



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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 223 del 2012, proposto da:
Givas Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Raffaella Rampazzo, Giuseppe Sbisa',
con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisa' Avv. in Trieste, via Donota 3;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine -
Dipartimento Servizi Condivisi, rappresentato e difeso dall'avv. Federico Rosati,
con domicilio eletto presso Federico Rosati Avv. in Trieste, via Donota 3;

nei confronti di

Pollution Hospital Srl;

per l'annullamento

-dell'aggiudicazione definitiva della gara per poltrona relax per la movimentazione
dei pazienti per le aziende del servizio sanitario regionale intervenuta con la
determinazione dirigenziale del direttore dipartimento servizi condivisi n. 595 del
30.4.2012 di approvazione dei verbali di gara del 20.3.2012

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero-Universitaria Santa Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2013 il dott. Enzo Di Sciascio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, che ha partecipato alla gara, mediante procedura aperta, indetta dall'Azienda Ospedaliera S. Maria della Misericordia – Dipartimento Servizi Condivisi per la fornitura di poltrone relax rappresenta di essersi aggiudicata il lotto n. 1, mentre è risultata al secondo posto per il lotto n. 2, ottenendo il punteggio massimo di 50 per l'offerta economica, contro quello di 40,777232 della controinteressata, e il punteggio per l'offerta tecnica di 40,43 contro quello di 50 della controinteressata, sicché quest'ultima ha riportato 90,77 punti contro i 90,43 di Givas.

Per tale ultimo lotto chiede l'annullamento degli atti impugnati o, in alternativa, il risarcimento del danno

Con nota dd. 26.4.2012 quest'ultima ha richiesto la revoca in autotutela dell'aggiudicazione provvisoria ed ha contestato il punteggio attribuito alla controinteressata per l'offerta tecnica per la difformità della sua offerta rispetto alle specifiche tecniche previste in sede di gara.

In data 30.4.2012 l'Azienda ospedaliera ha confermato, con determinazione n. 26279, i punteggi attribuiti all'offerta tecnica dell'aggiudicataria provvisoria.

Con determinazione, assunta nella stessa data, da parte del Direttore del Centro servizi condivisi. n. 5495/2012, ha approvato i verbali di gara, ma tale atto è rimasto sconosciuto alla ricorrente, che ha nuovamente contestato, con lettera dd. 2.5.2012 il punteggio attribuito all'aggiudicataria.

Con nota dd. 24.5.2012, in risposta ad ulteriori contestazioni della ricorrente, l'Azienda ospedaliera comunicava la predetta determinazione dirigenziale e ne confermava il contenuto.

Con nota dd. 28.5.2012 la ricorrente, confermando le irregolarità denunciate, ha chiesto l'accesso all'offerta economica ed alla documentazione completa della controinteressata.

Ha quindi comunicato, in data 18.6.2012, che intendeva impugnare gli atti di gara e l'Azienda non ha quindi provveduto alla sottoscrizione del contratto.

Sono stati proposti i seguenti motivi di gravame:

1) Violazione dell'art. 68 del D. Lgs 13.4.2006 n. 263, erronea applicazione del capitolato speciale di appalto, violazione della par condicio, dei principi di trasparenza ed illogicità manifesta e difetto di motivazione

Il prodotto proposto dalla controinteressata non corrisponde alle caratteristiche richieste dall'allegato al capitolato, onde, in base all'art. 8 delle norme di partecipazione alla gara, la controinteressata doveva essere esclusa, stabilendo tale disposizione che "i prodotti dovranno avere le caratteristiche tecniche prescritte nell'allegato tecnico del capitolato speciale, o comunque non presentare carenze sostanziali rispetto ad esse, pena esclusione dalla gara".

Peraltro, mentre detto allegato, in ordine all'allineamento della poltrona, richiede un "meccanismo di regolazione indipendente, con pompe a gas, dello schienale e del gambale con movimento (possibilità di inclinare solo lo schienale o il poggia gambe) quello offerto dalla controinteressata prevede solo l'inclinazione simultanea dei due elementi.

Quanto alle ruote che assicurano la movimentazione della poltrona la lex specialis prevede “ruote piene con diametro indicativo di 20 cm, con sistema frenante su tutte le ruote, non simultaneo” l’aggiudicataria le ha offerte con freno simultaneo, che peraltro agisce soltanto sulle due ruote posteriori.

Quanto agli accessori l’allegato tecnico prevede, a pena di esclusione la presentazione, da parte delle ditte concorrenti, di una campionatura completa, che prevede il morsetto per l’asta porta flebo e il poggia testa regolabile.

Il morsetto non è peraltro ricompreso nella campionatura della controinteressata.

Nonostante tali carenze l’offerta della Pollution Hospital non solo non è stata esclusa, ma ha riportato punteggi superiori o uguali a quella della ricorrente.

Le rimostranze della Givas sono state respinte dalla Commissione tecnica, che ha ritenuto le rispettive offerte per la regolazione dei movimenti equivalente, osservando inoltre che il poggia gambe può essere azionato indipendentemente con regolazione manuale e che del pari equivalente può essere ritenuto il sistema frenante, in quanto garantisce i risultati attesi.

Al riguardo la ricorrente osserva

- che l’equivalenza fra due prodotti in tanto può sussistere, in quanto assicurino le stesse prestazioni;
- che, invece, il meccanismo di regolazione della Pollution, anche se articolato, blocca simultaneamente lo schienale e il gambale della poltrona, non consentendo la prescritta regolazione indipendente delle posizioni;
- che quindi appare inidoneo anche il sistema frenante, offerto dalla Pollution e non può essere ritenuto equivalente a quello offerto dalla ricorrente, sia perché non garantisce la possibilità di bloccare indipendentemente le ruote, sia perché agisce su due ruote soltanto, onde non vi può essere alcuna equivalenza a quello offerto dalla ricorrente. Non è in tal senso idonea a superare dette carenze la

precisazione della Commissione dd. 17.2.2012, in quanto tale organo tecnico non può disattendere prescrizioni tassative;

- che è indiscutibile che l'articolo offerto dalla controinteressata difetti del prescritto morsetto, a supporto dell'asta porta flebo,

2) Violazione della *lex specialis*, dei principi di correttezza, imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, illogicità, sviamento, difetto di motivazione

La Commissione ha errato nell'attribuzione dei punteggi sia nell'assegnare un punteggio inferiore all'offerta della ricorrente per quanto concerne la regolazione dei movimenti e il sistema frenante, sia nell'assegnare un eguale punteggio per gli accessori, con palese illogicità, esprimendo giudizi di inferiorità riguardo all'offerta della ricorrente, rispetto a quella della controinteressata, mentre quest'ultima non rispetta le obbligatorie specifiche tecniche, che l'altra ha scrupolosamente osservato.

Da quanto finora esposto consegue l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva per illegittimità derivata dai vizi in precedenza esposti.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione intimata, controdeducendo.

DIRITTO

Rileva il Collegio che il fulcro dell'argomentazione difensiva dell'amministrazione consiste nell'interpretazione, che viene sostenuta, dell'art. 8 delle norme di partecipazione alla gara, che testualmente recita, per quanto qui interessa:

“i prodotti offerti dalle ditte concorrenti dovranno avere le caratteristiche tecniche prescritte dall'allegato tecnico al capitolato speciale o comunque non presentare carenze sostanziali rispetto alle stesse pena esclusione dalla gara”

Ad avviso della stazione appaltante la parte qui sottolineata consentirebbe un ampio margine di valutazione discrezionale alla Commissione, che potrebbe così ammettere anche prodotti i cui singoli componenti non siano perfettamente

identici alle caratteristiche dell'allegato tecnico, purché assicurino le medesime funzioni richieste.

Essa si esprimerebbe, o potrebbe esprimersi, pertanto, anche mediante giudizi di equivalenza, non essendo, del tutto ovviamente, i prodotti offerti identici.

L'offerta dell'aggiudicataria, come rilevato dalla Commissione tecnica, avrebbe offerto un prodotto equivalente, quanto a prestazioni, alle caratteristiche richieste, onde la scelta dell'amministrazione sarebbe del tutto legittima, né rileverebbero i singoli punti di differenza su cui parte ricorrente incentra le sue censure.

Il Collegio ritiene, in linea generale, che sull'interpretazione di questa parte della lex specialis debbano essere fatte alcune precisazioni.

Esso innanzitutto ritiene che la discrezionalità, assicurata alla Commissione, non possa essere così ampia come la difesa dell'amministrazione vorrebbe.

Rileva, infatti, che l'allegato tecnico, in ordine alla fornitura di poltrone relax qui in discussione, definisce, relativamente al lotto n. 2, una serie di caratteristiche del prodotto qualificate come "requisiti minimi" ricomprendendovi i "movimenti indipendenti regolabili elettricamente" il "meccanismo di regolazione dello schienale con movimento elettrico indipendente" le "ruote piene con diametro indicativo di 20 cm, con sistema frenante su tutte le ruote non simultaneo" il "morsetto per asta portaflebo" ed è rispetto a tali caratteristiche prescritte a pena di esclusione che dovrà verificarsi l'ammissibilità alla gara della singola concorrente, con la riserva di poter ammettere anche quelle che offrano prodotti che non presentino carenze sostanziali rispetto a detti requisiti minimi vincolanti.

In altri termini tale riserva dev'essere intesa restrittivamente, non potendosi ammettere che, attraverso di essa, sia consentito alla stazione appaltante, in una gara in cui le caratteristiche tecniche sono tanto dettagliatamente elencate ed in maniera vincolante, con la sanzione, per giunta, dell'esclusione, di permettere all'uno o all'altro concorrente di offrire "aliud pro alio", oppure che essa possa non

rispettare la “par condicio” dei concorrenti dovendosi limitare ad ammettere quelle offerte che assicurino le stesse prestazioni pretese dalla *lex specialis*, pur con un’offerta in qualche singolo punto diversamente articolata.

Non ritiene pertanto il Collegio che la discrezionalità, pur certamente consentita, nei limiti appena elencati, alla Commissione tecnica sia così ampia da travalicare questi limiti, né, d’altra parte, che l’Azienda intimata abbia inteso consentito all’organo tecnico di emulare la regina babilonese, ricordata da Dante, “che libito fe’ licito in sua lege”.

La valutazione, pertanto, propria di questo giudice di legittimità consiste soltanto nel verificare se, in ordine alle censure esposte dalla ricorrente, possa o non ritenersi che l’offerta dell’aggiudicataria presenti o meno in maniera del tutto evidente carenze sostanziali sui punti contestati, tali da non corrispondere alle richieste del capitolato tecnico.

Il Collegio ritiene che, almeno nei punti principali, tale offerta sia inadeguata a quanto prescritto dalla *lex specialis*.

Invero, per quanto riguarda la regolazione indipendente dei movimenti della poltrona, richiesta dal capitolato, esso ritiene il prodotto offerto dalla Pollution chiaramente non l’assicuri, come dedotto in ricorso, e ciò, contrariamente a quanto ritiene la difesa dell’amministrazione, nemmeno con l’offerta di un poggia gambe azionabile indipendentemente.

Ha buon gioco, sul punto, parte ricorrente ad osservare che lo schienale e il sedile continuano a inclinarsi solo congiuntamente, in contrasto con il capitolato tecnico, che ne prescrive la regolazione indipendente, non assicurando quindi, per questa parte, l’equivalenza delle prestazioni.

Per quanto concerne la movimentazione della poltrona il Collegio ritiene fermamente, in accordo con la relativa censura esposta in ricorso, che non sia consentito alla Commissione di derogare, attraverso il chiarimento da essa offerto

alla controinteressata, alla chiara prescrizione del capitolato, che richiede un sistema frenante delle ruote della poltrona non simultaneo, accettandone come equivalente uno simultaneo e su due ruote sole.

Anche nel merito di tale chiarimento pare evidente la carenza di prestazioni, e quindi la non equivalenza, di quanto offerto rispetto a quanto richiesto e non solo per l'espressa comminatoria di esclusione ma perché esse sono del tutto diverse e nettamente carenti.

Ove si accetti, infatti, osserva il Collegio, che il blocco delle ruote avvenga solo simultaneamente, e quindi con una frenata più brusca, che rende per giunta, non essendo il sistema di arresto indipendente su ciascuna delle quattro ruote, più difficoltoso il cambio di direzione, ci si trova di fronte a un prodotto inferiore, e non certo equivalente, e ciò può affermarsi altresì per la capacità frenante, che è assicurata solo su due ruote.

Infine, contrariamente a quanto dedotto dalla difesa dell'amministrazione, il morsetto dell'asta portaflebo, che non risulta nell'offerta della controinteressata, non figurava tra gli elementi opzionali dell'offerta, ma fra i requisiti minimi del capitolato tecnico, quindi anche sul punto è fondata la censura esposta da parte ricorrente.

Il ricorso, pertanto, dev'essere accolto e, per le illegittimità riscontrate nei punti oggetto di motivo di gravame nell'operato della Commissione valutatrice e della conseguente aggiudicazione provvisoria dev'essere di conseguenza annullato anche il provvedimento di aggiudicazione definitiva del lotto 2 della gara avente per oggetto la fornitura di una poltrona relax.

Non risultando sottoscritto il contratto ed essendosi la ricorrente classificata seconda può provvedersi al chiesto risarcimento in forma specifica, condannando l'Azienda intimata a sottoscrivere il contratto per il lotto 2 per la fornitura di poltrone relax alle Aziende del Servizio sanitario regionale con l'istante Givas srl.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, di conseguenza, annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara de qua alla controinteressata, di cui alla determinazione del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi dell'Azienda intimata di approvazione dei verbali di gara n. 595 dd. 30.4.2012, confermata con la successiva comunicazione direttoriale prot. n. 3081 dd. 24.5.2012.

Condanna l'Azienda intimata al risarcimento in forma specifica mediante la sottoscrizione del contratto relativo alla gara de qua alla ricorrente Givas srl.

Condanna l'Azienda intimata al rimborso delle spese e competenze giudiziali, che liquida in € 5.000 (cinquemila) oltre a quello del contributo unificato

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Enzo Di Sciascio, Presidente FF, Estensore

Oria Settesoldi, Consigliere

Claudio Rovis, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/02/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)