



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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1081 del 2010, proposto da:
EBM - ELETTRONICA BIO MEDICALE SRL, rappresentata e
difesa dagli avv. Piero Gerin, Carmine Pullano e Stefano Cuzzetti, con
domicilio eletto presso quest'ultimo in Brescia, via Solferino 17;

contro

AZIENDA OSPEDALIERA "BOLOGNINI" DI SERIATE,
rappresentata e difesa dagli avv. Marco Saita e Roberto Bonardi, con
domicilio eletto presso il secondo in Brescia, via XX Settembre 40;

nei confronti di

TECNOLOGIE SANITARIE SPA, rappresentata e difesa dagli avv.
Valentino Vulpetti e Alberto Salvadori, con domicilio eletto presso il
secondo in Brescia, via XX Settembre 8;

per l'annullamento

- degli atti relativi alla gara per l'affidamento del servizio globale di

gestione e manutenzione delle apparecchiature biomedicali in supporto al servizio di ingegneria clinica dell'Azienda Ospedaliera per il periodo 1 ottobre 2010 – 30 settembre 2013;

- della deliberazione del direttore generale n. 880 del 30 novembre 2009, con la quale è stata indetta la gara ed è stato approvato il capitolato speciale;

- dell'atto di ammissione alla gara della controinteressata;

- del verbale del 15 febbraio 2010 (chiusura dei termini di presentazione delle domande);

- della deliberazione del direttore generale n. 145 del 26 febbraio 2010, con la quale sono state nominate la commissione di gara e la commissione giudicatrice (tecnica);

- del verbale del 18 febbraio 2010 (sorteggio pubblico per il controllo dei requisiti);

- del verbale del 3 marzo 2010 (ammissione dei concorrenti alla gara);

- del verbale del 9 marzo 2010 (lavori della commissione tecnica);

- del verbale del 26 maggio 2010 (valutazione delle offerte economiche);

- del verbale del 23 luglio 2010 (giustificazioni e aggiudicazione provvisoria);

- della relazione dell'ing. Carlo Alberto Colombo del 27 luglio 2010;

- della deliberazione del direttore generale n. 552 del 9 agosto 2010, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva;

- del bando di gara, del capitolato speciale e del capitolato tecnico;

con richiesta di subentro o in subordine di risarcimento;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera "Bolognini" di Seriate e di Tecnologie Sanitarie spa;
Visto il ricorso incidentale di Tecnologie Sanitarie Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2011 il dott. Mauro Pedron;
Uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Considerato quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Il presente ricorso, notificato il 28 settembre 2010 e depositato il 1 ottobre 2010, riguarda gli atti, meglio identificati in epigrafe, della procedura aperta indetta il 30 novembre 2009 dall'Azienda Ospedaliera Bolognini di Seriate per l'affidamento del servizio globale di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomedicali in supporto al servizio di ingegneria clinica per il periodo 1 ottobre 2010 – 30 settembre 2013. Il bando è stato pubblicato sulla GUCE il 17 dicembre 2009. L'importo stimato dell'appalto è pari a € 3.602.120 IVA esclusa.

2. Alla procedura, condotta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del Dlgs. 12 aprile 2006 n. 163, hanno partecipato tre imprese, e in particolare la ricorrente principale EBM srl (che si è collocata al secondo posto con

81,67 punti) e la controinteressata ricorrente incidentale Tecnologie Sanitarie spa (classificatasi al primo posto con 90,50 punti e dichiarata aggiudicataria tramite deliberazione del direttore generale n. 552 del 9 agosto 2010).

3. Le censure della ricorrente principale possono essere così sintetizzate: (i) violazione dell'art. 75 del Dlgs. 163/2006, in quanto la polizza fideiussoria della controinteressata, che sostituisce la cauzione provvisoria, non sarebbe valida a causa della firma illeggibile; (ii) violazione degli art. 83 e 84 del Dlgs. 163/2006, e del principio di unicità del seggio di gara, in quanto nella procedura si sono alternate due diverse commissioni (quella di gara e quella giudicatrice per l'offerta tecnica), entrambe presiedute dall'ing. Carlo Alberto Colombo, il quale inoltre avrebbe svolto da solo l'intero lavoro della commissione di gara essendo gli altri componenti qualificati come testimoni; (iii) stessi vizi e difetto di motivazione con riguardo alla relazione dell'ing. Colombo del 27 luglio 2010, nella quale è stata esclusa l'identità tra la proposta tecnica dell'impresa vincitrice e la convenzione CONSIP e quindi si è ritenuta possibile l'aggiudicazione alla controinteressata; (iv) violazione dell'art. 48 del Dlgs. 163/2006, in quanto la controinteressata non avrebbe dimostrato il possesso del requisito del fatturato e non avrebbe prodotto idonee dichiarazioni di due istituti bancari; (v) violazione dell'art. 11 del capitolato tecnico con riguardo ai requisiti del personale da mettere a disposizione dell'Azienda Ospedaliera; (vi) violazione dell'art. 2.2 del capitolato tecnico con riguardo alle apparecchiature-muletto che assicurano la

continuità del servizio; (vii) insostenibilità economica complessiva dell'offerta della controinteressata a causa del contrasto asseritamente insanabile tra il costo delle migliori proposte e l'entità del ribasso sul prezzo. Oltre all'annullamento degli atti impugnati è stato chiesto il subentro nell'aggiudicazione, e in subordine il risarcimento per equivalente.

4. L'Azienda Ospedaliera e la controinteressata si sono costituite in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso. La controinteressata ha anche proposto ricorso incidentale, notificato l'11 ottobre 2010 e depositato il 12 ottobre 2010. Le relative censure si possono così riassumere: (i) violazione dell'art. 4 lett. k) del capitolato speciale, essendo la certificazione UNI-EN ISO 9001:2008 della ricorrente principale priva dei requisiti formali di autenticazione; (ii) violazione dell'art. 38 comma 1 lett. h) del Dlgs. 163/2006, in quanto la ricorrente principale non avrebbe chiaramente escluso di aver reso dichiarazioni false in altre gare; (iii) violazione dell'art. 38 comma 1 lett. m-bis) e m-quater) del Dlgs. 163/2006, in quanto nelle dichiarazioni rese mancherebbe qualsiasi riferimento alle condizioni indicate nelle suddette norme; (iv) violazione dell'art. 38 comma 1 lett. c) del Dlgs. 163/2006, in quanto manca la dichiarazione relativa alle condanne penali di un amministratore cessato; (v) violazione dell'art. 38 comma 1 lett. b) e m-ter) del Dlgs. 163/2006, in quanto manca la dichiarazione relativa all'applicazione di misure di prevenzione nei confronti di un procuratore speciale cessato; (vi) difformità dell'offerta della ricorrente principale rispetto ad alcune

prescrizioni del capitolato speciale (irritualità delle autocertificazioni, mancanza del CD/DVD con la documentazione tecnica) e del capitolato tecnico (mancanza di alcuni allegati del fascicolo-macchina e della documentazione relativa alle manutenzioni preventive, mancanza di una parte delle schede per i controlli di qualità o di funzionalità, incongruenza dell'orario della manutenzione correttiva); (vii) in via subordinata, violazione dell'art. 86 comma 3 del Dlgs. 163/2006, in quanto non sussistevano le condizioni per sottoporre l'offerta della controinteressata alla verifica di congruità; (viii) in via subordinata, violazione dell'art. 75 del Dlgs. 163/2006, in quanto la polizza fideiussoria della ricorrente principale non sarebbe valida a causa della firma illeggibile e della mancanza di altre indicazioni sull'autore della sottoscrizione; (ix) violazione dell'art. 13 comma 6 del Dlgs. 163/2006, in quanto la stazione appaltante ha concesso alla controinteressata solo la visione dell'offerta tecnica della ricorrente principale senza possibilità di estrarne copia.

5. Poiché alcune delle censure contenute nel ricorso incidentale sono astrattamente idonee a cancellare l'ammissione della ricorrente principale, e di conseguenza anche l'interesse della stessa a sollevare contestazioni davanti al giudice amministrativo sull'esito della gara, l'esame delle questioni proposte dalle parti può iniziare proprio dal ricorso incidentale, seguendo un recente orientamento giurisprudenziale (v. CS Ap 7 aprile 2011 n. 4).

6. Sulle questioni proposte nel ricorso incidentale si possono svolgere le seguenti considerazioni:

6.1 Per quanto riguarda la certificazione UNI-EN ISO 9001:2008 della ricorrente principale, non sussiste alcuna violazione dell'art. 4 lett. k) del capitolato speciale, in quanto l'autenticazione del documento è regolarmente riportata sul retro dello stesso (a cura del notaio Andrea Sartore di Foligno).

6.2 Per quanto riguarda la dichiarazione di cui all'art. 38 comma 1 lett. h) del Dlgs. 163/2006 (ossia di non trovarsi nella condizione di interdizione per aver subito nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando l'annotazione nel casellario informatico a causa di false dichiarazioni in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti), la ricorrente principale ha utilizzato una formula originale ma sufficiente allo scopo. Ha infatti dichiarato che “mai [...] si è resa gravemente colpevole di false dichiarazioni fornite per fatti, stati e qualità come sopra richiesti”. Poiché tale dichiarazione si colloca, nello schema espositivo, in corrispondenza della fattispecie della lett. h) dell'art. 38 comma 1 del Dlgs. 163/2006 non possono esservi dubbi sul fatto che sia riferita ai casi di falsità rilevanti per tale norma.

6.3 A proposito della dichiarazione prevista dall'art. 38 comma 1 lett. m-bis) del Dlgs. 163/2006 si osserva che l'attestazione SOA non rileva nel caso in esame, essendo riferibile al settore dei lavori pubblici. Manca invece effettivamente la dichiarazione di cui alla lett. m-quater) (assenza di controllo societario rispetto a un altro concorrente), tuttavia si deve ritenere che questa dichiarazione, a differenza di altre, non determini, se mancante, l'esclusione dalla gara.

Come precisato dalla norma, il controllo e le altre forme di relazione non sono di per sé causa di interdizione, ma lo diventano “se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”. Dunque al momento della presentazione della domanda non è ancora possibile stabilire se vi sia un simile impedimento, non essendo note ai concorrenti le domande già presentate (e tantomeno quelle che potrebbero essere presentate entro il termine di scadenza). Inoltre solo un approfondimento successivo può stabilire la presenza di un unico centro decisionale. La causa di esclusione non è quindi formale (mancanza della dichiarazione) ma sostanziale (presenza di connessioni in grado di distorcere la formazione delle offerte). Sotto questo secondo profilo non sono stati presentati nel ricorso incidentale elementi utili.

6.4 La situazione che secondo la tesi del ricorso incidentale comporterebbe violazione dell’art. 38 comma 1 lett. c) del Dlgs. 163/2006 è costituita dalla mancata dichiarazione circa le (eventuali) condanne penali dell’amministratore unico di Surgical Technologies Italia srl, società incorporata con atto del 19 gennaio 2007 in ITAL TBS spa, la quale a sua volta con atto del 1 luglio 2009 ha ceduto il proprio ramo d’azienda nel settore dell’ingegneria clinica alla ricorrente principale. Occorre evidenziare subito che è stata prodotta in sede di gara la dichiarazione di ITAL TBS spa relativa ai propri amministratori e direttori tecnici in carica e cessati nel triennio, e dunque l’unica dichiarazione mancante è quella che riguarda l’amministratore unico della società incorporata (amministratore che è

cessato al momento dell'incorporazione). In proposito si osserva quanto segue:

(a) l'assimilazione in via interpretativa degli amministratori di società incorporate, o di società che abbiano ceduto rami d'azienda, agli amministratori cessati da meno di tre anni, questi ultimi contemplati espressamente dall'art. 38 comma 1 lett. c) del Dlgs. 163/2006, non è pacificamente accettata in giurisprudenza. Vi sono pronunce che presuppongono l'esistenza dell'obbligo di dichiarazione nel caso di fusione (v. CS Sez. V 24 marzo 2011 n. 1782), altre che escludono tale obbligo quando si tratti di cessione di ramo d'azienda, in quanto manca una successione a titolo universale tra cedente e cessionario, i quali conservano distinte personalità giuridiche (v. CS Sez. V 15 novembre 2010 n. 8044), e vi sono poi sentenze che proprio a causa del permanere della distinta personalità ritengono che anche in questo caso vi sia la necessità di rendere nota la moralità professionale del cedente (e di applicare in relazione a questa l'eventuale esclusione dalla gara) al fine di precludere una facile modalità di aggiramento dei divieti imposti dalla legge (v. TAR Palermo Sez. III 18 gennaio 2011 n. 92);

(b) questo problema è intersecato da un'altra questione, quella della natura formale o sostanziale dell'omessa dichiarazione dei precedenti penali. In giurisprudenza viene applicato il principio del falso innocuo, originariamente formulato per le dichiarazioni infedeli, ma oltre alla condizione positiva della sussistenza dei requisiti che avrebbero dovuto formare oggetto della dichiarazione mancante si

chiede anche il rispetto di una condizione negativa, ossia che il bando non preveda espressamente l'esclusione per l'inosservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sul contenuto delle dichiarazioni da fornire (v. CS Sez. III 18 marzo 2011 n. 1655);

(c) sull'estensione dell'art. 38 comma 1 lett. c) del Dlgs. 163/2006 si ritiene che la tesi più rigorosa, che ricomprende tanto la fusione societaria quanto la cessione di ramo d'azienda, sia preferibile. In particolare per quanto riguarda la seconda fattispecie, la pluralità e la flessibilità degli strumenti con cui può essere realizzata la cessione (v. art. 2112 comma 5 c.c.) impongono di tenere conto della situazione del cedente per salvaguardare l'effetto utile della norma, agevolmente eludibile attraverso forme di interposizione soggettiva. A una lettura sostanzialistica della norma deve però corrispondere un'applicazione altrettanto sostanzialistica del principio del falso innocuo: occorre quindi limitare l'esclusione dalla gara alla sola ipotesi in cui il bando indichi espressamente tra le dichiarazioni da rendere anche quelle relative agli amministratori e ai direttori tecnici del cedente e dei suoi danti causa. Mancando tali specificazioni il concorrente è tutelato dal principio della certezza del diritto, e quindi è ammissibile l'integrazione documentale con le modalità dell'art. 46 del Dlgs. 163/2006. A questo punto l'esclusione sarà doverosa solo se effettivamente mancano i requisiti di moralità professionale;

(d) nel caso in esame il bando e il capitolato speciale non contengono un simile grado di precisione circa le dichiarazioni da rendere (in realtà è stata suggerita ai concorrenti una formula genericamente

onnicomprensiva), e d'altra parte la ricorrente principale ha fornito quasi tutte le informazioni relative agli amministratori e ai direttori tecnici della propria dante causa. Dunque vi sono certamente i presupposti per l'integrazione documentale. In concreto poi nel ricorso incidentale non sono offerti elementi che dimostrino la mancanza dei requisiti di moralità professionale in capo all'amministratore unico di Surgical Technologies Italia srl.

6.5 Per quanto riguarda l'asserita violazione dell'art. 38 comma 1 lett. b) e m-ter) del Dlgs. 163/2006, nel ricorso incidentale si lamenta la mancanza della dichiarazione relativa a eventuali misure di prevenzione applicate nei confronti di un procuratore speciale di ITAL TBS spa nominato il 23 febbraio 2009. Come si è appena visto, nella cessione di ramo d'azienda la situazione degli amministratori e dei direttori tecnici del cedente assume rilievo per il cessionario. Qui viene però sollevata la diversa questione dell'assimilabilità dei procuratori speciali agli amministratori e ai direttori tecnici. In giurisprudenza anche su questo punto vi sono opinioni divergenti. Appare tuttavia preferibile la tesi contraria all'assimilazione automatica: i procuratori speciali non hanno normalmente (e nello specifico non è stato comunque dimostrato) il potere di elaborare le decisioni strategiche della società, e operano anzi nell'ambito delle direttive stabilite dagli amministratori: dunque non sussiste il presupposto fattuale che permetterebbe un'interpretazione estensiva (v. CS Sez. V 25 gennaio 2011 n. 513; CS Sez. V 24 marzo 2011 n. 1782). Pertanto la dichiarazione mancante non era necessaria in base

al codice dei contratti, né un simile obbligo è stato introdotto autonomamente dalla stazione appaltante nel bando o nel capitolato speciale.

6.6 A proposito dell'asserita violazione di particolari clausole del capitolato speciale e del capitolato tecnico si osserva quanto segue:

(a) non sembra esservi alcuna violazione dell'art. 4 del capitolato speciale per quanto riguarda la forma delle autocertificazioni e la mancata produzione del CD/DVD con la documentazione tecnica. Relativamente alle autocertificazioni, l'avviso riguardante le formule di rito segue sia l'elenco dei documenti amministrativi sia l'elenco dei documenti tecnici, ma è evidente che la necessità di rispettare tali formule (e in particolare il richiamo al DPR 28 dicembre 2000 n. 445) è riferibile solo alle vere e proprie dichiarazioni rientranti nella documentazione amministrativa. Relativamente al CD/DVD con la documentazione tecnica, il verbale della riunione della commissione di gara del 3 marzo 2010 (dedicata all'apertura dei plichi) riferisce che la ricorrente principale, così come gli altri concorrenti, ha regolarmente presentato la documentazione amministrativa e tecnica richiesta dall'art. 4 del capitolato speciale. Il fatto che il CD/DVD non sia stato rintracciato in sede di accesso dopo la conclusione della gara non significa che non fosse contenuto nella busta n. 2 della ricorrente principale, a maggior ragione se si considera che alla riunione del 3 marzo 2010 erano presenti i rappresentanti di tutte e tre le imprese concorrenti;

(b) passando al capitolato tecnico, la mancanza di alcuni allegati del

fascicolo-macchina non costituisce un rilevante inadempimento all'obbligo di produzione documentale, in quanto non altera il contenuto dell'offerta e non determina fraintendimenti nell'attribuzione del punteggio. Lo stesso vale per le schede relative ai controlli di qualità o di funzionalità. Sono invece oggetto di valutazione le manutenzioni preventive, ma in questo caso la documentazione presentata dalla ricorrente principale appare adeguata (v. doc. 56-57 dell'Azienda Ospedaliera);

(c) sempre con riferimento al capitolato tecnico, la commissione giudicatrice nella riunione del 9 marzo 2010 ha premiato la proposta della ricorrente principale sulla manutenzione correttiva (attribuendo 3 punti contro 1,5 punti assegnati alla controinteressata ricorrente incidentale) in quanto ha ritenuto apprezzabili le migliorie costituite dall'incremento dell'orario di lavoro (8.00-18.00), dall'estensione del suddetto orario al sabato (8.00-13.00), e dalla previsione di un laboratorio aggiuntivo presso l'ospedale di Alzano Lombardo. La seconda e la terza miglioria sono esclusive della ricorrente principale. In base a questi dati la giustificazione del maggiore punteggio è abbastanza evidente. È vero che la ricorrente principale mette a disposizione per questa attività solo 3 tecnici (contro i 3,4 della controinteressata ricorrente incidentale), il che riduce la compresenza del personale, ma si può ritenere che l'ampiezza dell'orario di servizio dedicato alla manutenzione abbia maggiore importanza per la funzionalità dei reparti ospedalieri rispetto al numero degli operatori presenti. Dunque non sembra che la commissione giudicatrice abbia

travisato il senso delle singole offerte.

6.7 La censura, peraltro proposta in via subordinata, secondo cui la sottoposizione dell'offerta della controinteressata ricorrente incidentale alla verifica di congruità sarebbe in contrasto con l'art. 86 comma 3 del Dlgs. 163/2006, non ha alcun rilievo sulla posizione della ricorrente principale. Si tratta dunque di un motivo inammissibile se inserito in un ricorso incidentale, ma altrettanto inammissibile come motivo autonomo di impugnazione, in quanto la controinteressata ha ottenuto l'aggiudicazione senza essere minimamente danneggiata dallo svolgimento della verifica.

6.8 Ancora in via subordinata si lamenta la violazione dell'art. 75 del Dlgs. 163/2006, in quanto la polizza fideiussoria della ricorrente principale non sarebbe valida a causa della firma illeggibile e della mancanza di altre indicazioni sull'autore della sottoscrizione. La censura è analoga a quella proposta nel ricorso principale, dove gli stessi difetti sono imputati alla polizza fideiussoria della controinteressata. L'argomento comune alle due censure non è tuttavia condivisibile. L'utilizzo delle dichiarazioni di terzi prodotte in sede di gara non è condizionato a particolari requisiti di forma: la provenienza del documento può essere data per certa (salvo prova contraria o disconoscimento ex art. 2702 c.c.) quando risulti chiaro dall'intestazione o da altri elementi testuali quale sia il soggetto giuridico a cui il contenuto deve essere imputato. Non è necessario che vi sia una firma leggibile, né che siano esplicitati i poteri del sottoscrittore. Nel caso di impiego di moduli prestampati anche una

semplice sigla svolge in modo adeguato il compito di riferire il documento a un preciso soggetto giuridico (v. CS Sez. V 15 dicembre 2010 n. 8933).

6.9 Per quanto riguarda infine la lesione del diritto di accesso rafforzato di cui all'art. 13 comma 6 del Dlgs. 163/2006 (in effetti è stata concessa la sola visione dell'offerta tecnica della ricorrente principale senza possibilità di estrarne copia, in violazione del diritto di difesa), non si tratta di un motivo che possa avere rilievo nel ricorso incidentale. Il diritto di accesso è autonomo dalla pretesa sostanziale sottostante, non solo perché può essere fatto valere in modo separato ma anche perché un'eventuale vittoria giudiziale in relazione all'accesso nulla dice sulla fondatezza della pretesa sostanziale. Dunque la ricorrente incidentale avrà interesse a coltivare la propria domanda di accesso non nell'ambito del ricorso incidentale ma in esito all'esame del ricorso principale, per l'eventuale proposizione di ulteriori censure contro la ricorrente principale nell'ipotesi che il ricorso principale risultasse fondato.

7. Sulle questioni proposte nel ricorso principale si possono svolgere le seguenti considerazioni:

7.1 La censura riguardante l'illeggibilità della firma sulla polizza fideiussoria prodotta dalla controinteressata (in asserita violazione dell'art. 75 del Dlgs. 163/2006) deve essere respinta per le stesse ragioni esposte sopra al punto 6.8.

7.2 Parimenti deve essere respinta la censura focalizzata sulla distribuzione dei compiti tra la commissione di gara, la commissione

giudicatrice e il presidente di entrambe (secondo la ricorrente principale l'intervento di più soggetti costituirebbe violazione degli art. 83 e 84 del Dlgs. 163/2006 e del principio di unicità del seggio di gara). Al riguardo si osserva quanto segue:

(a) in realtà è del tutto normale che vi sia una commissione di gara incaricata di seguire la parte amministrativa della procedura e una commissione giudicatrice che fa da consulente alla prima nella lettura e nella valutazione dell'offerta tecnica (v. art. 84 comma 1 del Dlgs. 163/2006). A tale modello si è attenuto anche il capitolato speciale (art. 9);

(b) nello specifico entrambe le commissioni sono state nominate con deliberazione del direttore generale n. 145 del 26 febbraio 2010;

(c) la commissione giudicatrice non è la depositaria naturale del potere di effettuare anche l'esame delle giustificazioni e la verifica di congruità, in quanto l'art. 88 comma 1-bis del Dlgs. 163/2006 rimette alla discrezionalità della stazione appaltante ogni scelta sullo svolgimento dei predetti controlli. Tale discrezionalità incontra unicamente il limite intrinseco della necessaria corrispondenza tra la preparazione professionale e l'attività svolta. Nello specifico la commissione di gara ha esaminato le giustificazioni nella riunione del 23 luglio 2010 prendendo in esame le risposte della controinteressata (pervenute in data 11 giugno 2010) alle questioni sollevate dalla struttura dell'Azienda Ospedaliera responsabile degli approvvigionamenti. Vi è stata quindi una collaborazione tra uffici che ha consentito un appropriato esame, in particolare sotto il profilo

del prezzo offerto, il che ha reso superflua la convocazione della commissione giudicatrice;

(d) la commissione di gara riflette gli schemi organizzativi interni ai vari enti, e pertanto può essere costituita sia in forma collegiale sia come seggio monocratico imperniato su un dirigente con la presenza di funzionari-testimoni e di un funzionario avente le funzioni di ufficiale rogante. Del resto attraverso il modello monocratico la stazione appaltante ottiene il risultato di mantenere distinte le competenze e le responsabilità dei dirigenti da quelle dei funzionari di qualifica inferiore. L'Azienda Ospedaliera ha quindi legittimamente utilizzato i suoi poteri di auto-organizzazione. Qualora il seggio di gara sia monocratico non vi sono ostacoli di tipo logico o di natura pratica al fatto che il presidente svolga in via esclusiva alcuni approfondimenti laterali alla normale attività di gara, come è successo nello specifico quando l'ing. Colombo ha confrontato la parte tecnica dell'offerta risultata vincitrice con la convenzione CONSIP (relazione del 27 luglio 2010).

7.3 L'esito del confronto con la convenzione CONSIP ha dato origine a un'ulteriore censura. La ricorrente principale sostiene infatti che i due gruppi di prestazioni non sarebbero dissimili, il che determinerebbe l'impossibilità di procedere all'aggiudicazione per il limite imposto dall'art. 26 comma 3 della legge 23 dicembre 1999 n. 488, come sostituito dall'art. 1 comma 4 lett. c) del DL 12 luglio 2004 n. 168. Tale norma infatti prevede che anche le amministrazioni non statali, al fine di evitare danni erariali, utilizzino le convenzioni

CONSIP, o quantomeno i relativi parametri di prezzo e qualità, per l'acquisto di beni e servizi comparabili. Al riguardo si osserva quanto segue:

(a) per deliberare un acquisto al di fuori delle convenzioni CONSIP l'amministrazione interessata deve avvalersi di una dichiarazione del funzionario responsabile dei contratti nella quale si attesti che i beni e i servizi non sono comparabili (v. art. 26 comma 3-bis della legge 488/1999);

(b) nella relazione del 27 luglio 2010 l'ing. Colombo ha giudicato insoddisfacente la convenzione CONSIP sotto 5 profili (minor numero di tecnici dislocati presso le strutture aziendali; minor numero di apparecchiature-muletto destinate a garantire la continuità dei servizi di endoscopia e anestesia-rianimazione; assenza delle verifiche sull'inquinamento da gas anestetici nelle sale operatorie; esclusione dall'offerta di tutto il materiale consumabile; assenza delle manutenzioni correttive per danni accidentali). Si tratta di valutazioni pertinenti all'oggetto dell'appalto e idonee a individuare delle significative differenze rispetto alla convenzione CONSIP non solo relativamente al contenuto del servizio ma anche sotto il profilo del costo (le prestazioni non contemplate dalla convenzione CONSIP non si traducono soltanto in un minore livello di qualità ma devono essere integrate a spese dell'Azienda Ospedaliera).

7.4 Non appare condivisibile neppure il motivo di ricorso che lamenta la violazione dell'art. 48 del Dlgs. 163/2006. Secondo la ricorrente principale la controinteressata non avrebbe dimostrato il possesso del

requisito del fatturato stabilito dall'art. 4 del capitolato speciale (€ 1.200.000 annui IVA esclusa nell'ultimo triennio in servizi identici a quello oggetto della gara). Inoltre non avrebbe prodotto idonee dichiarazioni di due istituti bancari. In proposito si osserva quanto segue:

(a) la controinteressata ha fatturato nei tre anni presi in considerazione (2006-2007-2008) somme molto superiori al minimo richiesto (v. doc. 15 e 16 dell'Azienda Ospedaliera);

(b) sul requisito dell'identità dei servizi è necessario precisare che non si tratta di un elemento da valutare in modo rigido, in quanto nell'interpretazione di questa come delle altre clausole della *lex specialis* deve essere favorito l'obiettivo della massima partecipazione, che a sua volta è una condizione per assicurare l'effettiva competizione nel mercato, e corrispettivamente deve essere dato il minimo rilievo alle formalità non necessarie (v. TAR Torino Sez. II 16 gennaio 2008 n. 40). L'esigenza di assicurare alla stazione appaltante la prova dell'affidabilità dei concorrenti non deve quindi trasformarsi in una rendita di posizione per i soggetti economici che abbiano già avuto rapporti con la medesima stazione appaltante o che comunque, essendo sul mercato da più tempo, abbiano avuto la possibilità di accumulare un patrimonio di esperienza abbastanza ampio da coprire più nicchie di mercato;

(c) nello specifico le certificazioni prodotte dalla controinteressata riguardano servizi di ingegneria clinica relativi alla gestione di apparecchiature biomedicali ed elettromedicali in dotazione a presidi

ospedalieri. Al di là delle differenti espressioni utilizzate nelle certificazioni non sembrano esservi dubbi sul fatto che si tratti di prestazioni essenzialmente sovrapponibili a quelle oggetto dell'appalto in esame, in quanto l'elemento unificatore è costituito dalla finalità di mantenere in efficienza le attrezzature sanitarie. Non appare rilevante in senso contrario la circostanza che nell'appalto in esame sia indicato anche il supporto al servizio di ingegneria clinica dell'Azienda Ospedaliera, che manca nella maggior parte delle certificazioni, perché la natura delle prestazioni non cambia a seconda delle concrete modalità organizzative seguite nei diversi enti;

(d) quanto alle referenze bancarie, poiché le stesse sono datate rispettivamente 12 e 13 gennaio 2010, risultano conformi alla norma di chiusura dell'art. 4 del capitolato speciale, la quale presume aggiornate tutte le dichiarazioni (e dunque anche quelle rilasciate dagli istituti di credito) che siano di data non anteriore a 6 mesi rispetto al termine fissato per la presentazione delle offerte (15 febbraio 2010).

7.5 La ricorrente principale lamenta anche la violazione dell'art. 11 del capitolato tecnico sostenendo di essere stata penalizzata nel confronto con la controinteressata per quanto riguarda i requisiti del personale da mettere a disposizione dell'Azienda Ospedaliera. Lo scarto tra le due offerte è di soli 0,5 punti (la commissione giudicatrice nella riunione del 9 marzo 2010 ha attribuito 6 punti alla ricorrente principale e 5,5 punti alla controinteressata). Non sembra tuttavia che la commissione giudicatrice sia incorsa in equivoci gravi. Al riguardo si osserva quanto segue:

(a) entrambe le offerte hanno proposto un tecnico in più rispetto al minimo di 5 stabilito dal capitolato tecnico. Dei 5 tecnici previsti dal capitolato tecnico almeno 3 dovevano essere ad alta specializzazione (senior) con esperienza di almeno 3 anni e specifica formazione in manutenzione di endoscopi flessibili, autoclavi elettriche e apparecchi per anestesia e ventilazione;

(b) la controinteressata ha offerto 6 tecnici senior, mentre la ricorrente principale ne ha offerti 4. Questo è un elemento che la commissione giudicatrice ha correttamente tenuto in considerazione;

(c) è vero che la controinteressata non ha indicato corsi di formazione nelle aree richieste dal capitolato tecnico. La ricorrente principale ha invece riportato in modo esaustivo tutta l'attività formativa svolta dal proprio personale, oltre all'esperienza maturata. Tenendo conto delle precisazioni fornite dalla controinteressata nella descrizione dei dipendenti e dei relativi percorsi professionali (v. doc. 20 e 21 dell'Azienda Ospedaliera) si può affermare che in sostanza la controinteressata ha considerato equivalenti esperienza e formazione. I tecnici della controinteressata hanno in effetti maturato un'ampia esperienza nelle tipologie di attività per le quali il capitolato tecnico richiede una specifica formazione;

(d) nel contesto la tesi della controinteressata può essere condivisa: non avrebbe particolare utilità per la stazione appaltante individuare una figura di tecnico senior basata sull'esperienza professionale se poi tale esperienza dovesse necessariamente essere validata mediante corsi di formazione, che in teoria potrebbero essere frequentati anche da

personale tecnico non senior con i conseguenti problemi di comparazione delle professionalità. Si deve quindi riconoscere alla ricorrente principale di aver curato maggiormente l'aspetto della formazione (e per questo in effetti è stata premiata nel punteggio) ma allo stesso tempo occorre sottolineare che la controinteressata ha offerto personale la cui esperienza è parimenti adeguata alle esigenze dell'Azienda Ospedaliera. Le conclusioni a cui è pervenuta la commissione giudicatrice sono quindi sostanzialmente corrette.

7.6 .Con riguardo all'asserita violazione dell'art. 2.2 del capitolato tecnico, il quale impone ai concorrenti di offrire un certo quantitativo di apparecchiature-muletto allo scopo di assicurare la continuità del servizio in caso di manutenzione preventiva o correttiva, non sembra che la controinteressata abbia formulato in modo erroneo questa parte dell'offerta. In realtà la controinteressata si è impegnata a mettere a disposizione le apparecchiature-muletto (v. doc. 22 dell'Azienda Ospedaliera) attraverso una triplice strategia, ossia collocandone una parte direttamente presso le strutture ospedaliere, impegnandosi a trasferirne altre in caso di necessità dalle proprie sedi a livello nazionale, e infine assumendosi gli oneri del noleggio delle strumentazioni eventualmente non reperite con le prime due procedure. Poiché il capitolato tecnico non restringe il concetto di messa a disposizione alle sole apparecchiature-muletto depositate presso le strutture ospedaliere, la soluzione della controinteressata rientra nella normale libertà organizzativa riconosciuta a ciascun concorrente. Tocca poi alla stazione appaltante effettuare una

pesatura approfondita, attribuendo il punteggio che corrisponde al grado di utilità ravvisato nelle diverse soluzioni tecniche. Nello specifico la controinteressata ha ottenuto 2 punti contro i 4 della ricorrente principale: sul presupposto che la soluzione della controinteressata è ammissibile, si tratta di una valutazione che non presenta evidenti profili di irragionevolezza.

7.7 La ricorrente principale afferma infine che l'offerta della controinteressata sarebbe economicamente insostenibile per la sproporzione tra i costi delle migliorie proposte e l'entità del ribasso sul prezzo. La tesi è esposta in termini eccessivamente generici e pertanto non appare accoglibile. La controinteressata ha fatto pervenire alla stazione appaltante in data 11 giugno 2010 le proprie giustificazioni in relazione alle diverse aree di spesa (v. doc. 13 dell'Azienda Ospedaliera). Le censure avrebbero quindi dovuto contestare in dettaglio il ragionamento economico alla base delle stime di costo.

8. In conclusione il ricorso principale deve essere respinto, comprese le domande risarcitorie, e parimenti deve essere respinto il ricorso incidentale. Si stabilizza pertanto anche sul piano sostanziale il contratto stipulato tra la controinteressata e l'Azienda Ospedaliera il 28 settembre 2010 (sul piano formale non vi erano problemi neppure in origine, in quanto il contratto, pur avendo la stessa data della notifica del ricorso, è intervenuto quando la notifica era efficace per il notificante ma non ancora per i destinatari, ed è inoltre successivo alla scadenza dello *standstill* ex art. 11 comma 10 del Dlgs. 163/2006, che

non è sottoposto al regime della sospensione feriale dei termini processuali). Tenuto conto delle questioni esaminate, le spese di giudizio possono essere compensate con riferimento al ricorso incidentale, mentre possono essere parzialmente compensate nel ricorso principale. Conseguentemente viene posto a carico della ricorrente principale EBM srl l'obbligo di corrispondere a ciascuna delle parti costituite l'importo di € 2.500 (oltre agli oneri di legge).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando, respinge sia il ricorso principale sia il ricorso incidentale.

Condanna EBM srl a versare, a titolo di spese di giudizio (parzialmente compensate), l'importo di € 2.500 a favore di ciascuna delle parti costituite.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Mauro Pedron, Primo Referendario, Estensore

Mara Bertagnoli, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/09/2011

IL SEGRETARIO

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