



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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2738 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Medialife System S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Gregorio Grassi, Bruno Vernaglione, con domicilio eletto presso Gregorio Grassi in Milano, Via Borgogna n.5;

contro

Fondazione Irccs Policlinico San Matteo di Pavia, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Avolio, con domicilio eletto presso Vincenzo Avolio in Milano, viale Gian Galeazzo, 16;

nei confronti di

Ministero della Salute,

Regione Lombardia;

Arch-O S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Cataldo Giuseppe Salerno, Giulio Brovadan, con domicilio eletto presso Cataldo Giuseppe Salerno in Milano, Via Massena 17;

per l'annullamento

della comunicazione del 30.10.2013 prot. 34820/2013 con cui la Fondazione IRCCS Policlinico S.Matteo di Pavia informava la ricorrente di aver aggiudicato ad altra società la concessione del servizio televisivo per le camere di degenza e altri locali del DEA della Fondazione; della determinazione del Direttore Generale dell'IRCCS Policlinico S.Matteo di Pavia n. 3/D.G./1021 del 29.10.2013 con cui è stata approvata definitivamente la graduatoria ; dei verbali di gara e delle graduatoria stilati da un gruppo di esperti da cui risulta che la prima graduatoria relativa alla concessione del servizio; di tutti gli atti connessi;

e per l'annullamento, con motivi aggiunti,

della determina del Direttore Generale della Fondazione IRCCS San Matteo di Pavia n. 3/D.G./1215 del 12.12.2013 di riesame degli atti impugnati.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Irccs Policlinico San Matteo di Pavia e di Arch-O S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2014 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La società ricorrente, dopo aver partecipato alla procedura di scelta del contraente ed essersi collocata al secondo posto in graduatoria, impugna con il ricorso principale, l'aggiudicazione per i seguenti motivi.

l) Violazione dell'art. 9 del disciplinare di gara (*lex specialis*) nella parte in cui determina i criteri di assegnazione dell'elemento di valutazione punteggio tecnico; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta; eccesso di potere per ingiustizia manifesta; eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione e ricostruzione dei presupposti di fatto; eccesso di potere per difetto di istruttoria; sviamento di potere; violazione dell'art. 46 d.lgs. 163/2006, nonché dell'art. 3, ultimo comma, del disciplinare di gara. La ricorrente contesta il punteggio assegnatole nella Sezione progetto gestionale (punteggio massimo 30 punti) e motivato con riferimento al fatto che il progetto Medialife "pur nella sua completezza presenta due criticità individuabili nell'assenza di un presidio dedicato on site e nella necessità di procedere ad una ulteriore cablatura con conseguente prolungamento dei tempi di attivazione del servizio" in quanto: a) non sarebbe assolutamente vero che non sarà presente "un presidio on site"; b) la tempistica di realizzazione degli impianti non doveva essere oggetto di valutazione nella sezione definita "progetto gestionale" in quanto nel punteggio tecnico è già prevista una sezione ad hoc denominata "cronoprogramma della consegna ed

installazione delle apparecchiature ed avvio dei servizi".

In secondo luogo contesta per illogicità il punteggio assegnato nella Sezione progetto gestionale a ARCH-O in quanto: a) i televisori da installarsi non sono individuati nella marca e nel modello e che tale imprecisione e disomogeneità sarebbe da qualificarsi come un elemento negativo in quanto si potrebbero determinare problematiche di installazione tenuto conto che le singole marche di televisore hanno quasi sempre software diversi; b) risulterebbe indefinito il modello e la marca del sistema lettura-smart card, non essendo quindi valutabile tecnicamente; c) risulterebbe assente ogni specifica relativa al lettore in merito alle dimensioni, collocazione nelle camere di degenza (nessun riferimento al Lay-out modello tipo camera di degenza, estetica e certificazioni; d) non verrebbero presentate le dichiarazioni di conformità dei prodotti che si vorrebbero installare; e) il progetto ARCH-0 non fornirebbe un servizio automatizzato 24/24h, limitandosi a fornire i sistemi di attivazione solo negli orari di presenza del personale; f) nel progetto gestionale non si sarebbe inoltre tenuto conto delle referenze.

Con riferimento al punteggio assegnato alla contro interessata nella Sezione caratteristiche tecniche e funzionali delle apparecchiature (punteggio massimo 5 punti), la ricorrente contesta l'illogicità del punteggio assegnato in quanto non aver indicato marca e, soprattutto, modello, non permetterebbe alla stazione appaltante di effettuare una verifica tecnica.

Per quanto attiene al punteggio assegnato a Medialife nella Sezione cronoprogramma (punteggio massimo 3 punti) la ricorrente sostiene che la presunta differenza di circa sei settimane tra il crono programma Medialife e quello ARCH-0 sarebbe di fatto irrilevante.

Da ultimo contesta che la Commissione avrebbe effettuato una riparametrazione dei punteggi non prevista dal bando.

II) Violazione degli artt. 39, 42 e 46 d.lgs. 163/2006; violazione dell'art. 30 d.lgs. 163/2006 e dei principi in materia di procedure ad evidenza pubblica; violazione della lex specialis. Secondo la ricorrente l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per mancanza di esperienza nel settore e perché non avrebbe inserito nell'oggetto sociale inserita l'attività di gestione e installazione di impianti o apparecchi televisivi.

III) Violazione della legge 159/2011; violazione dell'art. 46 del d.lgs.163/2006 sotto altro profilo.

violazione dell'art. 3 del disciplinare di gara. Secondo la ricorrente la controinteressata non avrebbe presentato la dichiarazione sostitutiva del certificato antimafia richiesto ai sensi della legge 159/2011, nonché dal disciplinare di gara.

2. Con ricorso per motivi aggiunti la ricorrente impugna l'atto di riesame della procedura, effettuata dalla Commissione di gara, per i seguenti motivi.

I) Rilevato che dalla lettura degli atti impugnati con motivi aggiunti emerge che vi è stata una mera conferma dei punteggi, salvo il non

aver più applicato la riponderazione dei punteggi in accoglimento a quanto eccepito nel ricorso nel motivo l.3, ritiene l'atto confermativo illogico nella parte in cui riconosce che il progetto di Medialife prevedeva la presenza on site di proprio personale per le ore previste dal capitolato" (v. 4° cpv pag. 2 doc. 27) per poi, dall'altro lato, dichiarare, sulla base di non si capisce quale elemento, che "non era a quel personale, rintracciabile in un preciso locale all'interno del DEA, che l'utente avrebbe potuto rivolgersi per l'attivazione del servizio ovvero il ripristino della funzionalità del sistema o per qualsiasi ulteriore attività. Per il resto conferma i motivi di ricorso già presentati in via principale.

La difesa della stazione appaltante e della controinteressata chiedono la reiezione dei ricorsi.

All'udienza del 2 dicembre 2014 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

3. In primo luogo occorre rilevare che nessun effetto caducatorio è prodotto sugli atti di gara impugnati in via principale a seguito dell'atto di riesame in data 12 dicembre 2013 in quanto le modifiche introdotte non hanno inciso in modo sostanziale sull'atto di aggiudicazione.

3.1 Il primo motivo di ricorso è infondato nella parte in cui contesta il punteggio assegnato alla ricorrente.

Dall'esame degli atti risulta che, sebbene la ricorrente abbia indicato la presenza di personale nella struttura ospedaliera, le modalità di

gestione del servizio sono affidate principalmente a macchine automatiche di erogazione dei supporti necessari allo svolgimento del servizio e da supporto tecnico via telefono o da remoto. Si tratta di un servizio completamente automatizzato che si differenzia da quello previsto dal capitolato di gara, che prevede, all'art. 6, che "il concessionario si organizzerà con un punto vendite del servizio di noleggio, che dovrà essere sempre aperto nelle ore di visita parenti in qualsiasi giorno della settimana, comprese le giornate festive e prefestive e comunque non meno di 8 ore al giorno".

In realtà nel contratto stipulato in data 20 maggio 2014 con la controinteressata è espressamente previsto, all'art. 4, che il servizio debba essere garantito 24 al giorno e 7 giorni alla settimana. Ne consegue che anche la controinteressata deve organizzare un servizio automatizzato. Tuttavia il disciplinare di gara pone l'accento sulla presenza di un servizio di vendita di servizi localizzato nell'Azienda ospedaliera, con personale presente, al quale non corrisponde perfettamente l'offerta della ricorrente, che, pur nell'ambiguità delle espressioni utilizzate, privilegia l'utilizzo di strumenti telematici ed equiparati e l'intervento di personale è previsto solo in caso di necessità.

Ne consegue il punteggio assegnato sul punto alla ricorrente non appare rientrare nei casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante, cui

competere il più ampio margine di apprezzamento.

Il motivo va respinto anche nella parte in cui contesta la motivazione della valutazione relativa ai tempi di cablatura, sia perché tale motivo non è ripetuto nella valutazione effettuata in sede di riesame, sia per il principio dell'autosufficienza di un motivo nella motivazione degli atti amministrativi, da cui consegue che non è possibile stabilire se e come il vizio di una parte soltanto della motivazione dell'atto avrebbe inciso sulla valutazione finale.

3.2 Il primo motivo è infondato anche nella parte in cui contesta il punteggio assegnato alla controinteressata nella sezione progetto gestionale e caratteristiche tecniche e funzionali.

La mancata individuazione della marca e del modello dei televisori ed altre componenti viene ritenuto nel ricorso elemento che solo in via dubitativa può incidere sulla fattibilità tecnica del progetto. A ciò si aggiunge che le imprese di produzione di materiale tecnico televisivo producono modelli con caratteristiche diverse, con la conseguenza che non è data la prova che la mancanza di tali elementi sia sufficiente per ritenere irragionevole la valutazione della Commissione.

Per quanto attiene poi alla mancanza di esperienza nel settore, tale elemento non incide sull'offerta tecnica ma è prevista tra la documentazione richiesta dall'art. 3 lett. g del disciplinare di gara, relativo alla documentazione di ammissione alla gara.

3.3 E' invece in parte infondato ed in parte improcedibile il primo

motivo di ricorso nella parte in cui contesta il punteggio assegnato alla ricorrente nella parte relativa alla Sezione cronoprogramma.

In merito alla supposto irrilevanza della maggior lunghezza degli interventi proposti dalla ricorrente, deve escludersi che la valutazione dell'amministrazione sia irragionevole per aver tenuto conto, nella valutazione del crono programma, di un elemento che comunque incide sul fattore tempo, oggetto specifico di valutazione.

Il motivo è invece improcedibile ove contesta la riparametrazione, in quanto tale elemento è stato cancellato con l'atto impugnato con i motivi aggiunti.

In definitiva quindi il primo motivo di ricorso va respinto.

4. Il secondo motivo di ricorso è infondato in quanto il ricorrente, nel contestare che la controinteressata non avrebbe i requisiti di esperienza richiesti dal bando di gara, non indica perché i servizi prestati dall'aggiudicataria non potrebbero essere considerati analoghi a quelli oggetto dell'appalto.

Infatti solo l'esistenza di elementi di differenziazione sostanziale fra le prestazioni oggetto di gara e quelle che l'operatore economico concorrente dichiara di aver svolto in precedenza elide la possibilità di ricorrere alla nozione di analogia prevista dalla *lex specialis* ai fini dell'ammissione al confronto comparativo (Consiglio di Stato, sez. V, 04.09.2013 n. 4405) e tale prova incombe sulla ricorrente.

Né a tal fine può valere la supposta mancanza nell'oggetto sociale dell'attività di gestione ed installazione di apparecchi televisivi in

quanto l'oggetto sociale della controinteressata, relativo alla produzione, montaggio ed installazione di apparecchi hardware e di software, è idonea a comprendere anche l'attività asseritamente inesistente.

Il terzo motivo di ricorso è quindi infondato.

5. Il quarto motivo di ricorso è infondato in quanto la documentazione asseritamente inesistente è stata consegnata.

Il ricorso principale va quindi respinto.

6. Venendo all'esame del ricorso per motivi aggiunti esso dev'essere dichiarato improcedibile.

La reiezione dei motivi di ricorso relativi all'atto di aggiudicazione priva di interesse all'esame del ricorso proposto contro l'atto confermativo successivamente emanato a seguito dell'istanza di riesame presentata ai sensi dell'art. 243-bis del D. Lgs. 163/2006 in quanto nessun vantaggio può derivare alla ricorrente dall'eventuale annullamento di un atto che, quand'anche inficiato da vizi propri, non può condurre a travolgere l'aggiudicazione già valutata nell'esame del ricorso principale.

7. Sussistono giustificati motivi per compensare le spese di giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile per

sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere il ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Adriano Leo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

Valentina Santina Mameli, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2014

IL SEGRETARIO

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