

Publicato il 22/02/2018

N. 01137/2018REG.PROV.COLL.
N. 06702/2017 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 6702 del 2017, proposto da:
C.O.L. – Centro Ortopedico Ligure S.r.l., in persona del legale
rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Ernesto
Stajano, Daniele Villa, con domicilio eletto presso lo studio Ernesto
Stajano in Roma, via Sardegna 14;

contro

Regione Liguria, in persona del Presidente p.t., rappresentato e
difeso dall'avvocato Vincenzo Avolio, con domicilio eletto presso lo
studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

A.S.L. N. 2 Savonese, in persona del direttore generale p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Manzi, Pietro Piciocchi,
con domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via
Federico Confalonieri N. 5;

nei confronti di

Policlinico di Monza S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Dal Piaz, Paolo Borioni, con domicilio eletto presso lo studio Paolo Borioni in Roma, via Luigi Ceci N. 21;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Liguria – Genova - Sezione II, n. 00597/2017, resa tra le parti, concernente la richiesta di annullamento:

- del decreto n. 730 del 22 febbraio 2017 del Dirigente del Settore Affari Generali della Regione Liguria, notificato all'odierna Società ricorrente con nota del 2 marzo 2017, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, a favore del Policlinico di Monza S.p.A., della gara per l'affidamento della gestione in concessione di un reparto della disciplina di ortopedia e traumatologia presso l'Ospedale Santa Maria di Misericordia in Albenga, Viale Martiri della Foce, Regione Bagnoli;

- di tutti gli atti e verbali di gara nella parte in cui sono state valutate le offerte tecniche ed economiche delle società concorrenti, assegnati i relativi punteggi nonché stilata la graduatoria provvisoria con relativa assegnazione della gara al Policlinico di Monza S.p.A., e segnatamente dei verbali nn. 1 del 12 ottobre 2016, 3 del 21 ottobre 2016, 4 del 31 ottobre 2016, 5 del 7 novembre 2016, 6 del 7 dicembre 2016 e 7 del 12 dicembre 2016;

- di tutti gli atti e verbali di gara nella parte in cui è stata sciolta con valutazione positiva la riserva sull'anomalia dell'offerta presentata dal Policlinico di Monza S.p.A., e segnatamente dei verbali nn. 6 del 7 dicembre 2016 e 7 del 12 dicembre 2016;

- delle risposte alle richieste di chiarimenti pubblicate in data 14 settembre 2016 sul sito della Regione Liguria – S.U.A.R., con particolare riferimento all'individuazione della base d'asta su cui applicare lo sconto;
- ove occorre possa, del Bando e della lex specialis di gara, nella misura in cui le disposizioni ivi previste abbiano inteso applicare la percentuale di sconto unico offerto dalle società concorrenti solo sui corrispettivi stanziati per i pazienti liguri (i.e. € 8.000.000,00 annui);
- di ogni atto presupposto, consequenziale o comunque connesso rispetto a quelli impugnati.

Nonché il risarcimento del danno in forma specifica mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del contratto previa declaratoria di inefficacia del medesimo contratto eventualmente già sottoscritto ai sensi dell'art. 124 c.p.a. ovvero, in subordine, per equivalente monetario.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Liguria, dell'A.S.L. N. 2 Savonese e dlw Policlinico di Monza S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il Cons. Giulio Veltri e uditi per le parti gli avvocati Ernesto Stajano, Vincenzo Avolio, Andrea Manzi e Francesco Dal Piaz;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame l'odierno ricorrente impugna la sentenza n. 597/2017 con cui il Tar Liguria sez. II ha accolto il ricorso

incidentale - proposto da Policlinico di Monza S.p.A, aggiudicataria definitiva della gara per l'affidamento della gestione in concessione di un reparto della disciplina di ortopedia e traumatologia presso l'Ospedale Santa Maria di Misericordia in Albenga, indetta dalla Regione Liguria, su delega della A.S.L. n.2 Savonese - e, per l'effetto, ha dichiarato inammissibile il ricorso principale proposto dall'odierna appellante in qualità di seconda classificata nella procedura oggetto del presente giudizio.

Parte appellante formula i seguenti motivi di appello:

1. erroneo scrutinio del solo ricorso incidentale escludente alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza europea (Sentenza 5 aprile 2016, C-689/13; Puligienica c. Airgest S.p.A.);
2. erronea decisione, in merito alla ritenuta genericità dei curricula; il G.A. avrebbe peraltro indebitamente sindacato la discrezionalità amministrativa nella valutazione dei curricula dal momento che la giurisprudenza è chiara nel considerare tassative le cause di esclusione dalla gara.
3. Quanto all'originario ricorso principale, C.O.L. ne ribadisce i contenuti e il fondamento:
 - 3.1. Con il primo motivo di impugnazione deduceva l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta a favore del Policlinico di Monza S.p.A., in quanto la relativa offerta economica prevedeva uno sconto del 20,21% con esclusivo riferimento ai corrispettivi delle prestazioni erogate a favore dei pazienti liguri a fronte di un valore complessivo del bando pari ad € 27.500.000,00.

Ad avviso dell'appellante sarebbe altresì illegittimo il chiarimento reso dalla Regione Liguria - nel senso che lo sconto offerto avrebbe dovuto applicarsi soltanto con riferimento alla quota di produzione

dei pazienti liguri - in quanto: a) costituirebbe un'illegittima modifica delle prescrizioni di gara; b) contrasterebbe con l'art. 167 comma 4 del codice dei contratti, secondo il quale nel valore della concessione debbono comprendersi tutti i corrispettivi, anche per prestazioni opzionali.

Considerato il contenuto novativo della nota amministrativa, la stessa avrebbe dovuto essere resa nota nelle medesime forme del bando di gara e non mediante la pubblicazione sul sito internet, come nel caso di specie. Ad ogni modo, le tempistiche di pubblicazione del chiarimento risulterebbero gravemente lesive della par condicio dei concorrenti che avevano già presentato le loro offerte al momento della pubblicazione.

3.2. L'offerta dell'aggiudicatario risulterebbe carente di taluni elementi essenziali, espressamente richiesti dalla *lex specialis*, con particolare riferimento al personale medico da impiegare nell'esecuzione della concessione. Nello specifico: a) la dichiarazione in ordine alla casistica operatoria di ciascun professionista non sarebbe certificata dal responsabile (direttore sanitario) della rispettiva struttura di appartenenza (tale non essendo il coordinatore sanitario del gruppo dott. Clemente Ponzetti), come richiesto dal disciplinare di gara; b) mancherebbe la dichiarazione di esclusiva richiesta dall'art. 11 del capitolato speciale – parte integrante del disciplinare - in ordine all'impegno dei professionisti a non eseguire interventi in favore di pazienti residenti in Liguria presso altre strutture extraregionali.

3.3 Censurabili sarebbero anche le valutazioni svolte dalla stazione appaltante con riferimento all'attribuzione dei punteggi tecnici, vuoi perché non risulterebbero verbalizzati i voti di preferenza espressi da

ciascun membro della commissione per ogni coppia di offerte poste a confronto, vuoi per l'errata valutazione dei curricula dei professionisti, che avrebbe tenuto conto anche di quelli non certificati o privi dell'impegno all'esclusiva (vedi motivo n. 2), vuoi, infine, perché l'attribuzione del medesimo punteggio massimo ad entrambi i concorrenti sarebbe illogica, posto che C.O.L. ha proposto l'utilizzo di venti primi operatori a fronte dei sette presenti nell'offerta del Policlinico di Monza, con una casistica di 90.000 interventi a fronte di 35.000.

3.4. Il giudizio positivo in ordine alla riscontrata anomalia dell'offerta controinteressata sarebbe affetto da macroscopici profili di illegittimità, con riguardo: a) alla sovrastima, dal lato dei ricavi, del numero di interventi di fascia 1 maggiormente remunerativi; b) alla contraddizione, dal lato dei costi del personale, tra quanto esposto nell'offerta e quanto affermato nei giustificativi quanto a numero di medici anestesisti (tre in offerta e due nei giustificativi) e di medici di guardia medica attiva di reparto (un medico offerto, a fronte di non meno di cinque necessari); c) alla sottostima del costo per materiali di consumo; d) all'insufficienza dei costi stimati per investimenti e attrezzature; e) all'impropria imputazione dei costi di lavanderia, ristorazione e abbigliamento nella voce servizi amministrativi.

3.5. Infine, ripropone, in via di illegittimità derivata, i vizi già dedotti con il ricorso rubricato al numero di R.G. 761/2016 avverso il provvedimento dirigenziale 13.9.2016, n. 4265, con cui la Regione Liguria, in ragione delle numerose richieste di chiarimenti (F.A.Q. – frequent asked questions) pervenute in relazione alla procedura, aveva disposto una proroga del termine di presentazione delle offerte

(il ricorso deciso con la sentenza del TAR 30.12.2016, n. 1278, confermata in appello con sentenza 5424/2017).

Policlinico di Monza S.p.A si è costituita chiedendo il rigetto dell'appello in quanto manifestamente inammissibile, improcedibile e, comunque infondato. Ha comunque riproposto i motivi del ricorso incidentale rimasti assorbiti in primo grado.

Si sono altresì costituite l'A.S.L. 2 - Azienda Sanitaria Locale n. 2 Savonese e la Regione Liguria. Entrambe hanno chiesto la reiezione del gravame e comunque del ricorso introduttivo del primo grado.

Alla pubblica udienza del 18 gennaio 2018, fissata in sede di udienza cautelare e in vista della quale le parti hanno depositato memorie, la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1.Va innanzitutto sgomberato il campo dai dubbi in ordine alla procedibilità o ammissibilità del gravame, profilati dall'appellata, Policlinico di Monza s.p.a., a motivo della mancata impugnazione della sopravvenuta Deliberazione n. 510 del 31.07.2017 - a mezzo della quale l'ASL2 ha autonomamente approvato e recepito gli atti di gara posti in essere dalla Regione quale Stazione Unica Appaltante - nonchè del conseguente contratto di concessione.

1.1. Trattasi nel primo caso (la Deliberazione n. 510 del 31.07.2017) di atto consequenziale che non contiene una nuova e autonoma valutazione della fattispecie, come tale suscettibile di automatica caducazione nell' ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione e non necessitante di specifica impugnazione. Nel caso del contratto, in disparte i profili di giurisdizione, trattasi di negozio esterno alla procedura concorsuale, posto in essere nell'esercizio di autonomia

negoziale, per il quale non vige un regime decadenziale di impugnazione.

1.2. Del pari dev'essere escluso il fondamento dell'eccezione di acquiescenza e tardività del gravame di primo grado. L'appellata fa riferimento a vicende endoprocedimentali (presentazione della domanda in presenza di presunte illegittimità, legittimità dei chiarimenti formulati dalla stazione appaltante) che non rilevano ai fini della proposizione del ricorso giurisdizionale, per converso legata all'esistenza di una concreta lesione, nella specie verificatasi solo con l'aggiudicazione.

2. Può dunque passarsi all'esame dei singoli motivi d'appello.

2.1. Il primo motivo di appello concerne il rapporto tra ricorso incidentale e principale, in costanza di gara con più di due concorrenti. Sul tema, com'è noto, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 5 aprile 2016, C-689/13 (c.d. sentenza Puligienica), la giurisprudenza ha fatto registrare orientamenti contrastanti, talchè di recente, la Sezione V, con ordinanza n. 5103 del 6 novembre 2017, ha rimesso nuovamente all'Adunanza Plenaria, la specifica questione *“se in un giudizio di impugnazione degli atti di procedura di gara ad evidenza pubblica il giudice sia tenuto ad esaminare congiuntamente il ricorso principale e il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicatario, anche se alla procedura abbiano preso parte altri concorrenti le cui offerte non sono state oggetto di impugnazione e verifichi che i vizi delle offerte prospettati come motivi di ricorso siano propri delle sole offerte contestate”*.

Ritiene il Collegio che la questione possa essere superata alla luce della fondatezza del secondo motivo d'appello, *id est*, dell'infondatezza del ricorso incidentale paralizzante proposto in

primo grado dalla Policlinico di Monza S.p.A., erroneamente - giusto quanto appresso di dirà - accolto dal TAR.

2.2. Il giudice di prime cure ha rilevato che *“in nessuno dei curricula allegati dalla ricorrente (doc. 37 delle produzioni 1.6.2017 di C.O.L.) risulta debitamente indicata la casistica di chirurgia ortopedica trattata, ciò che da un lato la rende obiettivamente inadatta alla valutazione, dall’altro non fornisce all’amministrazione procedente alcuna garanzia in ordine alla professionalità specifica dei medici indicati per l’esecuzione”*; (ii) richiamate le previsioni di cui all’art. 5, paragrafo B) busta 2 del Disciplinare che prescrivevano l’inammissibilità dell’offerta tecnica in caso di lacune della Relazione prevista dalle norme citate, ha ritenuto di estendere la portata applicativa di tali disposizioni anche alle carenze riscontrate con riferimento ai *curricula* dei professionisti allegati all’offerta tecnica proposta dalla C.O.L. s.r.l.: (iii) ha conseguentemente affermato che la *“mancata e/o insufficiente indicazione specifica degli elementi oggetto di valutazione da parte della commissione giudicatrice”* avrebbe dovuto comportare *“non (...) soltanto la mancata attribuzione del relativo punteggio, ma la esclusione dalla successiva fase di apertura dell’offerta economica, essendo carente di un elemento ritenuto essenziale dal disciplinare e dal capitolato”*; (iv) ha, infine, sostenuto che, trattandosi di elementi essenziali dell’offerta, tali conclusioni non contrasterebbero con il principio di tassatività delle cause di esclusione né sarebbe invocabile il soccorso istruttorio per supplire alle carenze riscontrate.

2.3. Secondo l’appellante le citate statuizioni sarebbero innanzitutto erranee in fatto, poiché a) in molti dei curricula figurerebbe, contrariamente a quanto affermato con carattere di assolutezza in prime cure, la casistica di chirurgia ortopedica trattata, per la maggior parte riferibile alla chirurgia protesica ed artroscopica di ginocchio e

anca, nonché la qualifica svolta in termini di primo o secondo operatore; b) la *lex specialis* non prevederebbe alcun *format* obbligatorio per l'indicazione della casistica; c) la commissione avrebbe tenuto in debita considerazione gli elementi risultanti dai *curricula* allegati all'offerta, valutandoli, tra l'altro, col massimo del punteggio.

Comunque erronee in diritto, nella parte in cui giungono ad affermare che l'inammissibilità dell'offerta, comminata dall'art. 5, paragrafo B) busta 2 del Disciplinare, possa essere riferita anche ad eventuali carenze dei *curricula* dei medici proposti. Segnatamente, secondo l'appellante la *lex specialis* riferirebbe alla sola "completezza" della relazione tecnica rilevanza ai fini dell'ammissibilità, mentre i *curricula*, in assenza di *format* predefiniti, rilevarebbero a tutto concedere ai soli fini del punteggio.

2.4. L'appellante richiama sul punto il pacifico orientamento della giurisprudenza, secondo il quale, da un lato, le cause di esclusione da una gara d'appalto devono ricevere un'interpretazione tassativa e restrittiva; dall'altro lato, che nell'interpretazione delle clausole del bando deve darsi prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute, escludendo ogni procedimento ermeneutico in funzione integrativa diretto ad evidenziare pretesi significati e ad ingenerare incertezze nell'applicazione.

3. Le censure sono condivise dal Collegio. In materia di gare pubbliche il principio di tassatività delle cause di esclusione esige, ove richiamato in relazione allo scrutinio di offerte tecniche, che le stesse debbano essere escluse solo quando siano a tal punto carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, ovvero in presenza di specifiche

clausole della legge di gara che tipizzino una siffatta situazione di incertezza assoluta (*ex plurimis* Cons. Stato Sez. V, 11-12-2015, n. 5655).

3.1. Nel caso di specie, la *lex gara* non prevedeva una specifica sanzione espulsiva in relazione alla mancata esaustività dei curricula, né conteneva un *format*, la cui necessaria compilazione potesse far inferire il carattere di essenzialità dei relativi contenuti. Le asserite carenze (non dei curricula ma) dell'analiticità dei contenuti curriculari rispetto al livello ottimale esigibile, soprattutto in quanto espressamente considerati rilevanti ai fini del punteggio dalla *lex gara*, non autorizzavano quindi il giudice di prime cure a rinvenire, in via di interpretazione sistematica, un motivo di esclusione.

Il concetto di essenzialità, riferito ai contenuti dell'offerta tecnica dev'essere chiaro ed evidente nelle previsioni di gara, e non può essere *ex post* ritagliato sulla scorta di una interpretazione sistematica delle stesse, che ne estenda la portata sino alla valutazione della "sufficienza" dei contenuti tecnici.

In ogni caso, dalle allegazioni dell'appellante, emerge, che la maggior parte dei curricula, seppur con descrizioni di sintesi, riportava la casistica di chirurgia ortopedica trattata, nonché la qualifica svolta in termini di primo o secondo operatore. Elementi essenziali, idonei a fornire un'idea del livello e dell'esperienza del medico, e comunque ben lontani dall'esser considerabili *tanquam non esset* rispetto a quanto richiesto dalla *lex gara*.

4. L'appello è dunque meritevole di accoglimento.

5. Non è necessario l'esame dei rimanenti motivi del ricorso incidentale assorbiti in prime cure, ritualmente proposti dalla Policlinico di Monza s.p.a. nella memoria di costituzione in appello.

In particolare il loro esame è ultroneo in ragione dell'infondatezza dei motivi del ricorso principale, anche questi ritualmente riproposti da C.O.L.

6. Con il primo motivo COL sostiene che l'aggiudicazione a favore della Policlinico di Monza S.p.A. sarebbe illegittima, innanzitutto, in quanto la relativa offerta prevederebbe l'applicazione dello sconto del 20,21% con esclusivo riferimento alla sola produzione dei pazienti liguri per € 8.000.000,00 annui.

6.1. Il motivo è infondato. Sul punto v'è stato un chiarimento fornito dall'Amministrazione su richiesta di un concorrente, in forza del quale il ribasso si sarebbe applicato solo ai valori corrispondenti alla produzione per pazienti liguri, mentre non si sarebbe applicato a quella erogata nei confronti dei pazienti in mobilità attiva interregionale.

Esso è stato reso conoscibile mediante pubblicazione sul sito, come avvenuto per gli ulteriori, numerosissimi chiarimenti resi dall'Amministrazione, in ossequio alle modalità previste dalla *lex gara* che prevedevano, all'art. 1 del disciplinare, che: “..l'obbligo, da parte del concorrente, di visionare il sito internet: *www.regione.liguria.it* (ove sono pubblicati i documenti di gara), in quanto ai quesiti posti dai concorrenti e di interesse generale, verrà data risposta in tempo utile, in forma anonima, mediante pubblicazione di apposite *FAQ* (domande e risposte frequenti) sul suddetto sito”.

6.2. Il chiarimento, a differenza di quanto sostenuto da COL, non è valso ad integrare un'inammissibile modifica degli elementi posti a base di gara ma si è reso necessario in ragione dell'obiettivo equivocità delle previsioni della *lex specialis*, la quale, pur dinanzi ad un valore complessivo del contratto stimato in complessivi € 27.500.000,00, specificava, nell'ambito del capitolato speciale, e

segnatamente agli artt. 2, 4 e 21, che ciascun ricovero regionale sarebbe stato *“remunerato con la tariffa di cui alla DGR n. 1353 del 31.10.2014, al netto dello sconto unitario, adottata dalla Regione Liguria per le prestazioni di assistenza ospedaliera per acuti”*, mentre le prestazioni rese in favore di pazienti extraregione, sarebbero state *“remunerate con oneri a carico del servizio sanitario regionale di provenienza secondo le tariffe ivi in vigore”*.

6.3. I contenuti del chiarimento non sono del resto neanche tal da imprimere all'intero impianto di gara una connotazione di illegittimità per violazione dell'art. 167, comma 4 del vigente codice dei contratti pubblici. Un conto è il valore della concessione, altro sono gli importi sui quali è proponibile il ribasso. Nel caso di specie, una parte del valore era riferito a possibili prestazioni da rendere in favore di pazienti extraregione. Tali prestazioni, sebbene costituenti oggetto del servizio messo a gara, e conseguentemente rilevanti ai fini della determinazione del valore del contratto, sono tuttavia addebitate alle regioni di provenienza dei pazienti (terze rispetto all'instaurando rapporto) sulla base del vigente tariffario, sicchè del tutto legittimamente sono state escluse dalla base sul quale offrire la percentuale di sconto.

6.4. Ciò chiarito, è pacifico che sia C.O.L. che Policlinico di Monza s.p.a. hanno formulato l'offerta di ribasso in relazione all'intera base d'asta, ossia € 27.500.000,00, ma mentre il primo ha “costruito” la relativa percentuale avendo in mente la globalità delle prestazioni (in ciò errando) il secondo lo ha fatto conscio che una parte del valore di contratto relativo alle prestazioni a favore di pazienti extraregionali, non necessitava di alcuno sconto.

Rebus sic stantibus, non può accettarsi che, nonostante i chiarimenti forniti, COL, ex post, in sede processuale, attribuisca al minor ribasso offerto (17,17%) un valore sostanziale ben maggiore (23,60%) ove riferito alla sola componente scontabile. Come correttamente sostenuto dalla difesa dell'aggiudicataria, siffatto tentativo costituisce, a ben vedere, un'inammissibile eterointegrazione dell'offerta economica.

Se COL avesse realmente voluto offrire uno sconto maggiore rispetto a quanto effettivamente offerto avrebbe dovuto indicarlo nella propria offerta economica, all'uopo sfruttando l'avvenuta proroga del termine, così come correttamente effettuato dalla Policlinico di Monza S.p.A. nel rispetto dei chiarimenti forniti dall'amministrazione.

7. Con il secondo motivo COL evidenzia che la casistica dei professionisti indicati dal Policlinico di Monza è stata certificata dal Coordinatore Sanitario Dott. Clemente Ponzetti, in violazione del disciplinare che invece prevedeva la certificazione da parte del "responsabile della struttura".

7.1. La censura non ha pregio, come comprovato dall'appellata, il Dott. Ponzetti, oltre ad essere il Direttore sanitario del Presidio Clinica SALUS di Alessandria, è anche il Coordinatore sanitario dell'intera Policlinico di Monza S.p.A. e dei Presidi che ne fanno parte, assumendo in tale funzione un ruolo di responsabilità e sovraordinazione rispetto a tutti i Direttori sanitari, con conseguente esclusiva possibilità di accesso a tutti i data base aziendali contenente i dati del personale medico. In assenza di contestazioni sostanziali relativi alla veridicità di quanto certificato, la contestazione si risolve quindi nella evidenziazione di una divergenza formale pienamente

giustificata dalla peculiare organizzazione della Policlinico di Monza S.p.A.

8. Ancora, secondo l'appellante, l'aggiudicazione dovrebbe, sotto diverso profilo, ritenersi illegittima per contrasto con l'art. 11 del Capitolato speciale di gara che poneva l'obbligo, in capo ai professionisti, *“di sottoscrivere una dichiarazione con la quale si impegnano verso l'aggiudicatario e verso l'ASL 2 Savonese a non eseguire i D.R.G. 471, 544, 545, 223, 491 e 503 in favore di pazienti residenti in Liguria presso altre strutture extraregione”*.

8.1. La censura è palesemente infondata, posto che l'art. 11 del Capitolato, cit. precisava che: *“Tali dichiarazioni dovranno essere presentate prima della stipula del contratto; in ipotesi di sostituzione la documentazione dovrà essere presentata prima dell'ammissione in servizio”*.

Tale prescrizione è logica e coerente con l'esigenza di vincolare unicamente i professionisti facenti capo al soggetto aggiudicatario e soltanto ai fini della stipulazione del contratto.

9. Con il terzo motivo COL sottolinea di aver ricevuto punteggi massimi in tutte le voci in cui il criterio di assegnazione risultava ancorato a parametri oggettivi (collegati alla struttura messa a disposizione per lo svolgimento del servizio) ed invece una penalizzazione nei rimanenti parametri (in particolare nella gestione del paziente nella fase pre e post-operatoria), in cui la Commissione ha premiato Policlinico di Monza con un punteggio pieno.

9.1. Il motivo per com'è formulato rasenta l'inammissibilità, e di questo è consapevole lo stesso appellante che, di fatti, focalizza la propria censura sull'erroneo utilizzo del metodo di confronto a coppie nell'effettuazione dei giudizi su tali parametri.

Secondo l'appellante, la Commissione avrebbe violato la disciplina di gara che prescriveva anzitutto la valutazione di ciascun membro, e solo poi la trasformazione degli esiti in un unico coefficiente definitivo. I verbali nn. 3 e 4 delle sedute di gara del 21 ottobre 2016 e 31 ottobre 2016, infatti conterrebbero, per ciascun elemento di valutazione previsto dalla *lex specialis*, una sola griglia di valutazione, e poi il “coefficiente definitivo” attribuito a ciascuna offerta. Tale omissione non permetterebbe di comprendere il peso specifico attribuito da ciascun Commissario ai singoli elementi di valutazione, impedendo di comprendere (e giustificare) – seppur nei limiti dello strumento utilizzato – le ragioni che hanno condotto all’attribuzione del punteggio pieno all’aggiudicataria in relazione ai parametri di interesse.

9.2. Anche tale motivo è infondato. Com’è noto il metodo del confronto a coppie, anziché provvedere ad una ponderazione atomistica di ogni singola offerta rispetto a standard ideali, tende ad una graduazione comparativa delle varie proposte dei concorrenti mediante l’attribuzione di coefficienti numerici nell’ambito di ripetuti confronti a due. La motivazione della graduazione è insita nell’indice di preferenza accordata secondo parametri predefiniti, e non richiede ulteriore estrinsecazione logico argomentativa.

Se ciò è vero, in mancanza di specifiche censure che non si sostanzino in un mero difetto di motivazione, la verbalizzazione dell’indice di preferenza dei singoli commissari è attività che nulla potrebbe aggiungere, sul versante motivazionale, rispetto alla sommatoria delle preferenze e alla finale individuazione del coefficiente definitivo.

9.3. In ogni caso, quanto alla valutazione dei *curricula*, le contestazioni dell'appellante, incentrate sulla differenza quantitativa dei “primi” operatori (20 di COL a fronte dei sette dell'aggiudicataria) e degli interventi asseritamente effettuati (90 mila a fronte di 35 mila), trascura la circostanza che i criteri valutativi erano plurimi e concorrenti, e non si limitavano soltanto a profili quantitativi, come ragionevole che sia in ragione della delicatezza del servizio da svolgere. La *lex specialis* prevedeva infatti che “*La Commissione giudicatrice valuterà il parametro tramite confronto a coppie*

secondo il seguente ordine di importanza: - casistica, che dovrà essere certificata dal responsabile di struttura; - numero e monte ore del personale medico; - titoli di carriera; - titoli accademici; - specializzazione in una delle seguenti discipline affini: fisiatria, reumatologia, chirurgia della mano, radiologia; - stage all'estero”.

Le valutazioni suddette, così come effettuate dalla Commissione, costituiscono esercizio di attività tecnico discrezionale e non possono essere sindacate se non in caso di vizi di manifesta irragionevolezza, nella specie certamente insussistenti.

10. Ulteriore motivo d'appello si incentra sul giudizio d'anomalia. L'appellante contesta il positivo giudizio formulato dalla Commissione, in quanto essa avrebbe acriticamente condiviso le argomentazioni svolte dal Policlinico di Monza nei giustificativi, sebbene questi ultimi non fossero in grado di dimostrare la congruità dell'offerta presentata. In generale, dall'esame dell'offerta dell'aggiudicatario emergerebbe una sovrastima del numero degli interventi ipotizzabili, rispetto ai dati forniti dalle indagini statistiche. L'offerta poi: a) contemplerebbe l'impiego di tre anestesisti mentre i dati forniti per giustificare l'anomalia evidenzerebbero la presenza di due soli anestetisti, con un minor costo di circa 120.000/annui; b) in

violazione delle prescrizioni stabilite dalla Stazione Appaltante che pretendevano un servizio di guardia medica attiva di reparto per il quale sono necessari non meno di cinque medici, l'aggiudicatario contemplerebbe soltanto un medico di reparto, con un minor costo quindi di € 320.000 annui; c) L'importo di € 40.000 indicato dall'aggiudicatario non potrebbe in alcun modo considerarsi congruo per la copertura dei costi relativi ai materiali di consumo, stimabili in oltre 500.000 euro per tutta la durata del rapporto; d) l'elenco delle attrezzature fornite dall'aggiudicatario non sarebbe completo e adeguato rispetto alla tipologia di attività da svolgere in quanto ometterebbe di considerare una serie di indispensabili investimenti, quali l'arredo del reparto (letti, comodini, servitori, arredi per *dinette* e arredo per sala infermieri) , le colonne artoscopiche e le lampade scialitiche di una sala operatoria (stimabile in almeno € 300.000 di investimenti); e) nella voce servizi amministrativi (in cui abitualmente vengono allocati i costi relativi agli amministratori, revisori e al controllo di gestione dei costi) sarebbero stati inseriti oneri del tutto improprio quali lavanderia, ristorazione e abbigliamento.

10.1. Sul punto giova ricordare che il giudizio di anomalia è di carattere sintetico e globale, attenendo alla sostenibilità e affidabilità dell'offerta globalmente intesa, e non all'analitico esame delle singole poste economiche che la compongono. La valutazione della Commissione è tesa in particolare a verificare che sussistano, per l'offerente, margini di ricavo sufficienti a garantire l'operatività e la qualità promessa.

Alla luce di tale generale considerazione, e del principio della non diretta sindacabilità delle valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, l'appellante avrebbe anzitutto dovuto dimostrare l'insussistenza, per

l'aggiudicatario, di margini di ricavo sufficienti, mentre si limita a fornire indicazione di singole anomalie previsionali il cui effetto in termini complessivi di redditività non è meglio precisato.

In ogni caso le contestazioni appaiono: a) generiche e non provate quanto alla sovrastima degli interventi e dell'incidenza media dei costi del materiale di consumo; b) superate dalla constatazione che nel piano economico finanziario l'aggiudicatario ha comunque inserito una voce "*Maggiori stime per costi non preventivabili*" per un importo pari ad € 600.000; c) non significative in relazione alle attrezzature, giusto quanto chiarito dall'appellata (le lampade scialitiche sono già presenti nell'elenco delle dotazioni dell'ospedale di Albenga e quindi non devono essere fornite dal concessionario. Inoltre le colonne artoscopiche vengono fornite in comodato d'uso gratuito dal fornitore ed hanno un costo di soli € 30.000 circa).

In conclusione anche questo motivo dev'essere respinto.

11. Con l'ultimo motivo di ricorso la COL propone la censura di illegittimità derivata dall'aggiudicazione definitiva, conseguente dell'illegittima proroga del termine di presentazione dell'offerta.

11.1. Il motivo non può che essere respinto alla luce di quanto già statuito circa la piena legittimità della detta proroga, con sentenza del TAR Liguria n. 1278/2016, confermata da questa Sezione con sentenza n.5424/2017.

12. In definitiva, l'appello è accolto solo nella parte in cui è contestato l'accoglimento del ricorso incidentale della Policlinico di Monza s.p.a. Per il resto è respinto con conseguente reiezione del ricorso introduttivo di primo grado.

13. Avuto riguardo all'evoluzione processuale e all'esito, appare equo compensare le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nella sola parte in cui è contestato l'accoglimento del ricorso incidentale della Policlinico di Monza s.p.a.

Lo respinge per il resto, con conseguente reiezione del ricorso introduttivo di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

L'ESTENSORE
Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Lanfranco Balucani

IL SEGRETARIO