

Publicato il 17/08/2020

**N. 05055/2020 REG. PROV. COLL.**  
**N. 10504/2019 REG. RIC.**



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10504 del 2019, proposto da Svas Biosana S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Carla Anna Santella, Rosa Settembre, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale S. Anna e S. Sebastiano di Caserta, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Enrico Soprano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi n. 5;

***nei confronti***

Adapta S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Scacchi, Francesco Scanzano, Elio Leonetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Scacchi in Roma, via Crescenzo n. 19;  
Servizi Ospedalieri S.p.A., Steritalia S.p.A. non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quinta) n. 04464/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale S. Anna e S. Sebastiano di Caserta e di Adapta S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza del giorno 9 luglio 2020 il Cons. Giovanni Tulumello e uditi per le parti gli avvocati presenti secondo la legge come da delega in atti (ai sensi dell'art. 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27, e dell'art. 4, comma 1, del decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso in appello notificato il 7 dicembre 2019 e depositato il successivo 19 dicembre, la Svas Biosana S.p.A. ha impugnato la sentenza del 9 settembre 2019, n. 4464 del T.A.R. Campania, Sezione Quinta.

Si sono costituite in giudizio, l'Azienda Ospedaliera Nazionale Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta (d'ora in avanti, anche solo Azienda) e la Adapta S.p.A.

Il ricorso è stato definitivamente trattenuto in decisione all'udienza del 9 luglio 2020.

2. La sentenza oggetto dell'odierno gravame ha respinto il ricorso proposto dalla società Svas Biosana, integrato da tre ricorsi per motivi aggiunti, avverso gli esiti della procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di noleggio e sterilizzazione dello strumentario chirurgico per le attività di sala operatoria ed assistenziali indetta dall'Azienda, respingendo altresì la domanda risarcitoria e la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto presentata dalla ricorrente.

I giudici di primo grado hanno respinto il primo motivo del ricorso principale, terzo degli ultimi motivi aggiunti, con il quale la ricorrente lamentava la violazione e la falsa applicazione degli artt.18 e 21 della *lex specialis*, e delle linee Guida n. 3 dell'ANAC in ordine al metodo del confronto a coppie.

Sul punto la sentenza ha osservato che tale censura è smentita in fatto, oltre che in diritto, in quanto dall'esame dei verbali di gara emerge che i singoli Commissari hanno dapprima svolto individualmente il confronto a coppie e, successivamente, la Commissione ha provveduto collegialmente allo svolgimento delle ulteriori operazioni per l'assegnazione dei punteggi finali.

La sentenza impugnata, inoltre, ha respinto il secondo motivo del ricorso principale, così come integrato con le censure di cui ai tre ricorsi per motivi aggiunti, con il quale la ricorrente lamentava la violazione dell'obbligo di verificare l'incidenza del costo della manodopera, ovvero di compiere la cd. verifica di congruità del costo della manodopera di cui all'art. 95, comma 10, D. Lgs. n. 50/2016, in conformità al paragrafo 22 del disciplinare di gara, al fine di poter escludere che il forte ribasso applicato dall'aggiudicataria potesse aver in qualche modo inciso sul costo del personale.

A tal proposito, il Collegio ha ritenuto plausibile il rilievo che le richieste di precisazioni della Stazione Appaltante sul totale delle ore lavorate fossero finalizzate alla verifica della congruità del costo del lavoro indicato nell'offerta; di conseguenza, non essendo emersa la lamentata grave incongruenza tra il costo della manodopera dichiarato e quello risultante dalle tabelle ministeriali e dalla contrattazione collettiva, il seggio di gara ha ritenuto integrato il requisito del rispetto dei minimi salariali, ai sensi dell'art. 97 comma 5 lett. d) del d.lgs. n. 50/2016.

I giudici di prime cure hanno respinto anche il secondo motivo del primo e del secondo ricorso per motivi aggiunti, nonché l'unico mezzo dell'ultimo ricorso per motivi aggiunti, con i quali veniva dedotta la violazione dell'art. 94 D. Lgs. n. 50/2016 in relazione agli artt. 1 e 6 del capitolato tecnico e 16 del disciplinare di gara e l'eccesso di potere sotto plurimi profili.

In merito, il TAR ha osservato che l'offerta di Adapta fosse formulata in conformità con le richieste della *lex specialis*, in quanto includeva la fornitura e l'installazione di tutti i macchinari, attrezzature e arredi occorrenti per il funzionamento della centrale di sterilizzazione, con il sistema "chiavi in mano", per i cui dettagli tecnici, peraltro, il CSA (art. 6.4) rinviava al progetto esecutivo che l'aggiudicataria era tenuta a redigere entro 30 giorni.

Da ultimo, il TAR ha dichiarato inammissibile per difetto di giurisdizione la richiesta di accertamento incidentale della non debenza del contributo unificato in relazione agli ultimi motivi aggiunti, osservando che il pagamento del contributo unificato è una prestazione di natura tributaria, sul quale sono competenti gli organi del contenzioso tributario.

3. In appello, con il primo motivo di ricorso, la Svas Biosana lamenta l'illegittimità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto, pur in assenza di ogni elemento documentale certo, che ciascun Commissario avesse proceduto ad una valutazione individuale delle offerte, nel rispetto del metodo del confronto a coppie.

Nella tesi della ricorrente, infatti, sarebbe evidente la violazione della procedura di voto stabilita dalla *lex specialis*, tenuto conto che dalla lettura del verbale di gara in seduta riservata n. 23 del 17/12/2018 non si rinverrebbe alcuna traccia di una precedente attività individuale di valutazione espletata dai singoli Commissari, ma, al contrario, risulterebbe che la Commissione abbia proceduto (collegialmente) all'attribuzione dei punteggi attraverso il metodo del confronto a coppie.

Sul punto l'Azienda appellata controdeduce che le tabelle triangolari, come emerge dal verbale citato, sono state acquisite dalla Commissione nel corso della seduta del 17/12/2018 e sono poi confluite nelle operazioni di voto svolte nel corso della medesima seduta. Tanto è vero che la tabella riepilogativa reca la riproduzione in termini di punteggio dei coefficienti assegnati dai Commissari nell'ambito del confronto a coppie, contenuto nelle tabelle triangolare predisposte singolarmente da ciascun Commissario.

Considerazioni pressoché analoghe vengono svolte dalla controinteressata, Adapta, la quale afferma la correttezza della sentenza impugnata sulla scorta della la frase “*Si allegano i confronti a coppie di ciascun componente*” contenuta nel verbale predetto, oltre alla tabella allegata al verbale, recante il riepilogo dei punteggi assegnati da ciascun componente della Commissione, dai quali si evince la correttezza dell’*iter* seguito dalla Commissione.

4. Ritiene il Collegio che la censura sia infondata.

In via preliminare, deve osservarsi che tale motivo di ricorso – coerentemente all’impostazione del gravame – adduce circostanze fattuali orientate in una prospettiva formale e connotata da un evidente soggettivismo, risolvendosi in deduzioni fattuali ancorate ad una interpretazione delle espressioni contenute del verbale n. 23 non ancorata a basi oggettive, e senza peraltro addurre alcuna reale circostanza dalla quale sia possibile ricavare elementi realmente comprovanti un vizio nella procedura di valutazione delle offerte.

Invero, dal verbale n. 23 relativo alla seduta di gara del 17/12/2017 il Collegio ritiene sia possibile evincere l’esistenza di una precedente attività di valutazione individuale delle offerte tecniche dei concorrenti operata da ciascun commissario.

Tale circostanza, in particolare, si desume dal contenuto del verbale predetto (nella parte in cui dà atto che “*Il Presidente dichiara aperta la seduta, la Commissione procede nuovamente alla relativa valutazione ed alla conseguente attribuzione dei punteggi, attraverso il confronto a coppie, come prescritto dalla normativa di gara. Si allegano i confronti a coppie di ciascun componente*”), oltre che dalla Tabella Riepilogativa, contenente il riepilogo dei punteggi assegnati dai Commissari.

La verbalizzazione delle attività svolte non lascia residuare alcun dubbio, ad una lettura obiettiva, in merito.

Giova peraltro rammentare, in relazione ai connotati strutturali della censura in esame, che per consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato “*Chi contesta la legittimità degli atti di una procedura di gara o di concorso non può basare la sua deduzione solo sulla mancata menzione a verbale della regolarità delle operazioni in*

*ogni loro singolo passaggio, ma ha l'onere di provare in positivo le circostanze e gli elementi idonei a far presumere che un'irregolarità abbia avuto luogo. In assenza di tale prova, si può desumere che le operazioni non descritte nel verbale si siano svolte secondo quanto le norme prevedono” (Sez. VI, 02/02/2018, n.677).*

Nelle procedure di valutazione delle offerte, la mancata pedissequa indicazione, in ciascun verbale, dei singoli passaggi delle operazioni di voto non può tradursi per ciò solo un effetto viziante della procedura concorsuale, in tal modo implicitamente collegando all'insufficienza della verbalizzazione il pregiudizio alla segretezza ed all'integrità delle offerte.

A supporto di tale conclusione si pone l'esigenza di tener conto del “*principio di conservazione dei valori giuridici, il quale porta ad escludere che la procedura di gara possa essere integralmente viziata per incompletezza dell'atto descrittivo delle operazioni materiali, tecniche ed intellettive ad esso preordinate, laddove le contestazioni del concorrente, volte a ipotizzare una possibile manomissione o esposizione a manomissione dei plichi, non siano suffragate da circostanze ed elementi, nel caso in esame mancanti, che, su un piano di effettività e di efficienza causale, possano avere concretamente inciso sulla genuinità della selezione” (Consiglio di Stato sez. V, 19/08/2015, n.3948).*

Nel caso di specie, il Collegio ritiene che le circostanze addotte dalla ricorrente non possano dirsi idonee a fondare dei dubbi in merito alla correttezza delle operazioni svolte dalla Commissione, le quali appaiono pienamente conformi al dettato della *lex specialis*.

Né è dato ravvisare alcun profilo di manifesta illogicità od irrazionalità nell'attività in questione, per come documentata.

5. Con il secondo motivo di appello, la ricorrente deduce l'illogicità della sentenza nella parte in cui sostiene che la richiesta di chiarimenti assolve alla verifica di congruità ex art. 95, comma 10, D.Lgs. 50/2016, tenuto conto che alla data della richiesta non vi era alcun plausibile presagio circa l'aggiudicazione della gara in favore di Adapta.

La Svas Biosana aggiunge, inoltre, che la verifica di cui sopra si imponeva anche in ragione del fatto che Adapta avrebbe indicato un monte ore lavorate

annuo non coincidente con quello indicato nell'offerta presentata dalla stessa.

Sul punto, l'Azienda osserva che i chiarimenti forniti da Adapta sono pienamente idonei a dimostrare la congruità dell'offerta presentata e la conseguente infondatezza dei conteggi su cui la ricorrente basa le proprie censure, formulati del tutto genericamente e arbitrariamente.

Del pari, Adapta ribadisce che l'assunto da cui è partita la ricorrente è errato, giacché nel contenuto dell'offerta risulta un monte orario diverso da quello preso in riferimento dalla Svas Biosana ai fini delle proprie contestazioni.

6. Anche questa censura è infondata e va respinta.

Essa, invero formale, non tiene in considerazione la *ratio* sottesa all'istituto della verifica di congruità, ossia accertare la serietà, la sostenibilità e la sostanziale affidabilità della proposta contrattuale, al fine di evitare che l'appalto possa essere aggiudicato a prezzi eccessivamente bassi, che non garantiscano la qualità e la regolarità dell'esecuzione del contratto.

Nel caso di specie la stazione appaltante, del tutto legittimamente, ha ritenuto di procedere preventivamente ad una verifica dell'affidabilità e della serietà delle offerte proposte dalle concorrenti attraverso una richiesta di chiarimenti sul totale delle ore lavorate, al fine di scongiurare la necessità di dover procedere ad una successiva verifica di congruità del costo della manodopera ai sensi dell'art. 95, comma 10, D.Lgs. 50/2016.

La fase procedimentale è, da questo punto di vista, del tutto indifferente: giacché se è vero— come dedotto dall'appellante — che a quel momento l'offerta oggetto di verifica non poteva (ancora) attribuirsi all'aggiudicatario, è pur vero che l'anticipazione del momento del controllo non presenta alcuna controindicazione quanto all'efficacia della verifica, stante il principio di immodificabilità dell'offerta.

A ciò si aggiunga che, come rilevato dall'Azienda e dalla società Adapta, la censura trae origine da un dato delle ore complessive lavorate che non ha alcun fondamento nell'offerta presentata dalla controinteressata.

Al riguardo, infatti, a seguito dei chiarimenti richiesti, è emersa l'inconferenza dei conteggi effettuati dall'appellante la quale, erroneamente, prende in considerazione quanto previsto nell' "*Esempio di turnazione del personale*", il quale, invero, si limita ad illustrare una giornata ipotetica come mero esempio di una turnazione giornaliera del personale e non corrisponde esattamente al contenuto dell'offerta dell'Adapta.

Peraltro, la legittimità della pronuncia di primo grado si ricava, altresì, dalla mancata contestazione della ricorrente degli argomenti allegati sul punto dalla resistente e dalla controinteressata, che non consentono di presumere che l'offerta sia insostenibile economicamente nel suo complesso.

7. Con il terzo motivo di appello, la Svas Biosana lamenta l'illegittimità della sentenza di primo grado anche nella parte in cui sostiene che l'offerta di Adapta è ragionevolmente conforme alle prescrizioni contenute nella *lex specialis*, consentendo, al contempo, una integrazione postuma dell'offerta tecnica attraverso il progetto esecutivo.

In particolare, la Svas Biosana evidenzia, in primo luogo, che nell'offerta tecnica di Adapta non è prevista alcuna fornitura dei macchinari necessaria alla produzione dell'acqua trattata e, in secondo luogo, che tale mancanza non può essere sanata a posteriori attraverso l'integrazione del progetto esecutivo, che deve corrispondere esattamente ai progetti presentati in sede di offerta tecnica.

In merito a tale censura, l'Azienda e la Adapta osservano che la doglianza è priva di pregio in quanto i dettagli tecnici mancanti in offerta (come asserito dalla ricorrente) afferiscono, invero, la fase progettuale da svilupparsi dopo l'aggiudicazione definitiva ed entro trenta giorni dalla stipula del contratto, in perfetta aderenza con la disposizione di cui all'art. 6.4 ("*Dettagli Tecnici*") della legge di gara, il quale obbliga l'aggiudicataria a produrre all'azienda il progetto esecutivo dell'intervento correlato al progetto tecnico, definitivo e piano particolareggiato.



8. Parimenti infondata deve ritenersi la censura relativa alla presunta mancata fornitura dei macchinari necessaria alla produzione dell'acqua trattata, in quanto, secondo l'Azienda, tale doglianza trae origine da una lettura solamente parziale del progetto tecnico presentato da Adapta, tenuto conto che dalla Relazione Tecnica Specialistica dell'Impianto Idrico risulta che l'offerta comprende anche tale fornitura.

Il Collegio osserva che l'offerta di Adapta risulta formulata in conformità alle prescrizioni della *lex specialis*, in quanto corredata della indicazione dei macchinari necessari alla produzione dell'acqua trattata, rinviando la previsione dei dettagli tecnici alla fase progettuale da svilupparsi a seguito dell'aggiudicazione definitiva.

Contrariamente a quanto asserito dall'appellante, infatti, dalla lettura delle previsioni di gara e, segnatamente, dal punto D), n. 8 del Capitolato Tecnico relativo all'adeguamento e potenziamento della centrale di sterilizzazione, risulta che la disciplina dell'appalto *de quo* prevede che si possa rinviare la definizione di dettagli tecnici del progetto esecutivo in una fase successiva all'aggiudicazione,

A ben vedere, le osservazioni della odierna ricorrente non consentono di superare quanto correttamente rilevato dal giudice di prime cure, il quale ha ritenuto che la censura fosse basata su di una lettura solamente parziale del progetto tecnico presentato dalla Adapta il quale, invero, include la fornitura e l'installazione degli impianti necessari al funzionamento della centrale di sterilizzazione.

9. Con il quarto e ultimo motivo di ricorso, la Svas Biosana ripropone la richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, con conseguente accertamento del diritto della ricorrente all'immediato subentro nel servizio, oltre al risarcimento dei danni per equivalente.

Tale profilo di censura è logicamente dipendente dall'accoglimento dei precedenti mezzi: la cui infondatezza comporta pertanto il rigetto anche del

motivo in esame, per difetto del suo presupposto logico-giuridico (l'illegittimità dell'aggiudicazione e l'invalidità del contratto).

10. Il ricorso in appello è pertanto infondato, e come tale deve essere respinto. Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la regola della soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna Svas Biosana s.p.a. al pagamento in favore delle parti appellate costituite delle spese del presente giudizio, che liquida in complessivi euro diecimila/00 oltre accessori come per legge, in ragione di euro cinquemila/00 oltre accessori per ciascuna parte.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza (ai sensi dell'art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito dalla legge 24 aprile 2020, n. 27), con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giovanni Tulumello**

**IL PRESIDENTE**  
**Marco Lipari**

**IL SEGRETARIO**