



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 90 del 2010, proposto da:
Optikon 2000 s.p.a. in persona dell'amministratore delegato in carica,
rappresentata e difesa dall'avv. Romina Raponi, con domicilio eletto
presso Francesca Gatti in Firenze, via del Proconsolo 11;

contro

l'Estav Nord Ovest - Ente Servizi Tecnico Amministrativi Area
Vasta Nord Ovest in persona del Direttore Generale in carica,
rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Toscano, con domicilio
eletto presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, via Ricasoli 40;

nei confronti di

Alcon Italia s.p.a. in persona del legale rappresentante in carica,
rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Camilli, Riccardo
Farnetani e Francesco Goisis, con domicilio eletto presso il secondo

in Firenze, via de' Conti 3;

e

Aesse Chirurgica s.r.l. e Amo Italy s.r.l. in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, rappresentati e difesi dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Guelfa 1;

nonché

Azienda Ospedaliero Universitaria Pisana in persona del legale rappresentante in carica, n.c.;

Aziende USL nn. 1 di Massa e Carrara, 2 di Lucca, 5 di Pisa, 6 di Livorno e 12 di Viareggio in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

della nota prot. N. 0025852 del 10.11.2009 con la quale l'ESTAV Nordovest ha comunicato alla Optikon 2000 Spa l'aggiudicazione del lotto n. 2 relativo alla fornitura di Sistemi per Facoemulsificazione alla ditta Alcon Italia Spa per l'importo complessivo presunto di euro 1.676.253,00;

- della nota prot. N. 0026253 del 16.11.2009 con la quale l'ESTAV Nordovest ha comunicato alla Optikon 2000 Spa l'aggiudicazione del lotto n. 3 relativo alla fornitura di Sistemi per Facoemulsificazione alla ditta AMO Italy srl per l'importo complessivo presunto di euro 1.237.620,00;

- della nota prot. N. 0029651 del 09.12.2009 con la quale l'ESTAV Nordovest ha comunicato alla Optikon 2000 Spa l'aggiudicazione del

lotto n. 4 relativo alla fornitura di Sistemi per Facoemulsificazione alla ditta AESSE Chirurgica srl per l'importo complessivo presunto di euro 1.089.750,00;

- di tutti i verbali di gara (sedute del 28.7.09, 29.7.09 e 06.8.09) e dei rispettivi allegati;

- del bando di gara e del disciplinare, in particolare nella parte in cui non determinano le modalità di effettuazione della prova tecnica delle macchine ed i rispettivi criteri da adottare, nella parte relativa alla determinazione dei criteri di valutazione tecnica e di ogni altra parte lesiva (come meglio specificato di seguito);

- delle deliberazioni del Direttore generale n. 434 del 27.3.09, n. 857 del 18.6.09, n. 983 del 10.7.09, n. 1633 del 6.11.09, n. 1665 del 12.11.09 e n. 1777 del 7.12.09 (e tutti i rispettivi allegati) ove lesive nonché di ogni altro atto presupposto o consequenziale costituente presupposto degli atti medesimi e dei contratti medio tempore sottoscritti tra le parti (ed in particolare quelli relativi ai lotti 2-3-4).

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Estav Nord Ovest - Ente Servizi Tecnico Amministrativi Area Vasta Nord Ovest, di Alcon Italia s.p.a., di Aesse Chirurgica s.r.l. e di Amo Italy s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2011 il dott.

Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'Ente per i Servizi Tecnico-amministrativi dell'Area Vasta Nord Ovest della Toscana (nel seguito: "ESTAV") ha indetto una gara a procedura aperta, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura in somministrazione di sistemi per facoemulsificazione e vitrectomia per le aziende sanitarie dell'area, divisa in cinque lotti.

La facoemulsificazione è una tecnica chirurgica usata per effettuare l'intervento di estrazione della cataratta e lo strumento che viene utilizzato a tale scopo è il facoemulsificatore. Questa macchina produce ultrasuoni ad altissima frequenza che vengono convogliati in una sonda con una punta di diametro variabile tra 2.5 e 1.8 millimetri. Le vibrazioni della punta della sonda, inserita attraverso un piccolo taglio nella camera anteriore dell'occhio, provocano la frantumazione del nucleo catarattoso. Un sistema automatico di irrigazione ed aspirazione continui fa sì che il cristallino frantumato venga aspirato dalla suddetta sonda. Al posto del cristallino catarattoso asportato viene inserita una lente intraoculare, di solito pieghevole per non allargare ulteriormente il taglio di entrata. A seconda delle dimensioni del taglio può anche essere evitata l'apposizione di un punto di sutura. Grazie a questa tecnica

l'intervento di cataratta è più sicuro e necessita di minor tempo di riabilitazione post chirurgica.

La procedura era organizzata in tre fasi: nella prima si sarebbe proceduto al controllo della documentazione presentata dai concorrenti; nella seconda alla verifica sulla conformità dei prodotti proposti rispetto alle caratteristiche richieste e all'attribuzione dei punteggi per la loro qualità; nella terza si sarebbe effettuata la valutazione economica delle offerte. L'ammissione a quest'ultima fase era condizionata al raggiungimento di una valutazione qualitativa pari ad almeno punti 36.

L'impresa ricorrente ha partecipato ai lotti due, tre e quattro conseguendo, nell'ambito della valutazione tecnica delle sue offerte, un punteggio insufficiente per l'ammissione alla fase successiva di valutazione economica e pertanto, con il ricorso notificato il 9 gennaio 2010 e depositato il 21 gennaio 2010, ha impugnato gli atti di gara per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si sono costituiti ESTAV nonché i controinteressati Alcon Italia, Amo Italia e Aesse Chirurgica chiedendo l'inammissibilità e comunque il rigetto del ricorso nel merito.

Con ordinanza n. 79 del 28 gennaio 2010 è stata respinta la domanda incidentale di sospensione.

All'udienza del 25 maggio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia riguarda la legittimità di una gara a procedura aperta, svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura in somministrazione di sistemi per facoemulsificazione e vitrectomia.

1.1 La ricorrente, con primo motivo, lamenta che gli atti di gara non consentirebbero di comprendere le modalità con cui si sono svolte le prove tecniche in esito alle quali è conseguito il basso punteggio ottenuto. In particolare le sue apparecchiature non sarebbero malfunzionanti ma avrebbero solo avuto necessità di essere messe a punto impostandone correttamente i parametri, ma durante la prova il medico presente unitamente al tecnico della ricorrente non ha mosso alcun rilievo.

Inoltre si duole del fatto che non sono stati redatti verbali della prova tecnica.

Deduce poi che il punteggio attribuito alla sua offerta sarebbe irragionevole. Il giudizio della Commissione di gara è infatti motivato, in primo luogo, con la mancanza di tecniche alternative per la emulsificazione, ma tale carenza avrebbe giustificato l'attribuzione di un basso punteggio nell'ambito della gara ma non la dichiarazione di inidoneità della macchina. Secondo elemento di valutazione è la mancanza del sistema anticollasso: questo è un componente che serve a garantire che il volume della camera anteriore dell'occhio non subisca variazioni repentine durante

l'intervento. La sua presenza però, a dire della ricorrente, non esimerebbe il chirurgo dal decidere i parametri di impostazione della macchina: egli infatti, per esprimere un giudizio sull'efficienza del sistema, dovrebbe rilevare una marcata instabilità di camera chiedendo una regolazione della macchina al tecnico. Solo nel caso in cui non fosse possibile regolarla senza che continui a provocare fluttuazioni, risulterebbe evidente che il sistema anticollasso non funziona. Ma al tecnico della ricorrente presente in sala e addetto alla regolazione della macchina non sarebbe stata chiesta alcuna regolazione.

In ogni caso la Commissione di gara avrebbe dovuto chiedere chiarimenti ai sensi dell'art. 46, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Con secondo motivo la ricorrente lamenta di avere ottenuto punteggi diversi nei lotti cui ha partecipato, nonostante abbia offerto una macchina identica, e difetto di motivazione.

In subordine deduce che sarebbero irragionevoli i criteri stabiliti per la valutazione tecnica: alcune voci infatti sono state inserite solo in alcuni lotti ("tecniche alternative per la emulsificazione") nonostante riguardino la fornitura di macchine pressoché identiche, mentre ad alcuni criteri sono stati attribuiti i medesimi punteggi e ad altri punteggi differenti, a seconda dei lotti.

Con terzo motivo, in ulteriore subordine, lamenta che la delibera di indizione della gara faccia riferimento ad un collegio tecnico che avrebbe definito le specifiche dei prodotti, ma non esiste

documentazione che consenta di comprendere le ragioni che hanno portato alla suddivisione della gara in lotti e all'acquisto di diverse macchine che servono al medesimo scopo.

Deduce inoltre che sarebbe stata violata la legge speciale, relativamente ai lotti uno e quattro, nella parte in cui conteneva una riserva di non aggiudicazione in caso di presentazione di una sola offerta, assenza di convenienza delle offerte presentate, prezzo superiore a quello contenuto nelle convenzioni Consip o nei decreti ministeriali 11 ottobre 2007 e 25 gennaio 2008.

1.2 L'ESTAV e le imprese controinteressate replicano puntualmente alle deduzioni della ricorrente, eccependo anche l'irricevibilità del ricorso per la mancata tempestiva impugnazione della *lex specialis* e la presenza del suo legale rappresentante alla seduta di gara, e l'inaammissibilità del gravame per l'acquiescenza da questi manifestata; perché trattasi di ricorso cumulativo relativo a lotti distinti e poiché la ricorrente non dimostra che il conseguimento di un diverso punteggio avrebbe comportato l'aggiudicazione a proprio favore.

2. Il Collegio ritiene di prescindere dalle eccezioni in rito formulate stante l'infondatezza del ricorso nel merito.

2.1 Il primo motivo è infondato poiché le prove tecniche si sono svolte alla presenza dei rappresentanti delle imprese concorrenti, che hanno avuto possibilità di verificare il loro svolgimento e di interloquire nel corso del medesimo. La mancata verbalizzazione é

quindi inconferente.

La ricorrente censura poi nel medesimo motivo la ragionevolezza del basso punteggio attribuito al suo prodotto, poiché i difetti rilevati nel funzionamento della macchina non giustificherebbero l'esclusione dalla procedura. In realtà l'offerta della ricorrente non è stata esclusa, ma ha ricevuto un basso punteggio a causa delle carenze riscontrate nel suo funzionamento. L'esclusione è stata determinata dal fatto che la legge di gara aveva fissato, con clausola non contestata, una soglia minima di qualità tecnica delle offerte ai fini della loro valutazione dal punto di vista economico.

A questo proposito deve essere rilevato, in primo luogo, che per ammissione della stessa ricorrente (pag. 23 del ricorso introduttivo) la macchina offerta in gara non prevedeva "tecniche alternative per la emulsificazione". Questo è un sistema volto a ridurre il rischio di ustioni nella fase dell'incisione operata sul paziente. È opinione del Collegio che l'assenza di un tale sistema, che meglio garantisce la riuscita dell'intervento e riduce i rischi per il paziente, ben giustifichi l'attribuzione di un punteggio basso al prodotto. Le affermazioni della ricorrente circa la mancata richiesta da parte del chirurgo di regolare la macchina per valutarne il "sistema anticollasso" non sono poi dimostrate da alcuna dichiarazione del tecnico presente durante la prova, e peraltro vengono smentite dai controinteressati.

Il giudizio sulla qualità tecnica del prodotto offerto in gara dalla ricorrente non appare quindi affetto da vizi di manifesta

irragionevolezza, nei cui limiti deve essere contenuto il sindacato di questo Tribunale nei confronti degli apprezzamenti discrezionali tecnici della pubblica amministrazione.

È infine tutto inconferente il richiamo all'esercizio del potere di regolarizzazione poiché questa è una facoltà che la stazione appaltante può esercitare laddove ritenga poco chiari i contenuti dei documenti forniti dai concorrenti. Nel caso di specie invece si trattava di esprimere un giudizio tecnico sul funzionamento di una apparecchiatura medica.

2.2 Il secondo motivo è a sua volta infondato.

Il prodotto offerto dalla ricorrente è stato ritenuto insufficiente nell'ambito di tutti i lotti e non si ravvisa, a tale proposito, una manifesta contraddittorietà tra gli atti valutativi emessi dalla stazione appaltante, ben potendo giustificarsi le differenze di punteggio nei vari lotti (che peraltro, si ripete, hanno condotto in tutti i casi ad un giudizio di inidoneità) con il fatto che la macchina offerta dalla ricorrente, nei diversi lotti, è stata confrontata con diverse altre macchine poiché diversi sono i concorrenti che hanno partecipato ai lotti.

La doglianza sulla mancanza di motivazione in ordine al punteggio tecnico attribuito è smentita dalla lettura del verbale della Commissione di gara in data 6 agosto 2009, in calce al quale è esplicitamente indicato che il prodotto “non presenta possibilità di tecniche alternative. Il sistema anticollasso è di dubbia efficacia. Il

sistema risulta nel complesso non idoneo”. La predeterminazione dei criteri di valutazione, con determinazione dei sottoparametri e dei relativi punteggi, è stata effettuata in modo analitico dal disciplinare di gara (allegato D) e, come dimostra anche l’ampia articolazione del primo motivo di ricorso, ha consentito alla ricorrente di rendersi conto delle ragioni del giudizio negativo espresso dalla Commissione. Va infine sottolineato che l’individuazione dei criteri per valutare le offerte sotto il profilo tecnico rientra nella discrezionalità della stazione appaltante e non può essere sindacata dai concorrenti, se non nel caso in cui venga impedita la formulazione di un’offerta seria, ciò che non è dimostrato nel caso di specie. La presenza di determinati parametri valutativi in alcuni lotti anziché in altri non impedisce di formulare un’offerta concorrenziale, quantomeno nei lotti le cui specifiche siano adeguate al prodotto del concorrente, e tale diversità ben può giustificarsi in relazione alle diverse esigenze della stazione appaltante connesse ai singoli lotti in gara. Si tratta comunque di valutazioni attinenti al merito che sono insindacabili da parte del Giudice Amministrativo.

2.3 Quanto al terzo motivo è inconferente la mancanza della documentazione relativa alle valutazioni espresse dal collegio tecnico che ha definito le specifiche dei prodotti e i fabbisogni delle singole aziende sanitarie, poiché eventuali errori in tale procedimento valutativo inficianti la gara si sarebbero trasmessi agli atti di quest’ultima che la ricorrente ha ben potuto conoscere e gravare. La

mancanza della documentazione in questione non costituisce pertanto, *ex se*, un vizio della procedura in questione né avrebbe potuto fornire alla ricorrente ulteriori argomentazioni per il gravame. La scelta poi di suddividere la gara in diversi lotti e di acquistare tre diverse macchine per lo stesso scopo attiene al merito amministrativo ed è insindacabile da parte di questo Giudice.

L'ultima censura infine deve essere respinta per difetto di interesse, poiché le violazioni denunciate dalla ricorrente riguardano lotti per i quali non ha partecipato.

3. Per le motivazioni sopra esposte il ricorso deve essere respinto. Le spese processuali seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali nella misura di € 2.000,00 (duemila/00), cui devono essere aggiunte le sole somme per IVA e CPA, a favore di ciascuna parte resistente costituita; nulla spese per le parti intime non costituite.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Alessandro Cacciari, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/06/2011

IL SEGRETARIO

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