

N. 03169/2014 REG.PROV.COLL.

N. 01051/2014 REG.RIC.



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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1051 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Siemens S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Bonatti e Lorella Fumarola, con domicilio eletto presso il loro studio in Milano, via Podgora, 3;

contro

Fondazione Irccs Policlinico San Matteo, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Avolio, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, viale Gian Galeazzo, 16;

nei confronti di

A.O. G. Salvini, A.O. San Paolo, A.O. Treviglio-Caravaggio, A.O. Ospedale di Circolo e Fondazione Macchi, A.O. Desenzano del Garda, A.O. Gaetano Pini, A.O. Ospedale di Melegnano, A.O. Papa Giovanni XXIII di Bergamo, Philips

S.p.a., Ge Medical Systems S.p.a.; Sipar S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Stefania Bianca Mennitti, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Crivelli, 15/1;

per l'annullamento

dei seguenti atti, tutti nella parte relativa al solo lotto n. 6, avente ad oggetto la fornitura di ecocardiografi fascia "Top di gamma": provvedimento con il quale la Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia ha disposto l'aggiudicazione provvisoria della procedura aperta finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per la fornitura di ecocardiografi -gara aggregata -codice gara: 5067321 e la contestuale esclusione della ricorrente dall'accordo quadro in oggetto;

dell'accordo quadro in oggetto;

del relativo provvedimento di aggiudicazione definitiva della medesima procedura aperta, ove intercorso, di estremi non noti alla ricorrente;

per quanto occorrente, dei verbali di gara, del bando di gara, del disciplinare e del relativo capitolato, di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso,

nonchè per la declaratoria di inefficacia ex art. 122 c.p.a. dei contratti di appalto tra la Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo (o le altre amministrazioni facenti parte della aggregazione capitanata dalla Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo) e le aggiudicatarie Philips S.p.a., Ge Medical Systems S.p.a. e Sipar S.r.l.

e per la condanna della Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo al risarcimento dei danni ex art. 30 c.p.a.

Con ricorso per motivi aggiunti, dei verbali di gara e del provvedimento di esclusione definitiva della ricorrente e di aggiudicazione definitiva del lotto 6 della procedura concorsuale a Philips S.p.a., Ge Medical Systems S.p.a. e Sipar S.r.l.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Fondazione Irccs Policlinico San Matteo e di Sipar 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 10 dicembre 2014 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, con i quali è stata esclusa dal lotto n. 6, avente ad oggetto la fornitura di ecocardiografi fascia "Top di gamma", della procedura aperta finalizzata alla conclusione di un accordo quadro per la fornitura di ecocardiografi -gara aggregata -, nonché del provvedimento con il quale la Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia, nella sua qualità di capofila, ha disposto l'aggiudicazione provvisoria della procedura medesima a Philips S.p.a., Ge Medical Systems S.p.a. e Sipar S.r.l.

A sostegno del proprio ricorso l'istante ha dedotto, essenzialmente, la violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 97 della Costituzione, oltre che l'eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria, violazione del principio di parità di trattamento e difetto di motivazione.

La ricorrente ha richiesto, altresì, il risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica o per equivalente.

Si sono costituite in giudizio la Fondazione IRCCS Policlinico San Matteo di Pavia, nella sua qualità di capofila della gara, nonché Sipar S.r.l., che hanno chiesto la reiezione del ricorso per infondatezza nel merito, controdeducendo specificamente alle singole doglianze.

L'istante ha, poi, proposto ricorso per motivi aggiunti impugnando i verbali di gara e il provvedimento che ha sancito la sua esclusione definitiva nonché l'aggiudicazione definitiva del lotto 6 della procedura concorsuale a Philips S.p.a., Ge Medical Systems S.p.a. e Sipar S.r.l., specificando, sostanzialmente, le stesse censure dedotte con il ricorso principale.

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

All'udienza pubblica del 10 dicembre 2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Deve, innanzitutto, precisarsi che la procedura all'esame non era finalizzata all'individuazione di un unico aggiudicatario per singolo lotto, ma tendeva a selezionare più soggetti ritenuti

idonei a fornire alle Aziende ospedaliere partecipanti all'accordo quadro, a rotazione, le apparecchiature oggetto della gara. Il disciplinare di gara prevedeva, inoltre, che anche altre Aziende ospedaliere specificamente indicate potessero procedere all'acquisizione degli ecografi aggiudicati al prezzo offerto in gara entro 12 mesi dalla data di efficacia del contratto stipulato dalla capofila indipendentemente dalla partecipazione alla procedura e che tale adesione avrebbe potuto comportare un aumento del valore complessivo dei contratti stipulati dopo la gara fino al 300% (cfr. art. 2 "clausola di adesione", alla pag. 3 del disciplinare).

La ricorrente non ha raggiunto il minimo del punteggio previsto dalla lex specialis di gara di almeno 80 punti per essere dichiarati idonei, avendo ricevuto un punteggio complessivo di 78,24, dunque soli 1,76 punti al di sotto della soglia minima per l'idoneità.

Risulta, dunque, evidente che l'interesse della società ricorrente alla decisione del presente gravame sussisterebbe pure nel caso in cui la stessa si collocasse all'ultimo posto della graduatoria degli idonei.

Tanto premesso, il collegio ritiene che il ricorso sia fondato, così come i motivi aggiunti, con i quali l'istante ha specificato i motivi di impugnazione già dedotti con il ricorso principale estendendoli ai verbali di gara e al provvedimento di esclusione definitiva della stessa, nonché di aggiudicazione definitiva del lotto 6 della procedura concorsuale a Philips S.p.a., Ge Medical Systems S.p.a. e Sipar S.r.l.

Con il primo motivo di diritto la società ricorrente ha dedotto, essenzialmente, la violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 97 della Costituzione, oltre che l'eccesso di potere per errore di fatto, difetto di istruttoria e violazione del principio di parità di trattamento, atteso che la commissione di gara, nell'ambito dei 14 punti massimi previsti per il criterio della completezza ed efficacia delle applicazioni e attribuibili in base alle disposizioni della tabella contenuta alla pag. 14, avrebbe assegnato all'istante solo 7 punti perché dalla documentazione presentata da Siemens non sarebbe risultato che la valutazione della cinetica parietale, "strain e strain rate", fosse effettuata con la tecnica di "speckle tracking" (cfr. il verbale n. 4 della seduta del 17 gennaio 2014 e quello n. 7 del 9 aprile 2014).

In proposito deve osservarsi che, al contrario, come risulta dalla complessiva documentazione versata in atti, dalla documentazione depositata in sede di gara dall'istante poteva evincersi il possesso di tale funzionalità nelle apparecchiature offerte da Siemens, soprattutto in considerazione dell'alta competenza dei commissari.

Ed invero, non solo nelle schede tecniche dell'offerta della ricorrente tale metodica - che consiste in un metodo d'indagine bidimensionale o tridimensionale che permette di analizzare le funzioni cardiache longitudinali, circonferenziali, radiali e torsionali - era identificata con il nome proprietario di "eSie VVI", ma in un depliant illustrativo prodotto in sede concorsuale era specificato, tra l'altro, che: "Another important Siemens innovation featured on the ACUSON SC2000

platform is eSie VVI velocity vector imaging technology for speckle tracking that delivers comprehensive 2D wall motion analysis. eSie VVI technology calculates strain, strain rate, rotation and twist...” (cfr. doc. 11 prodotto in atti dalla ricorrente).

Quindi la modalità era presente negli ecografi offerti dall’odierna ricorrente, anche in 2D e non in 3D, risultando, dunque, acclarato il palese difetto di istruttoria ed errore di fatto evidenziato dall’istante, in assenza del quale il punteggio attribuito alla sua offerta tecnica sarebbe stato, di certo, maggiore.

Né risulta smentito dalle controparti che tale documento facesse parte dell’offerta di Siemens.

Ne consegue, dunque, che inequivocabilmente dalla complessiva documentazione prodotta dalla ricorrente in sede di gara doveva evincersi il possesso della succitata funzionalità nelle apparecchiature di Siemens, anche in considerazione del supplemento istruttorio effettuato sul punto dalla commissione di gara.

Pare utile, in proposito, richiamare anche quell’orientamento della giurisprudenza amministrativa in base al quale: “laddove si tratti di esplicitare o di chiarire una dichiarazione o il contenuto di un atto già tempestivamente prodotto agli atti di gara, l’attività di integrazione non soltanto è consentita ma la stessa risulta dovuta, nel senso che la stazione appaltante è tenuta, in omaggio al principio di leale collaborazione codificato all’art. 46 del Codice dei contratti pubblici, a richiedere o a consentire la

suddetta integrazione, in modo da rendere conforme l'offerta, anche in relazione al materiale documentale di corredo, a quanto richiesto dalla lex specialis di gara. In tal caso è il principio di massima partecipazione alle gare ad imporre tale soluzione interpretativa finalizzata a consentire un'effettiva concorrenza tra le imprese in gara” (Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2013, n. 1122).

Pure fondata è la seconda censura, con la quale la ricorrente deduce il difetto di motivazione dell'attribuzione in suo favore di soli 6 punti rispetto agli 8 ottenuti dalle concorrenti in relazione al quarto criterio di valutazione dell'offerta tecnica previsto dal disciplinare, quello delle caratteristiche dei sistemi informatici per archiviazione, elaborazione e trasmissione.

Tale punteggio è stato, infatti, attribuito dalla commissione perché “i sistemi informatici integrati ed a corredo non presentano grandi differenze ma permettono di raggruppare PHILIPS, GE e SIPAR ad un livello lievemente superiore” (cfr. il verbale n. 4 della seduta del 17 gennaio 2014).

Da tali affermazioni non è, effettivamente, possibile evincere in alcun modo la motivazione della lieve superiorità delle offerte delle concorrenti rispetto a quella della ricorrente con riferimento al criterio di valutazione in questione.

Ciò risulta, inoltre, confermato dal verbale n. 7 redatto il 9 aprile in seguito alle rimostranze della ricorrente, con il quale, confermandosi il punteggio succitato, la commissione ha dovuto precisare le ragioni dell'assunta lieve inferiorità,

evincendosi, dunque, la totale assenza di motivazione in sede di attribuzione del punteggio.

Nelle gare pubbliche da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invero, l'obbligo di motivazione può essere assolto dalla stazione appaltante mediante l'attribuzione di giudizi in forma numerica, purché i criteri di valutazione siano preventivamente indicati dal bando in termini specifici e consentano di ricostruirne l'iter decisionale; in sostanza l'attribuzione dei punteggi in forma soltanto numerica è consentita solo quando i sub-criteri, entro i quali ripartire le valutazioni tecniche con i relativi sub-punteggi, siano sufficientemente numerosi ed analitici, sì da delimitare il giudizio discrezionale della commissione di gara nell'ambito di un minimo e di un massimo e da rendere così percepibile l'iter logico seguito nel giudicare le singole offerte, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione dei sub-punteggi e dei punteggi finali attribuiti.

Nella fattispecie all'esame, invece, il punteggio è stato attribuito in presenza del solo criterio delle "caratteristiche dei sistemi informatici per archiviazione, elaborazione e trasmissione", per il quale era previsto un massimo di 8 punti, e dal quale non è possibile in alcun modo evincere le ragioni della lieve inferiorità che hanno fatto sì che l'offerta di Siemens ricevesse, per tale criterio, l'attribuzione di 6 punti rispetto agli 8 delle altre tre.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso principale va accolto, unitamente al ricorso per motivi aggiunti,

disponendosi, per l'effetto, l'annullamento dei provvedimenti impugnati nei limiti della porzione oggetto dell'impugnazione.

Ne consegue pure l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica, atteso che l'istante, la cui offerta era munita, per quanto accertato, della modalità speckle tracking per la stima di strain e strain rate, riceverà dalla commissione, per il secondo criterio di valutazione dell'offerta tecnica, un punteggio di certo superiore almeno di 1,76 a quello attribuitole e, raggiungendo, dunque, la soglia minima di 80 punti, dovrà perlomeno essere inserita fra le concorrenti risultate idonee e che potranno, dunque, aggiudicarsi le singole forniture degli ecografi.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, unitamente al ricorso per motivi aggiunti e alla domanda di risarcimento del danno e, per l'effetto, dispone l'annullamento dei provvedimenti impugnati, come in motivazione.

Condanna la Fondazione Irccs Policlinico San Matteo e Sipar S.r.l., in via solidale, alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti della ricorrente, che si liquidano in una somma pari ad euro 3000, oltre agli oneri di legge e alla restituzione dei contributi unificati dalla stessa versati.

Spese compensate tra la ricorrente e le altre parti del giudizio,
non costituite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10
dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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