



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 757 del 2017, proposto da:
Elettronica Bio Medica S.p.A (Già S.r.l.), in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Tufarelli, Mario Di Carlo, con domicilio
eletto presso lo studio Cesare Caturani in Bologna, via Santo Stefano, 16;

contro

Intercent Er, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso il suo studio in
Bologna, via Vaccaro 6;

nei confronti

Hospital Consulting, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dagli avvocati Marianna Capizzi, Antonio Bivona, con domicilio eletto
presso lo studio Ilaria Draghetti in Bologna, via del Perugino 4;

per l'annullamento

- della determinazione del direttore di Intercent ER n. 256 del 31/08/2017 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara a rilevanza comunitaria per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e verifiche delle apparecchiature biomedicali ed elettromedicali del lotto 1;
- della deliberazione n.275 del 25.10.2016 di indizione della gara;
- della deliberazione n.333 del 6.12.2016 di riapertura dei termini di presentazione dell'offerta;
- della deliberazione n.4690 del 20.2.2017 di nomina della commissione giudicatrice;
- della deliberazione n.39 del 8.2.2017 di ammissione dei concorrenti alla gara;
- e di qualsiasi altro atto e/o documento presupposto, connesso e conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent Er e di Hospital Consulting;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2018 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati i seguenti atti :

- a).Determina del direttore agenzia Intercent ER n. 256 del 31.8.2017 con cui è stata disposta la aggiudicazione definitiva della gara a rilevanza comunitaria per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e verifiche delle apparecchiature biomedicali ed elettromedicali, lotto 1;
- b).bando, disciplinare, capitolato speciale di appalto, allegati, chiarimenti nelle more intervenuti;
- c).verbali e documenti di gara e relativi allegati;

- d). delibera n. 275/2016;
- e). delibera n. 3337/2016;
- f). delibera n. 4690/2017;
- g). delibera n. 39/2017.

Il ricorso è stato affidato ai seguenti cinque motivi di diritto :

- 1). Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà, violazione del principio di immodificabilità dell'offerta;
- 2). Sull'anomalia dell'offerta di Hospital Consulting; violazione art. 97 DLGS 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, irrazionalità manifesta e contraddittorietà, difetto di motivazione, sviamento dalla causa tipica;
- 3). Valutazione della anomalia della offerta effettuata dal solo RUP; violazione artt. 31, 77, 97 DLGS 50/2016, violazione linee guida ANAC;
- 4). Violazione art. 7 DLGS 50/2016, illegittimità della composizione della commissione giudicatrice;
- 5). Violazione dei principi di pubblicità e trasparenza, apertura offerte tecniche in seduta riservata.

1). Con il primo motivo di ricorso la ricorrente sostiene che <in sede di verifica di anomalia HC ha giustificato il suo costo del personale assumendo il costo per 1.666 ore/anno ed incrementandolo del 25% per giungere al costo di 2.088 h/anno per figura professionale giustificata; dunque il personale aggiuntivo non copre tutto l'orario di servizio ma effettua dei turni>.

2). Con il secondo motivo sostiene che l'offerta economica di HC con uno sconto superiore al 50% è eccessivamente bassa e in passivo.

3). Con il terzo motivo sostiene che il procedimento di valutazione della anomalia dell'offerta è stato compiuto dal solo RUP senza l'ausilio della commissione giudicatrice; dunque è illegittimo.

4). Con il quarto motivo lamenta che tra i componenti della commissione vi è la dottoressa Candida Govoni, che ha rivestito anche il ruolo di presidente del seggio di gara e dunque non poteva essere presidente della commissione.

5). Infine con l'ultimo motivo sostiene che la seduta di apertura delle offerte tecniche è avvenuta in seduta riservata e non pubblica.

Replica Intercent con memoria del 28.10.2017.

In data 31.10.2017 depositata memoria anche la controinteressata HC.

Con ord. n. 347/2018 il Collegio ha disposto verifica.

In buona sostanza, il verificatore incaricato è stato chiamato a chiarire al Collegio se le argomentazioni di cui ai predetti motivi sub 1 e 2 sono condivisibili e se, in definitiva, l'offerta economica di HC può ritenersi eccessivamente bassa e in passivo.

In data 18.9.2018 il verificatore ha depositato la relazione. Queste le conclusioni :

< sul primo quesito si è verificato che il personale indicato nella configurazione offerta lavorerà su turni di 40 ore settimanali, avvicinandosi per coprire l'intero orario di servizio garantito per 60 ore settimanali e si rimette al prudente apprezzamento del giudice l'interpretazione del bando e la valutazione se questa configurazione possa essere ritenuta ad esso conforme. In particolare se sia consentito l'avvicendamento o se invece sia necessariamente richiesta la costante presenza delle figure non tecniche (1 responsabile e 1 amministrativo per ciascun sito) e delle due figure tecniche previste all'IRST (1 tecnico senior e 1 tecnico junior).

Sul secondo quesito : si stima il costo del lavoro per l'esecuzione dell'appalto in circa 2,06 mln di Euro e pertanto si conferma la congruità della stima indicata dalla aggiudicataria appunto di circa 2,06 mln di Euro.

Le parti hanno depositato ultime memorie difensive. La ricorrente ha contestato, in parte, gli esiti della verifica.

Intercent ha anche depositato, in data 19.10.2018, una nota spese sui minimi tariffari su indicazione vincolante degli uffici regionali.

1-2). Alla luce delle conclusioni del verificatore il Collegio ritiene che i primi due motivi di ricorso sono destituiti di fondamento e dunque vanno respinti.

In primo luogo, deve essere richiamato l'art. 4.13 del Capitolato.

Lo stesso, in relazione ai Requisiti del personale, dispone che : <Il personale (tecnico e amministrativo) sarà preposto alla gestione e all'espletamento di tutte le attività specificate nel presente capitolato. ...la configurazione minima dell'organico da proporre, in via continuativa, presso ciascuna Azienda sanitaria contraente prevede le seguenti figure professionali :

- laureato con esperienza per il ruolo di responsabile di commessa;
- amministrativo;
- tecnico senior per ogni presidio ospedaliero;
- tecnici junior.

La ditta aggiudicataria sarà comunque tenuta a mettere a disposizione del personale "aggiuntivo" anche non in via continuativa e in aggiunta alla configurazione minima descritta, per far fronte a situazioni di emergenza e al mantenimento dei livelli di servizio richiesti e comunque dichiarati in offerta>.

Come chiarito sia dal verificatore e sia in replica da Intercent il capitolato consente una presenza continuativa effettuata <con turni> e si riferisce, per gli orari da rispettare, al servizio e non ai singoli dipendenti.

Il Collegio ritiene che rientra pacificamente - nella libertà di iniziativa economica e di impresa – l'organizzazione del personale e delle relative turnazioni.

Dunque, anche alla luce della disposta verifica, non residuano spazi per sindacare questo aspetto di discrezionalità tecnica.

Con il secondo motivo di ricorso l'interessato sostiene che <l'offerta economica di HC, con uno sconto superiore al 50%, è eccessivamente bassa e in passivo; e i

giustificativi successivamente prodotti non forniscono una spiegazione concreta e tangibile della sostenibilità dell'offerta.

Si rammenta, infine, che il verificatore ha attestato che il costo in percentuale da bilancio è lo stesso a fronte di opposizioni reciproche sulla esibizione dei contratti; il metodo del valore parametrico (usato dal verificatore) è stato l'unico possibile e soggetto al contraddittorio e ha attestato una non manifesta irragionevolezza delle spese della aggiudicataria.

In ultimo, si ritiene che non è conferente il richiamo operato dalla ricorrente ai diversi Lotti 2 e 3 (nei quali è richiesta la "compresenza del personale").

Si può al riguardo utilizzare la giurisprudenza relativa al vizio di disparità di trattamento che ha affermato che deve trattarsi di situazioni assolutamente sovrapponibili (e così non è nel caso di lotti differenti).

Il riferimento, in ogni caso, è irrilevante ai fini in questione, essendo pacifico che il vizio di disparità di trattamento in tanto rileva in quanto, una volta rimosso, sia in grado di ricondurre situazioni di ingiustizia entro i canoni di legittimità; non viceversa, allorquando comporterebbe la perpetuazione di una situazione di illegittimità in forza della sua parificazione a casi analoghi, ancorché ormai cristallizzati (Cons. St., Sez. IV, n. 486 del 19.3.1998).

Inoltre, la recente giurisprudenza (cfr., C. Stato, sez. V, 10-02-2000, n. 726) ha più volte precisato che la disparità di trattamento è sinonimo di eccesso di potere solo quando vi sia un'assoluta identità di situazioni oggettive, che valga a testimoniare dell'irrazionalità delle diverse conseguenze tratte dall'amministrazione.

3). Con il terzo motivo l'interessata sostiene il procedimento di valutazione della anomalia dell'offerta è stato compiuto dal solo RUP senza l'ausilio della commissione giudicatrice; dunque è illegittimo.

Intercent replica sul punto precisando che :

- a). l'offerta dell'aggiudicatario non è a rischio di anomalia e nessuna analisi doveva essere effettuata per legge;
- b). il procedimento di verifica di congruità dell'offerta è stato aperto dalla stazione appaltante esclusivamente perché il ribasso praticato dall'impresa appariva più basso rispetto a quello praticato dagli altri concorrenti del lotto 1;
- c). quando è attivata una verifica di anomalia atipica non è obbligatorio analizzare ogni singola voce.

Il Collegio condivide integralmente le repliche.

4). Con il quarto motivo la ricorrente lamenta che tra i componenti della commissione vi sia la dottoressa Candida Govoni, che ha rivestito anche il ruolo di presidente del seggio di gara e dunque non poteva essere presidente della commissione.

5). Infine con l'ultimo motivo sostiene che la seduta di apertura delle offerte tecniche è avvenuta in seduta riservata e non pubblica.

I due motivi possono essere trattati insieme per connessione oggettiva e sono entrambi destituiti di fondamento.

Il Collegio condivide le precisazioni svolte da Intercent circa il fatto che nella specie è applicabile solo l'art. 84 Cod. Appalti.

Come noto, la giurisprudenza più recente (cfr., Tar Sardegna, Cagliari, n. 32/2018) ha affermato i seguenti principi :

a). la norma dell'art. 77 prima parte del d.lgs. 50/2016, invocata, sarebbe destinata a valere solo "a regime", ovvero dopo che sarà stato creato l'Albo dei commissari, che ancora non esiste. Fino alla sua istituzione, ai sensi del comma 12, "la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante".

In tal senso, il <cumulo delle funzioni di RUP e di Presidente della commissione di gara> non lederebbe le regole di imparzialità, come ritenuto da costante giurisprudenza, che argomenta in termini di principio, e non con riguardo ad una specifica disciplina delle gare, e quindi si deve ritenere condivisibile anche nel vigore della nuova normativa (si vedano C.d.S. sez. V 20 novembre 2015 n°5299 e 26 settembre 2002 n°4938).

L'art. 84 del Codice non enuncia l'incompatibilità dell'incarico di R.U.P. con l'investitura della presidenza delle Commissioni di gara, ma è solo per i commissari diversi dal Presidente che prevede, con il proprio comma 4, un'ampia incompatibilità : "I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta".

D'altra parte, la giurisprudenza ha avuto già modo di osservare che non costituisce violazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione il cumulo, nella stessa persona, delle funzioni di Presidente della Commissione valutatrice e di responsabile del procedimento, nonché di soggetto aggiudicatore, risultando ciò conforme ai principi sulla responsabilità dei funzionari degli enti locali, come delineati dall'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000 (V, 12 novembre 2012, n. 5703; 22 giugno 2010, n. 3890)>>.

Tutti questi precedenti sarebbero applicabili anche dopo l'entrata in vigore del "correttivo" (D.L.vo 19.4.2017 n. 56 in vigore dal 20.5.2017) che ha abrogato l'art. 77 comma 12 (solo in quanto inutile duplicato dell'art. 216 comma 12, D.L.vo 50/2016 avente il medesimo contenuto).

In conclusione, anche nella situazione transitoria di cui all'art. 77, comma 12 (e art. 216 comma 12) del D.L.vo 50/2016, deve trovare applicazione il principio affermato dalla prevalente giurisprudenza, avente portata generale, della

cumulabilità/compatibilità della funzione di RUP e di Presidente della Commissione giudicatrice.

Infine, in relazione alla seduta riservata, è corretto affermare che – nelle procedure telematiche – le buste tecniche possono essere aperte in seduta riservata.

Come noto, il Consiglio di Stato (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388) ha affermato i seguenti principi :

- a). l'utilizzo di gare interamente telematiche comporta la "tracciabilità" di tutte le operazioni modifica anche l'approccio e la soluzione di eventuali commissioni formali-procedimentali;
- b). la correttezza e l'intangibilità risulta, in questo caso, garantita dal sistema, con esclusione di ogni rischio di alterazione nello svolgimento delle operazioni, anche in assenza dei concorrenti;
- c). dunque, l'operato della PA appare complessivamente legittimo.

Il ricorso è dunque da respingere nel merito.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando :

Respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio in favore delle controparti che liquida in € 5.000,00 per ciascuno oltre accessori come per legge.

Liquida il compenso al verificatore per complessivi € 1.000,00 a carico del ricorrente.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

Jessica Bonetto, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Maria Ada Russo

IL PRESIDENTE
Giancarlo Mozzarelli

IL SEGRETARIO