

Pubblicato il 24/10/2017

N. 01275/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00668/2017 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 668 del 2017, proposto da:

H.C. Hospital Consulting S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Bivona, Marianna Capizzi, domiciliato ex art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

contro

ASST Papa Giovanni XXIII, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Alberto Colombo, Nives Rasoli, Cristina Acerboni, domiciliato ex art. 25 cpa presso T.A.R. Segreteria in Brescia, via Carlo Zima, 3;

nei confronti di

Biomedicale S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Pier Filippo Giuggioli, Domenico Aiello, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni

Onofri in Brescia, via Ferramola 14;

Tecnologie Sanitarie S.r.l. non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

- DELLA DELIBERAZIONE GIUNTALE 12/5/2017 N. 896, RECANTE L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA CONTROINTERESSATA DELLA GARA D'APPALTO TELEMATICA PER LA GESTIONE E MANUTENZIONE TRIENNALE (RINNOVABILE) DI APPRECCHIATURE, DISPOSITIVI SANITARI E ATTREZZATURE PRESSO ASST "PAPA GIOVANNI XXIII" DI BERGAMO;

- DELLA COMUNICAZIONE DEL 18/5/2017;

- DELL'AGGIUDICAZIONE PROVVISORIA DI CUI AL VERBALE DEL 28/12/2016;

- OVE OCCORRA, DEI VERBALI DI AMMISSIONE DELLE CONTROINTERESATE;

e per la condanna

AL RISARCIMENTO DEL DANNO PATITO, IN VIA PREFERENZIALE, IN FORMA SPECIFICA, PREVIA DECLARATORIA DI INEFFICACIA NEL CONTRATTO OVE GIA' STIPULATO, OVVERO PER EQUIVALENTE.

in via subordinata per l'annullamento

- DELL'INTERO SEGMENTO DI GARA PER L'ILLEGITTIMITA' DELLA DELIBERAZIONE GIUNTALE N. 814/2016 DI NOMINA DELLA COMMISSIONE AMMIISTRATIVA E TECNICA, E DEGLI ATTI CONSEQUENZIALI;

- DELLE EVENTUALI PREVISIONI DELLA LEX SPECIALIS CHE DETTANO CRITERI DI NOMINA DELLA

COMMISSIONE DIVERSI DA QUELLI DI CUI ALL'ART. 84
DEL D. LGS. 163/2006;
e per l'esercizio del diritto di accesso
AGLI ATTI RICHIESTI CON ISTANZE DEL 22/5/2017 E
DELL'1/6/2017.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di ASST Papa Giovanni
XXIII e di Biomedicale S.r.l.;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 ottobre 2017 il dott.
Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. ASST “Papa Giovanni XXIII” di Bergamo (di seguito: ASST) ha
indetto una selezione per l'affidamento dei servizi integrati di
gestione e manutenzione delle proprie apparecchiature, dei
dispositivi sanitari e delle attrezzature. La procedura concorsuale
“aperta” (governata *ratione temporis* dalla disciplina del Codice dei
Contratti del 2006) prevedeva l'appalto dei predetti servizi medicali –
riguardante circa 29.000 dispositivi e apparati in uso – per la durata
di 36 mesi (ed eventuale rinnovo per uguale periodo), con una base
d'asta di € 28.182.000. Riguardo alle modalità di aggiudicazione, la *lex
specialis* contemplava il metodo dell'offerta economicamente più
vantaggiosa e l'assegnazione di un punteggio massimo di 50 punti
per l'offerta economica e di 50 punti per l'offerta tecnica.

B. Riferisce la ricorrente che, per l'offerta tecnica, l'art. 9 richiama la previsione dell'Allegato "P" al D.P.R. n. 207/2010, tenendo conto della media riparametrata dei coefficienti attribuiti discrezionalmente dai singoli Commissari. Si disponeva, altresì, che la valutazione da parte dei singoli Commissari sarebbe avvenuta, per ciascun parametro, secondo un punteggio oscillante tra 0 ed 1, in base ai seguenti criteri:

- punti 0,00 ? per mancanza di documentazione necessaria per la valutazione del parametro considerato e/o non completa corrispondenza a quanto richiesto;
- punti 0,25 ? giudizio insufficiente;
- punti 0,50 ? giudizio sufficiente;
- punti 0,65 ? giudizio più che sufficiente;
- punti 0,75 ? giudizio buono;
- punti 0,85 ? giudizio distinto;
- punti 1,00 ? giudizio ottimo.

C. I parametri di valutazione qualitativa ed i corrispondenti punteggi entro il massimo previsto di punti 50,00, erano i seguenti:

- E1 Schede di registrazione attività = massimo punti 5,00;
- E2 Manutenzione periodica programmata, taratura e prove periodiche = massimo punti 20,00 (ripartiti in due sub-criteri: E2.1 Protocolli procedure operative = massimo punti 13,00; E2.2 Contratti = massimo punti 7,00);
- E3 Apparecchi sostitutivi = massimo punti 5,00;
- E4 Organizzazione del servizio = massimo punti 12,00 (suddivisi in tre sub-criteri: E.4.1. Personale = massimo punti 6,00; E.4.2 Logistica = massimo punti 3,00; E.4.3 Dotazione strumentale = massimo punti 3,00);

- E.5 Migliorie e altro ? massimo punti 8 (ripartiti in due sub-criteri: E.5.1. Migliorie = massimo punti 5,00; E.5.2. Gestione inventario = massimo punti 3,00).

D. Dopo la scadenza del termine di partecipazione, la Direzione Generale – con deliberazione n. 814 del 10/5/2016 – nominava due Commissioni dedicate all'espletamento della selezione, ovvero la Commissione amministrativa (per gli adempimenti non discrezionali) e la Commissione giudicatrice *ex art.* 84 del D. Lgs. 163/2006 (all. 4).

E. Al confronto comparativo prendevano parte 6 concorrenti, fra i quali le odierne ricorrente e controinteressate. Le operazioni di selezione iniziavano il 24/5/2016 e culminavano con la fase di valutazione tecnica di cui al verbale del 24/11/2016 (all. 7). Il verbale del 28/12/2016 racchiudeva la graduatoria finale e l'aggiudicazione provvisoria in favore di "Biomedicale S.r.l.", succeduta in corso di operazioni selettive a "Zephyro S.p.A." quale cessionaria del relativo ramo d'azienda. La classifica nelle prime posizioni era la seguente: "Biomedicale S.r.l." con complessivi punti 97,57 (di cui 47,47 per la qualità e 50,00 per il prezzo); "Tecnologie Sanitarie S.p.A." con complessivi punti 96,39 (di cui 50,00 per la qualità e 46,39 per il prezzo); "r.t.i. "Hospital Consulting S.p.A." - "Philips S.p.A." con complessivi punti 89,88 (di cui 47,71 per la qualità e 42,17 per il prezzo).

F. Preso atto dell'anomalia delle offerte delle concorrenti collocatesi ai primi quattro posti della graduatoria, la stazione appaltante sottoponeva a verifica di congruità le due odierne controinteressate. All'esito, l'offerta di "Biomedicale" veniva ritenuta congrua sulla base delle giustificazioni fornite, e con l'impugnata deliberazione del

Direttore generale n. 896 del 12/5/2017 veniva disposta l'aggiudicazione definitiva della gara a suo favore.

G. La ricorrente lamenta anzitutto l'omessa evasione dell'istanza di accesso, originariamente formulata il 22/5/2017.

H. Con l'introdotta gravame, ritualmente notificato e tempestivamente depositato presso la Segreteria della Sezione, la ricorrente impugna gli atti di gara in epigrafe, deducendo le seguenti censure in diritto:

I MOTIVO: MANCATA ESCLUSIONE DELLA PRIMA E DELLA SECONDA CLASSIFICATA PER INCOMPLETEZZA DELL'OFFERTA TECNICA.

- l'art. 6.3 del Regolamento di gara indica i contenuti della documentazione tecnica, precisando che l'impresa partecipante per il punto "E2 – *Manutenzione periodica programmata (MP), taratura, prove periodiche dovrà specificare i protocolli per le manutenzioni periodiche programmate che intende utilizzare in caso di assenza di protocolli del produttore ed indicare la relativa periodicità per ciascuna tipologia/modello di apparecchiature/dispositivo incluso nel presente appalto (dovrà essere redatto un ipotetico piano di manutenzione con relativa periodicità ed indicazione dei protocolli impiegati, con riferimento alle fonti eventualmente utilizzate per la stesura). In caso di non adozione dei protocolli previsti dal produttore, il concorrente dovrà rendere disponibile all'A.S.S.T. la valutazione del rischio eseguita per la scelta dei singoli protocolli proposti*" (all. 14). Allo stesso modo la *lex specialis* sancisce, in caso di assenza di protocolli del produttore, l'obbligo di specificare i protocolli per le prove periodiche (VS e funzionali), unitamente alla correlata valutazione del rischio.

- la previsione è ribadita all'art. 5.7 pag. 21 del Capitolato d'appalto (all. 13), ove si puntualizza che i protocolli impiegati in caso di mancanza delle prescrizioni del produttore, *“dovranno essere allegati e conformi alle indicazioni delle normative tecniche e di qualità vigenti”*;
- la Commissione ha attestato che sia “Zephyro” che “Tecnologie Sanitarie” non hanno riportato nella propria documentazione tecnica la *“valutazione del rischio in caso di assenza di indicazione del costruttore”*, che per entrambe le concorrenti risulta *“assente”* (cfr. all.15);
- una simile carenza della documentazione tecnica è esplicitamente sanzionata con l'esclusione dall'art. 8 del Disciplinare di gara: *“Verranno esclusi dalla gara quei Concorrenti, la cui offerta tecnica non sarà risultata conforme ai requisiti prescritti; agli stessi non verrà attribuito alcun punteggio”* (all. 14, pagina 25), e pertanto la prima e la seconda classificata non avrebbero dovuto essere ammesse alle fasi successive della competizione;

II MOTIVO: ILLEGITTIMITA' DEI PUNTEGGI TECNICI ASSEGNATI DALLA COMMISSIONE.

II.a CENSURE SULL'ASSEGNAZIONE DEI PUNTEGGI PER IL PARAMETRO “E1 – SCHEDE DI REGISTRAZIONE ATTIVITÀ” (max 5 punti) =

- La Commissione ha unanimemente assegnato la valutazione di 1-ottimo a “Zephyro” (oggi “Biomedicale”) – alla quale corrispondevano 5 punti – e solo 0,75-buono a favore del r.t.i. “Hospital Consulting”, con riconoscimento di 3,75 punti (all.9);
- la differenza tra i due giudizi è fondata sul riscontro dei dati tecnici informatici nell'offerta “Zephyro”, che invece non risulterebbero presenti in quella della ricorrente, e sulla carenza dei dati amministrativi nella proposta di quest'ultima; l'asserzione è tuttavia

smentita dalla documentazione di gara, dalla quale si evince la completezza dei dati (sia informatici che amministrativi);

- i riferimenti dello specifico parametro sono contenuti all'art. 5.2 del C.S.A., "Fascicolo Macchina", il quale impone la predisposizione di un fascicolo cartaceo e informatizzato contenente i documenti della "vita" del bene, con le informazioni fondamentali; il Capitolato permette al concorrente di modificare, se necessario, i propri modelli, tenendo conto "della scheda attualmente in uso" presso l'amministrazione (di fatto predisposta dalla ricorrente in qualità di gestore attuale del servizio);

- l'offerta tecnica della ricorrente contiene tutti gli elementi, uno per anno, di cui il Capitolato impone la presenza (All.11, pagina 1, primo capoverso), e l'allegato 2 all'offerta Tecnica, recante il modello di "Scheda per la raccolta dei dati anagrafici e manutentivi", evidenzia sia la presenza e completezza dei dati amministrativi ritenuti assenti, sia quella dei dati informatici di cui non v'è traccia nel giudizio dei Commissari (allegato 12, rispettivamente pagina 1, prima parte, e pagina 2).

- la perfetta equiparabilità dell'offerta proveniente dall'a.t.i. "Hospital Consulting" rispetto a quella "Zephyro" impone di assegnare alla prima lo stesso punteggio di 1-ottimo attribuito alla seconda, con conseguente attribuzione di punti 5,00 rispetto ai 3,75 originariamente assegnati.

II.B CENSURE SULL'ASSEGNAZIONE DEI PUNTEGGI PER IL PARAMETRO "E2.1 – PROTOCOLLI E PROCEDURE OPERATIVE" (max 13 punti) =

- il punto di riferimento del sub-parametro è rintracciabile all'art. 5.7 del Capitolato, rubricato "Prove periodiche" ed alla parte riguardante

le “Evidenze di esecuzione dell’attività” all’interno della quale si trovano i parametri utilizzati dall’organo di valutazione per distribuire i punteggi (all. 13); la Commissione non ha adeguatamente esaminato quanto indicato al penultimo paragrafo di pagina 21 dello stesso Capitolato sulla necessaria valutazione del rischio da effettuare in caso di mancata adozione dei protocolli previsti dal produttore (che ha già rappresentato oggetto della censura proposta in via principale);

- la Commissione ha assegnato all’unanimità il giudizio di 0,85-distinto a “Tecnologie Sanitarie”, e di 0,75-buono sia a “Zephyro” che all’a.t.i. “Hospital Consulting”, con corrispondente punteggio proporzionale;
- la lettura dei giudizi evidenzia che, mentre “Tecnologie Sanitarie” e “Zephyro” hanno fatto registrare sei carenze nella documentazione di riferimento, la ricorrente ne annovera solo 4. In disparte il dato “quantitativo” delle lacune, tre di quelle addebitate all’esponente sono smentite dall’esame della documentazione tecnica (mentre quella riguardante la mancanza di nominativo e firma del tecnico preposto al controllo è comune a tutte e tre le concorrenti). A tal proposito: 1) il nominativo del tecnico esecutore è riscontrabile nell’offerta della ricorrente, all’ultimo rigo delle relative schede; 2) il nominativo e la firma del Responsabile dell’U.O. attestante l’avvenuto controllo figurano all’ultimo rigo delle relative schede; 3) i dati sulle strumentazioni e sui campioni di riferimento utilizzati per la taratura sono puntualmente contenuti nel c.d. certificato di taratura.
- la ricorrente doveva riportare il punteggio massimo; in aggiunta, la carenza rimproverata ad entrambe le controparti – in particolare, quella riguardante l’assenza della valutazione del rischio in caso di

assenza di indicazione del costruttore – è tale che, in base alla censura proposta in via principale, avrebbe dovuto condurre alla loro esclusione, e comunque avrebbe dovuto imporre, quanto meno, l'assegnazione di 0 punti per lo specifico parametro E.2.1 (che da solo assegna punti 13): da ciò consegue il radicale stravolgimento della graduatoria, dato che il differenziale di 13 punti per la voce E.2.1, da solo, conduce all'aggiudicazione in favore di "Hospital Consulting".

II.C CENSURE SULL'ASSEGNAZIONE DEI PUNTEGGI PER IL PARAMETRO "E2.2 – CONTRATTI" (max 7 punti) =

- in proposito il Regolamento prevede che: *"Dovranno essere indicati numero e tipologia di contratti che l'Aggiudicatario andrà a sottoscrivere con i produttori o ditte terze autorizzate dal produttore per l'effettuazione di quanto sopra indicato (specificare dettagliatamente le condizioni contrattuali, quali apparecchi verranno inclusi in contratto ed eventuali esclusioni)"* (all. 14).
- la Commissione ha formulato il giudizio di maggior pregio (1-ottimo) a "Tecnologie Sanitarie" e ad "Hospital Consulting", alle quali è stato attribuito il massimo di punti 7,00, e il giudizio di 0,75-buono a "Zephyro", pari a punti 5,25;
- per l'ATI "Hospital Consulting" la stazione appaltante ha statuito quanto segue: *"Numero contratti: 50 contratti totali, escluso Philips - Numero apparecchiature: molto elevato - tipologia contratti: una parte rilevante delle apparecchiature sono in Full risk - Condizioni contrattuali: non specificate - Tipologia apparecchi inclusi nei contratti: uniforme distribuzione delle varie tipologie"*; questa la valutazione riservata a "Tecnologie Sanitarie": *"Numero contratti: 73 contratti totali - Numero apparecchiature: elevato - tipologia contratti: buona parte delle apparecchiature sono in Full risk - Condizioni contrattuali: non specificate - Tipologia apparecchi inclusi nei*

contratti: uniforme distribuzione delle varie tipologie”; infine, il giudizio per “Zephyro”: *“Numero contratti: non specificato - Numero apparecchiature: elevato - tipologia contratti: buona parte delle apparecchiature sono in Full risk - Condizioni contrattuali: non specificate - Tipologia apparecchi inclusi nei contratti: prevalenza di apparecchiature di alta tecnologia*”;

- risulta anzitutto anomala la scelta della Commissione di valorizzare il dato quantitativo dei contratti (senza apprezzare il numero – più o meno elevato – delle apparecchiature coinvolte), e comunque “Hospital Consulting” è stata penalizzata (così che “Tecnologie Sanitarie” ha raccolto lo stesso suo punteggio) dall’esclusione dal conteggio dei contratti di “Philips”, produttore di statura internazionale nel campo delle attrezzature oggetto di appalto; la circostanza che quest’ultima faccia parte del raggruppamento non si può paradossalmente ritorcere in danno dello stesso, posto che l’effetto-utile per l’Ente resterebbe ugualmente assicurato;

- fermi gli altri parametri di valutazione favorevoli all’odierna deducente (molto elevato il numero delle apparecchiature proposte rispetto a “Tecnologie Sanitarie”, parte rilevante delle apparecchiature offerte in *full risk* rispetto alla sola “buona parte”), doveva giustificarsi quanto meno un gradino di punteggio differenziale tra le due offerte, così da contribuire ad un’ulteriore variazione della classifica finale;

II.D CENSURE SULL’ASSEGNAZIONE DEI PUNTEGGI PER IL PARAMETRO “E3 – APPARECCHI SOSTTUTIVI” (max 5 punti) =

- In proposito l’art. 6.3 del Regolamento prevede di: *“Elencare le apparecchiature sostitutive che saranno messe a disposizione dalla ditta aggiudicataria indicando numerosità, marca, modello, anno di produzione e tempi*

di messa a disposizione del reparto” (all. 14); la Commissione, in questo caso, ha apprezzato con 1-ottimo la proposta di “Tecnologie Sanitarie” (cui corrispondeva il massimo di punti 5,00) ed ha assegnato, invece, a “Zephyro” e all’a.t.i. “Hospital Consulting” il giudizio di 0,75-buono (con punti 3,75); non è giustificabile l’equiparazione di giudizio fra la ricorrente e l’aggiudicataria “Zephyro” sulla base dei verbali valutativi;

- si riporta il giudizio per “Zephyro”: *“I muletti proposti in sede sono quasi tutti quelli richiesti più altri. Viene dichiarata una disponibilità di queste apparecchiature in tutti i presidi/poliambulatori del territorio entro 1 h dalla richiesta. Vengono messe a disposizione altre apparecchiature a livello nazionale con tempo di consegna di 1 giorno. La numerosità e la tipologia dei muletti sono buone, marca e modelli non sono completamente quelli richiesti, l’anno di produzione è recente. I tempi di messa in servizio a disposizione del reparto sono buoni. I Commissari, pertanto, sulla scorta della documentazione prodotta dalla ditta concorrente, assegnano tutti un giudizio buono, corrispondente a un coefficiente di 0,75”*; così è stata valutata la ricorrente: *“I muletti proposti in sede sono quelli richiesti dal CSA più altri. I tempi di messa a disposizione delle apparecchiature non residenti variano da 1 a 3 giorni. E’ presente un elenco integrativo, di cui alcune apparecchiature vengono messe a disposizione entro 3 giorni, altre entro 5 altre entro 7 (lavorativi). La numerosità e la tipologia dei muletti sono buone, marca e modelli sono quelli richiesti, l’anno di produzione è recente, i tempi di messa a disposizione del reparto sono buoni. I Commissari, pertanto, sulla scorta della documentazione prodotta dalla ditta concorrente, assegnano tutti un giudizio buono, corrispondente a un coefficiente di 0,75”*;
- poiché l’offerta “Zephyro” non copre le richieste del C.S.A. mentre quella di “Hospital Consulting” le soddisfa pienamente (con proposta di prodotti aggiuntivi), è illogica l’uniforme valutazione

delle proposte come “buone”, dovendosi peraltro attribuire all’aggiudicataria un punteggio di 0 data la “non completa corrispondenza a quanto richiesto”;

II.E CENSURE SULL’ASSEGNAZIONE DEI PUNTEGGI PER IL PARAMETRO “E4.3 – DOTAZIONE STRUMENTALE” (max punti 3) =

- l’art. 6.3 del Regolamento chiarisce che i concorrenti sono onerati di: *“Presentare dettagliato elenco delle risorse strumentali e tecnologiche che si intende mettere a disposizione in caso di aggiudicazione. In particolare dovranno essere indicate le strumentazioni (tipo e numero), con indicazione della tempistica di disponibilità per l’ASST (tempo pieno, a richiesta, etc.)”* (all. 14); il Capitolato esplicita ulteriormente quale debba essere il contenuto della proposta al suo art. 12;
- la Commissione, in questo caso, ha valutato con il massimo di 1-ottimo l’offerta di “Tecnologie Sanitarie” (con attribuzione dei 3,00 punti) e ha assegnato all’a.t.i. “Hospital Consulting” il giudizio di 0,65-più che sufficiente e a “Zephyro” il punteggio di 0,5-sufficiente; è stato indebitamente dequotato l’elemento pregnante del criterio, e cioè la quantità dei beni strumentali a disposizione, in cui eccelle largamente la ricorrente, mentre sono state illogicamente valorizzate per “Tecnologie Sanitarie” le apparecchiature per la verifiche sulle ottiche (elemento economicamente irrilevante, che incide per soli € 1.300,00 sulla commessa);
- la dotazione strumentale proposta dall’a.t.i. “Hospital Consulting” è approssimativamente pari a 1.500 strumenti (all. 23), quella di “Tecnologie Sanitarie” circa 1.000 (all. 24), quella di “Zephyro” poche decine (all. 25): di conseguenza, non risulta giustificabile la preferenza ed il punteggio pieno riconosciuto a “Tecnologie

Sanitarie”, che presenta una dotazione strumentale decisamente inferiore rispetto alla ricorrente; non è spiegato in alcun modo l'autonomo rilievo accordato alle ottiche rigide e non a un qualsiasi altro strumento;

- è singolare che nuovamente per l'aggiudicataria “Zephyro”, pur in presenza di un'offerta non in grado di coprire integralmente il servizio oggetto di appalto (restando invero fuori “alcune eccezioni”), si sia preferito assegnare un punteggio piuttosto che attribuire punti 0 come previsto dal regolamento;

II.F CENSURE SULL'ASSEGNAZIONE DEI PUNTEGGI PER IL PARAMETRO “E5.1 – MIGLIORIE” (max 5 punti) =

- l'organo di valutazione ha assegnato il punteggio massimo di 1-ottimo a “Zephyro” (con attribuzione dei 5,00 punti a disposizione) e ha assegnato, invece, all'a.t.i. “Hospital Consulting” il giudizio di 0,85-distinto ed a “Tecnologie sanitarie” il punteggio di 0,65-più che sufficiente;

- gli errori della Commissione sono in questa fattispecie documentali;
- viene rilevato che: a) la migliorata n. 10 di “Zephyro” (“Allestimento magazzini di reparto presso le sale operatorie e le terapie intensive, contenenti una scorta minima di materiali soggetti ad usura con formazione, se richiesto, del personale sanitario per la sostituzione dei suddetti materiali”), una delle quattro utilmente considerate dalla Commissione, non è presente nella relativa offerta tecnica; b) la migliorata n. 6 di “Zephyro” (“Monitoraggio gas anestetici”) è già presente e funzionante nel comparto operatorio dell'Ente, e pertanto la stessa non ha alcuna utilità e non può essere considerata positivamente; c) entrambe le migliorie che hanno fatto punteggio in favore di “Tecnologie Sanitarie” non rientrano in nessuna di quelle

proposte dalla concorrente; d) non è stata inserita tra le migliori di “Hospital Consulting” vagliate dalla Commissione quella denominata “RightFit Evolution – Garanzia di sistemi sempre aggiornati allo stato dell’arte”, che prevede l’aggiornamento degli apparecchi di monitoraggio (circa 200 monitor di parametri vitali) nell’ambito di un più moderno concetto di manutenzione evolutiva dei sistemi; e) non è stata valutata a favore dell’a.t.i. deducente la miglioria n. 7 “Convalida apparecchiature inserite nel processo di sterilizzazione” nonostante la medesima (sotto il nome di “Convalida e gestione centrale di sterilizzazione”, al n. 4), sia invece stata positivamente scrutinata in favore di “Zephyro”;

- l’esclusione da valutazione di due migliori per “Zephyro” (che scenderebbe, così, a due migliori utili, a fronte delle tre dell’a.t.i. deducente) e l’azzeramento di quelle erroneamente assegnate a “Tecnologie Sanitarie” conduce a un’ulteriore rivisitazione della graduatoria;

III MOTIVO: IN VIA DI ESTREMO SUBORDINE, CADUCAZIONE DELL’INTERA PROCEDURA DI GARA PER IRREGOLARE COMPOSIZIONE DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE - VIOLAZIONE DELL’ART. 84, COMMI 3 ED 8, DEL D. LGS. 163/2006.

- con Deliberazione n. 814 del 10/5/2016, la Direzione aziendale ha contestualmente nominato la Commissione amministrativa e la Commissione tecnica;

- l’art. 84 commi 3 e 8 del D. Lgs. 163/2006, rubricato “*Commissione giudicatrice nel caso di aggiudicazione con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa*”, dispongono quanto segue: “... 3. *La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di*

manca in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente. ... 8. I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie: a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali; b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza”.

- il principio affermato, dunque, è quello per cui nei casi di comprovata eccezionalità i membri della Commissione possono anche essere esterni, ma così non può mai accadere per il Presidente, che rappresenta l'ineliminabile punto di raccordo tra l'organo valutativo e la stazione appaltante: quest'ultimo, che di norma dev'essere scelto tra i dirigenti dell'amministrazione affidataria, nell'ipotesi in cui non vi siano figure dirigenziali in organico, dovrà comunque essere individuato tra i funzionari apicali della stessa (senza alcuna possibilità di “esternalizzazione”);
- nel caso dell'ASST di Bergamo, tutti i componenti della Commissione (Presidente e singoli membri) sono stati individuati al di fuori della dotazione organica della stazione appaltante, e se per i componenti diversi dal Presidente l'opzione era ammissibile in caso di “accertata carenza in organico di adeguate professionalità” (riscontro, comunque, non effettuato), una simile scelta non poteva essere adottata per il Presidente;

- il vizio descritto si ripercuote su tutte le attività compiute “a valle” di tale determinazione, caducandole irrimediabilmente.

I. La ricorrente formula altresì domanda di accesso ai sensi dell’art. 116, c.p.a.

L. Si sono costituite in giudizio ASST e Zephyro, chiedendo la reiezione del gravame.

Con ordinanza 4/8/2017 n. 388 questa Sezione ha motivatamente respinto la domanda cautelare, fissando contestualmente la data di trattazione della causa nel merito alla data odierna.

Alla pubblica udienza del 4/10/2017 il gravame introduttivo è stato chiamato per la discussione e trattenuto in decisione.

DIRITTO

La ricorrente censura gli atti della procedura selettiva, indetta dall’intimata ASST per l’affidamento triennale (suscettibile di rinnovo per uguale periodo) dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature, dei dispositivi sanitari e delle attrezzature.

0. Preliminarmente va osservato che, come già sottolineato nell’ordinanza cautelare di questa Sezione 4/8/2017 n. 388, risulta cessata la materia del contendere sulla domanda di accesso agli atti (cfr. dichiarazione della parte ricorrente nella memoria del 30/7/2017).

1. Con il primo motivo (illustrato al paragrafo H.1 dell’esposizione in fatto) la ricorrente evoca la clausola per la quale ogni concorrente doveva depositare la documentazione di valutazione del rischio nell’ambito dei protocolli per le manutenzioni periodiche programmate, per ciascuna tipologia/modello di apparecchiatura/dispositivo incluso nell’appalto. La richiamata

disposizione della *lex specialis* (art. 6.3 del regolamento di gara, pag. 21 del capitolato) stabiliva che l'adempimento era necessario nel caso di assenza o di mancata adozione – da parte del concorrente – dei protocolli previsti dal produttore, per cui il predetto adempimento doveva essere assolto dall'aspirante aggiudicatario laddove avesse optato per protocolli di manutenzione non coincidenti con quelli già predisposti dal produttore.

La doglianza non è passibile di positivo scrutinio.

1.1 Osserva il Collegio che la controinteressata prima classificata ha assunto l'impegno ad eseguire le attività programmate (manutenzioni periodiche, tarature e prove periodiche) secondo le specifiche tecniche e le procedure fornite dal costruttore, in accordo con le disposizioni della Direttiva CEE 93/42 relativa ai "Dispositivi medici" e nel rispetto della normativa tecnica e giuridica vigente (cfr. pag. 5 del progetto tecnico). Nell'offerta, l'impresa ha poi proseguito puntualizzando che <<*Nel caso di sistemi di apparecchiature le attività saranno eseguite anche su tutti i componenti/accessori del sistema con le medesime modalità applicate al bene principale; analogo discorso è valido per le "apparecchiature informatiche" collegate a dispositivi ad uso clinico/diagnostico*>>; a pagina 8 (punto E2.1.1 – Manutenzione periodica programmata MP) ha dichiarato che *"la manutenzione verrà eseguita direttamente dai produttori secondo gli specifici protocolli e check list redatti dalle liste stesse"*. Nel caso Zephyro svolgesse direttamente la manutenzione programmata, saranno rispettate *"Le indicazioni contenute nelle specifiche check list, corredate dalle istruzioni operative di riferimento, redatte da Zephyro o rese disponibili dai produttori (allegato AL.E2.4). Tutti i protocolli sono realizzati in conformità alle specifiche contenute nei manuali d'uso e di service delle apparecchiature, nel rispetto delle*

norme tecniche CEI, UNI, ISO, GM, delle prescrizioni della normativa della legislazione nazionale in materia di accreditamento delle strutture sanitarie e confermati dall'esperienza acquisita da Zephyro nei molteplici anni di attività nel settore". Per le "prove periodiche", a pagina 11 dell'offerta tecnica Zephyro ha specificato che "Nel caso in cui l'esecuzione delle attività venga affidata a personale afferente alle Ditte Produttrici, le attività saranno condotte secondo gli specifici protocolli e check list redatti dalle ditte stesse".

In buona sostanza, l'impresa vincitrice della gara ha dichiarato che, sulla Manutenzione periodica programmata (MP), taratura, prove periodiche, avrebbe affidato l'attività direttamente ai produttori ovvero l'avrebbe eseguita in proprio nel rispetto di protocolli e delle check list redatti dai medesimi (ove gli stessi fossero disponibili).

1.2 Nella memoria depositata il 30/7/2017, la ricorrente rileva che 357 macchinari (elencati al doc. 11) sarebbero privi del protocollo del produttore o dell'indicazione del modello, con conseguente necessità – rimasta insoddisfatta – di elaborare una specifica valutazione del rischio. Inoltre, per i macchinari a maggiore tecnologia, sarebbero stati assunti obblighi manutentivi meno pregnanti rispetto a quelli dovuti, con indicazione di interventi più dilatati nel tempo rispetto alla periodicità contemplata dal produttore nei suoi protocolli. In particolare, lamenta Hospital Consulting che Biomedicale avrebbe *"scelto di disallinearsi dalle indicazioni della Casa-madre proprio per le apparecchiature di punta della struttura sanitaria, quelle a più elevato tasso tecnologico e di maggior costo ed importanza, cioè il Tomografo a Risonanza Magnetica (RM) ed il Tomografo Assiale Computerizzato (TAC), ma senza indicare all'Ente alcunché in termini di valutazione dei rischi"*: nello specifico, sostiene la ricorrente che per la RM di produzione "Philips" e per la TAC "GE Healthcare", è prevista una periodicità annuale di

interventi di manutenzione (uno ogni dodici mesi), mentre il protocollo delle ditte produttrici prevedrebbe (per entrambe) quattro interventi nei dodici mesi. Nella memoria depositata in vista dell'udienza di merito (18/9/2017), l'esponente insiste nel ribadire che Biomedicale non osserva i protocolli dei produttori per i macchinari ad alta tecnologia (ossia TAC, RM, acceleratori lineari e sistemi per radiologia digitale) in riferimento alla periodicità ivi prevista per tale attività, recando in tal modo pregiudizio alla funzionalità e alla sicurezza dei dispositivi.

1.3 Devono essere rigettate le eccezioni di inammissibilità delle doglianze (che ad avviso delle parti resistenti sono state formulate *ex novo* senza rispettare il termine perentorio breve di impugnazione), dal momento che Hospital Consulting si è limitata a specificare e a dettagliare – nelle memorie depositate – il primo motivo di gravame, consistente nella denunciata mancanza della valutazione del rischio malgrado l'assenza (o la mancata adozione) dei protocolli del produttore. In particolare, parte ricorrente ha inteso dimostrare che l'impresa vincitrice non ha recepito (ovvero ha disatteso) le indicazioni della casa-madre sui tempi delle manutenzioni da effettuare sugli apparecchi.

1.4 Nel merito, l'impostazione di Hospital Consulting non è suscettibile di positivo apprezzamento.

Si premette che, rispetto ai 357 prodotti individuati dalla ricorrente (in un elenco dalla medesima predisposto), l'aggiudicataria ha obiettato che, in moltissimi casi, si tratta di beni di consumo ovvero di componenti di strumenti più complessi. La replica è nella sostanza condivisibile, in quanto la lista (doc. 11 del deposito dell'esponente del 30/7/2017) contempla materiali del tutto eterogenei tra loro, tra i

quali si rinvenivano numerosi termometri a mercurio, carica-batterie, dosatori, apparecchi per la testa del letto, lampade da visita, girelli, bastoni, carrozzine, barelle.

In disparte tale premessa, osserva il Collegio che, a pagina 8 del progetto tecnico dell'aggiudicataria, è prevista:

- la MP con frequenza periodica semestrale per defibrillatori, apparecchi per anestesia, ventilatori polmonari, incubatrici neonatali (anche da trasporto), cappe, elettrobisturi, cardiostimolatore esterno, contropulsatore aortico, litotritore endoscopico;
- una manutenzione annuale “sulle restanti apparecchiature”;
- infine, *“su tomografi assiali computerizzati, tomografi a risonanza magnetica, acceleratori lineari, PET-CT, gamma camere, angiografi digitali e altre apparecchiature di alta tecnologia, la manutenzione verrà eseguita direttamente dai Produttori secondo gli specifici protocolli e check list redatti dalle Ditte stesse”*.

La lettura di pagina 8 del progetto può insinuare qualche dubbio sulla manifestazione di volontà di Zephyro (oggi Hospital Consulting), e tuttavia dall'articolazione della frase si evince univocamente che i prodotti ad alta tecnologia (dai tomografi assiali computerizzati in avanti) sono “regolati” dalla parte conclusiva, ove si attesta che l'incombenza della MP sarà demandata direttamente ai produttori. Una differente lettura non sarebbe compatibile con la struttura del periodo e con le proposizioni tra loro combinate (anche se l'utilizzo di un “punto e virgola” o di un “punto” dopo la locuzione “restanti apparecchiature” avrebbe maggiormente facilitato la comprensione). La conclusione raggiunta trae conferma dalla parte immediatamente successiva, ove sono illustrati ulteriori interventi e viene fatto riferimento al numero e alla tipologia di contratti che Zephyro

sottoscriverà con i produttori o ditte terze autorizzate a effettuare la MP dai produttori. In definitiva, questi ultimi sono incaricati di compiere le attività manutentive sulle apparecchiature ad alta tecnologia, secondo i rispettivi protocolli (e la tempistica ivi prevista). In aggiunta, nel progetto di Biomedicale (pagina 12 – punto E2.2 contratti) si afferma che *“considerata la presenza di alcune tipologie di apparecchiature ad elevata complessità manutentiva che, per le loro caratteristiche costruttive e funzionali, spesso necessitano di particolari competenze e strumentazioni per l'effettuazione degli interventi di manutenzione, quest'ultima sarà affidata al produttore o a ditta da esso autorizzata o comunque che sia in grado di effettuare l'intervento tecnico in assoluta conformità alle prescrizioni del costruttore e di adempiere ai requisiti indicati nel CSA. Le tipologie di contratto che Zephyro intende sottoscrivere con i Produttori delle apparecchiature, o i loro delegati, sono di tipo Full Risk o di Manutenzione Preventiva”*. Detto impegno conferma ulteriormente quanto già asserito sui prodotti ad alta tecnologia, per cui si rivela accettabile la prospettazione della difesa della controinteressata nella parte in cui sostiene che, negli allegati al progetto tecnico, la menzione della frequenza delle manutenzioni è un dato puramente indicativo quando il delicato compito è affidato al Produttore/Ditte Terze autorizzate: in tali casi, non è realisticamente ipotizzabile una conoscenza piena della periodicità degli interventi necessari, anteriore alla stipulazione dei contratti *full risk* o di manutenzione preventiva, che dovrà tenere conto delle caratteristiche concrete (vetustà, uso, condizione) dei singoli prodotti.

1.5 Resta da affrontare il nodo delle “residue” attività di manutenzione programmata, nella parte che Biomedicale svolgerebbe in proprio. Nella memoria di replica, la ricorrente

richiama il verbale di gara con il quale la Commissione ha acclarato la totale assenza della valutazione del rischio in caso di assenza di indicazione del costruttore. Quest'ultima, secondo Hospital Consulting poteva alternativamente dipendere da due situazioni: la scelta della concorrente che, pur in presenza di manuali tecnici del Produttore, se ne distaccava intenzionalmente; oppure, la necessità oggettiva di dover creare un protocollo proprio di manutenzione, difettando le indicazioni della casa-madre. In particolare, l'esponente richiama l'offerta di Biomedicale (pagina 8) nella parte in cui fa riferimento ad una propria *check-list* c.d. "generica" per svolgere la manutenzione su dispositivi antecedenti alla Direttiva UE 93/42, per i quali non sono disponibili informazioni tecniche definite dal Produttore del dispositivo. Effettivamente, a pagina 8 dell'offerta tecnica, si afferma che:

<<Per lo svolgimento della MP verranno applicati i seguenti Protocolli:

- per tipologia – utilizzati per effettuare attività di controllo relativamente alla tipologia dei dispositivi;*
- generici – utilizzati per svolgere attività standard atte a garantire il mantenimento della sicurezza e del corretto funzionamento dei dispositivi. Tali protocolli si applicano ai dispositivi antecedenti l'entrata in vigore della Direttiva 93/42 per cui non sono disponibili informazioni tecniche definite dal Produttore del dispositivo. ...>>.* Specifica la ricorrente che il protocollo "generico" è l'Allegato "E2.4 – Protocolli e check-list MP" dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, ossia un documento denominato "Scheda Manutenzione Preventiva Apparecchiatura Generica" (identificato con la sigla "MP.APP.GEN.") e destinato a governare la manutenzione nei numerosi casi in cui non si rinviene un riferimento nel manuale del produttore: sostiene Hospital

Consulting che le *check-list* utilizzate da “Biomedicale” per eseguire le attività di MP coincidono (per la grande maggioranza) con il protocollo operativo di cui si è dato conto (“MP.APP.GEN.”).

La suggestiva ricostruzione non merita apprezzamento, e si può prescindere dall’eccezione di tardività della doglianza sollevata all’odierna udienza pubblica.

1.6 Il documento evocato è stato prodotto nella sua integrità dalla controinteressata nel corso della discussione. In assenza di opposizione, il Collegio ne ha disposta l’ammissione in quanto il deposito in giudizio (doc. 13 ricorrente del 13/9/2017) era obiettivamente parziale, in mancanza della sua seconda parte, relativa alla “*Guida alla compilazione della scheda*”. Come le parti resistenti hanno evidenziato durante la discussione pubblica, la nota 1 della scheda racchiude l’indicazione di “*attenersi scrupolosamente alle indicazioni del fabbricante nei manuali d’uso e di service dell’apparecchiatura*”. In tal modo, si attua un rinvio espresso alle specifiche del fabbricante per i differenti tipi di prodotto, peraltro molto datati (anteriori all’entrata in vigore della Direttiva CEE 93/42). Il raccordo di tale clausola con i contenuti dell’offerta si può effettuare alla luce della difficoltà, propria del concorrente, di identificare tutti i prodotti che verranno presi in carico in esito all’aggiudicazione: la scelta di Biomedicale è stata quella di predisporre una scheda che descriverà ciascun apparato, per il quale in via prioritaria l’aggiudicataria osserverà le direttive del fabbricante e, in via subordinata, provvederà ad organizzare la manutenzione “in proprio”. In tale contesto, assume un chiaro significato la disposizione introdotta alla pagina 13 del capitolato, afferente alla manutenzione periodica programmata. Dopo averne descritto i connotati fondamentali, la stazione

appaltante statuisce che <<“Qualora non esista documentazione da cui desumere i protocolli manutentivi, l’Aggiudicatario dovrà proporre alla stazione appaltante opportuni protocolli per le verifiche richieste” ... “Ogni protocollo dovrà riportare almeno i seguenti campi” “Questi protocolli dovranno essere forniti dall’Aggiudicatario in formato foglio di lavoro excel o compatibile entro un mese dall’aggiudicazione”>>. In coerenza con la plausibile difficoltà del concorrente di identificare preventivamente ogni singola apparecchiatura – con le sue caratteristiche e i suoi manuali d’uso – si ammette che il protocollo di manutenzione possa essere elaborato e consegnato all’ASST dopo l’aggiudicazione, e dunque nella fase esecutiva dell’appalto. La previsione appena riportata assume una funzione di “chiusura” della regolamentazione di gara, e consente la produzione *ex post* dei protocolli dopo la verifica in loco della presenza delle indicazioni del produttore, alle quali l’aggiudicataria si è impegnata a prestare adesione in via prioritaria. Diversamente, se ciò non sarà possibile, Biomedicale formerà propri protocolli, ma in tal caso l’elaborazione di una valutazione del rischio *ex post* e *ad hoc* non risulta preclusa dalla citata clausola del capitolato, tenendo conto oltretutto della natura dei prodotti coinvolti, molto datati e comunque non appartenenti alla categoria “ad alta tecnologia”. Peraltro, il programma di manutenzione preventiva ha natura flessibile, dal momento che lo stesso capitolato (alla fine di pagina 13) contempla l’insorgenza di criticità su determinate apparecchiature, che legittimeranno la richiesta di un Piano con periodicità diverse o la stipula di contratti direttamente con il produttore.

In conclusione, il primo motivo di ricorso deve essere rigettato e si può prescindere (per l’evidente carenza di interesse in capo a

Hospital Consulting) dall'esame delle censure con riferimento alla seconda classificata.

2. Con successiva doglianza, parte ricorrente deduce l'illegittimità dei punteggi assegnati dalla Commissione per i parametri oggetto di giudizio tecnico. In via rafforzativa, l'esponente produce una tabella (cfr. all. 19) dalla quale si inferisce che la corretta valutazione dei progetti proposti avrebbe determinato l'aggiudicazione della commessa a proprio favore.

2.1 Premette il Collegio che le valutazioni espresse dalla commissione di gara devono intendersi estranee all'ambito oggettivo del sindacato di legittimità delle relative determinazioni, che non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle limitate ipotesi in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una deliberazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica (cfr. Consiglio di Stato, sez. III – 1/4/2016 n. 1318).

2.2 Dopo aver ripercorso i tratti salienti e l'evoluzione interpretativa del concetto di "discrezionalità tecnica", di recente il T.A.R. Lazio Roma (sez. II-quater – 1/6/2017 n. 6468) ha statuito che:

<<a) allorquando si procede con l'attribuzione di un giudizio di valore, non si è nel campo della discrezionalità amministrativa, ma in quello della discrezionalità tecnica, nell'ambito della quale, non sussistendo una scelta fra opposti interessi, non vi è luogo ad una motivazione, che è invece l'espressione tipica della spiegazione di una scelta amministrativa (cfr. in termini, Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 2007 n. 5468);

b) infatti il voto numerico, in assenza di specifiche disposizioni che contengano regole diverse, esprime e sintetizza in modo adeguato il giudizio tecnico-discrezionale espresso da una commissione di valutazione, contenendo in sé la sua

motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, atteso che la motivazione espressa numericamente, oltre a rispondere al principio di economicità e proporzionalità dell'azione amministrativa di valutazione, consente la necessaria spiegazione delle valutazioni di merito compiute dalla commissione e il sindacato sul potere amministrativo esercitato, specie quando la commissione ha predisposto adeguati criteri di valutazione delle prove, che consentano di ricostruire ab externo la motivazione di tale giudizio (cfr. seppure con riferimento a concorsi pubblici e gare per l'affidamento di commesse pubbliche ma perfettamente applicabile anche ad ogni altro tipo di selezione ove venga in emersione in giudizio tecnico, ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 4 novembre 2013 n. 5288, 21 ottobre 2013 n. 5075; Sez. IV, 21 ottobre 2013 n. 5107; Sez. V, 11 giugno 2013 n. 3219, 13 febbraio 2013, n. 866; Sez. VI, 11 ottobre 2007 n. 5347 nonché TAR, Lazio, Sez. III, 15 ottobre 2013 n. 8860 e Sez. I, 18 ottobre 2012 n. 8633);

c) deriva da ciò che il giudizio tecnico discrezionale di una commissione e la sindacabilità di tali giudizi, per tale loro natura, è da considerare ammissibile solo in caso di manifesta illogicità od erroneità (cfr. tra le molte Cons. Stato, Sez. I, 15 maggio 2010 n. 5002);

d) il giudizio valutativo espresso dalle commissioni esaminatrici è, quindi, attingibile dal sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo solo negli stretti limiti in cui esso riveli profili evidenti di illogicità, irrazionalità e manifesta disparità di trattamento, evidenziando superficialità, incompletezza, incongruenza, manifesta disparità, emergenti dalla stessa documentazione, tali da configurare un palese eccesso di potere, senza che con ciò il giudice possa o debba entrare nel merito della valutazione (Cons. Stato, Sez. IV, 17 gennaio 2006 n. 172 nonché T.A.R. Lazio, Sez. I, 14 settembre 2015 n. 11237, 21 luglio 2008 n. 7097 e 28 febbraio 2007, n. 1848)>>.

2.3 Anche questo T.A.R. (cfr. sez. II – 18/11/2016 n. 1511 ha sostenuto che *“le valutazioni operate dalle Commissioni di gara sulle offerte tecniche presentate dalle imprese concorrenti sono riconducibili all’alveo della c.d. discrezionalità tecnica e – secondo i prevalenti indirizzi giurisprudenziali, condivisi dal Collegio – sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che risultino manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un evidente travisamento dei fatti, o vengano in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (Consiglio di Stato, sez. V – 18/1/2016 n. 120; T.A.R. Puglia Lecce, sez. II – 3/10/2016 n. 1517; T.A.R. Campania Napoli, sez. II – 7/6/2016 n. 2846; T.A.R. Sardegna, sez. I – 31/3/2015 n. 642 e la giurisprudenza ivi richiamata; T.A.R. Valle d’Aosta – 13/2/2015 n. 15)”*.

Alla luce di ciò, il T.A.R. Brescia ha ritenuto prive di pregio le deduzioni che *“si limitano a contrapporre ai giudizi dei Commissari propri apprezzamenti, asseritamente corretti ed obiettivi, ponendosi come un motivato dissenso dalle valutazioni dell’organo collegiale, insufficiente a dare spessore a vizi di legittimità rendendoli degni di valorizzazione”*.

In definitiva, se il giudizio valutativo espresso dalla Commissione di gara risulta corredato da un quadro motivazionale che rende di immediata percezione le giustificazioni poste a suo fondamento (e che derivano dal confronto delle rispettive offerte tecniche alla luce dei parametri contemplati dalla legge di gara) – all’interno di una griglia di criteri valutativi di idoneo grado di dettaglio – sulle censure tecniche il giudice spiega soltanto un sindacato estrinseco, in termini di non manifesta erroneità, illogicità o irragionevolezza (cfr. T.A.R. Campania Salerno, sez. I – 26/4/2017 n. 768).

2.4 Sulla base dell’ampia premessa, le valutazioni contestate da Hospital Consulting risultano non soltanto immuni da profili di

manifesta irragionevolezza, palese incongruenza e grave travisamento, ma appaiono altresì attendibili, plausibili e coerenti.

2.5 Nello specifico:

- sul parametro “E1 – Schede di registrazione attività”, la Commissione ha ravvisato l’incompletezza dei dati amministrativi e anagrafici di Hospital Consulting, secondo un giudizio non all’evidenza erroneo, in quanto è stata affermata la semplice “carenza” secondo un’analisi che non doveva essere esclusivamente circoscritta alle prescrizioni del capitolato e alle informazioni fondamentali; peraltro, proprio la ritenuta maggiore esaustività dell’offerta Zephyro ha giustificato un differente peso (peraltro minimo, con “buono” in luogo di “ottimo”) nell’attribuzione del punteggio;

- sul parametro E2.1 “Protocolli e procedure operative”, circa l’assenza della valutazione del rischio in difetto dell’indicazione del costruttore il Collegio si è già diffusamente espresso in sede di esame del primo motivo di ricorso; peraltro (con riguardo alla pretesa attribuzione di 0 punti a Zephyro e a Tecnologie Sanitarie) si può aggiungere che il giudizio della Commissione ha riguardato numerosi altri aspetti; quanto al dato numerico delle carenze rilevate, è sufficiente rilevare come lo stesso non sia certamente significativo per alimentare il pregio tecnico della componente dell’offerta;

- sul parametro “E.2.2 – contratti”, da un lato la ricorrente ha riportato il massimo punteggio (e dunque dall’omesso apprezzamento di elementi positivi non avrebbe conseguito vantaggi aggiuntivi), e comunque la *lex specialis* valorizzava anche la “tipologia” di contratti, fermo che comunque non si rinvennero rimostranze sul punteggio riconosciuto alla prima classificata;

- sul parametro “E3 – apparecchi sostitutivi”, la ricorrente pretende di esprimere un giudizio sostitutivo a quello elaborato dalla Commissione senza ancorarlo a dati puntuali, tenuto conto che i parametri di raffronto erano molteplici (numero di apparecchiature, marca, modello, anno di produzione, messa a disposizione), e che la valutazione della Commissione si diffonde su ognuno di essi; la dedotta “non corrispondenza a quanto richiesto” (riferita a Zephyro) è fuorviante, in quanto il giudizio è semplicemente di “non completezza” ed è relativo a un solo elemento sui plurimi individuati;
- sul parametro “E.4.3 – dotazione strumentale”, il dato numerico non era valorizzato di per sé ma unitamente alle tipologie e alle tempistiche di disponibilità, mentre l’apparecchiatura per le verifiche sulle ottiche rientrava nell’oggetto della prestazione; la controparte non ha comunque offerto “poche decine” di strumenti ma un numero ben più cospicuo, come si desume dalla sua proposta in atti (doc. 25 ricorrente);
- sul parametro “E.5.1 Migliorie”, il giudizio della Commissione non è necessariamente correlato alla quantità di proposte formulate, cosicché risulta depotenziata la prospettazione di parte ricorrente, in disparte il merito delle contestazioni mosse; resta ferma comunque la possibilità di apprezzare una miglioria anche se il servizio è già erogato nel corso dell’attuale gestione (il punto di riferimento è infatti costituito dalle previsioni della *lex specialis* di gara).

La seconda censura deve, pertanto, essere respinta, e si può soprassedere dall’esame dell’eccezione di inammissibilità ritualmente formulata.

3. Con ulteriore motivo Hospital Consulting si duole della nomina di un soggetto esterno alla stazione appaltante quale Presidente della

Commissione, quando di norma dev'essere scelto tra i dirigenti dell'amministrazione affidataria e, nell'ipotesi in cui non vi siano figure dirigenziali in organico, deve comunque essere individuato tra i funzionari apicali della stessa (senza possibilità di esternalizzazione del ruolo).

Detto ordine di idee non può essere condiviso.

3.1 L'invocato art. 84 comma 3 del D. Lgs. 163/2006, ai sensi del quale *“La commissione è presieduta di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali, nominato dall'organo competente”*, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo nella parte in cui, per i contratti inerenti a settori di competenza regionale, non prevede che le norme in esso contenute abbiano carattere suppletivo e cedevole (cfr. Corte costituzionale – 23/11/2007 n. 401): secondo la richiamata pronuncia *“gli aspetti connessi alla composizione della commissione giudicatrice e alle modalità di scelta dei suoi componenti attengono (...) all'organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei necessari requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara. Da ciò deriva che non può essere esclusa la competenza legislativa regionale nella disciplina di tali aspetti”*. In altri termini, la legislazione statale deve ritenersi recessiva nei confronti di una diversa – ove esistente – disciplina specifica di matrice regionale (cfr. Consiglio di Stato sez. V – 14/6/2013 n. 3316).

3.2 L'appalto è stato indetto da un'Azienda Ospedaliera che fa parte del sistema sanitario della Regione Lombardia (cfr. allegato A1, sez. II della L.r. 30/2006, che enuclea gli Enti del sistema regionale comprendendovi le ASST), la quale ha disciplinato la materia

controversa con l'art. 10 comma 5 della L.r. 14/97, secondo cui *“Nelle commissioni giudicatrici di cui all'articolo 84 del D. Lgs. 163/2006, in relazione alla specificità dell'appalto, possono essere nominati componenti esterni soggetti in possesso di documentata esperienza ovvero di comprovata competenza tecnica nella materia oggetto dell'appalto”*. Come osservato da T.A.R. Lombardia Milano, sez. III – 6/5/2013 n. 1162, la disposizione regionale assegna (legittimamente) alla stazione appaltante la facoltà di nomina dei componenti della Commissione, senza necessità di verificare l'esistenza di personale adeguato all'interno della struttura, anche con riferimento al ruolo di Presidente. In definitiva, la nomina dell'Ing. Marco Ciboldi (dirigente responsabile dell'U.O. di Ingegneria clinica dell'ASST “Grande Ospedale metropolitano Niguarda” di Milano) deve essere ritenuta legittima.

4. In conclusione il gravame è infondato e deve essere respinto, così come la domanda risarcitoria.

Le spese di lite possono essere compensate, alla luce della complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando respinge il ricorso in epigrafe.

Respinge la domanda risarcitoria.

Dichiara cessata la materia del contendere con riguardo all'istanza di esibizione documentale.

Spese compensate.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria della Sezione,
che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 4 ottobre
2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Stefano Tenca

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO