

Pubblicato il 04/01/2024

N. 00163/2024REG.PROV.COLL.
N. 04509/2023 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 4509 del 2023, proposto dalla società Medline International Italy S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Giuseppe Mazzini, n. 33,

contro

- l'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - ARIA S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Lucia Tamborino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Emanuela Quici in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 35;
- la Regione Lombardia, non costituita in giudizio;

nei confronti

della società Mölnlycke Health Care S.r.l., in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Pavan, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda) n. 953/2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - ARIA S.p.a. e della società Mölnlycke Health Care S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2023, il Cons. Antonio Massimo Marra e sentite le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'odierna appellante Medline International Italy S.r.l. unipersonale (di qui in avanti solo Medline), seconda classificata nella gara per l'assegnazione della fornitura di "*kit procedurali chirurgici-set in TNT sterile ed ulteriori prodotti*", ha impugnato l'aggiudicazione, disposta con la determina n. 581 dell'8 luglio 2022, in favore di Mölnlycke Health Care S.r.l (di qui in avanti MHC), nell'ambito della procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.lgs. n. 50/2016 per la stipula di una convenzione per detta fornitura.

1.1. Medline, dopo avere fatto richiamo alle pregresse vicende processuali e, precisamente, ai due distinti di ricorsi di Medline stessa (n. 1737/2019 R.g.) e di P.h. (n. 1839/2019 R.g.) ha chiesto al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sede di Milano, (di qui in avanti, per brevità, il Tribunale), l'annullamento dell'aggiudicazione e di tutti gli atti di gara e il subentro nell'affidamento, deducendo i seguenti motivi.

2. Con un primo motivo essa ha lamentato, avanti al Tribunale, l'erroneità dell'attribuzione dei punteggi, come effettuata dalla Commissione al termine delle operazioni di rinnovo della procedura, con la conseguente illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto a MHC.

2.1. La ricorrente contesta, anzitutto, il punteggio assegnato al criterio n. 1.A, relativo alla: *“drappeggiabilità, indicazioni di posizionamento, dimensioni, proporzione e assenza di odore”*, dove ha ottenuto 2,33 punti, rispetto ai sette punti assegnati alla controinteressata. Medline sostiene, nello specifico, che sebbene il disciplinare non abbia espressamente menzionato la *“grammatura”* e ancorché il prodotto dalla stessa offerto presentasse, a suo dire, una maggiore *“grammatura”*, la Commissione nulla avrebbe chiarito su tali aspetti, limitandosi ad evidenziare che *“...i teli della ricorrente sarebbero costituiti da PE e, quindi, meno drappeggiabili...”*, come meglio evidenziato nella tabella con i giudizi tecnici in atti.

2.2. L'appellante evidenzia, ancora, che i teli dalla stessa offerti avrebbero in ogni caso misure pienamente conformi a quelle imposte dal bando di gara, sebbene il capitolato tecnico, all'art. 2.1, aveva espressamente previsto che *“le misure rivestono carattere solo indicativo”*. Medline ha contestato inoltre l'affermazione della Commissione secondo cui: *“... vi sarebbe una sensazione di odore all'apertura”*, ritenendola eccessivamente generica, tanto più che la sterilizzazione per irraggiamento ben avrebbe potuto *“modificare i polimeri”*.

3. Con un secondo motivo Medline ha dedotto, in prime cure, la circostanza che la Commissione di gara, in sede di rinnovo della procedura a seguito di un primo annullamento disposto da questa Sezione con la sentenza n. 5746/2020, non ha proceduto alla verifica di congruità dell'offerta dell'aggiudicataria, così come imposto dall'art. 97 del codice dei contratti e dall'art. 21 del disciplinare di gara.

4. Con un terzo motivo di ricorso, Medline lamenta la violazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016, oltre ai principi normativi generali che governano

alle gare pubbliche, giacché, a detta della ricorrente, l'Amministrazione avrebbe dovuto nominare una nuova Commissione di gara, distinta da quella che aveva valutato le offerte e a causa delle quali l'aggiudicazione era stata annullata dalla suindicata sentenza della Sezione n. 5746/2020.

5. Avverso la sentenza in epigrafe, che ha respinto tutte le censure da essa avanzate in primo grado, Medline ha proposto appello avanti a questo Consiglio di Stato e, nell'affermarne l'erroneità della sentenza del primo giudice che ha respinto i visti tre motivi, ne ha chiesto, previa sospensione dell'esecutività, la riforma, con il conseguente annullamento degli atti gravati in prime cure e l'aggiudicazione della gara in proprio favore.

5.1. Si sono costituite ARIA e la società controinteressata in questo grado del giudizio, per chiedere la reiezione dell'appello.

5.2. Alla camera di consiglio del 15 giugno 2023, fissata per l'esame dell'istanza incidentale di sospensione dell'esecuzione della sentenza appellata, questo è stato differito sull'accordo delle parti, per essere abbinato alla trattazione del merito.

5.3. Nella pubblica udienza del 23 novembre 2023, il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

6. L'appello di Medline deve essere respinto.

6.1. Con il primo motivo, anzitutto, l'odierna appellante, Medline, ripropone le censure articolate avverso la verifica di congruità dell'offerta risultata aggiudicataria - per come la stazione appaltante vi ha proceduto in sede di parziale rinnovazione della gara - a valle della precitata sentenza di appello (n. 5746/2020). Nello specifico, la difesa delle società appellante ripropone anche in questa sede di appello il motivo declinandolo in tre subcensure e, precisamente: *i)* l'Amministrazione non avrebbe potuto richiamare, *sic et simpliciter*, la verifica già eseguita nel verbale n. 10 del 28 giugno 2019, trattandosi di atto non più esistente, in quanto travolto per effetto dell'annullamento disposto con la ridetta sentenza n. 5746/2020,

che aveva caducato l'intera procedura pregressa, a partire dal momento della “*prova sul campo*” e, quindi, comprendendo anche la verifica del 28 giugno 2019; *ii*) in ogni caso, soggiunge l'appellante, anche a voler ritenere tale attività ancora esistente, vi sarebbero state ragioni che ne rendevano necessaria la rinnovazione, specie con riguardo al lasso di tempo decorso; *iii*) in ultima analisi, peraltro, la stessa attività di verifica compiuta il 28 giugno 2019 sarebbe stata inficiata, a dire dell'appellante, da plurimi profili di illegittimità.

6.2. Il primo giudice ha respinto la censura perché, a suo avviso, il “recupero” dell'attività di verifica, compiuta anteriormente alla vista sentenza n. 5746/2020 di annullamento, ha trovato piena giustificazione nei principi di economicità e celerità dell'azione amministrativa, dal momento che nulla era mutato nelle offerte economiche dei concorrenti stessi.

6.3. Detto ordine di idee deve essere pienamente condiviso.

6.4. Osserva, in proposito, il Collegio che dirimente risulta il richiamo al suindicato generale principio di conservazione degli atti amministrativi, in virtù del quale, poiché – come pure il primo giudice ha evidenziato – l'annullamento disposto con la più volte richiamata sentenza n. 5746/2020 era disceso da un vizio inerente alla valutazione delle offerte tecniche e, segnatamente, alle modalità di effettuazione delle “*prove sul campo*”, senza che ne fosse minimamente modificata la verifica di congruità dell'offerta economica, caducata quest'ultima essenzialmente per illegittimità derivata; legittimamente, dunque, l'Amministrazione, con un atto qualificabile come di conferma in senso proprio, ha ritenuto di poter semplicemente adottare una nuova determinazione, mediante il mero richiamo alla verifica del 28 giugno 2019, di cui ha riprodotto gli effetti.

6.5. Di qui l'infondatezza della censura in esame, stigmatizzata dal primo giudice.

6.6. Infondata è anche la contestazione relativa alla seconda subcensura con

cui Medline ha insistito sulla rinnovazione della verifica, tanto più necessaria in considerazione del non breve lasso di tempo decorso, dovendosi sul punto ritenersi, anzitutto, inconferente l'argomentazione dell'appellante secondo cui si sarebbe dovuto escludere che, nella specie, potessero utilmente essere invocati i principi di economicità e celerità, dal momento che le nuove “*prove sul campo*” sono durate ben undici mesi.

6.7. Anche questo motivo è privo di fondamento perché il nocciolo della questione, come ben rilevato dalla difesa appellata, non è solo la durata del procedimento, ma essenzialmente l'esigenza di evitare una inutile ripetizione di attività già compiute, proprio in ossequio al visto principio di economicità. Riguardo, poi, all'allegazione sul tempo decorso e agli eventi *medio tempore* verificatisi (emergenza pandemica, guerra, aumento dei costi), lo stesso rilievo risulta per vero alquanto generico e non supportato da specifiche indicazioni di come questi potessero avere inciso sulle specifiche voci dell'offerta economica di parte controinteressata.

Del resto la stessa appellante, al pari degli altri concorrenti, non ha ritenuto di modificare, né tanto meno di ritirare la propria offerta, che è stata confermata nei termini originari su espressa richiesta della stazione appaltante.

6.8. Con la terza subcensura, ancora, l'appellante sostanzialmente reitera le doglianze formulate in primo grado circa le allegate illegittimità e gli errori che avrebbero connotato la verifica condotta, con esito positivo, nell'anno 2019.

6.9. Anche quest'ultimo rilievo è privo di fondamento perché risulta, anzitutto, incontroverso tra le parti che ai concorrenti era stato chiesto di produrre, già in sede di presentazione delle offerte, le giustificazioni relative alle singole voci di costo, che andavano a costituire le offerte economiche: tale opzione risultava, del resto, contemplata dalla stessa *lex specialis*.

6.10. Conferma, poi, tale conclusione il pacifico indirizzo giurisprudenziale

in base al quale la valutazione favorevole sulle giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia, non postula un rincarato onere motivazionale, essendo piuttosto richiesta una motivazione più approfondita soltanto là dove l'Amministrazione avesse ritenuto di non condividere le giustificazioni prodotte dall'impresa, in tal modo disponendone l'esclusione (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 25 ottobre 2017, n. 4912). Nella diversa ipotesi di giudizio positivo dell'offerta sospettata di anomalia, spetta – per contro – a colui che contesta l'anomalia dell'offerta l'onere di dimostrarne l'irragionevolezza o l'erroneità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 2021, n. 3174; id., 27 settembre 2017 n. 4527), non essendo sufficiente allegare considerazioni parcellizzate sulla incongruenza o insufficienza (solo) di talune voci di costo.

6.11. Nel caso all'esame del Collegio, Medline non allega neppure considerazioni specifiche, ma formula doglianze, per vero, generiche in ordine alle motivazioni con le quali la Commissione di gara ha ritenuto congrua l'offerta della controinteressata, senza allegare elementi “parcellizzati” dai quali avrebbe dovuto risultare che i costi della manodopera e della sicurezza potessero ritenersi anomali e tali da rendere inattendibile l'offerta economica interamente considerata. Né a diverse e distinte conclusioni può poi pervenirsi riguardo al rilievo del numero dei dipendenti a tempo pieno effettivamente impiegati, tenuto conto delle giustificazioni sul personale effettivamente impiegato risultante dai verbali della Commissione di gara sul punto (cfr. verbale n. 14 produzione in primo grado).

7. Con il secondo motivo di censura, ancora, l'appellante lamenta la mancata nomina di una nuova Commissione aggiudicatrice, diversa da quella che aveva operato anteriormente all'annullamento disposto con la precitata sentenza n. 5746/2020.

7.1. Il Tribunale ha respinto il motivo facendo richiamo alla giurisprudenza

prevalente sul punto che considera ormai cogente la scelta del legislatore – consacrata nell’articolo 77, comma 11, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 - di imporre - salvo che in casi specifici qui non sussistenti - la riconvocazione della medesima commissione in caso di rinnovazione delle operazioni di gara a seguito di annullamento giurisdizionale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 gennaio 2021, n. 796; id., 23 dicembre 2020, n. 8299).

7.2. Vero è che, nel nuovo codice, la norma è stata riprodotta precisando che resta salva la possibilità della stazione appaltante di convocare una nuova commissione anche in altri casi, purché, con “*motivata determinazione*” (articolo 93, comma 6, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36); e, quindi, potrebbe desumersi che il legislatore non abbia escluso di poter venire incontro alla possibilità di situazioni in cui effettivamente possano esservi ragioni che sconsiglino la riconvocazione della commissione originaria. Nel caso di specie, Mölnlycke Health Care aveva tuttavia manifestato espressamente il proprio dissenso alla ipotizzata nomina di una nuova Commissione.

E, per altro verso, le ragioni addotte dall’appellante a sostegno della ritenuta opportunità di sostituire i componenti della Commissione medesima oltre a riproporre pretesi profili di “*incompatibilità*” dei componenti la Commissione, che sono stati già definitivamente esclusi con la citata sentenza n. 5746/2020; risultano fondarsi - sotto altro profilo - su allegazioni alquanto generiche, in ragione delle quali sarebbe per vero irragionevole ritenere sufficiente la sola pendenza di un ricorso in cui è censurato l’operato della Commissione per far insorgere in capo ai suoi componenti una sorta di “*pregiudizio*” tale da determinarne l’incompatibilità a operare in tutti i casi di rinnovazione delle operazioni di gara.

7.3. La doglianza deve essere perciò respinta.

8. Infondata è, infine, anche la terza censura afferente all’attribuzione dei punteggi effettuata dalla Commissione in sede di rinnovo della procedura,

aggravata dalla circostanza della mancata ostensione dei brogliacci da cui si sarebbe potuto meglio dimostrare l'erroneità su alcune voci delle offerte tecniche della appellante e della controinteressata.

8.1. Detta censura si articola a sua volta nelle seguenti subcensure e, precisamente: la prima, relativa alla mancata intellegibilità dell'*iter* logico seguito dalla Commissione, a causa della omessa ostensione -come detto- dei visti "*brogliacci*", che hanno preceduto la redazione dei verbali della Commissione medesima; la seconda, indirizzata invece avverso i punteggi attribuiti a singole voci delle offerte tecniche e le motivazioni addotte a sostegno degli stessi.

8.2. Con riguardo al primo rilievo, esso deve ritenersi in parte inammissibile tenuto conto della mancata impugnazione dell'ordinanza n. 2488/2022, a mezzo della quale il Tribunale aveva respinto l'istanza di accesso in corso di causa, ai sensi dell'articolo 116, comma 2, c.p.a., con cui era stata chiesta l'acquisizione proprio dei cd. "*brogliacci*".

8.3. Al riguardo, va richiamata la recente sentenza dell'Adunanza plenaria n. 4 del 24 gennaio 2023, là dove ha riconosciuto l'immediata appellabilità delle ordinanze di cui al precitato articolo 116, comma 2, c.p.a., stante la loro natura decisoria, seppure con alcuni temperamenti.

8.4. Ebbene, proprio in ragione di tale carattere precettivo, deve ritenersi applicabile -anche alle ordinanze in questione - il principio giurisprudenziale per cui qualora il giudice, sebbene con provvedimento avente la veste formale dell'ordinanza, abbia deciso, senza definire il giudizio, una o più delle questioni di cui all'articolo 279 c.p.c., a detto provvedimento va riconosciuta natura di sentenza non definitiva, con l'ulteriore conseguenza che avverso lo stesso deve essere proposta impugnazione immediata o formulata riserva d'impugnazione, in mancanza delle quali la decisione adottata acquista efficacia di giudicato interno (cfr. Cass. civ., sez. un., 28 ottobre 2022, n. 32026).

8.5. In altri termini, sulla scorta di quanto chiarito dalla surrichiamata giurisprudenza che ha escluso il carattere meramente istruttorio di dette ordinanze, non sussumibili perciò nel primo comma dell'articolo 279 c.p.c., perché volte a definire una questione, la decisione *de qua* ricade dunque nella previsione dell'articolo 279, secondo comma, n. 4), c.p.c.

8.6. Ne discende, pertanto, che la società Medline avrebbe dovuto o immediatamente impugnare tale ordinanza reiettiva ovvero formulare riserva di appello *ex* articolo 340 c.p.c. (norma pacificamente applicabile al processo amministrativo giusta il rinvio esterno di cui all'articolo 39 c.p.a.): non avendo fatto nessuna delle due cose, non appare certamente possibile, in sede di appello, tornare a instare per l'accesso, censurando le contrarie statuizioni cui *in illo tempore* il primo giudice è pervenuto.

8.7. Quanto, poi, al secondo profilo di censura, anche per questa parte il motivo risulta pacificamente infondato, in quanto i rilievi in questione o impingono il merito delle valutazioni tecnico-discrezionali, riservate alla Commissione di gara, in difetto di quei profili di macroscopica erroneità o irragionevolezza che solo possono consentire un sindacato giurisdizionale, o addirittura lasciano trasparire la adombrata non veridicità di circostanze di fatto attestate nei verbali delle operazioni di gara, i quali - come noto - fanno fede fino a querela di falso, nella specie non proposta.

9. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello di Medline deve essere respinto nei suoi tre articolati motivi, sin qui esaminati.

10. Le spese del presente grado del giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'odierna appellante nei confronti della Stazione appaltante e della società Mölnlycke Health Care S.r.l.

10.1. Rimane definitivamente e rispettivamente a carico di Medline il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello principale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente

pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da Medline, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna Medline International Italy S.r.l. Unipersonale a rifondere in favore della Azienda Regionale per l'Innovazione e gli Acquisti - ARIA S.p.a., e della società controinteressata le spese del presente grado del giudizio, che liquida nell'importo di € 3.000,00 per ciascuna di dette parti, oltre gli accessori come per legge.

Pone definitivamente a carico di Medline il contributo unificato richiesto per la proposizione dell'appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Greco, Presidente

Paolo Carpentieri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore

Luca Di Raimondo, Consigliere

L'ESTENSORE

Antonio Massimo Marra

IL PRESIDENTE

Raffaele Greco

IL SEGRETARIO