Allegato n° 1 alla deliberazione
N° ____ del ____
Composto di n° 13 fogli

Pubblicato il 03/11/2016

N. 04616/2016REG.PROV.COLL.
N. 03106/2016 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 3106 del 2016, proposto da:
Bioh Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Vincenzo Avolio C.F. VLAVCN42M12A662S, Vittoria Luciano C.F. LCNVTR66A41F537M, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria Nr.2;

contro

Asl 5 Oristano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Angelo Miscali C.F. MSCSVT62H23A380R, con domicilio eletto presso Maria Adelaide Taras in Roma, via Ferruccio Amendola 8;

nei confronti di

Fresenius Medical Care Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello C.F.

TDRFBA70S23D976K, Giuseppe Fuda C.F. FDUGPP69C09D976W, con domicilio eletto presso Massimo Zampini in Roma, via Flaminia 357;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA – CAGLIARI - SEZIONE I n. 00088/2016, resa tra le parti, concernente affidamento della fornitura e posa in opera di n. 1 impianto di trattamento e distribuzione acqua per il CAL dialisi di Bosa – risarcimento dei danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl 5 Oristano e di Fresenius Medical Care Italia Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2016 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Antonio Sasso su delega di Vincenzo Avolio, Salvatore Angelo Miscali e Dario De Blasi su delega di Giuseppe Fuda;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 – L'appellante Bioh srl riferisce di essere un'azienda specializzata nelle apparecchiature elettromedicali, la depurazione dell'acqua ed i filtri per l'acqua, e di essere stata pertanto invitata a partecipare alla gara indetta dalla ASL 5 di Oristano per l'affidamento della fornitura e

posa in opera di un impianto di trattamento e distribuzione acqua per il CAL Dialisi di Basa e per la successiva manutenzione full-risk post garanzia ordinaria, gara da aggiudicarsi al prezzo più basso, su una base d'asta di € 168.000,00 (IVA esclusa).

La stessa ha quindi prodotto, così come richiesto dal Capitolato speciale a pena di esclusione, la dichiarazione di accettazione di tutte le clausole contenute nel Capitolato speciale, nel Capitolato tecnico ed in tutti gli atti di gara, nonché una "Relazione sulle modalità di prestazione del servizio di assistenza e manutenzione, compresi i controlli chimico-fisici e batteriologici-endotossinici dell'acqua, con riferimento a tutti i requisiti del Capitolato Tecnico".

2 - Il Capitolato Tecnico (punto A7), a propria volta, prescrive, tra l'altro, che le concorrenti debbano garantire "*un servizio di reperibilità telefonica, attraverso uno o più numeri telefonici da indicare già nell'offerta tecnica e attivi 24 ore su 24 per 365 giorni all'anno (...) La presenza al centro dialisi da parte del tecnico specializzato deve essere garantita entro 2 ore dalla chiamata e, in qualsiasi caso, non potrà essere superiore alle 4 ore dalla chiamata. Qualunque ritardo rispetto al predetto termine di 4 ore, legittimerà l'Azienda all'applicazione delle penali previste nel Capitolato Speciale d'Appalto. Qualora i ritardi si ripetano in numero superiore a tre nell'arco di 12 mesi, si potrà procedere alla risoluzione del contratto*".

Il criterio di aggiudicazione previsto è quello del prezzo più basso previa verifica di conformità dell'offerta tecnica presentata, rispetto a quanto previsto dal Capitolato Tecnico. A tal fine un'apposita commissione viene investita "*dell'esame della completezza e regolarità della*

documentazione tecnica presentata e la verifica di conformità tecnica di quanto offerto con riferimento a tutto quanto previsto nel Capitolato Tecnico".

3 - Nella seduta del 6 luglio 2015 la predetta commissione tecnica ha dichiarato l'offerta della ricorrente "*non conforme*" al Capitolato in quanto "*non sono stati rilevati nella documentazione i tempi di intervento su chiamata, così come richiesto dal Capitolato tecnico, e non viene riportata l'organizzazione sul territorio regionale che possa permettere un intervento nelle due ore richieste*".

Il successivo 10 luglio la ditta è stata esclusa , e l'esclusione è stata confermata dal Presidente del seggio di gara (nonché RUP) anche a seguito del preavviso di ricorso. Quindi la Ditta ha proposto avanti al Tar Sardegna ricorso avverso la sua esclusione, successivamente esteso, con proposizione di motivi aggiunti, al provvedimento di aggiudicazione definitiva del servizio in favore della controinteressata Fresenius Medical Care Italia SpA. (deliberazione n. 708 del 19/10/2015).

4 - Il giudizio è stato definito con l'appellata sentenza n. 88/2016 del 2/2/2016 in senso negativo per la ditta, in quanto "*L'art. 14 del capitolato speciale d'appalto prevedeva, a pena di esclusione, tra l'altro, che le concorrenti dovessero presentare una relazione sulla modalità di prestazione del servizio di assistenza e manutenzione, compresi i controlli chimico-fisici e batteriologici-endotossinici dell'acqua con riferimento a tutti i requisiti indicati nel capitolato speciale*" mentre, al contrario, "*La ricorrente ha semplicemente dichiarato che avrebbe eseguito gli interventi straordinari e urgenti come da capitolato speciale*", essendo pertanto "*del tutto evidente che tale dichiarazione*

non può considerarsi idonea ad assolvere l'obbligo imposto dalla lex specialis"

5 - L'appellante Bioh srl impugna tale sentenza chiedendone l'annullamento, previa sospensione incidentale dell'efficacia, per i seguenti motivi: *falsità ed erroneità dei presupposti; contraddittorietà manifesta; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; violazione e falsa applicazione degli artt. 42 e 46, commi 1 e l bis, del D. Lgs. N. 163/2006 e successive modifiche.*

In particolare, l'appellata sentenza paleserebbe una "*sorprendente contraddittorietà*" in quanto, si afferma, la lex specialis prevedeva l'esclusione delle concorrenti che avessero omesso di produrre la relazione sulle modalità di prestazione del servizio di assistenza e manutenzione, pacificamente prodotta dall'impresa, che quanto a modalità di esecuzione degli interventi straordinari ed urgenti si è testualmente riportata alle prescrizioni del capitolato, assolvendo in tal modo agli oneri imposti dalla lex specialis.

Del resto, prosegue la ricorrente, anche qualora le modalità di esecuzione degli interventi straordinari ed urgenti avessero dovuto essere spiegati a garanzia del regolare svolgimento del "servizio di assistenza e manutenzione", considerato che gli interventi straordinari ed urgenti rappresentavano un solo aspetto dell'intero servizio, una eventuale omissione non avrebbe comunque legittimato l'esclusione della concorrente dalla gara, che l'art. 14 del Capitolato riservava a coloro che non avessero prodotto affatto la relazione o che offrissero un servizio non conforme alle relative prescrizioni.

Quanto poi alla obiezione sollevata dal Seggio di gara, secondo il

quale l'offerta di BIOH andava esclusa in quanto "*non viene riportata l'organizzazione sul territorio regionale che possa permettere un intervento nelle due ore richieste*" presupponendosi che BIOH, siccome avente sede in Cinisello Balsamo, avrebbe dovuto, spiegare in che modo avrebbe raggiunto il Presidio ospedaliero di Bosa in caso di emergenza, deduce infine la ricorrente che la lex specialis non richiedeva affatto che la relazione desse conto dell'organizzazione della concorrente sul territorio, e che comunque, a fronte di informazioni (in ipotesi) incomplete, il Seggio di gara avrebbe avuto il preciso compito di ricorrere al soccorso istruttorio.

L'appellante conclude, quindi, che tanto il provvedimento di esclusione, quanto l'appellata sentenza sono irrimediabilmente affette da falsità dei presupposti e violazione sia della lex specialis (le cui cause di esclusione debbono essere interpretate in senso stretto), sia dell'art. 46, d.Lgs. 163/2006, non potendosi fondatamente sostenere che la relazione prodotta da BIOH fosse —come sostenuto dal giudice a quo- "*caratterizzata da incompletezza talmente grave, da minarne funditus l'affidabilità e la valutabilità, senza nessuna possibilità di soccorso istruttorio a fini di integrazione o chiarimento*", tanto più che il compito che il Capitolato demandava al Seggio di gara era, solo ed esclusivamente, quello di verificare che le modalità di esecuzione del servizio previste dalle concorrenti fossero conformi alle prescrizioni del Capitolato.

6 - L' A.S.L. - Azienda Sanitaria Locale - n. 5 di Oristano, costituitasi in primo grado e poi nel giudizio d'appello, deduce la non fondatezza dell'appello, come già del ricorso in primo grado, atteso che la

ricorrente è stata esclusa essendo la documentazione tecnica dell'offerta "*...non conforme a quanto richiesto in quanto non sono stati rilevati nella documentazione tecnica i tempi di intervento su chiamata, così come richiesto dal Capitolato tecnico, e non viene riportata l'organizzazione sul territorio regionale che possa permettere un intervento nelle due ore richieste;...*". Infatti, si argomenta, sul punto l'articolo 14 del Capitolato Speciale d'Appalto è estremamente chiaro nel disporre che "*Le imprese concorrenti sono tenute a presentare, a pena di esclusione, la seguente documentazione tecnica (...) 3) Relazione sulle modalità di prestazione del servizio di assistenza e manutenzione*", così da consentire alla Commissione di venire a conoscenza delle specifiche modalità, tempistica e completezza di intervento offerte da ciascuna ditta, mentre l'impresa non ha prodotto alcuna relazione con lo sviluppo del suddetto specifico punto, per cui è stata giustamente esclusa dalla gara.

Conclude quindi l'ASL che, "*così come perfettamente colto dalla Sentenza appellata (...) la ricorrente ha semplicemente dichiarato che avrebbe eseguito gli interventi straordinari e urgenti come da capitolato speciale*" senza "assolvere l'obbligo imposto dalla lex specialis", secondo la quale le indicazioni del capitolato tecnico dovevano essere sviluppate da ogni concorrente in modo che la Commissione potesse valutare le modalità di intervento che ciascuno di essi intendeva assicurare, avendo oltretutto la ricorrente, che si è limitata a fare riferimento ad un fantomatico quanto ipotetico subappalto per gli interventi di emergenza e le visite di controllo, sede in Cinisello Balsamo.

7 – Anche la contro interessata FRESENIUS MEDICAL CARE

ITALIA S.P.A., aggiudicataria del servizio, si è costituita in giudizio per affermare la legittimità dell'esclusione dell'odierna appellante per non aver presentato la "*Relazione sulle modalità di prestazione del servizio di assistenza e manutenzione, compresi i controlli chimico-fisici e batteriologici-endotossinici dell'acqua, con riferimento a tutti i requisiti del Capitolato Tecnico*", prevista espressamente a pena di esclusione dall'art. 14 del Capitolato Speciale, essendo evidente che con tale previsione il Capitolato prescriveva un onere ben preciso a carico dei concorrenti, dovendo ciascun candidato descrivere in maniera esaustiva le specifiche modalità con le quali sarebbe stato concretamente svolto il servizio di assistenza e manutenzione, e non essendo, pertanto, neppure possibile ricorrere al soccorso istruttorio.

8 – A giudizio del Collegio l'appello è fondato e deve essere accolto. In particolare, la ricorrente, in adempimento a quanto richiesto dall'art. 14 lex specialis, ha allegato alla propria offerta, oltre al progetto tecnico, alle schede tecniche degli impianti e ad una relazione sul corso di formazione, anche un'apposita relazione sulle modalità di prestazione del servizio di manutenzione ed assistenza tecnica, composta da 15 pagine e articolata in due capitoli:

- il Piano generale di organizzazione dei servizi, con descrizione delle dotazioni tecniche e strumentali messe a disposizione per l'esecuzione del servizio (autovetture, attrezzature per analisi di controllo e per manutenzione/riparazione degli impianti, indumenti antinfortunistici, dispositivi di protezione individuale, magazzino per parti di ricambio), nonché del personale destinato al servizio (distinto per numero,

qualifica, esperienza professionale, requisiti formativi e professionali minimi e relativa dislocazione) e della logistica, con la precisazione che localmente sarebbero stati presenti tutti i materiali di consumo occorrenti per le manutenzioni previste da contratto, oltre che un adeguato magazzino parti di ricambio e che la società disponeva di tecnici dislocati sul territorio nazionale in grado di supportare la pronta disponibilità del materiale urgente;

- il Piano operativo di manutenzione e descrizione degli impianti, con l'indicazione del piano operativo di manutenzione dei servizi offerti per la manutenzione ordinaria preventiva e con la "reperibilità e supporto tecnico 24/24 (festivi compresi) per la soluzione di problemi tecnici e/o operativi straordinari e urgenti regolato come da Capitolato Speciale", riservandosi invece la società di subappaltare gli interventi in emergenza e visite di controllo nei limiti previsti dalla legge (in misura non superiore al 30%)".

Quindi risulta per tabulas che la relazione della ricorrente descrive dettagliatamente i mezzi e le modalità per l'esecuzione del servizio, e che solo per la reperibilità, nell'ambito del servizio di manutenzione ed assistenza, ha fatto rinvio alle prescrizioni del Capitolato speciale, che a sua volta si limita a prescrivere l'obbligo delle concorrenti di garantire un servizio di reperibilità telefonica continuativa e l'intervento, in caso di chiamata, entro 2 ore e, comunque, non oltre le 4 ore, dichiarando di garantire la reperibilità ed il supporto tecnico 24h/24h (festivi compresi) "*regolato come da capitolato speciale*" (ossia entro 2, massimo 4 ore).

9 – Altrettanto incontrovertibile è la circostanza che il Capitolato richiede a pena di esclusione la descrizione delle modalità di esecuzione del servizio di assistenza e manutenzione, e non la descrizione dell''organizzazione della concorrente sul territorio, e che –avendo l'ASL optato per una gara al massimo ribasso- al Seggio di gara è esclusivamente demandato il compito di verificare la conformità delle offerte alle prescrizioni del capitolato non potendo viceversa sindacare la eventuale diversa qualità delle offerte purchè conformi alle prescrizioni scelte dalla stessa ASL, potendo, potendo se del caso la Stazione appaltante procedere ad ulteriori verifiche istruttorie -purché conformi ai principi di non discriminazione fra i concorrenti e di non aggravamento della procedura- limitate all'accertamento della serietà e "credibilità" dell'impegno assunto, per agire eventualmente in autotutela, nei limiti ed alle condizioni di legge, ai fini della non aggiudicazione in mancanza di offerte ritenute idonee.

10 - Nella fattispecie considerata, pertanto, la verifica deve arrestarsi all'assunzione, da parte delle concorrenti, dell'obbligo di adempiere alle prescrizioni del Capitolato secondo le modalità declinate nella relazione tecnica ed alla presenza della richiesta dichiarazione di accettazione di tutte le clausole contenute nel Capitolato speciale ed in quello tecnico, mentre l'effettiva attivazione delle concrete modalità organizzative per assicurare il raggiungimento del risultato rileveranno comunque in sede di esecuzione del contratto, secondo la puntuale disciplina posta dalla medesima stazione appaltante. Infatti, il

Capitolato tecnico (punto A7) dopo aver prescritto che in caso di chiamata la presenza del tecnico avrebbe dovuto esser garantita entro 2 ore e, comunque, non oltre le 4, precisa che "*Qualunque ritardo rispetto al predetto termine di 4 ore, legittimerà l'Azienda all'applicazione delle penali previste dal Capitolato Speciale d'Appalto. Qualora i ritardi si ripetano in numero superiore a tre nell'arco di 12 mesi, si potrà procedere alla risoluzione del contratto*".

Anche sotto il profilo da ultimo considerato, emerge quindi 1' irragionevolezza e la manifesta sproporzionalità dell'esclusione dalla gara, non preceduta da idonea istruttoria in contraddittorio, di una concorrente solo poiché non ha fornito dettagliate indicazioni circa la sua organizzazione sul territorio in relazione all'esigenza di garantire il rispetto dei tempi di intervento prescritti, quando la loro, anche reiterata, violazione non è considerata dalla stessa stazione appaltante inadempimento di gravità tale da giustificare senz'altro la risoluzione del contratto.

11 – In tale quadro, alcuna rilevanza può evidentemente essere attribuita alla localizzazione geografica della sede dell'impresa, in Cinisello Balsamo come la ricorrente, ovvero in Cremona come l'aggiudicataria, ovvero in qualunque altro punto dell'Unione Europea, né alla mancata indicazione delle modalità (che il bando avrebbe pur potuto o dovuto imporre, considerata la dedotta rilevanza per la salute dei pazienti) di svolgimento del servizio e di raggiungimento del Presidio ospedaliero di Bosa, considerando oltretutto che proprio la peculiare condizione orografica e di carenza

di infrastrutture e di servizi di trasporto dedotta dall'ASL renderebbe non credibile la previsione di interventi diretti di personale proveniente di volta in volta dalla sede dell'impresa, implicando un'organizzazione sul territorio, di cui la ricorrente allega un principio organizzativo (il subappalto) che il Seggio di gara non ha peraltro deciso di approfondire in sede istruttoria, apparendo del tutto improprio, al riguardo, il riferimento all'istituto del c.d. "soccorso istruttorio", che presuppone invece una carenza dell'offerta.

12 - Il ricorso deve pertanto essere accolto con il conseguente annullamento della sentenza di rigetto del TAR, discendendone l'annullamento dell'esclusione della ricorrente e di tutti i successivi atti di gara, e quindi la riammissione in gara della ricorrente ai fini della valutazione della propria offerta e della conseguente aggiudicazione all'offerta, conforme alle prescrizioni di gara, recante il massimo ribasso secondo la lex specialis di gara.

Ciò determina il risarcimento in forma specifica del danno vantato dalla ricorrente, non potendo quindi trovare accoglimento, allo stato, l'ulteriore, e peraltro generica, domanda di risarcimento del danno. La novità e complessità delle questioni dedotte giustifica, infine, la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Compensa fra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Raffaello Sestini

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO

Allegato n° 2 alla deliberazione
N° _____ del _____
Composto di n° 2 fogli

ASLOristano

Servizio Sanitario - REGIONE SARDEGNA

Servizio Nuove opere e Ristrutturazioni

Oristano lì, 02/12/2016

Al Responsabile Servizio Provveditorato
SEDE

Oggetto: Fornitura centrale di Osmosi CAL di Bosa.

Il sottoscritto, Ing. Marcello Serra, responsabile per l'esecuzione del contratto di cui all'oggetto, riferisce quanto segue:

- I lavori per l'installazzione della centrale di Osmosi del CAL di Bosa sono stati eseguiti nei modi e nei tempi previsti dal contratto.
- Gli impianti di collegamento della centrale con gli apparecchi utilizzatori sono stati ultimati.
- Gli impianti sono stati collegati a quelli generali dell'Ospedale (alimentazione dell'acqua alla centrale e alimentazione elettrica)

Dovendo procedere all'accreditamento istituzionale della struttura si rende neccessario procedere al collaudo della fornitura, per cui è stato stabilito come inizio di detta attività il prossimo 12/12/2016.

Tanto si deve per dovere d'Ufficio.

Si allega comunicazione della Ditta Fresenius di fine lavori.

Distinti saluti

Il (Direttore del Servizio)
Ing. Marcello Serra

ASLOristano

ASL 5 Oristano

Direttore del servizio
Ing. Marcello Serra

Presidio Osped.
S.Martino
09170 ***Oristano***
Tel0783/317290.. Fax0783/775094.
www.asloristano.it
E-mail:marcello.serra.@asloristano.it

Da: Massimo.Marchi@fmc-ag.com
Data: 28 ottobre 2016 14:42:51 CEST
A: giubisca1@virgilio.it
Cc: Massimiliano.Palmeri@fmc-ag.com, Fabio.Sanna@fmc-ag.com, Gioacchino.Quattrone@fmc-ag.com, Sergio.Rados@fmc-ag.com, Giuseppe.Mazzone@fmc-ag.com
Oggetto: Comunicazione impianto osmosi Bosa

Con la presente sono a comunicare che ieri 27 ottobre 2016 abbiamo completato l'installazione dell'impianto osmosi e del relativo circuito di distribuzione presso il presidio ospedaliero di Bosa.
Con i componenti dell'impianto abbiamo provveduto all'invio del materiale di consumo dedicato (sale in pastiglie, disinfettante, cloro, cartucce filtranti, kit rilevazione cloro /durezza/disinfettante) che è stato depositato all'interno del locale tecnico da Voi predisposto.
Nei prossimi gg provvederemo alla preparazione della documentazione progettuale (as build elettrico ed idraulico , certificazioni 37/08 , manuale e libretto impianto) che vi faremo consegnare da ns incaricato.
Restiamo in attesa della fornitura delle utility definitive (acqua potabile ed energia elettrica) per poter avviare l'impianto , eseguire le dovute verifiche tecniche ed eseguire il collaudo finale.