

**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 857 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Gambro S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Della Fontana, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

l'Azienda Sanitaria Locale di Vallecamonica-Sebino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Avolio, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

nei confronti di

Spindial Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Leopoldo Melli e Salvatore Alberto Romano, con domicilio eletto presso Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile n. 11;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Lombardia, Sez. Staccata di Brescia, Sezione II, n. 244 del 10 febbraio 2011, resa tra le parti, concernente la gara per la fornitura di materiale per dialisi con apparecchiature in service presso gli Ospedali di Esine e di Edolo e presso il distretto di Darfo.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale di Vallecamonica-Sebino e di Spindial Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2011 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Della Fontana, Avolio e Romano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La ASL di Vallecamonica-Sebino ha indetto una gara, da esperirsi con procedura ristretta accelerata e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura di materiale per dialisi con apparecchiature in service presso gli Ospedali di Esine e di Edolo e presso il distretto di Darfo.

Alla gara avevano partecipato la Spindial S.p.a., che si era classificata al primo posto con punti 99,11 (35 punti per l'offerta tecnica e 64,11 punti per l'offerta economica), e la Gambro S.p.a., già affidataria del servizio, che si era classificata seconda con punti 95,68 (30,68 punti per l'offerta tecnica e 65 punti per l'offerta economica).

La ASL di Vallecamonica-Sebino aveva quindi aggiudicato in favore della Spindial S.p.a., in data 3 agosto 2010, la gara per la fornitura del materiale per la dialisi per un periodo di sette anni, dal 1 novembre 2010 al 31 ottobre 2017.

2.- La società Gambro ha proposto ricorso avverso l'aggiudicazione della gara davanti al TAR per la Lombardia che ha respinto la domanda cautelare con ordinanza della Sezione Staccata di Brescia, Sezione II, n. 707 del 2010. Tale decisione è stata però riformata dalla Sez. V del Consiglio di Stato che, con ordinanza n. 5063 del 5 novembre 2010, ritenuto opportuno un tempestivo approfondimento nel merito delle censure concernenti l'idoneità tecnica dei macchinari, ha sospeso l'aggiudicazione e l'efficacia del contratto di fornitura nelle more stipulato.

Il TAR per la Lombardia, con la sentenza della Sezione II di Brescia n. 244 del 10 febbraio 2011, preceduta dal dispositivo n. 177 del 27 gennaio 2011, ha tuttavia respinto il ricorso.

3.- La società Gambro ha fatto ricorso in appello avverso il dispositivo di sentenza, sostanzialmente riproponendo i motivi del ricorso di primo grado, e poi ha proposto motivi aggiunti avverso la sentenza n. 244 del 2011.

4.1.- Con il primo motivo la Gambro ha dedotto l'erroneità delle conclusioni raggiunte dal TAR in ordine al terzo dei motivi del ricorso di primo grado con il quale aveva sostenuto che l'aggiudicazione in favore della Spindial era stata effettuata in violazione del capitolato speciale d'appalto tecnico, in quanto i monitors per dialisi peritoneale, forniti dalla aggiudicataria Spindial, di cui al n. 7 del punto B.2.2.4. del Capitolato speciale d'appalto tecnico, erano privi del modulo di continuità per il funzionamento in assenza di alimentazione elettrica.

4.2.- Il TAR di Brescia ha respinto la censura avendo ritenuto convincente la tesi secondo cui la voce "modulo di continuità per il funzionamento in assenza di alimentazione elettrica" deve essere intesa come volta a richiedere apparecchiature idonee a garantire la "continuità terapeutica", nel senso di evitare la perdita dei dati della terapia erogata, in modo da poterla portare a termine in seguito.

L'apparecchiatura offerta dalla Spindial risponderebbe pienamente a tali requisiti, come ritenuto anche dalla stazione appaltante, che ha evidenziato come i macchinari per la dialisi non devono garantire la continuità dell'assistenza terapeutica in senso stretto (come ad esempio quelli per polmone e cuore).

Tale tesi risulta rafforzata, a giudizio del TAR, dal fatto che non esistano in commercio apparecchiature dotate di un modulo di continuità in grado di garantire il funzionamento delle stesse per un periodo di almeno 6 ore (la durata minima del trattamento di dialisi), e conseguentemente la "continuità terapeutica" di cui al bando non poteva essere riferita alla non interruzione della somministrazione della terapia, in quanto questa non avrebbe potuto essere garantita da alcun fornitore.

Infatti, l'apparecchio fornito dalla Gambro consente di proseguire il trattamento per 30/40 minuti, mentre quello fornito da Spindial, di effettuare un back up dei dati che consente di memorizzare lo stato di avanzamento della terapia in modo tale da consentirne la ripresa entro due ore.

In entrambi i casi le apparecchiature sono state ritenute idonee ad integrare i requisiti richiesti dalla lex specialis e l'interpretazione data dalla stazione appaltante sulla prescrizione del capitolato, ha aggiunto il TAR, non sembra arbitraria, anche in considerazione del fatto che la stessa offerta di Gambro non risponderebbe al requisito richiesto laddove dovesse essere interpretato letteralmente. Infatti, anche l'apparecchiatura fornita da quest'ultima non garantisce quel completamento della terapia che equivale alla garanzia della continuità terapeutica, se intesa in senso stretto, ma consente solo la sua continuazione per 30/40 minuti.

4.3.- Ha dedotto la Gambro che l'interpretazione della suddetta clausola effettuata dal TAR (e dalla stazione appaltante) deve considerarsi riduttiva perché la continuità terapeutica è in radice negata dallo spegnimento della macchina di Spindial, mentre la prescritta continuità di funzionamento dell'apparecchiatura esige la completa ed integrale funzionalità della macchina e non di un suo singolo dispositivo con una funzione meramente conservativa e non attiva.

Aggiunge la Gambro che la clausola del capitolato si limita a prescrivere la continuità (e quindi la mancata interruzione della terapia dialitica), senza indicare tassativamente un periodo minimo, nell'ovvio presupposto che, secondo l'id quod plerumque accidit, l'interruzione della corrente di rete non è di regola destinata a protrarsi per alcune ore ma è contenuta in tempi molto più ridotti; il che impone di interpretare la clausola secondo criteri di ragionevolezza non potendosi che considerare congrua una continuità di trattamento garantita per 30-40 minuti.

4.4.- La Sezione ritiene, tuttavia, condivisibili le conclusioni cui è giunto il giudice di primo grado.

Si deve, infatti, ritenere che anche l'apparecchiatura offerta da Spindial possa rispondere alle esigenze terapeutiche della stazione appaltante e quindi (anche) al requisito dettato dal punto B.2.2.4. del Capitolato d'appalto tecnico.

Come giustamente osservato dal TAR, entrambe le apparecchiature offerte non sono in grado di garantire il completamento di una terapia di dialisi (della durata di almeno sei ore) nel caso di prolungata interruzione della energia elettrica.

Entrambe le apparecchiature prevedono invece la possibile continuazione della terapia nel caso di una non prolungata interruzione della energia elettrica: l'apparecchiatura di Gambro senza alcuna interruzione, ma solo per 30/40 minuti; l'apparecchiatura di Spindial con una temporanea sospensione della terapia ma con la sua ripresa (dal punto in cui è stata sospesa) entro due ore.

Appare quindi corretto l'operato della Commissione che, rilevata l'assenza in commercio di apparecchiature in grado di assicurare comunque il completamento della terapia nel caso di interruzione dell'energia elettrica, ha ritenuto che tutte e due le apparecchiature assicuravano una continuità terapeutica (dovendosi in tal senso interpretare la clausola del Capitolato d'appalto tecnico) ed ha quindi ritenuto di ammettere alla gara tutte e due le apparecchiature, sottoponendole peraltro ad un giudizio tecnico nel quale ha tenuto conto delle diverse caratteristiche delle due macchine anche con riferimento alla specifica questione della continuità terapeutica nel caso di possibile interruzione dell'energia elettrica.

5.- La Gambro, con un ulteriore profilo del primo motivo, ha poi lamentato che il TAR ha sbrigativamente liquidato l'ulteriore questione che era stata sollevata con riferimento ai requisiti richiesti per i monitors dai numeri 12 e 13 del punto B.2.2.4 del capitolato tecnico.

Secondo Gambro i monitors per emodialisi ed emodiafiltrazione on line (di cui al suindicato punto B.2.2.4 del capitolato tecnico) devono essere dotati dei requisiti minimi di base, quali, al n. 12, un "software per l'acquisizione in automatico e in manuale tramite operatore, degli eventi clinici verificatisi durante il trattamento dialitico" e, al n. 13, un "sistema di interfacciamento con rete informatica aziendale per gestione dati paziente tramite PC centralizzato", che Spindial non ha garantito.

Infatti le apparecchiature offerte da Spindial, pur gestendo i dati tecnici, non sono in grado di gestire la segnalazione di eventi clinici.

5.1.- La censura non può essere accolta.

La questione riguardante l'idoneità dei monitors è stata infatti vagliata dalla competente Commissione giudicatrice, come risulta anche dai chiarimenti forniti il 21 settembre 2010 nei quali la stessa ha affermato che "il sistema informatico per l'acquisizione automatica, dai monitors di dialisi e dai letti di bilancia, dei dati della seduta dialitica e degli eventi clinici, con possibilità di gestione e stampa su reports" è parte della fornitura ed è stato oggetto di valutazione tecnica.

Risulta, quindi, corretta la conclusione del TAR secondo cui, in assenza di prova adeguata (e tale non può ritenersi la relazione tecnica della Gambro peraltro contrastata da numerose perizie contrarie depositate dalla Spindial), circa l'inidoneità della soluzione tecnica proposta dalla Spindial, "la scelta della commissione tecnica di ritenere ammissibili entrambe le offerte e di valorizzare, quindi, la differenza tra le due sul piano del punteggio appare conforme ai canoni di razionalità richiesti dai principi di buona amministrazione, nonché immune da vizi di incoerenza o illogicità, con conseguente rigetto della censura".

Si deve aggiungere che, secondo quanto affermato dalla ASL, le schede tecniche in atti dimostrano che il software delle dette apparecchiature è in grado di acquisire, sia in automatico sia in manuale, tramite operatore, gli eventi clinici verificatisi durante il trattamento dialitico ed è dotato di un sistema in grado di garantire l'interfacciamento con la rete informatica aziendale.

6.- Con il secondo motivo dell'appello la Gambro ha contestato le conclusioni raggiunte dal TAR in ordine al quarto motivo del ricorso originario con il quale aveva sostenuto che la Spindial, per l'assistenza e la manutenzione dell'impianto già realizzato presso l'ospedale di Edolo, aveva dichiarato di volersi avvalere del subappalto al produttore (che era la stessa Gambro), prospettando una disponibilità da lei mai assicurata.

6.1- Anche sul punto devono essere condivise le conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado.

Infatti l'offerta poteva risultare inammissibile solo se fosse stata dimostrata l'impossibilità di Spindial di poter provvedere in proprio alla manutenzione dell'impianto in questione, in quanto il subappalto della manutenzione (al produttore dell'impianto) era stato indicato solo come una possibile facoltà alternativa. Ma l'eventuale impossibile realizzazione dell'alternativa (per la mancata adesione della Gambro produttrice dell'impianto) non esime la Spindial dal dover provvedere in proprio alla manutenzione dello stesso.

7.- Con la terza censura l'appellante insiste sulla questione sollevata con il primo dei motivi del ricorso di primo grado.

La Gambro aveva sostenuto che, in violazione dell'art. 84, commi 4, 7 e 8 del d. lgs. n. 163 del 2006 (che consente la nomina di commissari esterni solo se è accertata la carenza in organico di adeguate professionalità), nella Commissione giudicatrice era stato nominato un commissario esterno (il dr. Claudio Minoretti, Direttore dell'UO Nefrologia e Dialisi dell'Azienda Ospedaliera Sant'Anna di Como).

7.1.- Al riguardo si deve ricordare che, ai sensi dell'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006, quando il criterio di aggiudicazione di una gara è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, deve essere nominata una Commissione di gara nella quale i componenti diversi dal presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta (comma 4).

Sul punto è stato chiarito che tale prevista incompatibilità, mirando a garantire l'imparzialità dei commissari di gara, si riferisce a soggetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, ad esempio incarichi di progettazione, di verifica della progettazione, incarichi di predisposizione della legge di gara, e simili, mentre l'incompatibilità non può estendersi anche a funzionari della stazione appaltante che svolgono incarichi (amministrativi o tecnici) che non sono relativi allo specifico appalto (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 9577 del 29 dicembre 2010).

7.2.- Sulla base di tali principi deve essere confermata, anche sul punto, la sentenza del TAR di Brescia che ha ritenuto, nella fattispecie, rispettata la "ratio" dell'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006 che "tende ad impedire, per ragioni di trasparenza e d'imparzialità, la presenza nella Commissione esaminatrice di soggetti che abbiano svolto una qualsiasi attività in grado di interferire con il giudizio di merito sull'appalto".

Considerato che i medici interni che avrebbero potuto fare parte della Commissione hanno contribuito alla redazione della documentazione tecnica e sono stati fruitori del servizio svolto dalla Gambio (gestore uscente), non risulta censurabile la decisione della Stazione appaltante di avvalersi nella Commissione, per garantire l'imparzialità e la trasparenza della scelta, (anche) di un professionista esterno esperto della materia (il dr. Claudio Minoretti, Direttore dell'UO Nefrologia e Dialisi dell'Azienda Ospedaliera Sant'Anna di Como).

Si deve aggiungere che dagli atti risulta provata la sicura collaborazione nella redazione del Capitolato del dr. Roberto Broccoli, responsabile del Servizio di Nefrologia e dialisi dell'Azienda sanitaria e che i contenuti della nota con il quale, il 13 maggio 2010, lo stesso dr. Broccoli ha fornito al dr. Francesco Mazzoli, responsabile dell'Area gestione risorse materiali, le valutazioni di competenza, sono state condivise anche dagli altri medici (dr. Cesare Bertelli, dr.ssa Annunciata Manganoni e Dr. Perazolo Luciano Emanuel), come risulta dalla nota in atti datata sempre 13 maggio 2010.

8.- La Gambio ha insistito poi, con il quarto motivo, sulla avvenuta violazione del principio di unicità della Commissione di gara sempre dettato dal citato art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006, dovendo, nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, anche la valutazione delle offerte economiche essere demandata alla commissione giudicatrice.

8.1.- Al riguardo, si deve partire con il ricordare che l'art. 84 del Codice dei Contratti Pubblici (d. lgs. n. 163 del 2006) stabilisce, al comma 1, che quando, come nella fattispecie, "la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento". Il secondo comma dell'art. 84 aggiunge che "La commissione, nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, è composta da un numero dispari di componenti, in numero massimo di cinque, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto".

Sulla base di tali disposizioni si deve ritenere che, in una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tutte le operazioni di gara a carattere valutativo, debbano essere compiute **dalla apposita commissione giudicatrice**.

Ciò si ricava non solo dall'interpretazione letterale della norma, che richiamando le attività di valutazione non può che comprendere tutti gli aspetti inquadrabili in tale concetto (e quindi anche le valutazioni che possono conseguire dalla presentazione dell'offerta economica), sia dalla ratio della norma che ha lo scopo di rimettere ad un organo collegiale, composto da esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, le attività valutative e quindi la scelta del contraente ritenuto migliore.

8.2.- La giurisprudenza ha, in proposito, chiarito che non può ritenersi compito del responsabile unico del procedimento (RUP), in una gara con la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pronunciarsi sull'anomalia dell'offerta in quanto è la Commissione che deve operare un proprio diretto apprezzamento sull'anomalia, anche eventualmente sulla base di una relazione tecnica redatta dal RUP. Attraverso la valutazione dell'anomalia, infatti, viene posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta che non è di carattere comparativo ma è pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni addotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4584 del 15 luglio 2010).

8.3.- Anche questa Sezione ha di recente affermato, con la sentenza n. 1368 del 3 marzo 2011, che tutte le attività di valutazione (compreso l'attività di verifica delle eventuali anomalie dell'offerta economica) devono essere compiute dalla Commissione giudicatrice (e non dal solo Presidente). Infatti la necessità di operare con il "plenum" della Commissione giudicatrice "si pone essenzialmente nelle fasi in cui la Commissione è chiamata a fare scelte discrezionali, in ordine alle quali v'è l'esigenza che tutti i suoi componenti offrano il loro contributo ai fini di una corretta formazione della volontà

collegiale, e che invece può consentirsi la deroga al principio della collegialità per le attività preparatorie, istruttorie e vincolate".

8.4.- Si è invece ritenuto legittima la sola lettura, da parte del RUP, del prezzo offerto non essendovi in tale operazione l'esercizio di scelte discrezionali (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 7470 del 2010).

8.5.- Poiché, nel caso di specie, il Presidente del seggio di gara, quando ha dato lettura dell'offerta economica ed ha assegnato il relativo punteggio, ha svolto una funzione priva di contenuti di discrezionalità, si deve ritenere irrilevante, sulla base dei principi esposti, la circostanza che in quella seduta la Commissione giudicatrice non fosse nella sua integrale composizione per l'assenza del membro esterno dr. Claudio Minoretti.

La censura sollevata si deve ritenere quindi infondata.

Del resto, come affermato dal giudice di primo grado, l'effettuazione delle operazioni di attribuzione del punteggio economico da parte della commissione tecnica, anziché dal seggio di gara, non avrebbe potuto comportare, per la natura automatica delle operazioni, l'attribuzione di un diverso punteggio, con la conseguente carenza anche di interesse concreto ed attuale a far valere la censura.

9.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto.

Le spese del grado di appello possono essere comunque integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

respinge l'appello.

Dispone la compensazione fra le parti delle spese e competenze del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 15/07/2011