



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1049 del 2013, proposto da:

Edap Technomed Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Francesco Nardocci, Giuseppe Maggi ed Elvira Poscio, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima in Milano, via C. Battisti, 8;

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale Civile di Legnano;

nei confronti di

Storz Medical Italia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Cristina Martorana, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, piazza del Carmine, 4;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale n. 184/13 del 15.3.2013, di aggiudicazione definitiva alla Storz Medical Italia S.r.l. della procedura aperta, mediante piattaforma regionale "SINTEL", bandita dall'Azienda Ospedaliera Ospedale civile di Legnano per la "fornitura triennale in locazione di una apparecchiatura per litotripsia extracorporea da destinare alle UU.OO. Urologia - Gara in aggregazione d'acquisto tra le Aziende sanitarie: Ospedale Civile di Legnano (capofila) e Ospedale Sant'Anna di Como (mandante) C.I.G. 43252171FS" - comunicata alla ricorrente il successivo 25.3.2013;

di tutti gli atti e provvedimenti della Commissione Giudicatrice della gara, di cui al verbale di gara del 28.1.2013; della nota prot. 62113 del 22.4.2013 dell'Azienda Ospedaliera Ospedale Civile di Legnano di rigetto dell'istanza avanzata dalla ricorrente anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 243 bis d.lgs. n. 163/06 di annullamento in autotutela della Det. Dirig. n. 184113 del 15.3.2013;

di ogni altro atto presupposto, connesso e correlato, nonché per il risarcimento integrale dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Storz Medical Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2013 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso la società istante ha impugnato i provvedimenti indicati in epigrafe, concernenti la procedura aperta di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante piattaforma regionale "SINTEL", bandita dall'Azienda Ospedaliera Ospedale civile di Legnano per la fornitura triennale in locazione di un'apparecchiatura per litotripsia extracorporea da destinare alle UU.OO. Urologia, gara in aggregazione d'acquisto tra le Aziende sanitarie Ospedale Civile di Legnano (capofila) e Ospedale Sant'Anna di Como (mandante), che si è conclusa con l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata Storz Medical Italia S.r.l. A sostegno del proprio gravame, la ricorrente ha dedotto la violazione da parte della stazione appaltante dei fondamentali principi di buon andamento, proporzionalità, imparzialità, trasparenza ed economicità ai sensi dell'art. 97 della Costituzione, oltre alla violazione degli artt. 1 e 3 della legge n. 241/1990 e 2 e 87 del d.lgs. n. 163/2006, atteso che la commissione giudicatrice, in seguito ai rilievi formulati da Edap nell'informativa ex art. 243 bis del codice degli appalti, avrebbe permesso all'aggiudicataria odierna controinteressata di modificare e rettificare la propria offerta tecnica, all'origine carente ed erronea perché non rispondente alle caratteristiche tecniche dell'apparecchiatura oggetto dell'offerta, senza peraltro procedere alla riformulazione dei rispettivi punteggi, operando, oltretutto, una postuma integrazione della motivazione in ordine all'attribuzione degli stessi; la violazione della lex specialis di gara nella parte concernente la predeterminazione dei criteri, sub-criteri, pesi e modalità per l'attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica, l'eccesso di potere per sviamento, illogicità manifesta, contraddittorietà, errore nei presupposti di fatto e di diritto e grave difetto di istruttoria e di motivazione; ha dedotto, inoltre, la violazione dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 per la mancata allegazione alla comunicazione di aggiudicazione della gara dei riferimenti alle caratteristiche ed ai vantaggi dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, come prescritto dalla stessa disposizione normativa, con conseguente grave difetto di motivazione.

La ricorrente ha, altresì, formulato istanza di risarcimento del danno in forma specifica, mediante l'aggiudicazione della procedura, od in subordine per equivalente.

Si è costituita in giudizio la sola società controinteressata, che ha eccepito in via preliminare l'irricevibilità e l'inammissibilità del ricorso, chiedendone, comunque, la reiezione per infondatezza nel merito.

Con ordinanza n. 526/13 del 10 maggio 2013, confermata in appello dalla sezione III del Consiglio di Stato il 28 giugno 2013 con ordinanza n. 2415/13, la sezione ha accolto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente, fissando la trattazione del merito della controversia all'udienza pubblica del 3 ottobre 2013.

Successivamente le parti costituite hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 3 ottobre 2013, all'esito della discussione, il ricorso è stato, dunque, trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il ricorso all'esame del collegio conceme i provvedimenti relativi alla procedura aperta di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante piattaforma regionale "SINTEL", bandita dall'Azienda Ospedaliera Ospedale civile di Legnano per la fornitura triennale in locazione di un'apparecchiatura per litotripsia extracorporea da destinare alle UU.OO. Urologia, gara in aggregazione d'acquisto tra le Aziende sanitarie Ospedale Civile di Legnano (capofila) e Ospedale Sant'Anna di Como (mandante), che si è conclusa con l'aggiudicazione definitiva alla controinteressata Storz Medical Italia S.r.l.

Per una migliore comprensione della vicenda controversa, è necessaria una breve ricostruzione in fatto:

La valutazione dell'offerta tecnica, alla quale erano attribuibili fino a 60 punti (fino a 40, invece, a quella

economica) era demandata alla commissione giudicatrice secondo il metodo aggregativo-compensatore, sulla base dei due criteri dell'efficacia ed ergonomia del trattamento (max 40 punti) e degli elementi tecnici e tecnologici (max 20 punti), a loro volta divisi in sub-criteri, come previsti dalle tabelle alle pagg. 36 e 37 della parte B del capitolato d'oneri.

All'esito delle valutazioni della commissione (cfr. verbale del 28 gennaio 2013, concernente il giudizio sull'offerta tecnica che si è svolto in due fasi, mediante la valutazione delle schede tecniche delle apparecchiature e tramite una valutazione pratica di tipo clinico delle stesse), tutte le offerte dei 3 concorrenti in gara hanno superato la soglia di punteggio minimo (pari o superiore a 31, come previsto alla pag. 37 della parte B del capitolato d'oneri) per accedere alla fase successiva di valutazione delle offerte economiche, conclusasi il 12 febbraio con l'aggiudicazione provvisoria alla Storz, odierna controinteressata, con un punteggio complessivo di 91,24 (54,80 per l'offerta tecnica e 36,44 per quella economica), mentre Edap, odierna ricorrente, si è classificata al secondo posto con punti 90,69 (60 per l'offerta tecnica e 30,69 per quella economica), con uno scarto dalla prima classificata di soli punti 0,55 ed Alliance al terzo con punti 82,37 (42,37 per l'offerta tecnica e 40,00 per quella economica).

Il giorno successivo (come risulta dalla relazione sui fatti di causa depositata dall'amministrazione intimata il 16 settembre 2013) la ricorrente ha formulato alla stazione appaltante istanza di accesso agli atti della procedura di gara, riscontrata il 5 marzo dalla stazione appaltante con una mail alla quale era allegato il solo verbale della commissione giudicatrice di valutazione delle offerte tecniche, essendosi opposta la Storz all'ostensione della propria offerta tecnica a tutela di propri segreti tecnici e commerciali invocando l'art. 13, comma 5, del codice degli appalti (cfr. mail di risposta del 5 marzo 2013 depositata in atti dalla stazione appaltante il 16 settembre 2013).

Con mail del 19 marzo 2013 la stazione appaltante ha comunicato alla ricorrente e alla terza classificata, ai sensi dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006, l'aggiudicazione definitiva della procedura alla controinteressata Storz, avvenuta con determinazione del 15 marzo 2013, allegata alla comunicazione, indicando che il contratto non sarebbe stato stipulato prima del 26 aprile 2013 ed un link dal quale i destinatari della comunicazione avrebbero potuto accedere agli atti di gara (fra i quali non erano contenute le offerte tecniche dei concorrenti).

Solo il 25 marzo 2013 la stazione appaltante ha comunicato all'odierna ricorrente la disponibilità dell'offerta tecnica di Storz ai fini dell'esercizio del diritto di accesso, poi effettivamente effettuato dall'interessata il giorno successivo (26 marzo 2013).

Edap, dopo aver presentato il 9 aprile successivo alla stazione appaltante informativa ai sensi dell'art. 243 bis del codice degli appalti chiedendo l'annullamento in via di autotutela dell'aggiudicazione per vizi concernenti l'assunta erronea valutazione dell'offerta tecnica di Storz, che in ragione dell'erroneità ed indeterminatezza del suo contenuto sarebbe dovuta essere esclusa dalla gara ed aver ricevuto riscontro negativo il 22 aprile, si è determinata nel proporre il presente ricorso, notificato il 24 aprile 2013 e depositato il 3 maggio successivo.

Deve, a questo punto, procedersi all'esame dell'eccezione preliminare di irricevibilità del ricorso sollevata dalla società controinteressata, che sostiene la tardività della notifica del ricorso (avvenuta il 24 aprile 2013) per il mancato rispetto del termine di decadenza di 30 giorni decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione della procedura (del 19 marzo 2013), ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a.

Al contrario, l'odierna ricorrente ritiene di aver proposto il ricorso nel pieno rispetto dei termini previsti dalla legge, decorrenti dalla conoscenza degli atti di gara per la stessa lesivi, con particolare riferimento all'offerta tecnica dell'aggiudicataria, alla quale ha potuto avere accesso solamente il 26 marzo 2013, che presentava gravi incongruenze tra quanto risultante dai manuali tecnici ed operativi del macchinario offerto rispetto a quanto dichiarato nell'offerta e la cui ammissione ed erronea ed illogica sopravvalutazione che ne è stata fornita dalla

commissione di gara avrebbe provocato l'illegittima attribuzione dei punteggi, con la conseguente illegittimità dell'aggiudicazione a Storz.

La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva del 19 marzo 2013, pur fornendo la possibilità di accedere ai verbali di gara, non conteneva, infatti, alcun riferimento alle caratteristiche e ai vantaggi dell'offerta selezionata, come, invece, prescritto dall'art. 79, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006 (motivo, si ricorda, di impugnazione della comunicazione del 19 marzo 2013), rendendo impossibile, in concreto, la formulazione dei motivi di illegittimità dell'operato della commissione da parte della ricorrente, tutti incentrati, appunto, sull'erronea valutazione da parte della commissione dell'offerta tecnica della controinteressata, erronea ed indeterminata, e sulla conseguente illegittimità di attribuzione dei punteggi alla medesima, la cui deduzione è stata resa possibile, dunque, solo mediante il confronto tra l'offerta tecnica della Storz (posta a disposizione di Edap solo il 25 marzo 2013 ed esaminata in concreto il giorno successivo) ed il verbale redatto dalla commissione il 28 gennaio 2013, contenente il mero punteggio attribuito alle offerte tecniche dei concorrenti senza alcuna motivazione riferibile alle specifiche caratteristiche delle stesse.

E' noto che sulla questione dell'interpretazione del combinato disposto degli artt. 79 del codice degli appalti e 120, comma 5, c.p.a., la sez. VI del Consiglio di Stato, con ordinanza dell'11 febbraio 2013, n. 790, aveva deferito all'adunanza plenaria i seguenti quesiti:

I) "Se il quadro normativo nazionale in tema di impugnativa in sede giurisdizionale degli atti relativi a procedure di aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica (e, segnatamente, il comma 5 dell'articolo 120 del c.p.a., letto in combinato disposto con il comma 2, lettera c), con il comma 5 e con il comma 5 quater dell'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) debba essere inteso, anche alla luce della matrice comunitaria che lo ispira (direttiva 89/665/CE come modificata dalla direttiva 2007/66/CE), nel senso che il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso principale:

a) decorre dal giorno della ricezione della comunicazione di cui al comma 2, lettera c) e di cui al comma 5 dell'articolo 79 del "codice dei contratti nel solo caso in cui la presunta violazione delle disposizioni comunitarie e nazionali poste a fondamento del ricorso sia immediatamente percepibile dal contenuto di tale comunicazione, mentre

b) decorre dal giorno in cui è stato possibile ottenere integrale accesso agli atti della procedura ai sensi del comma 5 quater del medesimo articolo 79 (e comunque non oltre il decimo giorno dalla comunicazione di cui al comma 2, lettera c) e di cui al comma 5 del medesimo articolo) nel caso in cui la presunta violazione non fosse percepibile dal contenuto della dichiarazione e sia resa palese solo a seguito dell'esperito accesso agli atti";

II) (nel caso in cui il tenore delle disposizioni della cui interpretazione si discute - e, segnatamente, del comma 5 dell'articolo 120 del c.p.a., letto in combinato disposto con il comma 2, lettera c), con il comma 5 e con il comma 5 quater dell'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - non sia suscettibile dell'interpretazione dinanzi ipotizzata sub I) "Se si ritenga compatibile con i principi costituzionali di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale (articolo 24, Cost.) e con il principio comunitario dell'effetto utile il quadro normativo nazionale in tema di impugnativa in sede giurisdizionale degli atti relativi a procedure di aggiudicazione di gare ad evidenza pubblica, per la parte in cui - per un verso - assoggetta a un termine notevolmente accelerato l'impugnativa degli atti in questione e - per altro verso - determina una ulteriore, sostanziale, riduzione dei termini per l'impugnativa nelle ipotesi in cui la presunta violazione non sia direttamente percepibile dal contenuto della dichiarazione di cui al richiamato articolo 79 e sia resa palese solo a seguito dell'esperito accesso agli atti (in tal modo ponendo a carico del soggetto ricorrente lo sfavorevole effetto processuale dell'ulteriore riduzione del termine effettivamente a disposizione ai fini dell'impugnativa e per un numero di giorni pari a quello necessario per

avere piena conoscenza degli atti della gara possibile oggetto di impugnativa e dei relativi profili di illegittimità)". La sezione remittente aveva espresso il proprio avviso sulla soluzione del primo quesito osservando che, contemperando l'orientamento della Corte di Giustizia, la quale ipotizza una sorta di "proroga (del) termine di ricorso" jussu judicis al fine di consentire il conseguimento dell'effetto utile da parte della disposizione processuale di matrice comunitaria (III Sezione, 28 gennaio 2010 in causa C406/08 (Uniplex)) con l'evidente ratio di concentrazione ed accelerazione sottesa alla previsione di diritto interno in tema di termine decadenziale d'impugnativa e di accesso agli atti di gara (in particolare: comma 5 quater dell'articolo 79 del "Codice dei contratti"), il punto di equilibrio fra le richiamate esigenze potesse essere individuato in una lettura del complessivo quadro normativo tale, per cui il dies a quo per il decorso del termine decadenziale d'impugnativa fosse posticipato sino al decimo giorno dalla comunicazione di aggiudicazione ex art. 79, cit. (ossia al momento in cui il concorrente, agendo in modo diligente, potesse aver avuto conoscenza integrale della documentazione di proprio interesse, attivando le modalità semplificate di accesso agli atti di cui al medesimo comma 5 quater).

Ciò, tuttavia, secondo la sezione, sarebbe dovuto essere possibile a due condizioni:

- a) che, effettivamente, il profilo di illegittimità lamentato in sede di impugnativa non fosse in alcun modo desumibile dal tenore della comunicazione di cui all'articolo 79;
- b) che il richiamato termine di dieci giorni (aggiuntivo rispetto a quello di trenta giorni per la proposizione dell'impugnativa ai sensi dell'articolo 120, comma 5 del c.p.a.) dovesse essere corrispettivamente ridotto nelle ipotesi in cui, esperito l'accesso agli atti della gara, la pertinente documentazione fosse stata resa disponibile in un termine inferiore rispetto a quello di dieci giorni di cui al più volte richiamato comma 5 quater.

Nelle more della decisione dell'adunanza plenaria, con ordinanza 23 marzo 2013 n. 427, il Tribunale Amministrativo Regionale della Puglia, Sezione di Bari, ha rimesso alla Corte di Giustizia delle C.E, i seguenti quesiti interpretativi ai sensi dell'art. 267 del Trattato istitutivo:

A) "Se gli artt. 1, 2 bis, 2 quater e 2 septies della direttiva 1992/13/CEE vadano interpretati nel senso che il termine per proporre un ricorso, diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, decorra dalla data in cui il ricorrente ha conosciuto, o avrebbe dovuto conoscere secondo l'ordinaria diligenza, l'esistenza della violazione stessa";

B) "Se gli artt. 1, 2 bis, 2 quater e 2 septies della direttiva 1992/13/CEE ostano a disposizioni processuali nazionali ovvero a prassi interpretative, quali quelle enunciate nella causa principale, che consentono al giudice di dichiarare irricevibile un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, quando il ricorrente è venuto a conoscenza della violazione dopo la formale comunicazione degli estremi del provvedimento di aggiudicazione definitiva, per la condotta tenuta dall'Amministrazione aggiudicatrice.

Il Consiglio di Stato, nella decisione n. 14 resa in adunanza plenaria il 20 maggio 2013, ha statuito che: "È agevole constatare che le questioni proposte dal TAR Puglia si sovrappongono a quelle sollevate dall'ordinanza di rimessione qui in esame, e pertanto appare inopportuna l'enunciazione di un punto di diritto su problematica coinvolgente fonti comunitarie mentre è atteso il dictum della Corte competente ad enunciare l'interpretazione autentica e vincolante".

La decisione della Corte di Giustizia non è ancora intervenuta.

Osserva, inoltre, il collegio che, come dedotto anche da parte ricorrente, la problematica succitata involge, altresì e subordinatamente, fonti costituzionali, ed in particolare un possibile contrasto con gli artt. 24, 113 e 3 della Costituzione, potendo porsi la questione dell'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 79 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 120, comma 5, del c.p.a. perché in contrasto con il diritto alla tutela giurisdizionale ed il diritto inviolabile alla difesa e con il principio di uguaglianza.

Il soggetto che si trovi a dover scegliere se impugnare o meno l'aggiudicazione di una procedura di appalto senza conoscere il contenuto degli atti dai quali potrebbero emergere i vizi da dedurre con il ricorso prima che inizi a decorrere il termine per proporre l'impugnazione non è, invero, messo in grado di esercitare in concreto il proprio diritto di difesa, potendo solo limitarsi a decidere se non agire in giudizio o se proporre un ricorso al buio, contravvenendo, oltretutto, in questo secondo caso, all'onere di formulare i motivi specifici di impugnazione ai sensi dell'art. 40 c.p.a. e potendo incorrere, dunque, nella declaratoria di inammissibilità del gravame.

Solo mediante la proposizione di motivi aggiunti successivamente alla concreta conoscenza di tutti gli atti necessari alla propria difesa potrebbe, infatti, specificare le deduzioni concrete, ma a pena della corresponsione di un nuovo oneroso contributo unificato che andrebbe a sommarsi a quello originario versato con il ricorso principale.

Vi sarebbe, quindi, una notevole disparità di trattamento tra chi è messo in condizioni di poter proporre immediatamente tutte le censure necessarie, perché dispone della documentazione sufficiente a tale scopo, e di chi, invece, per potersi difendere in maniera adeguata, necessita di ulteriori atti.

Nel caso di specie, però, il collegio ritiene che la questione possa essere risolta in radice sulla base dell'esame degli accadimenti in fatto così come verificatisi, dai quali emerge con evidenza il mancato rispetto dell'art. 79 del codice degli appalti da parte della stazione appaltante e dal quale consegue, dunque, la mancata decorrenza del termine di impugnazione dalla data del 19 marzo 2013.

In presenza di una disposizione come l'art. 120, comma 5, c.p.a. che, prevedendo per la proposizione del ricorso giurisdizionale un termine dimezzato decorrente dalla ricezione della comunicazione ex art. 79 codice appalti, riveste certamente carattere speciale ed innovativo rispetto alla disciplina ordinaria, la logica acceleratoria della normativa non può spingersi sino a negare la tempestività del ricorso in casi nei quali la mancata piena e completa conoscenza dell'aggiudicazione è esclusivamente imputabile ad una insufficiente applicazione dell'art. 79, comma 2, lett. c), da parte del soggetto appaltante, che non ha fornito tutti i dati richiesti, in violazione di disposizioni che in materia assumono una valenza decisiva per la tutela dei diritti del concorrente. In altri termini, il chiaro richiamo della norma di legge alla necessità di comunicare al soggetto non aggiudicatario "caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata" costituisce un elemento essenziale proprio al fine di permettere di sindacare con completezza le scelte dell'amministrazione, con ciò logicamente facilitando o, come nel caso di specie, rendendo possibile l'eventuale esercizio del diritto di azione giurisdizionale da esercitarsi nel termine abbreviato (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2646).

L'eccezione di irricevibilità del ricorso deve, dunque, essere disattesa, in quanto la ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione della procedura alla ricorrente completa di tutti gli elementi previsti dall'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 deve ritenersi avvenuta solo il 26 marzo 2013, quando la stazione appaltante ha reso possibile ad Edap l'esercizio del diritto di accesso all'offerta tecnica di Storz, contenente le "caratteristiche ed i vantaggi dell'offerta selezionata", decorrendo, dunque, solo da tale momento il termine di decadenza per l'esercizio dell'azione giurisdizionale.

Deve essere disattesa anche l'eccezione concernente l'assunta inammissibilità per genericità delle censure di ricorso relative all'indeterminatezza dell'offerta di Storz.

Tanto risulta evidente dall'esame della nota di Storz del 19 aprile 2013, la quale, riscontrando la richiesta di chiarimenti inviata alla società dalla stazione appaltante il 15 aprile precedente, a seguito dell'informativa ex art. 243 bis del codice degli appalti trasmessa da Edap il 9 aprile, contiene una esplicita correzione di parti essenziali dell'offerta, al fine di renderla congruente con le effettive caratteristiche tecniche dell'apparecchiatura offerta e, dunque, conforme alle prescrizioni di gara.

La ricorrente aveva, infatti, contestato alcune parti dell'offerta tecnica di Storz e precisamente:

- 1) Da una ricerca effettuata sui siti ufficiali e pubblici delle FDA (Food and Drug Administration), molto attento alla verifica dei dati tecnici forniti dalle varie ditte che richiedono l'omologazione delle proprie apparecchiature sul mercato statunitense, risulterebbe che il litotritore offerto dalla Storz ha una potenza massima di 107 Mpa e non di 150, come invece dichiarato in offerta, con conseguente erronea attribuzione del punteggio per tale parametro;
- 2) Riguardo alla possibilità di regolazione della potenza erogata dal macchinario, Storz, che è dotata di 26 livelli di regolazione, ha ottenuto 1 punto per tale parametro, lo stesso punteggio di Edap, dotata, però, di ben 100 livelli di regolazione, mentre Alliance, dotata di 20 livelli di regolazione, ha ottenuto un punteggio di 0,6. Applicando il criterio di proporzionalità, tale valutazione sarebbe di certo erronea;
- 3) Per quanto concerne la profondità al centro del fuoco, Storz ha dichiarato un angolo di entrata delle onde d'urto sul paziente di 84°.5 ed un diametro del generatore di 300 mm, conseguendone, mediante l'applicazione delle normali regole trigonometriche, una profondità al centro del fuoco di mm 165 e non di 180, come invece dichiarato da Storz, che però avrebbe ottenuto un punteggio maggiore rispetto ad Alliance, che aveva dichiarato una profondità di 165 mm;
- 4) Riguardo alla possibilità di variazione della frequenza emissione impulsi, Storz, che ha dichiarato il valore di 5, ha ricevuto il punteggio di 0,8, mentre Alliance, che ha parimenti dichiarato 5, di 0,6, e Edap, che ha dichiarato 26, il punteggio di 1;
- 5) Riguardo al parametro concernente l'intensificatore di immagini e camera CCD ad alta risoluzione, dall'esame della documentazione di gara e dal confronto dei dati tecnici nella stessa riportati con quelli del catalogo tecnico della società Technix, produttrice del sistema radiologico offerto dalla Storz e dalla Alliance, emergono chiaramente delle discrepanze che hanno indotto in errore di valutazione la commissione tecnica, atteso che il sistema radiologico offerto da Storz contempla due componenti incompatibili fra di loro e, precisamente, la camera CCD-Alta risoluzione –matrice 1K x 1K ed il modulo di memorizzazione ultima immagine L.I.H. → con la memoria non volatile per 330 immagini. Nel catalogo è, infatti, chiaramente riportato che la camera offerta da Storz è compatibile esclusivamente con il modulo memoria RTP 1000 e non con quello di memorizzazione ultima immagine L.I.H. → con la memoria non volatile per 330 immagini, offerto da Storz.

Da tutto quanto osservato conseguirebbe, dunque, la sopravvalutazione dell'offerta di Storz, nonché l'erroneità dell'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche dei concorrenti, anche in considerazione dello scarto tra la prima e la seconda offerta, di soli 0,55 punti.

A tali contestazioni Storz ha risposto con la nota del 19 aprile 2013, evidenziando che le caratteristiche tecniche della propria offerta, relative alla nuovissima sorgente ESWL del sistema Storz Modulith SLX F2 con profondità focale di 180 mm. recentemente introdotta sul mercato e alla componente radiologica Technix associata alla stessa, sarebbero di valore pari o superiore rispetto a quelle descritte nella documentazione di gara e precisamente:

- 1) La pressione focale massima rilevata in modalità fuoco preciso è più esattamente pari a 160 MPa (invece dei 150 dichiarati nella documentazione di gara), misurata con il moderno idrofono a fibra ottica laser secondo i più recenti standard dettati dalla normativa europea IEC 61846. Eventuali valori inferiori (107 MPa) della pressione focale riscontrati sono stati misurati con idrofono ad ago IMOTEC meno sensibile e di tecnologia più vecchia, che era stato impiegato per molti anni per scopi relativi ad approvazioni o certificazioni FDA atte a mostrare l'equivalenza delle prestazioni tra modelli precedenti di litotritori Storz Medical, quali Modulith SLX e Modulith SL20, quando la fibra ottica non esisteva ancora. (A tal proposito, anche la pressione focale massima di 129 MPa dichiarata per il Technomed iSys avrebbe sicuramente un valore più basso se misurata mediante idrofono ad ago);
- 2) Il nuovo modello Storz Medical Modulith SLX F2, offerto e provato in gara, con profondità focale di 180 mm.

misurata al centro del fuoco convenzionalmente stabilito, ha un angolo di apertura delle onde d'urto di 79,6° (matematicamente arrotondabile a 80°);

3) L'unità radiologica Technix modello TCA 6R offerta e provata in gara, monta una CCD camera con risoluzione 1K x 1K, come già indicato, e una memoria modello HRC 1000, che consente L.I.H. -più 50.000 immagini in modalità DICOM; (a riguardo si rileva che nella relazione tecnica fornita in gara era stato erroneamente indicato, a nostro discapito, il modulo memoria standard - L.I.H. più 330 immagini, con caratteristiche inferiori e non compatibili con la CCD 1K x 1K).

Evidentemente, quindi, le contestazioni della ricorrente (che sono state, poi, uno degli oggetti principali del ricorso) avevano colto nel segno ed erano abbastanza specifiche dall'indurre la controinteressata a specificare e correggere a sua volta alcune parti dell'offerta.

Da tale correzione, però, non è scaturita una nuova valutazione da parte della commissione di gara, come avrebbe dovuto essere in considerazione del mutamento di alcuni parametri tecnici dei macchinari offerti sui quali si era fondata l'attribuzione dei punteggi, bensì la mera conferma del verbale di valutazione del 28 gennaio 2013 - che, peraltro, non conteneva alcuna motivazione in ordine alle ragioni dell'attribuzione dei punteggi con riferimento alle concrete caratteristiche delle offerte tecniche - sia da parte della commissione di gara che della stazione appaltante.

La prima, infatti, con nota del 19 aprile 2013 versata in atti, con riferimento alle contestazioni formulate da Edap relative agli aspetti tecnici evinti dalla documentazione prodotta in gara si limita a "rinviare" al responsabile del procedimento, mentre riguardo ai punti concernenti la possibilità di regolazione della potenza erogata e la possibilità di variazione della frequenza di emissione degli impulsi, afferma di avere espresso con il punteggio assegnato una valutazione "non esclusivamente proporzionale ma che tenesse conto oltre ai dati tecnici anche dell'aspetto clinico in base alle prove pratiche effettuate", prove, peraltro, di cui con il verbale del 28 gennaio 2013 è documentata solo l'effettuazione, ma niente altro, non esistendo, dunque, alcun riferimento alle motivazioni della valutazione delle offerte tecniche neanche in sede di dimostrazione pratica.

La stazione appaltante, invece, con la nota del 22 aprile 2013 di riscontro all'informativa di Edap del 9 aprile, pure versata in atti, riguardo alle contestazioni concernenti i dati tecnici si limita a richiamare i chiarimenti pervenuti da Storz, mentre con riferimento a quelle afferenti la possibilità di regolazione della potenza erogata e la possibilità di variazione della frequenza di emissione degli impulsi, evince "dalle evidenze date dall'organismo giudicante che lo stesso ha fornito una valutazione clinica e pratica e non puramente matematica e proporzionale. Si ricorda, infatti, che la valutazione qualitativa è stata condotta non solo su dati numerici evidenziati nelle schede tecniche ma anche in base alle prove effettuate che, più di ogni dato riportato, hanno permesso una verifica reale e pratica dei beni oggetto di valutazione. Non si può, dunque, ridurre una valutazione ad un puro e mero esercizio di calcolo matematico, perché, si ricorda, l'aspetto clinico pratico è prevalente su asettici numeri che non devono solo e sempre essere messi a confronto. Se vi è, infatti, una differenza notevole - come per esempio per la "possibilità di regolazione della potenza erogata" - tra i dati esplicitati e che si ritengono in un range ottimale, non è per forza obbligatorio differenziare ritenendone uno ottimo (perché il dato è numericamente più elevato) e l'altro gravemente insufficiente solo per un rapporto proporzionale...", concludendo con la determinazione di non addivenire all'autotutela.

Da quanto detto consegue, dunque, indipendentemente o meno da quale sia l'offerta tecnica migliore, la fondatezza anche nel merito del gravame, sia con riferimento alle censure concernenti la violazione da parte della stazione appaltante dei fondamentali principi di buon andamento, proporzionalità, imparzialità, trasparenza ed economicità, atteso che la commissione giudicatrice, in seguito ai rilievi formulati da Edap nell'informativa ex art. 243 bis del

codice degli appalti, avrebbe permesso all'aggiudicataria odierna controinteressata di modificare e rettificare la propria offerta tecnica, all'origine carente ed erronea, senza peraltro procedere alla riformulazione dei rispettivi punteggi, che la violazione, quindi, della lex specialis di gara nella parte concernente la predeterminazione dei criteri, sub-criteri, pesi e modalità per l'attribuzione dei punteggi dell'offerta tecnica, nonché l'eccesso di potere per sviamento, illogicità manifesta, contraddittorietà, errore nei presupposti di fatto e di diritto e grave difetto di istruttoria.

Risulta, infine, fondato anche il motivo concernente la carenza di motivazione delle valutazioni effettuate dalla commissione di gara, che si ripercuotono, altresì, sulla comunicazione ex art. 79 d.lgs. n. 163/2006, e la cui insufficienza non può essere in alcun modo sanata dal contenuto postumo delle note succitate, a prescindere dalla bontà o meno dell'integrazione medesima.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va accolto e, per l'effetto, va disposto l'annullamento dei provvedimenti impugnati, con conseguente obbligo in forma specifica di rideterminazione da parte dell'amministrazione intimata.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, oltre a disporsi, come per legge, la restituzione alla ricorrente del contributo unificato versato, da porsi, come il resto delle spese processuali, a carico delle controparti soccombenti in via solidale.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, dispone l'annullamento dei provvedimenti impugnati.

Condanna l'amministrazione intimata e la controinteressata, in via solidale, alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti di parte ricorrente, che si liquidano in complessivi euro 3000,00 oltre rimborso del C.U e accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2013

IL SEGRETARIO

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

