

Pubblicato il 23/12/2020

N. 08295/2020REG.PROV.COLL.
N. 04236/2020 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 4236 del 2020, proposto da Bioh Filtrazione s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Vittoria Luciano, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Pescara, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Alessandro Di Sciascio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Omnia Servitia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato Fausto Troilo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Sterimed s.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza n. 145 del 5 maggio 2020 del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, relativa all'affidamento quinquennale del servizio di gestione e trattamento dell'acqua fredda e sanitaria finalizzato alla prevenzione e al controllo del rischio legionella nelle proprie strutture ospedaliere residenziali per il valore di € 1.500.000,00.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Pescara e dell'appellante incidentale Omnia Servitia s.r.l.;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2020 il Consigliere Massimiliano Nocelli, mentre nessuno è comparso per le parti, che non hanno chiesto di discutere oralmente la causa da remoto;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante incidentale, Omnia Servitia s.r.l. (di qui in avanti, per brevità, Omnia), ha partecipato alla gara indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Pescara (di qui in avanti, per brevità, l'Azienda) per l'affidamento quinquennale del servizio di gestione e trattamento dell'acqua calda e fredda sanitaria finalizzato alla prevenzione e al controllo del rischio legionella nelle proprie strutture ospedaliere residenziali.

1.1. All'esito delle operazioni la gara è stata infine aggiudicata all'odierna appellante principale, Bioh Filtrazione s.r.l. (di qui in avanti, per brevità, Bioh), con la deliberazione n. 1206 dell'11 ottobre 2019.

1.2. Avverso tale provvedimento, in una con tutti gli atti di gara, Omnia ha proposto ricorso avanti al Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, e ha dedotto due censure:

a) l'illegittima inversione dell'ordine di esame dei criteri valutativi, avendo la

Commissione anteposto la disamina di quelli quantitativi o tabellari a quelli discrezionali;

b) la violazione della *lex specialis* in ragione del fatto che l'assegnazione dei coefficienti di apprezzamento dei criteri di natura discrezionale fosse stata, anziché individuale, collegiale.

1.3. Nel primo grado del giudizio per opporsi al ricorso si sono costituite la stazione appaltante e la controinteressata Omnia che, a sua volta, ha proposto ricorso incidentale, lamentando la mancata esclusione di Omnia per tre motivi:

a) Omnia non sarebbe stata materialmente in grado di eseguire le prestazioni offerte in gara, che prevedevano la fornitura di filtri commercializzati sul territorio nazionale esclusivamente da Bioh, la quale non aveva concluso né aveva evidentemente intenzione di farlo alcun contratto con Omnia;

b) l'offerta di Omnia non sarebbe conforme alle prescrizioni tecniche di cui alla *lex specialis*, in quanto i pre-filtri proposti non erano certificati CE come dispositivi medici;

c) nella propria offerta Omnia aveva ommesso di indicare separatamente, siccome imposto dalla *lex specialis*, il costo di tutta la manodopera impiegata nella commessa.

1.4. All'esito del giudizio, con la sentenza n. 145 del 5 maggio 2020, il Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, ha accolto il ricorso principale di Omnia e il terzo motivo del ricorso incidentale di Omnia e, per l'effetto, ha disposto l'integrale rinnovazione della gara.

2 Avverso tale sentenza ha proposto appello principale l'aggiudicataria Bioh, lamentandone l'erroneità per tre distinti motivi che di seguito saranno esaminati, e ha chiesto, previa sospensione, la riforma, con il conseguente accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado

da Bioh e, comunque, la reiezione del ricorso principale sempre proposto in primo grado da Omnia.

2.1. Si è costituita Omnia, per chiedere la reiezione dell'appello principale, e ha altresì proposto appello incidentale contro la sentenza impugnata laddove ha dichiarato ammissibile e, comunque, accolto in parte il ricorso incidentale escludente proposto da Bioh in primo grado.

2.2. Si è costituita l'Azienda appellata, per chiedere l'accoglimento dell'appello principale e la reiezione dell'appello incidentale proposto da Omnia.

2.3. Con l'ordinanza n. 3728 del 26 giugno 2020 la Sezione ha respinto la domanda di sospensione proposta dall'appellante principale.

2.4. Infine, nell'udienza pubblica del 10 dicembre 2020, il Collegio, sulla base degli scritti difensivi, ha trattenuto la causa in decisione ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020 e dell'art. 4, comma 1, del d.l. n. 28 del 2020, conv. con mod. in l. n. 70 del 2020.

3. Il Collegio ritiene, per il principio della ragione più liquida, di dover esaminare anzitutto l'appello principale di Bioh al fine di verificare se le due censure proposte in primo grado da Omnia siano fondate perché, laddove nessuna di queste fosse meritevole di accoglimento e risultasse infine legittima l'aggiudicazione della gara a Bioh, diverrebbe improcedibile, per il sopravvenuto difetto di interesse, l'appello incidentale proposto da Omnia, che non avrebbe più alcun interesse, nemmeno strumentale, a contestare la propria esclusione dalla gara.

3.1. Nel merito l'appello principale di Bioh è fondato per le ragioni che seguono, da ritenersi assorbenti di ogni altra censura proposta dalla stessa Bioh.

3.2. Il primo giudice ha ritenuto, anzitutto, di accogliere il secondo motivo del ricorso principale, con il quale Omnia si doleva che la Commissione avesse sovvertito l'ordine di esame degli elementi di valutazione e avesse,

così, dapprima apprezzato nel corso di diverse sedute gli elementi di carattere quantitativo e tabellare, per i quali l'attribuzione del punteggio sarebbe stata automatica, e successivamente quelli aventi carattere discrezionale.

3.3. Si deve tuttavia osservare in senso contrario, come ha pure ha osservato la sentenza impugnata, che la Commissione ha alternato la valutazione dell'offerta tecnica in base a criteri vincolati con quella effettuata sulla scorta di criteri discrezionali, ciò che esclude che vi sia stata una totale posposizione degli uni rispetto agli altri.

3.4. Non esiste del resto né è prescritto dalla legge un ordine rigoroso nell'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica secondo i criteri vincolati o discrezionali e l'aver posposto l'assegnazione del punteggio in base ai primi rispetto ai secondi non è *ex se* indice di un illegittimo o parziale agire da parte della Commissione giudicatrice nella valutazione delle offerte secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

3.5. In primo grado e nel corso del giudizio, comunque, mai Omnia ha allegato circostanze attinenti alla valutazione di elementi soggetti all'assegnazione di un punteggio discrezionale che, per incoerenza, irragionevolezza o illogicità, denotassero il fatto che la Commissione avesse, per così dire, modulato i punteggi discrezionali in funzione di quelli già assegnati alle offerte per gli aspetti quantitativi o tabellari, non essendo certo sufficiente né ancor meno decisivo allegare, come ha fatto Omnia, la mera circostanza che la differenza tra i punteggi complessivi assegnati, conseguiti dalle concorrenti, fosse stata determinata dalla valutazione delle voci discrezionali.

3.6. Di qui l'infondatezza del motivo in esame, erroneamente accolto dal primo giudice sulla scorta dell'argomento secondo cui i poteri discrezionali-valutativi sarebbero stati addirittura esercitati per ultimo, con ciò violando apertamente i principi di precauzione e di trasparenza

procedimentale, e che sarebbero configurabili cc.dd. *illegittimità di pericolo* nello svolgimento delle gare pubbliche.

3.7. In senso contrario si deve rilevare che il giudice amministrativo, nel sindacare la legittimità degli atti di gara, non è chiamato ad esaminare fattispecie di pericolo né a garantire l'osservanza di un precauzionale diritto del sospetto, ma solo a verificare se l'azione amministrativa abbia in effetti violato le regole del procedimento.

3.8. Ma nel diritto dei contratti pubblici non esiste alcuna regola, men che mai precauzionale, che imponga necessariamente che alla Commissione, nel valutare l'offerta tecnica, di procedere prima all'assegnazione dei punteggi discrezionali e poi a quelli vincolati, salva l'esistenza di elementi che lasciano ritenere simile *modus operandi*, sul piano dell'eccesso di potere, come indice di parzialità o di favoritismo nella valutazione tecnica della Commissione, censurabile come manifestamente illogica o manifestamente discriminatoria, elementi qui nemmeno adottati da Omnia, con la conseguente reiezione, dunque, del primo motivo articolato in primo grado da Omnia.

4. Non è condivisibile la sentenza impugnata nemmeno laddove, nell'accogliere il secondo motivo del ricorso principale proposto in primo grado da Omnia, ha ritenuto illegittimo l'operato della Commissione di gara perché i componenti avrebbero assegnato collegialmente i punteggi, nonostante il disciplinare di gara, per l'esame di tali voci, avesse disposto un vaglio individuale di ciascun commissario con un *range* da 0 a 1, da porre successivamente in media con i coefficienti attribuiti, allo stesso modo, dagli altri commissari.

4.1. Si tratterebbe, ad avviso della sentenza impugnata, di una evidente, conclamata, violazione della *lex specialis*, che comporterebbe l'accoglimento della censura, in quanto nei procedimenti concorsuali, sempre a dire del primo giudice, le regole di cautela e gli accorgimenti prudenziali sarebbero

importanti corollari della trasparenza pubblica e, quando l'azione amministrativa si discosta in modo percepibile da tali regole comportamentali, si determinerebbe una illegittimità di per sé rilevante e insanabile, venendo in rilievo una condotta già *ex ante* implicitamente considerata come offensiva, perché in grado di minacciare il bene protetto dalle suddette regole.

4.2. Anche queste considerazioni non sono condivisibili perché, lo si deve ancora una volta ribadire, le norme dell'evidenza pubblica non sono poste formalisticamente a presidio di un pericolo astratto, come assume a torto la sentenza impugnata, ma del concreto e regolare svolgimento delle operazioni di gara, che possono essere contestate e annullate solo laddove il ricorrente offra almeno un principio di prova dal quale si desuma in via indiziaria che l'operato della Commissione giudicatrice o abbia violato direttamente la legge o sia affetto da eccesso di potere in una delle sue figure sintomatiche.

4.3. Nel caso di specie tale principio non è stato offerto da Omnia perché la circostanza che i singoli commissari abbiano espresso tutti lo stesso punteggio o un unico punteggio, come ormai afferma la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, non è *ex se* indice di illegittimità, per la stringente ragione che essa prova troppo (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595; Cons. St., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1428, Cons. St., sez. V, 17 dicembre 2015, n. 517), «*non essendo nemmeno sufficientemente chiaro il punto di caduta di tale rilievo censoreo ben potendo spiegarsi la detta circostanza come una fisiologica evoluzione del confronto dialettico svoltosi in seno a tale organo*» (Cons. St., sez. III, 26 ottobre 2020, n. 5130).

4.4. Proprio il deciso ripudio di ogni logica rispondente ad un pericolo astratto, seguita invece dal primo giudice, deve dunque indurre a ritenere che l'espressione di un giudizio identico, singolarmente o complessivamente, da parte di tutti i commissari, sia la conseguenza di un

dialettico confronto, in seno alla Commissione giudicatrice, anziché la manifestazione di una evidente parzialità nei confronti di un'offerta rispetto ad un'altra, in assenza di un qualsivoglia principio di prova che lasci ritenere simile giudizio, da parte di tutti i commissari, come una valutazione precostituita, frutto non già del libero convincimento di ciascuno di essi, poi confluito in un unanime complessivo giudizio, ma di un atteggiamento acritico, illogico, ingiusto o, ancor peggio, parziale o preconcelto.

4.5. Di qui la reiezione anche del secondo motivo del ricorso principale di primo grado, apoditticamente accolto dalla sentenza qui impugnata.

5. La reiezione del ricorso di primo grado in tutti i suoi motivi, alla luce delle ragioni sin qui esposte, comporta la regolarità delle operazioni di gara e la conseguente legittimità dell'aggiudicazione conseguita da Bioh, odierna appellante principale, con conseguente assorbimento di tutte le ulteriori questioni, dedotte dall'appellante principale, inerenti all'integrale travolgimento della gara in conseguenza dell'erroneo annullamento della procedura da parte del primo giudice.

7. Ne consegue l'improcedibilità dell'appello incidentale proposto da Omnia per sopravvenuto difetto di interesse, in quanto, come si è accennato, essa non avrebbe alcun interesse, nemmeno di carattere strumentale, all'esame dei motivi con esso articolati, stante la legittimità dell'aggiudicazione conseguita da Bioh, confermata definitivamente in questa sede, all'esito di una gara regolarmente svoltasi.

8. In ogni caso, e solo *ad abundantiam*, si deve rilevare che è corretta la statuizione del primo giudice laddove, nell'accogliere il terzo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado da Bioh (con assorbimento degli altri due motivi), ricorso che era pienamente ammissibile perché in esso Bioh aveva esattamente individuato gli atti impugnati (sostanzialmente, l'ammissione di Omnia alla gara), ha ritenuto che l'offerta di Omnia dovesse essere esclusa dalla gara, per la mancata indicazione dei

costi della manodopera e la conseguente violazione dell'art. 95, comma 10, del d. lgs. n. 50 del 2016.

8.1. Non vi è dubbio infatti che, secondo quanto ha chiarito la Corte di Giustizia UE nella sentenza del 2 maggio 2019 in C-309/18, la disposizione dell'art. 95, comma 10, del d. lgs. n. 50 del 2016 avesse carattere immediatamente escludente e che essa integrasse le previsioni della *lex specialis* che peraltro, come ha rilevato il primo giudice, nel caso di specie aveva espressamente menzionato l'obbligo di indicare separatamente tutti i costi della manodopera all'interno dell'offerta economica, pur senza sanzionarlo espressamente con l'esclusione.

8.1. Stante la sufficienza di tale ragione a determinare l'esclusione di Omnia che non aveva indicato tali costi separatamente nella propria offerta, peraltro, rimangono assorbite, per la loro irrilevanza ai fini del presente giudizio, tutte le altre questioni inerenti agli altri due motivi escludenti dedotti con il ricorso incidentale da Bioh e qui riproposte, peraltro, dalla stessa appellante principale.

9. In conclusione, per tutte le ragioni esposte da ritenersi assorbenti di ogni altra questione, l'appello principale di Bioh deve essere accolto, mentre deve essere dichiarato improcedibile quello incidentale di Omnia, comunque infondato anche nel merito, sicché, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso principale proposto in primo grado da Omnia e deve essere confermata definitivamente l'aggiudicazione della gara a Bioh.

10. La complessità dei motivi sin qui esposti costituisce ragione atta a giustificare la compensazione delle spese inerenti al doppio grado del giudizio tra le parti.

10.1. Omnia, appellante incidentale, deve essere condannata per la soccombenza sul piano sostanziale a rimborsare in favore di Bioh il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso incidentale, in

primo grado, e dell'appello principale, mentre rimane definitivamente a carico della stessa Omnia il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso principale, in primo grado, e dell'appello incidentale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello principale, proposto da Bioh Filtrazione s.r.l., nonché sull'appello incidentale, proposto da Omnia Servitia s.r.l., accoglie il primo e respinge il secondo ai sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata n. 145 del 5 maggio 2020 del Tribunale amministrativo regionale per l'Abruzzo, sezione staccata di Pescara, respinge il ricorso principale proposto in primo grado da Omnia Servitia s.p.a. e conferma l'aggiudicazione della gara in favore di Bioh Filtrazione s.r.l.

Compensa interamente tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

Condanna Omnia Servitia s.r.l. a rimborsare in favore di Bioh Filtrazione s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso incidentale in primo grado e dell'appello principale.

Pone definitivamente a carico di Omnia Servitia s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione del ricorso principale in primo grado e dell'appello incidentale.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2020, con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere, Estensore

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

L'ESTENSORE
Massimiliano Nocelli

IL PRESIDENTE
Franco Frattini

IL SEGRETARIO