



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5719 del 2011, proposto da Hospimed S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv. Beatrice Belli e Antonio Carullo, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Adriano Giuffrè in Roma, via Camozzi n.1;

contro

ASUR Marche - Azienda Sanitaria Unica Regionale Marche -Zona Territoriale N. 3 di Fano, in persona del legale rappresentante pro-tempore;

nei confronti di

Trumpf Med Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. MARCHE - ANCONA: SEZIONE I n. 00214/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO FORNITURA LETTI OPERATORI - RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 novembre 2011 il Cons. Paola Alba Aurora Puliatti e uditi per le parti l'Avvocato Giuffre' su delega dell'Avv. Belli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

- La presente controversia inerisce alla gara, di cui alla lettera invito diramata dall'Azienda sanitaria unica regionale Marche, del 28.6.2005, prot. 23643, per la fornitura di letti operatori necessari per l'U.O. blocco operatorio zona territoriale 3 di Fano.

In esito all'esame delle offerte, la ricorrente conseguiva il punteggio finale di 92,34 punti; la controinteressata di 92,73 punti(con una differenza di appena 0,39 punti).

Con delibera n. 294 dell' 11.5.2006, la gara veniva aggiudicata in via provvisoria alla Trumpf Med Italia s.r.l., che offriva un prezzo complessivo di euro 378.589,00 oltre IVA.

La Hospimed s.r.l. proponeva ricorso, che veniva accolto con

sentenza del TAR Marche n. 1134/2006, per difetto di motivazione relativamente agli apprezzamenti comparativi compiuti dalla Commissione e ai diversi punteggi attribuiti ai prodotti.

Veniva, quindi, riconvocata la Commissione, che confermava con motivazione i precedenti punteggi, con conseguente definitiva aggiudicazione della gara alla Trumpf Med Italia s.r.l., giusta determina n. 946 del 5.12.2008, impugnata dalla Hospimed srl con ricorso n. 152/2009.

A seguito di sentenza parziale n. 1488/2009 e di ordinanza istruttoria n. 210/2010, con sentenza n. 214/2011 il ricorso veniva rigettato.

- La ricorrente in primo grado e odierna appellante deduce la carenza di motivazione e falsità di presupposti della sentenza.

Lamenta che la Commissione ha errato nel metodo, applicando i criteri di valutazione fissati dalla lex di gara in modo diverso per ciascun concorrente e arrivando a risultati discriminatori.

In specie, per quanto riguarda i criteri sub 1) e sub 5), la valutazione degli optionals è avvenuta in favore del controinteressato in sede di attribuzione del punteggio per il criterio sub 5), con indebito vantaggio tra l'altro sul piano della valutazione dell'offerta economica, mentre gli optionals non sono stati valutati ai fini della qualità complessiva del prodotto offerto dalla ricorrente, in sede di attribuzione del punteggio sub 1), con conseguente disparità di trattamento.

Specificamente, in relazione al criterio sub 1 (max 35 punti -analisi

d'insieme del prodotto), la ricorrente lamenta che pur avendo ottenuto il giudizio di “ottimo”, la Commissione le attribuisce solo punti 34, motivando col fatto che la movimentazione del carrello è stata offerta tra gli optionals e quindi non è valutabile; nei confronti della controinteressata, però, nell'applicare il criterio sub 5) (Funzionalità compatibili con procedure chirurgiche innovative : max 5 punti), il prodotto è stato valutato comprensivo di optionals, anche se il loro prezzo aggiuntivo non è stato calcolato in fase di valutazione dell'offerta economica.

Lamenta, inoltre, l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha rigettato le censure relative all'attribuzione dei punteggi per gli altri criteri di valutazione, e in alcuni casi ritenendo inammissibili le censure, non proposte con motivi aggiunti, e ribadisce, viceversa, la correttezza della contestazione con semplice memoria.

- La sentenza di primo grado, in sintesi, ha ritenuto che:

a)--- ciascun criterio assume autonoma rilevanza, per cui non può dedursi disparità di trattamento nella valutazione di un criterio rispetto ad un altro, ma solo all'interno dello stesso criterio.

b)--- il criterio sub 5) necessariamente comporterebbe l'estensione della valutazione agli optionals, perché connesso con procedure innovative e sperimentali;

c)--- è inammissibile la censura relativa alla valutazione del “carrello movimentazione” in favore della controinteressata, perché non è stata dedotta con motivi aggiunti, ma con semplice memoria dopo il

deposito di c.t.u.;

d)----è in parte infondata ed in parte inammissibile la censura con cui si contesta il punteggio di 29 punti alla controinteressata per il criterio sub 1), con riguardo alla regolazione in altezza della colonna, perché la caratteristica trova riscontro nel documento 8° depositato dall'Amministrazione, in parte è questione nuova (laddove si denuncia che la misura si riferisce alla colonna senza piano), che andava dedotta con formale motivo aggiunto;

e)--- ha ritenuto motivata l'attribuzione di punteggio per il criterio sub 2), poiché l'offerta della controinteressata presentava modularità base e modularità accessorie ed è adeguata la motivazione circa i moduli considerati; peraltro, il peso attribuito a ciascuna modularità rientra nella discrezionalità tecnica;

f)---ha rigettato la censura relativa all'attribuzione del medesimo punteggio per il criterio sub 3) (punti 5), ritenendo l'equivalenza dei prodotti, e non rinvenendosi specifiche censure ma solo una concentrazione sulla distinzione tra la “capacità statica” e quella “dinamica”;

g)---ha rigettato la censura, anche a proposito dei riflessi sul piano dell'offerta del menzionato criterio sub 5), ritenendo che sia stata prospettata solo in termini parziali.

- La Hospimed s.r.l. ripropone le censure rigettate e riformula espressa domanda di risarcimento del danno, da liquidarsi equitativamente.

- Non si sono costituite le parti intime.
- All'udienza del 18 novembre 2011 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

- L'appello non è fondato.
- In diritto, vanno premesse alcune considerazioni di carattere generale, consolidate in giurisprudenza.

Le valutazioni tecniche relative alle offerte presentate nelle gare d'appalto sono caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dalla opinabilità dell'esito della valutazione.

Gli apprezzamenti in ordine all'(in)idoneità tecnica delle offerte dei vari partecipanti alla gara, dunque, in quanto espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, non possono essere sostituiti da valutazioni di parte circa la (in)sussistenza delle prescritte qualità, trattandosi di questioni afferenti al merito delle suddette valutazioni tecnico-discrezionali (C.d.S sez. V, 08 marzo 2011, n. 1464); e, in sede giurisdizionale, parimenti, sono sindacabili solo se affetti da macroscopici vizi logici, disparità di trattamento, errore manifesto, contraddittorietà ictu oculi rilevabile, rientrando tipicamente nel potere valutativo quello di ritenere migliore un'offerta rispetto ad un'altra (cfr Consiglio Stato, sez. V, 01 ottobre 2010 , n. 7262).

Ne consegue che il giudice amministrativo non può ingerirsi negli

ambiti riservati alla discrezionalità tecnica dell'organo valutatore e, quindi, sostituire il proprio giudizio a quello della Commissione.

In applicazione di tali principi, vanno risolte le questioni prospettate con l'atto di appello.

In via preliminare, il collegio rileva che le valutazioni compiute dalla Commissione di gara facendo applicazione dei vari criteri, nella fattispecie, con riguardo al punteggio attribuito al prodotto offerto dalla ricorrente e a quello offerto dalla contro interessata (punteggio che peraltro presenta uno scarto minimo - solo 0,39 punti), non appaiono affette da vizi macroscopici di illogicità o travisamento, né dalla disparità di trattamento denunciata dall'appellante.

A ragione il TAR Marche ha rigettato il terzo motivo del ricorso introduttivo, sostanzialmente riproposto in appello, ritenendo, in definitiva, non censurabile la discrezionalità tecnica esercitata dalla Commissione.

- Nello specifico, il giudice di primo grado ha ritenuto, quanto al denunciato profilo di illegittimità attinente al metodo non unitario che avrebbe seguito la Commissione nell'applicazione dei criteri sub 1) e sub 5), con riguardo alla valutazione degli optionals offerti da entrambe le concorrenti, (che non sarebbero stati presi in considerazione per quanto riguarda il prodotto della ricorrente nell'attribuzione del punteggio di cui al criterio sub 1), mentre sarebbero stati considerati inclusi nella valutazione del prodotto della aggiudicataria, ai fini dell'attribuzione del punteggio di cui al criterio

sub 5) citato), che poiché ciascun criterio ha una propria autonomia non può dedursi disparità di trattamento nell'applicazione di un criterio rispetto ad un altro, ma solo all'interno del medesimo criterio.

Tale motivazione è condivisa dal Collegio: con il criterio sub 1) veniva apprezzata la qualità del prodotto nel suo insieme; mentre col criterio sub 5) veniva valutata una singola caratteristica.

E' astrattamente ammissibile, pertanto, che nelle due operazioni valutative la Commissione abbia deciso di apprezzare, una volta, il prodotto-base e l'altra volta il prodotto comprensivo degli accessori: ciò che rileva, ai fini di escludere la disparità di trattamento, è che abbia applicato ciascun criterio in modo uniforme ai vari concorrenti.

Sul punto nulla rileva l'appellante, che pone, invece, a confronto i risultati della applicazione dei due diversi criteri.

- Col medesimo motivo di appello la Hospimed lamenta anche che i concorrenti non erano stati messi in grado di sapere "ante offerta" per quali elementi di valutazione gli optionals sarebbero stati presi in considerazione: anche questa censura è irrilevante ai fini della disparità di trattamento se nell'ambito dello stesso criterio la Commissione si è determinata in modo uniforme.

Osserva il Collegio che, in ogni caso, l'esercizio della discrezionalità valutativa non comporta che alla valutazione di "ottimo" corrisponda necessariamente l'attribuzione del massimo punteggio

numerico: la circostanza che il prodotto solo con l'inclusione dell'optional sia ritenuto di massima qualità giustifica razionalmente che possa essere attribuito alla "versione base", senza inclusione dell'accessorio, un punteggio solo prossimo al massimo.

- L'appellante ritiene errata la sentenza laddove giudica inammissibile, perché non proposta con motivi aggiunti ma solo con memoria, la censura dedotta in relazione alla valutazione dell'optional offerto dalla controinteressata per l'attribuzione del punteggio di cui al criterio sub 5), quando invece la stessa censura era già stata dedotta col III motivo del ricorso introduttivo.

Si tratta, comunque, di censura infondata, perché, come già detto, legittimamente la Commissione poteva procedere a valutare gli optional in relazione ad un criterio e non ad un altro.

- L'appellante deduce altresì che erroneamente la sentenza impugnata ha rigettato il motivo relativo alla errata rappresentazione dell'offerta della controinteressata da parte della Commissione circa la possibilità di "regolazione in altezza della colonna di quasi 20 cm più in basso rispetto alle concorrenti".

Il giudice di primo grado ha ritenuto nuove le censure svolte nella memoria del 26.2.2011, mentre le stesse sarebbero state contenute in seno al ricorso introduttivo e solo corroborate in esito all'istruttoria.

Il Collegio osserva che la censura viene effettivamente inserita nel terzo motivo del ricorso introduttivo, specificamente nella contestazione del punteggio di 29 punti attribuito alla

controinteressata Trumpf per il criterio sub 1), e riportata ad una errata lettura da parte della Commissione dei dati risultanti dal catalogo dei prodotti; mentre con la memoria successiva al deposito della relazione tecnica disposta dal Tribunale la censura viene ulteriormente svolta, facendo rilevare che la Commissione non avrebbe tenuto conto che le misure fornite dalla ricorrente erano riferite alla colonna con piano operatorio inserito, mentre quelle fornite da Trumpf Med Italia s.r.l. erano riferite alla colonna senza piano.

Tuttavia, il Collegio non ritiene illegittima la valutazione operata nel complesso dalla Commissione, che ha tenuto conto di più elementi nell'attribuire il detto punteggio, ovvero, come risulta dal verbale del 5.9.2008, “delle caratteristiche tecniche di ingegnerizzazione, affidabilità, materiali impiegati e dotazione di dispositivi di sicurezza” di colonna, piano, carrello e relativi accessori, giudicandole “buone” e aggiungendo come “positivo”, in particolare, il sistema che consente la regolazione della colonna. Comunque abbia inciso l'errata rappresentazione di tale particolare caratteristica, si è trattato di un solo elemento, ed il punteggio attribuito alla ditta Trumpf appare, ciò nonostante, complessivamente proporzionato rispetto ai giudizi formulati e ai punteggi attribuiti agli altri concorrenti (punti 34 alla ricorrente che ha riportato il giudizio di “ottimo”; punti 24 alla ditta OPT che ha riportato il giudizio di “sufficiente”).

- Quanto alla denunciata carenza di motivazione del giudizio di

sostanziale equivalenza dei prodotti, in relazione al punteggio di cui al criterio sub 2) (modularità del sistema), l'appellante denuncia che la sentenza non spiega come il provvedimento sia esente da vizi e come sia giustificato il mezzo punto in più attribuito al prodotto offerto dalla controinteressata.

La Commissione non chiarirebbe in cosa consiste la “varietà” degli accessori, non avendo potuto prendere visione diretta dei prodotti al fine di effettuare un confronto tra gli stessi, perché non più disponibili.

Il Collegio non ritiene censurabile la sentenza impugnata, secondo cui “la stazione appaltante ha fornito adeguata giustificazione circa i moduli considerati nell’attribuzione dei punteggi” e ribadisce il carattere discrezionale della valutazione tecnica compiuta dalla Commissione, la quale non si segnala per illogicità o insufficienza di motivazione.

Risulta, infatti, dalla relazione allegata al verbale del 5 settembre 2008 che la Commissione ha ritenuto il sistema offerto da Trumpf Med. Italia “dotato di un numero di accessori in grado di garantire il più elevato grado di modularità relativamente alle offerte concorrenti, ivi compreso un “pacchetto di trazioni””.

Il punteggio attribuito ad entrambe le concorrenti, che peraltro si differenzia solo di mezzo punto, non è dipeso dal numero o dalla varietà degli accessori offerti, come cerca di dimostrare l'appellante, ma dal grado di “modularità” del prodotto, concetto che indica

piuttosto l'idoneità dell'oggetto ad adempiere la sua funzione specifica, in quanto composto da moduli dotati di forma e dimensioni adeguate.

Ci si riporta peraltro alle considerazioni generali premesse con riferimento alla non censurabilità nel merito delle valutazioni tecniche.

- Quanto al criterio sub 3) (adattabilità del sistema alle diverse caratteristiche fisiche del paziente), l'appellante lamenta che la sentenza non ha rilevato la carenza di valutazione, in quanto prodotti differenti sono stati valutati in modo eguale (5 punti).

La distinzione tra carico statico e carico dinamico, secondo Hospimed, fa la differenza tra i prodotti offerti: quello dell'appellante sopporta un carico statico di 360 Kg., caratteristica questa che "oggettivamente non ha offerto la TRUMPF".

Secondo la sentenza, invece, la differenza "risulta essere stata considerata dalla Commissione nel rendere la motivazione già in data 5.9.2008, ancorchè non utilizzando detta terminologia".

Non può che confermarsi l'apprezzamento del primo giudice: dall'allegato al verbale del 5.9.2008 risulta, infatti, che l'equivalenza dei sistemi offerti è stata giustificata dalla Commissione avendo riguardo, attraverso qualche calcolo, al peso massimo del paziente "movimentabile" o "effettivamente gestibile" (equivalente alla portata massima di 225 Kg in entrambi i sistemi), ma anche alla "maggiore modularità del sistema Trumpf (27 moduli per un totale

di 54 configurazioni) che consente una maggiore adattabilità ai diversi tipi fisici.”.

Anche questo apprezzamento discrezionale non appare affetto da illogicità manifesta o errore di fatto.

-In relazione al criterio sub 5) (funzionalità compatibili a procedure chirurgiche innovative) si è già detto che non è configurabile disparità di trattamento nell'applicazione di criteri autonomi.

Va qui solo aggiunto, quanto al rilievo che la valutazione degli optionals in favore della controinteressata non ha ricevuto poi una valutazione anche in termini economici, falsandosi così il prezzo dell'offerta dell'aggiudicataria, che correttamente rileva il giudice di primo grado che la censura viene prospettata in termini parziali.

L'appellante lamenta di non avere goduto dell'applicazione di un criterio uniforme di valutazione; dimentica, però, quanto già affermato (anche dal TAR) riguardo al primo profilo di censura, e cioè “l'autonomia tra i criteri di valutazione sub 1) e sub 5).”; inoltre, non dimostra che se fossero stati considerati gli optionals, sia per la ricorrente che per la controinteressata, anche ai fini della valutazione delle offerte economiche, la gara sarebbe stata diversamente aggiudicata.

In altri termini, non è provato l'interesse della ricorrente alla censura.

- In conclusione, il ricorso va rigettato, anche per quanto concerne la proposta domanda risarcitoria, essendo legittimi gli atti impugnati.

- Non vi è luogo a provvedere sulle spese non essendosi costituite le

parti intime.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Nulla spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/01/2012

IL SEGRETARIO

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