



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 30 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Carestream Health Italia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Andrea Zanetti, con domicilio eletto presso l'avv. Paola Boano in Milano, piazzetta Guastalla, 7

contro

Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Avolio nel cui studio in Milano, viale Gian Galeazzo, 16 è elettivamente domiciliata

nei confronti di

Emme Esse M.S. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Rocco Mangia e Stefano Quadrio, con domicilio eletto presso il primo in Milano, corso Magenta, 45

per l'annullamento

della deliberazione del direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco n. 1035 del 25.11.2011 di aggiudicazione definitiva del servizio di locazione operativa di un sistema RIS PACS per l'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco in favore della Emme Esse M.S. S.r.l., di Vibi S.r.l. e Gidea Alta Tecnologia S.r.l., comunicata con nota prot. n.48326 del 30.11.2011; del verbale della seconda seduta pubblica del Seggio di gara del 16.11.2011 di aggiudicazione provvisoria della gara in favore della Emme Esse M.S. S.r.l., di Vibi S.r.l., e Gidea Alta Tecnologia; dell'allegato al Regolamento di gara "RdG", per la parte e per i motivi di cui al presente ricorso,

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco e di Emme Esse M.S. S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Emme Esse Srl - Gidea Alta Tecnologia Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Rocco Mangia, Stefano Quadrio, con domicilio eletto presso Rocco Mangia in Milano, corso Magenta, 45;

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 13 giugno 2012 il dott.

Raffaello Gisondi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in epigrafe Carestream Health Italia, agendo in qualità di partecipante alla gara ed in funzione dell'interesse alla acquisizione del contratto, impugna il provvedimento con il quale l'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lecco ha disposto l'aggiudicazione definitiva a favore della S.r.l. Emme Esse del servizio di locazione operativa di un sistema RIS/PAC finalizzato alla archiviazione, trasmissione e stampa delle immagini diagnostiche digitali.

Il ricorso si fonda sui seguenti

MOTIVI

- 1) L'offerta presentata dalla aggiudicataria supererebbe l'importo massimo di Euro 7.000.000,00, oltre IVA previsto, a pena di esclusione, dal bando di gara.
- 2) Nelle denegata ipotesi in cui si dovesse ritenere che il predetto limite massimo di prezzo non comprenda la quota per il riscatto delle apparecchiature, siffatta previsione della lettera di invito sarebbe illegittima in quanto contrastante con il bando e la delibera a contrattare.
- 3) La Commissione di gara avrebbe violato le regole di trasparenza e pubblicità, avendo aperto in seduta riservata le buste contenenti le offerte tecniche.

3) La gara avrebbe avuto una durata eccessiva pari a cinque mesi in violazione del principio di continuità delle procedure ad evidenza pubblica.

4) La Commissione non avrebbe, inoltre, indicato quali siano state le misure da essa adottate per conservare i plichi contenenti le offerte in modo da preservarne la segretezza.

5) Il punteggio relativo alla offerta economica sarebbe stato attribuito in modo irragionevole seguendo il criterio della cd. proporzionalità inversa, che non consentirebbe al miglior offerente di beneficiare dell'intero range di punteggio attribuito alla componente prezzo.

6) Sarebbero stati nominati come componenti della Commissione due soggetti non facenti parte della stazione appaltante.

Si è costituita l'Azienda Ospedaliera della Provincia di Lodi per resistere al ricorso.

Si è altresì costituita la controinteressata Esse Emme che ha proposto ricorso incidentale.

Alla luce delle deduzioni contenute nel ricorso incidentale Carestream ha integrato le proprie domande mediante la proposizione di motivi aggiunti.

All'udienza del 13 giugno 2012, sentiti gli avvocati delle parti come da separato verbale, relatore Il Dott. Raffaello Gisondi, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Si può omettere l'esame del ricorso incidentale, attesa l'infondatezza di quello principale.

Del tutto infondato risulta il primo motivo.

Il riscatto, infatti, non forma oggetto delle prestazioni poste a base di gara, né è stato oggetto di valutazione.

Si trattava, in sostanza, di una proposta accessoria che le imprese erano tenute a fare in funzione dell'esercizio del diritto potestativo della p.a. a fine contratto.

La misura maggiore o minore del prezzo di riscatto indicato in alcun modo ha influito o poteva influire sulla valutazione della commissione e sulle obbligazioni contrattuali condizionando solo la decisione finale della p.a. di avvalersi della predetta facoltà.

Per le stesse ragioni sopra evidenziate il regolamento di gara, laddove riferisce il limite massimo dell'importo contrattuale al solo canone di locazione, escludendo il riscatto, non può ritenersi in contraddizione con il bando che avrebbe, invece, previsto un importo massimo onnicomprensivo di 7.000.000,00 di Euro.

Non vi è, infatti, alcuna ragione per ritenere che l'importo indicato dal bando dovesse comprendere anche il prezzo del riscatto.

Il fatto che l'impegno finanziario della p.a. non potesse superare tale cifra è da mettere in correlazione con le vere e proprie obbligazioni che l'Azienda Ospedaliera assumeva con la stipula del contratto, mentre la sussistenza della provvista finalizzata al riscatto avrebbe dovuto essere verificata solo al momento in cui la stazione appaltante

avesse deciso di esercitare tale diritto.

Infondata è altresì la censura con cui la ricorrente si duole della apertura in seduta riservata delle buste contenenti l'offerta tecnica.

E' vero che tale modus operandi è stato ritenuto illegittimo dalla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 13 del 2011.

Tuttavia, attesa l'estrema incertezza del quadro giurisprudenziale previgente al predetto arresto ed il conseguente rischio che la menzionata pronuncia potesse comportare l'annullamento di una serie indeterminata di procedure ancora sub iudice, il legislatore con il D.L. 52 del 5 maggio 2012 è intervenuto sulla materia, da un lato, ribadendo la validità dei principi di pubblicità e trasparenza sanciti dal Consiglio di Stato. ma dall'altro circoscrivendone temporalmente l'applicazione alle sole gare bandite successivamente alla entrata in vigore del predetto decreto.

L'intervento legislativo vale a restituire un crisma di certezza alla efficacia temporale del principio di pubblicità delle operazioni di apertura delle buste contenenti le offerte tecniche la cui definitiva introduzione nell'ordinamento interno viene condizionata al rigore delle forme di pubblicità che assistono i provvedimenti legislativi in funzione di una comprensibile esigenza di salvaguardia dell'affidamento delle stazioni appaltanti e di certezza dei rapporti giuridici.

Priva di fondamento è la doglianza concernente la durata

asseritamente eccessiva della gara.

Infatti, nel giudicare la ragionevole durata delle operazioni di gara occorre tener conto del numero delle offerte e della complessità delle valutazioni che la stazione appaltante è chiamata a compiere ai fini della loro selezione.

Nel caso di specie la natura tecnologicamente complessa del servizio che la p.a. intendeva acquisire giustifica pienamente il fatto che le operazioni si siano prolungate per cinque mesi.

Infondata è la censura con cui la ricorrente lamenta la mancata indicazione dei presidi adottati dalla Commissione per garantire la custodia dei plichi in regime di segretezza.

Invero le modalità di conservazione dei plichi risultano indicate nel verbale della prima seduta pubblica nel quale si dà atto dell'inserimento delle stesse in un plico chiuso siglato dai testimoni e riposto nell'armadio sito presso il settore gare della struttura complessa acquisiti.

Non meritevole di accoglimento è anche la quinta censura con la quale Carestream Italia lamenta che il metodo della proporzionalità inversa previsto dalla lex specialis per la valutazione delle offerte economiche non avrebbe consentito lo sviluppo dell'intera forbice di 40 punti assegnati alla componente economica fra l'offerta più alta e quella più bassa.

Il metodo adottato dalla Stazione appaltante non può ritenersi irragionevole.

Il criterio della proporzionalità diretta conduce, infatti, alla attribuzione della intera forbice di punteggio fra l'offerta massima e quella minima anche qualora, in termini assoluti, la distanza fra esse sia minima (ciò accade nelle ipotesi in cui le offerte presentate siano comunque tutte molto vicine).

Sicchè, in tali casi, la componente prezzo può prevalere su offerte tecnicamente più valide anche in assenza di un effettivo vantaggio economico della stazione appaltante che deve rinunciare ad un'offerta tecnicamente migliore per conseguire un risparmio (in termini assoluti) assai esiguo.

Tali inconvenienti vengono evitati attraverso l'applicazione del criterio della cd. "proporzionalità inversa" in base al quale l'attribuzione del punteggio alla offerta economica tiene conto non solo della reciproca posizione delle imprese offerenti nella graduatoria (parziale) delle offerte economiche, ma anche della effettiva differenziazione delle relative proposte economiche in termini assoluti, sicché più aumenta la differenza di valore fra l'importo contenuto nell'offerta più alta e in quella più bassa più aumenta anche la forbice del punteggio assegnabile alla prima ed all'ultima classificata.

Nel caso di specie la differenza fra l'offerta economica di Carestream (pari ad Euro 660.833,33) e quella di Esse Emme (pari ad Euro 1.164.960,00) ha portato a differenziare il punteggio ad esse rispettivamente assegnati per una differenza (a favore della prima) di

17,31 punti ($40 - 22,69 = 17,31$). Ma se, in ipotesi, Carestream avesse fatto un'offerta di 300.000,00 pur rimanendo invariata la posizione delle due imprese nella graduatoria economica, la differenza fra i rispettivi punteggi sarebbe aumentata in quanto a fronte del 40 punti di Carestream Esse Emme ne avrebbe conseguiti soltanto 10,30.

Sicché, il criterio di attribuzione del punteggio adottato dalla stazione appaltante, in quanto finalizzato a garantire un maggiore equilibrio fra offerta economica ed offerta tecnica, non può dirsi irrazionale né è tale da rendere impossibile graduare le offerte economiche sull'intero arco del punteggio disponibile, limitandosi ad inserire nella graduazione anche la considerazione in termini assoluti fra gli importi contenuti nelle diverse offerte.

Priva di fondamento è infine la sesta censura con la quale la ricorrente deduce l'incompetenza del Direttore Generale ad effettuare la nomina dei commissari di gara e si duole del fatto che uno dei componenti esterni dell'organo valutatore sia stato nominato nonostante presenza nell'organico della Azienda di una professionalità analoga.

Quanto alla prima questione la giurisprudenza ha da tempo chiarito che nei poteri di gestione riservati al direttore generale delle aziende sanitarie dall'art. 3, comma 6 del D.Lgs. n. 520/1992, è senz'altro compresa la nomina dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle gare indette dalle Aziende medesime.

Sulla seconda questione il Collegio si limita ad osservare che l'alto

contenuto tecnologico del servizio da acquisire giustifica appieno la scelta della Stazione appaltante di avvalersi di un tecnico esterno quale commissario.

Il ricorso deve, quindi, essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Sezione I di Milano, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite che liquida in Euro 10.000,00 da pagarsi nella misura del 50% a favore dell'Amministrazione e della controinteressata.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario, Estensore

Alberto Di Mario, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/06/2012

IL SEGRETARIO

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