

Pubblicato il 19/02/2018

N. 00285/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01601/2017 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 Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1601 del 2017, proposto da:
Elekta S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio eletto presso il
suo studio in Firenze, via Guelfa, n. 1;

contro

Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in
persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso
dall'avvocato Francesco Vallini, con domicilio eletto presso il suo
studio in Firenze, via del Parione, n. 13;

nei confronti di

Varian Medical Systems Italia S.p.A., Morviducci S.r.l., Azienda Usl
Toscana Nord Ovest, Regione Toscana, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

- determinazione del direttore di area divisione attrezzature
informatiche e sanitarie n° 1628 del 23/10/2017 avente ad oggetto

“Aggiudicazione procedura aperta per la fornitura e posa in opera di un acceleratore lineare da destinare al P.O. di Livorno dell'Azienda Usl Toscana Nord ovest (ex art. 20 l. 67/1988) (cui 1552016 fas)”, e relativa comunicazione di aggiudicazione ad Elekta S.p.A. del 24.10.2017;

- ogni altro atto connesso, presupposto e/o conseguente, ancorché allo stato incognito alla ricorrente, ed in particolare della lex specialis di gara (ed in particolare del Disciplinare di gara, del Capitolato e relativi allegati, nonché successivi chiarimenti e rettifiche); nonché dei verbali tutti di gara ed in particolare del verbale di valutazione tecnica dell'offerta dell'ATI Varian del 7.9.2017, e di tutti i verbali ed atti successivi che richiamano tale verbale; nonché della graduatoria provvisoria e definitiva di gara, dell'aggiudicazione provvisoria e definitiva, del provvedimento di nomina della Commissione di gara, delle risultanze dell'eventuale verifica di anomalia, della proposta di determina n. 2769 del 20.10.2017; infine, della nota di Estar prot. n. 45855 del 29.9.2017;

- diniego opposto dalla stazione appaltante con nota Estar prot. n. 54579 del 22.11.2017, trasmessa in pari data via pec, alla richiesta di annullamento del provvedimento di aggiudicazione trasmessa da Elekta S.p.A., nonché al silenzio-diniego opposto alla seconda contestazione di Elekta S.p.A.;

- per l'effetto, per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato; nonché, con richiesta di condanna al risarcimento del danno, in forma specifica o, in ipotesi, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Estar - Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2018 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - La Elekta s.p.a., in proprio e quale mandataria di RTI con altra società, espone nel ricorso introduttivo del giudizio di aver partecipato, assieme ad unico altro offerente, alla procedura aperta indetta da ESTAR per l'affidamento della fornitura e posa in opera di acceleratore lineare da destinare al P.O. di Livorno, gara di importo complessivo di € 1.425.080,00 oltre IVA, di cui € 1.353.180,00 per fornitura e installazione e € 71.900,00 per lavori e progettazione degli stessi, da aggiudicare con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (70 punti massimi per l'offerta tecnica e 30 per l'offerta economica). All'esito della procedura la gara è stata aggiudicata al RTI Varian, con un distacco di soli 0,42 punti, peraltro a fronte di una prevalenza della ricorrente per la parte tecnica (68 punti contro i 48 del RTI controinteressato).

2 - Nell'atto introduttivo parte ricorrente evidenzia le carenze progettuali della controinteressata che avrebbero dovuto portare se non alla sua esclusione almeno ad un punteggio peggiore; evidenzia come in relazione al progetto tecnico erano previsti 5 punti con riferimento alla "predisposizione e/o adeguamento edilizi e

impiantistici”, contestando che, a fronte del pieno punteggio della ricorrente, alla controinteressata sia stato attribuito solo un punto in meno, nonostante i gravi errori che lo caratterizzavano, in particolare in quanto in contrasto con la normativa antincendio. Non avendo la stazione appaltante soddisfatto i rilievi critici della ricorrente, questa si è vista costretta ad impugnare l’aggiudicazione e gli altri atti come meglio in epigrafe indicati, affidandosi ai seguenti motivi di diritto, da intendersi proposti nell’ordine di gradazione dato dalla successione:

- con il primo motivo evidenzia come l’offerta della aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa stante il fatto che il progetto dalla stessa presentato risulta difforme dai requisiti minimi di legge con particolare riferimento alla normativa antincendio di cui al DM 19.3.2015 in quanto non prevede l’impianto di spegnimento incendi;
- con il secondo motivo evidenzia che le carenze del progetto della controinteressata portavano alla sua esclusione anche perché il rispetto della normativa antincendio era imposto dalla normativa di gara; ma l’offerta della controinteressata era in contrasto con altre previsioni del progetto preliminare, tra cui altezza interna del bunker, spessore del calcestruzzo, smontaggio vecchio acceleratore, trattamento anti umido alle pareti del bunker, predisposizione di gruppo frigo ecc., anch’esse idonee a fondare l’esclusione delle controinteressata;
- con il terzo motivo rileva che le carenze evidenziate ai due motivi che precedono, se non alla esclusione, avrebbero dovuto portare alla attribuzione alla controinteressata di un punteggio peggiore rispetto a quello assegnatole dalla stazione appaltante; ingiustificato in

particolare appare l'attribuzione alla stessa di 4 punti su 5 al parametro "predisposizione e/o adeguamento edilizi e impiantistici";

- con il quarto motivo evidenzia che ESTAR con nota 29.9.2017 ha richiesto alla controinteressata, che ha offerto il massimo ribasso, la effettuazione di interventi ulteriori, da effettuare senza incremento di prezzo (umanizzazione con studio dei colori, applicazione pellicola su bunker, alloggiamento nel controsoffitto di pannelli retroilluminati a led con immagini del cielo), con alterazione della *par condicio* e violazione del principio di immodificabilità dell'offerta, inficiando la validità dell'intera procedura;
- con il quinto motivo evidenzia che illegittimamente la stazione appaltante ha indetto un appalto integrato, prevedente progettazione ed esecuzione di lavori, come reso esplicito dagli atti di gara e dal richiamo all'art. 53 del d.lgs. n. 163 del 2006, in aperta violazione dell'art. 59 del d.lgs. n. 50 del 2017;
- con il sesto motivo evidenzia come le censure formulate nei confronti degli atti di aggiudicazione colpiscono anche la risposta espressa e il silenzio sulle sollecitazioni di interventi in autotutela da parte della stazione appaltante.

3 - ESTAR si è costituito in giudizio per resistere al ricorso.

4 – Con ordinanza n. 748 del 2017 la Sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensione del provvedimento impugnato.

5 – Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 13 febbraio 2018 e sentiti i difensori comparsi, come da verbale, la stessa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

6 – Con il primo e parte del secondo mezzo parte ricorrente evidenzia che l'offerta della controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara con riferimento al mancato rispetto

della normativa antincendio, per non avere indicato nel proprio progetto relativo alla installazione dell'acceleratore lineare l'impianto antincendio, previsto dalla legge e dalla normativa di gara.

I motivi sono infondati.

La tesi di parte ricorrente è basata sul chiarimento n. 18 reso dalla stazione appaltante (doc. 6 della ricorrente medesima) ove si afferma che “i locali oggetto della gara sono da considerare in <zona F>” di cui al DM 19.2.2015” e sul rilievo che il punto 15.4. dell'Allegato 1 del richiamato DM prevede che nelle aree di tipo F deve essere previsto un impianto di spegnimento incendi, nonché sull'ulteriore rilievo che l'art. 24 del DPR n. 207 del 2010 prevede che il “progetto definitivo” deve esplicitare tutti gli elementi necessari al rilascio dei titoli abilitativi, conseguentemente richiedendo anche l'integrale rispetto del DM 19.2.2015. Ad avviso del Collegio, tuttavia, la ricostruzione di parte ricorrente non risulta idonea a fondare una pronuncia della stazione appaltante di esclusione della controparte dalla gara, come invece invocato da parte ricorrente, sulla base dei seguenti rilievi:

- secondo il Disciplinare di gara (doc. 3 della ricorrente) l'offerta tecnica “deve essere predisposta secondo quanto indicato nel Capitolato Speciale d'Oneri e nella documentazione allegata <Caratteristiche Tecniche minime acceleratore lineare>, <Progetto preliminare>”; nel Progetto preliminare (sempre doc. 3), oltre ad indicare gli elaborati da predisporre in sede di Progetto definitivo, si stabilisce che “successivamente alla aggiudicazione provvisoria si prevede una fase di post-gara in cui verrà messo a punto il progetto offerto in relazione alle effettive esigenze dell'amministrazione appaltante e, prima di passare alla progettazione esecutiva ed alla

stipula del contratto di appalto, verrà sottoposto alla verifica e validazione”; il medesimo Progetto preliminare, in sede di descrizione delle “Nuove forniture e installazioni”, per quanto concerne il sistema di prevenzione incendi contempla espressamente il “sistema di rivelazione fumi” e non la predisposizione di sistema di spegnimento; nel verbale di gara del 7.9.2017 (doc. 6 di ESTAR) si legge “impianto spegnimento: Elekta, in aggiunta a quanto richiesto nel capitolato lavori, offre impianto di spegnimento di tipo automatico a gas”; mentre “Impianto rilevazione fumi: opere sostanzialmente equivalenti”;

- osserva in primo luogo il Collegio che in applicazione della normativa di gara e delle previsioni in essa contenute non era consentito alla stazione appaltante procedere alla esclusione della controinteressata dalla gara, stante la mancata previsione dello spegnimento incendi negli atti in conformità ai quali doveva essere formulato il progetto da parte dei concorrenti; come evidenzia ESTAR nella nota 54579 del 22.11.2017, il “progetto preliminare” posto a base di gara aveva esplicitato solo alcuni profili dello spegnimento incendi (rilevazione fumi), il che porta a ritenere legittimi i “progetti definitivi” presentati in sede di gara che contemplavano tale aspetto ma non il (pur necessario) spegnimento incendi, fermo restando che in sede di “progetto esecutivo”, da presentare prima dell’avvio dei lavori, tutti dovranno comunque attenersi alle previsioni normative e quindi contemplare anche lo spegnimento incendi; in altri termini;

- in altri termini, è fuori di dubbio che il progetto esecutivo e il contratto finale dovranno contemplare anche lo spegnimento incendi ed ESTAR dovrà accertare ciò in sede di prevista verifica e

validazione post gara, ma in assenza di esplicitazione del requisito (e di espressa previsione di aspetto minore, la rilevazione fumi) l'esclusione non poteva essere disposta; l'impianto di spegnimento incendi è dunque un requisito non di partecipazione, bensì di esecuzione dell'opera;

- d'altra parte si è in presenza di un appalto misto di fornitura e di lavori, ove l'oggetto principale è sicuramente la fornitura, con l'effetto, ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 50 del 2016, della applicazione della disciplina di questi ultimi, il che esclude la rigorosa applicazione della normativa sui lavori, come invocata da parte ricorrente.

7 – Con la seconda parte del secondo mezzo parte ricorrente evidenzia come l'offerta della controinteressata fosse in contrasto con altre previsioni del Progetto preliminare, tra cui altezza interna del bunker, spessore del calcestruzzo, smontaggio vecchio acceleratore, trattamento anti umido alle pareti del bunker, predisposizione di gruppo frigo ecc., carenze anch'esse idonee a fondare l'esclusione della controinteressata dalla gara.

Parte ricorrente si sofferma su molteplici carenze del Progetto della controinteressata, ma in particolare pone l'accento sulla circostanza che la Varian non ha previsto di fornire un nuovo gruppo frigorifero, prevedendo invece di allacciarsi ad un gruppo frigorifero esistente, senza verifica dello stato di sicurezza dello stesso e in contrasto con il chiarimento n. 3 che prevedeva l'autonomia del sistema di raffreddamento.

Il profilo è infondato.

La questione specifica del sistema di raffreddamento è stata oggetto di puntuali deduzioni della Commissione giudicatrice, in esito alle osservazioni della ricorrente, riportate nella nota di ESTAR prot. n.

54579 del 22.11.2017 (doc. 12 della ricorrente), in cui si legge quanto segue: “Il capitolato di gara prevedeva che venisse realizzato un sistema di raffreddamento autonomo. Tale circostanza era stata ribadita nella risposta ad una richiesta di chiarimenti pervenuti da Elekta in tal senso. Varian ha interpretato tale prescrizione offrendo <semplicemente> uno scambiatore di calore che spilla l’acqua refrigerata dall’impianto esistente per alimentare la nuova unità di fan coil nel locale interessato, mentre Elekta, in modo più completo, ha offerto anche un’unità di produzione di acqua refrigerata (senza necessità, quindi, di utilizzare l’acqua refrigerata dell’impianto già presente). Di tale migliore proposta è stato dato atto nella valutazione tecnica senza che l’offerta di Varian venisse ritenuta manchevole a motivo di esclusione”. In altre parole l’Amministrazione ha ritenuto che l’offerta di Varian sul punto, seppur non ottimale come quella di Elekta, non fosse tuttavia manchevole dei requisiti necessari per soddisfare la previsione di gara. Si tratta, ad avviso del Collegio, di valutazione tecnica che non appare illogica o fondata su presupposti irrazionali e come tale non sindacabile in questa sede giurisdizionale.

Né convince la tesi di parte ricorrente, sempre articolata nella censura in esame, secondo cui l’offerta della controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa per ulteriori carenze, che parte ricorrente indica; tale tesi non convince perché, da un lato, alcune contestazioni risultano non fondate (mancata indicazione dello smontaggio del vecchio acceleratore, cui si fa riferimento nel cronoprogramma, doc. 14 di ESTAR; mancato riferimento al sistema di aspirazione, cui invece c’è riferimento nel documento tecnico *sub* doc. 19, ecc.), dall’altro si tratta spesso di profili che non paiono di

tale rilievo nella valutazione sostanziale dell'offerta da comportarne l'esclusione in difetto, trattandosi di finiture o elementi di dettaglio, senza considerare, come evidenziato da ESTAR, che molte della rilevate carenze si riscontrano anche nell'offerta della ricorrente, a dimostrazione di come la stazione appaltante abbia utilizzato un metro equanime nella valutazione di entrambe le offerte.

8 – Con il terzo mezzo parte ricorrente censura l'attribuzione del punteggio all'offerta della controinteressata, in particolare evidenziando la illegittimità, stante le sopra riscontrate carenze, di aver attribuito alla stessa, con riferimento al parametro "predisposizione e/o adeguamento edilizi e impiantistici", 4 punti a fronte di 5 assegnati all'offerta di Elekta.

La censura è infondata.

La lettura del verbale di gara 7.9.2017 (doc. 6 di ESTAR) evidenzia le valutazioni compiute dalla stazione appaltante per giungere ad assegnare, in relazione al parametro in considerazione, a fronte di massimo 5 punti, 5 punti all'offerta della ricorrente e 4 a quella della controinteressata. Si tratta di valutazione molto articolata e attenta che pone in evidenza come in relazione ad alcuni profili le offerte fossero da considerare equivalenti (demolizioni e smaltimento; rivestimenti pavimentazioni controsoffitti; impianto telefonia e dati; impianto rilevazione fumi; impianto ventilazione; impianto elettrico); per altri fosse superiore l'offerta di Varian (completezza documentazione progetto definitivo; cronoprogramma; occupazione stanza; lavabo); per altri ancora fosse migliore l'offerta di Elekta (umanizzazione; impianto refrigerazione; impianto spegnimento). Alla luce di un tal quadro valutativo è difficile dire che il risultato finale (5 punti ad Elekta e 4 a Varian) sia illegittimo, non emergendo

profili di illogicità o di travisamento fattuale che consentano di ritenere viziata la valutazione discrezionale effettuata dalla stazione appaltante.

9 – Infondato risulta altresì il quarto mezzo, poiché il Collegio non ritiene che si sia in presenza di una modificazione dell'offerta di gara in riferimento alla richiesta della stazione appaltante, rivolta all'aggiudicataria, di apportare una modesta variazione consistente in opere di umanizzazione (studio dei colori, applicazione pellicola su bunker, alloggiamento nel controsoffitto di pannelli retroilluminati a led con immagini del cielo), di minima rilevanza e impatto sia tecnico che economico.

10 – Con il quinto mezzo parte ricorrente censura la disciplina di gara, sul rilievo che nella specie la stazione appaltante avrebbe previsto un appalto integrato, prevedendo tanto progettazione quanto esecuzione di lavori, in violazione dell'art. 59 d.lgs. n. 50 del 2016.

Come eccepito da ESTAR, la censura è inammissibile.

Nella specie infatti il ricorrente contesta la impostazione della gara, che, nella misura in cui, a suo avviso, integra un appalto integrato, è stata predisposta in violazione dell'art. 59 d.lgs. n. 50 del 2016, facendo così valere il suo interesse a partecipare ad una gara correttamente impostata e legittima. Tale interesse tuttavia, emergendo dagli atti di impostazione della gara, doveva essere fatto valere con la diretta impugnazione del bando e degli atti di indizione della gara, risultando gli stessi già direttamente lesivi del suddetto interesse, ciò in conformità al rinnovato orientamento della giurisprudenza (di cui a Cons. St., sez. III, 2 maggio 2017, n. 2014 e,

adesso, ordinanza Cons. St., sez. III, 7 novembre 2017, n. 5138, di rimessione all'Adunanza Plenaria).

11 – Il sesto motivo, essendo di mera riformulazione delle sopra esaminate censure nei confronti di ulteriori atti assunti dalla stazione appaltante, è del pari infondato.

12 – Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso deve essere respinto, con spese a carico di parte ricorrente, liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore di ESTAR, che liquida in € 3.000,00 (tremila/00) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Riccardo Giani, Consigliere, Estensore

Raffaello Gisondi, Consigliere

L'ESTENSORE
Riccardo Giani

IL PRESIDENTE
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO