emilia e che tale professionista non è stato associato all'Ati, non risultando la Binini Partners s.r.l. tra le società componenti il raggruppamento. Di qui un duplice profilo di illegittimità: da un lato, la dichiarazione di costituire l'Ati con le relative quote era stata resa "al netto" della progettazione (ed era, quindi, incompleta); dall'altro, il progettista incaricato dal raggruppamento Beckman per la progettazione preliminare dei lavori richiesti dal Capitolato non aveva presentato le dichiarazioni sui requisiti generali di cui all'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2016, n. 163, razione temporis applicabile.

Il motivo – "liquidato", come afferma l'appellante, dal giudice di primo grado sull'unico rilievo che "nella specie, in punto di fatto, appaiono rispettati gli obblighi a carico del progettista Dr. Binini" – è infondato.

Non è dubbia la natura di contratto misto di forniture, servizi e lavori dell'affidamento oggetto di gravame, con prevalenza della parte relativa alla fornitura. Ed infatti, come è dato evincere dal Capitolato, la gara è volta alla stipula di un contratto di natura mista per la fornitura

settennale di dispositivi analitici e preanalitici completi di diagnostici e reagenti, esecuzione di servizi di trasposto, esecuzione di lavori edili ed impiantistici e fornitura di arredi tecnici occorrenti ai laboratori analisi della provincia di Modena. I lavori edili – categoria accessoria – sono quindi serventi all'area laboratoristica ove installare la fornitura (trattandosi di lavori interni alle strutture esistenti) – categoria prevalente – e la progettazione di cui è causa è quella preliminare e non esecutiva. La fattispecie non rientra dunque nella previsione dell'art. 53, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui "l'oggetto principale del contratto è costituito dai lavori se l'importo dei lavori assume rilievo superiore al cinquanta per cento, salvo che, secondo le caratteristiche specifiche dell'appalto, i lavori abbiano carattere meramente accessorio rispetto ai servizi o alle forniture, che costituiscano l'oggetto principale del contratto", non essendo l'importo dei lavori di rilievo superiore al cinquanta per cento; ne consegue che non è prevista, nell'appalto de quo, la figura del progettista facente parte dell'operatore economico – singolo o in Rti – che partecipa alla gara. Da questa premessa consegue, come corollario obbligato, che non doveva essere indicata, nell'atto costitutivo dell'Ati, la quota riservata all'attività di progettazione e che il progettista esterno – proprio perché esterno – non doveva rendere la dichiarazione (peraltro depositata successivamente agli atti di causa, a dimostrazione della mancanza di pendenze penali) ex art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006.

7. Non è suscettibile di positiva valutazione il quinto motivo di appello, con il quale si afferma che l'aggiudicataria ha illegittimamente imputato a carico della stazione appaltante importi relativi ad opere e prestazioni che, in quanto previste nel progetto lavori, avrebbero dovuto restare a carico dell'offerente.

Il Collegio - se concorda ancora una volta con l'appellante in ordine all'inesistente motivazione della sentenza di primo grado, che si è limitata ad affermare che "tali voci, diversamente da quanto sostenuto, non sono caricate sulla stazione appaltante", senza nulla aggiungere - rileva, di contro, che le voci "Importo delle opere di mitigazione ambientale", "Importo delle opere di compensazione ambientale" ed "Importo oneri per il monitoraggio ambientale" non sono ipotizzabili tra i lavori oggetto dell'appalto (ristrutturazione interna di un ospedale), tanto da non essere previste nel Capitolato speciale, essendo connesse ad opere che modificano l'ambiente e che sono pertanto soggette a valutazione di impatto ambientale. Nessuno dei lavori oggetto di gara è tale da richiedere la Via.

8. Con il sesto motivo, proposto in via gradata, Siemens afferma l'incompetenza della Commissione di gara che ha avuto la necessità di avvalersi di un funzionario interno (l'Ingegnere Bellettato) per la lettura e la valutazione dell'offerta tecnica.

Anche questo motivo non è suscettibile di positiva valutazione. La giurisprudenza ammette la possibilità che, per l'esame di profili di particolare specificità tecnica, una Commissione giudicatrice possa essere supportata da tecnici esperti nella materia, a condizione che il ruolo dei soggetti esterni rimanga comunque di supporto alle attività valutative che soltanto la Commissione può svolgere (Cons. St., sez. III, 23 gennaio 2015, n. 303; id. 28 agosto 2014, n. 4430; id., sez.V, 22 novembre 2005, n. 6496).

Nel caso all'esame del Collegio la consulenza dell'Ingegnere Bellettato ha riguardato la sola

parte relativa ai lavori edili e non ha comportato di certo la sostituzione alla Commissione, bensì un'assistenza esterna nella lettura dei dati contenuti nelle offerte.

9. Privo di pregio è anche il settimo motivo, con il quale si afferma che dai verbali di gara non è dato evincere l'iter motivazionale che ha indotto la Commissione a dare giudizi positivi o negativi sulle diverse componenti l'offerta o, ancora, perché gli aspetti positivi di un'offerta contassero di più di quelli positivi di altra offerta.

La motivazione sottesa alla valutazione delle singole offerte e, quindi, all'attribuzione di un diverso punteggio è contenuta nella copiosa relazione tecnica, che attesta come scrupoloso e argomentato sia stato il giudizio reso nei confronti delle diverse voci dell'offerta tecnica, fermo restando che, come insegna pacifica giurisprudenza del giudice amministrativo, detta valutazione è sindacabile, salvo che sia affetta da palese illogicità, vizio questo che non inficia l'impugnato giudizio.

10. L'ultimo motivo, che ripropone l'atto di motivi aggiunti, è volto a denunciare l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, che non avrebbe fornito all'Amministrazione un computo metrico estimativo che rendesse possibile ricostruire nel dettaglio la parte dell'offerta inerenti i lavori inclusi nel contratto di appalto.

Rileva il Collegio che il motivo – a prescindere dal profilo di tardività, potendo lo stesso essere sollevato unitamente all'impugnazione dell'aggiudicazione, una volta conosciuta l'offerta economica, salvo eventualmente proporre motivi aggiunti dopo aver acquisito ulteriore documentazione – non può essere accolto. La denunciata anomalia, ove pure configurabile, atterrebbe, in ogni caso, ad una parte minimale dell'offerta (quella relativa ai lavori edili ed impiantistici), con la conseguenza che, per portare all'esclusione della concorrente, si sarebbe dovuto dimostrare che era tale da inficiare l'intera offerta.

Il giudizio sull'anomalia, infatti, deve valutare l'offerta nel suo complesso; l'offerta presenta le necessarie garanzie di serietà ove le voci sottostimate siano compensate da altre sovrastimate, in modo da renderla nel complesso congrua. Infatti, il giudizio di congruità delle offerte, che appaiono prima facie anormalmente basse, non mira a ricercare specifiche inesattezze di ogni elemento dell'offerta, bensì a valutare se, globalmente considerata, l'offerta stessa sia seria ed attendibile, e se i prezzi offerti trovino rispondenza nella realtà, sia di mercato che aziendale, cioè se gli stessi siano verosimili in relazione alle modalità con cui si svolge il lavoro, alle dimensioni dell'azienda, alla capacità di effettuare acquisti convenienti o di realizzare particolari economie, anche di scala (Cons. St., sez. V, 3 aprile 2018, n. 2053).

11. L'infondatezza dei motivi di appello comporta la reiezione dell'istanza risarcitoria per equivalente atteso che l'illegittimità del provvedimento impugnato è condizione necessaria per accordare il risarcimento richiesto; la reiezione della parte impugnatoria del gravame impedisce infatti che il danno stesso possa essere considerato ingiusto o illecita la condotta tenuta dall'Amministrazione (Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4588; id., sez. IV, 29 dicembre 2014, n. 6417; id., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6013; id. 27 agosto 2014, n. 4382; id. 13 gennaio 2014, n. 85; id., sez. IV, 17 settembre 2013, n. 4628; id., sez. V, 15 gennaio 2013, n. 176).

12. L'appello deve dunque essere respinto, ma le spese possono essere integralmente compensate, stante la complessità della vicenda contenziosa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti in causa le spese e gli onorari del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

Giorgio Calderoni, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE Giulia Ferrari Marco Lipari

IL SEGRETARIO