

Sentenza n. 22/2024

pubbl. il 24/01/2024

RG n. 228/2023

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 228 del 2023, proposto da

H.R. S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato D. T., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Asl (...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato M. D. N., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in (...), via (...);

nei confronti

M. Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato T. F., con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

a) della Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di (...) n. 1038 del 29.06.2023 avente ad oggetto "Procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016, volta alla conclusione di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 54, comma 3, del D.Lgs. 50/2016, per la fornitura di letti degenza e arredi vari suddivisa in n. 5 lotti, ad aggiudicazioni distinte e separate, per le esigenze delle UU.OO. della ASL di (...). Aggiudicazione", comunicata con nota prot. n. 56193/2023 del 3.07.2023;

b) di tutti i verbali di gara e segnatamente:

- del verbale della seduta di gara del 13.06.2023;
- del verbale della seduta di gara del 07.06.2023;
- del verbale della seduta di gara del 22.05.2023 e dell'allegato 17;

- del verbale della seduta di gara del 17.05.2022;

- del verbale della seduta di gara del 13.05.2022;

- del verbale della seduta di gara del 03.05.2022;

c) per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, dei chiarimenti resi dalla Stazione appaltante relativi al Lotto 4;

d) per quanto occorrer possa e nei limiti del ricorso, del Disciplinare di gara e del Capitolato tecnico, limitatamente al Lotto 4, nonché del Disciplinare telematico;

e) di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale.

QUINDI PER LA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA DEI CONTRATTI OVE MEDIO TEMPORE STIPULATI

NONCHÈ

PER IL RISARCIMENTO DEI DANNI PATITI E PATIENDI DERIVANTI DALLE ILLEGITTIME CONDOTTE DELL'AMMINISTRAZIONE

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl (...) e della società M. Spa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2024 il dott. Giovanni Giardino 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 H.R. S.p.A. ha partecipato alla procedura ad evidenza pubblica, indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di (...) ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. 50/2016, volta alla conclusione di un accordo quadro, ai sensi dell'art. 54, comma 3, del D. Lgs. 50/2016, per la fornitura di letti di degenza e arredi mediante accordo quadro suddivisa in n. 5 lotti, ad aggiudicazioni distinte e separate a lotto intero per le esigenze delle UU.OO. Aziendali della ASL di (...).

Con l'odierno gravame la ricorrente ha adito l'intestato Tribunale per l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, di tutti gli atti in epigrafe indicati inerenti alla predetta procedura e, principalmente, della Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di (...) n. 1038 del 29.06.2023, limitatamente alla parte in cui è stata disposta

l'aggiudicazione del lotto 4, avente ad oggetto la fornitura di quaranta letti per terapia intensiva, in favore della società M. S.p.A..

La ricorrente insta inoltre per la reintegrazione in forma specifica mediante annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata e per la dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato con subentro della stessa nel contratto medesimo. In via gradata, chiede disporsi la reintegrazione in forma generica con risarcimento del danno derivante dalla mancata aggiudicazione, pari al mancato utile ed al ristoro delle spese generali, oltre interessi e rivalutazione, nonché del danno da perdita di chance.

In punto di fatto la ricorrente rappresenta che la lex specialis aveva prescelto, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95, co. 3, del D. Lgs. n. 50/2016, con l'attribuzione di un punteggio massimo complessivo di 100 punti, ripartito in max 20/100 punti per il ribasso sul prezzo posto a base d'asta e di 80/100 punti per la qualità dei beni e servizi offerti.

Nella graduatoria finale delle offerte riguardante il lotto 4 la società M. s.p.a. si collocava al primo posto con complessivi 99,62 punti (di cui 79,62 per l'offerta tecnica) e la società H.R. al secondo posto con 98,01 punti (80 punti per l'offerta tecnica).

Secondo le prospettazioni di parte ricorrente l'aggiudicazione del lotto 4 sarebbe illegittima in quanto il giudizio tecnico dell'organo valutativo, nella misura in cui ha visto premiata sproporzionatamente l'offerta della controinteressata, sarebbe palesemente inattendibile perché viziato da macroscopici errori di valutazione.

Si sono costituite in resistenza al ricorso l'AZIENDA SANITARIA LOCALE di (...) e la controinteressata M. S.P.A., instando per il suo rigetto in quanto inammissibile e, comunque, privo di merito di fondatezza.

All'esito dell'udienza camerale del giorno 13 ottobre 2023, questo Tribunale, con ordinanza cautelare n. 110/2023 pubblicata il 12/09/2023, ha accolto l'istanza cautelare, ritenendo prima facie il ricorso sostenuto dal necessario fumus boni iuris <tenuto conto che l'offerta dell'aggiudicataria controinteressata non appare rispondente, sotto vari profili, ai criteri di valutazione stabiliti nel Capitolato tecnico>. Con la medesima ordinanza è stata fissata, per la trattazione di merito del ricorso, l'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2024.

Avverso l'ordinanza cautelare n. 110/2023 la Asl di (...) ha interposto appello innanzi al Consiglio di Stato che, con ordinanza cautelare n. 4956 in data 11/12/2023, lo ha respinto in ragione della circostanza per cui la fissazione a breve della udienza pubblica di discussione (calendarizzata innanzi al TAR al 12 gennaio 2024) realizza una forma di efficace salvaguardia delle ragioni della parte ricorrente, non avendo questa manifestato concrete ragioni di urgenza sottese alla necessità di avviare la fornitura prima della decisione del ricorso.

In prossimità dell'udienza di trattazione di merito del ricorso le parti hanno depositato memorie e repliche ex art. 73 c.p.a. riportandosi alle rispettive conclusioni e chiedendone l'integrale accoglimento.

All'udienza pubblica del 12 gennaio 2024, la causa è stata introitata per la decisione.

2. In via del tutto preliminare, seguendo la tassonomia propria delle questioni (secondo le coordinate ermeneutiche dettate dall'Adunanza plenaria n. 5 del 2015), in ordine logico è prioritario l'esame delle eccezioni di inammissibilità formulate dalle parti intimite.

2.1. Sotto un primo aspetto la resistente Asl e la controinteressata deducono che il ricorso paleserebbe evidenti profili di inammissibilità in quanto i motivi di censura sarebbe tesi, in ultima analisi, a sostituire il giudizio discrezionale della Commissione con una valutazione personale della ricorrente.

L'assunto non merita adesione.

Il Collegio è ben consapevole dell'indirizzo giurisprudenziale a termine del quale le scelte e le valutazioni compiute dal seggio di gara, di norma, si sottraggono al sindacato di legittimità salvo il limite che i giudizi siano inficiati da irragionevolezza ed arbitrarietà ovvero siano il frutto di errore o travisamento di fatto.

La giurisprudenza ha infatti da tempo chiarito che "il sindacato del giudice amministrativo sull'esercizio dell'attività valutativa da parte della Commissione giudicatrice di gara non può sostituirsi a quello della pubblica amministrazione, in quanto la valutazione delle offerte rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta alla Commissione; le censure che attingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutivo, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica; per sconfessare il giudizio della Commissione giudicatrice non è sufficiente evidenziarne la mera non condivisibilità, dovendosi piuttosto dimostrare la

palese inattendibilità e l'evidente insostenibilità del giudizio tecnico compiuto” (ex multis, Consiglio di Stato sez. IV, 01/03/2022, n.1445).

Il thema decidendum del presente giudizio, tuttavia, non investe il merito delle scelte riservate all'Amministrazione, bensì afferisce al rispetto, da parte dell'organo valutativo, dei criteri fissati nella legge di gara, la cui osservanza si impone a pena di illegittimità dell'azione in concreto esercitata. I predetti criteri valutativi vincolano rigidamente l'operato del seggio di gara, obbligato alla loro applicazione senza alcun margine di discrezionalità, in ossequio ai principi di tutela del legittimo affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti, che sarebbero pregiudicati ove si consentisse la modifica delle regole di selezione alle quali l'Amministrazione si è originariamente autovincolata.

Quando l'Amministrazione, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, decide di autovincolarsi, stabilendo le regole poste a presidio del futuro espletamento di una determinata potestà, la stessa è infatti tenuta all'osservanza di quelle prescrizioni, con la duplice conseguenza che: a) è impedita la successiva disapplicazione; b) la violazione dell'autovincolo determina l'illegittimità delle successive determinazioni (Consiglio di Stato Sez. V, 17 luglio 2017, n. 3502; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sentenza 7 aprile 2023, n. 175).

Nella fattispecie per cui è causa, come si avrà modo di illustrare diffusamente nel prosieguo, le valutazioni compiute dalla Commissione si appalesano, sotto vari aspetti, inattendibili ed insostenibili.

2.2. Sotto un secondo profilo le intimato deducono che il gravame sarebbe inammissibile giacché la società ricorrente non avrebbe fornito la cd. prova di resistenza, per radicare il proprio interesse al ricorso.

Anche tale eccezione deve essere disattesa.

Per consolidata giurisprudenza, dalla quale il Collegio non ha ragione di discostarsi, nelle controversie relative alla contestazione degli esiti di una procedura di gara non può prescindere - ai fini della verifica della sussistenza di un concreto e attuale interesse al ricorso - dalla c.d. prova di resistenza, dovendo, infatti, il ricorrente dimostrare (o comunque quantomeno fornire un principio di prova) la possibilità di ottenere un collocamento in graduatoria in posizione utile in caso di eventuale accoglimento dei motivi di ricorso proposti, essendo altrimenti inammissibile la domanda formulata.

Nel caso di specie parte ricorrente ha compiutamente assolto alla cd. prova di resistenza, avendo dimostrato la possibilità di ottenere un punteggio complessivo più alto di quello conseguito dalla controinteressata e, quindi, di poter risultare aggiudicataria del lotto in contestazione.

E' stato infatti evidenziato dalla società ricorrente che tra l'offerta tecnica della medesima e della controinteressata vi è uno scarto di soli 0,38 punti (infatti la H.R. e la M. hanno ottenuto per l'offerta tecnica rispettivamente 80 e 79,62 punti) che verrebbe ampiamente colmato in suo favore in caso di accoglimento del ricorso.

3. Tutto ciò posto in via preliminare il ricorso è, nel merito, fondato per le ragioni appresso specificate.

Con un'unica articolata doglianza la ricorrente lamenta il vizio di "I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 95 DEL D.LSG. 50/2016. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE. ECCESSO DI POTERE PER VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS; DIFETTO DI ISTRUTTORIA; ERRORE SUI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO. DISPARITÀ DI TRATTAMENTO. ILLOGICITÀ DELLA MOTIVAZIONE. SVIAMENTO DI POTERE".

Segnatamente la ricorrente contesta il punteggio attribuito all'offerta tecnica della controinteressata M. s.p.a. per le seguenti ragioni.

3.1. Quanto alla caratteristica generale "Sistemi di sicurezza e Comfort paziente/ operatore", rileva la società H.R. che, mentre il letto offerto dalla medesima garantisce la discesa del paziente dalla zona piedi, l'offerta della controinteressata non possiede la miglioria richiesta in quanto per il letto proposto l'uscita paziente è gestita lateralmente.

Ciononostante la Commissione ha attribuito alla offerta della M. il medesimo punteggio assegnato all'offerta della H.R., pari a 3,6 punti, che riparametrato è divenuto il massimo punteggio assegnabile, cioè 4 punti, mentre la controinteressata avrebbe dovuto ottenere un punteggio inferiore rispetto a quello assegnato alla ricorrente.

L'assunto è fondato.

Il bando di gara prevedeva, rispetto al criterio in esame, la valutazione di due caratteristiche particolari ovvero il "Ripristino posizione orizzontale da qualsiasi posizione" e "posizione sedia totale con discesa paziente dal lato piede" stabilendo quale criterio motivazionale la "presenza unico comando e modalità di discesa".

Il punteggio massimo avrebbe dovuto essere assegnato solo al dispositivo rispondente ad entrambi i sub criteri premiali richiesti.

Tuttavia, mentre entrambi i letti offerti dalle concorrenti presentano l'ulteriore requisito previsto nel criterio in questione (comando unico per ripristino posizione orizzontale), risulta per tabulas dall'analisi documentale dell'offerta tecnica delle partecipanti, che il letto offerto dalla controinteressata non presenta la miglioria richiesta consistente nell'uscita pazienti lato piedi.

Ne consegue, pertanto, che la ricorrente e la controinteressata non potevano conseguire il medesimo punteggio, risultando oggettivamente superiore, sotto il profilo qualitativo richiesto dalla legge di gara, il letto offerto dalla ricorrente.

Né, tantomeno, può ritenersi, come invece affermato dal seggio di gara, che l'uscita del paziente "lato piedi frontale" e l'uscita "lato piedi laterale" siano equivalenti atteso che la legge di gara, alla quale l'Amministrazione si è autovincolata, ha fissato espressamente quale sub criterio valutativo premiale soltanto l'uscita lato piedi e non quella laterale.

Il criterio di equivalenza del resto, se può trovare ingresso rispetto ai requisiti tecnici essenziali delle offerte, non può invece trovare applicazione rispetto ai criteri di valutazione qualitativa della componente tecnica delle offerte economicamente più vantaggiose.

In definitiva, già sotto tale evidente profilo, la valutazione risulta viziata in quanto, per il criterio in questione, la società M. avrebbe dovuto ottenere un punteggio inferiore rispetto a quello assegnato alla società H.R..

3.2. Secondo le prospettazioni di parte ricorrente in ordine al criterio "Accessori in dotazione" - Caratteristiche particolari: "Accessori richiesti- terapie respiratorie integrate, cessione d'aria. Sostituzione cover per infection control in forma gratuita per almeno due anni", l'organo valutativo, nell'attribuzione dei punteggi, avrebbe fondato il proprio giudizio su elementi del tutto estranei a quelli previsti dalla lex specialis, sopravvalutando l'offerta della controinteressata e dequotando l'offerta della ricorrente.

Segnatamente, la commissione non avrebbe tenuto conto: a) del maggior numero e del più alto pregio tecnico degli accessori offerti dalla ricorrente (funzionalità per le terapie respiratorie di a) Rotazione laterale continua programmabile; b) Percussione Toracica; c) Vibrazione toracica); b) che il letto offerto dalla ricorrente è "a cessione d'aria", mentre il letto offerto dalla controinteressata è "ad aria"; c) che la H.R. ha offerto il servizio di

Infection Control, mentre la M. ha offerto il semplice e basilare servizio di decontaminazione in loco.

Anche sotto tale profilo l'assunto di parte ricorrente merita condivisione.

La commissione ha valutato le offerte considerando aspetti (ad es. letto muletto) che avrebbero dovuti essere oggetto di valutazione sulla base del diverso criterio "garanzia ed assistenza tecnica" e non ha tenuto in debito conto del maggior numero e della qualità degli accessori offerti dalla ricorrente.

Inoltre, non è stato considerato che il materasso offerto dalla controinteressata non garantisce la "cessione d'aria", indicato nel capitolato quale sub criterio di valutazione, trattandosi di un materasso "ad aria" che presenta sotto il profilo qualitativo caratteristiche tecniche diverse ed inferiori rispetto a quelle richieste dalla lex specialis.

3.3. Sono da ritenersi fondate anche le deduzioni formulate dalla ricorrente in ordine alla erronea valutazione del criterio "Caratteristiche costruttive della struttura del letto e del piano rete, estetica e funzionalità" che prevedevano tra le caratteristiche particolari oggetto di valutazione, "Tipologia di struttura del letto, materiale di costruzione e del piano rete, presenza di materasso antidecubito ad aria con basculamento".

Per il criterio in questione l'aggiudicataria e la ricorrente hanno ottenuto il medesimo giudizio di ottimo e uguale punteggio pari a 5,6 punti, che riparametrato è divenuto 6 punti.

Tuttavia il letto offerto dalla controinteressata risulta carente di "materasso antidecubito ad aria con basculamento", espressamente richiesto dalla lex specialis, atteso che nel dispositivo offerto dalla M. il basculamento avviene mediante il piano del letto.

Quindi anche sotto tale profilo, il punteggio conseguito dalla controinteressata risulta sovradimensionato.

3.4. Sono da ritenersi fondate anche le deduzioni svolte in ordine all'attribuzione del punteggio pari a 4,8 su 6 punti massimi ottenuto dalla controinteressata per il criterio premiante Carico del letto - Caratteristica particolare "Facilità di spostamento con superamento della forza inerziale di spinta e traino con sistema integrato elettrico per il trasporto intraospedaliero".

Ed infatti, il letto offerto dalla controinteressata, contrariamente a quanto espressamente previsto dalla lex specialis, non risulta dotato di alcun sistema elettrico di spostamento per superare la forza inerziale.

4. In definitiva l'accoglimento dei profili di censura fin qui esaminati già è in grado di determinare la decurtazione del punteggio tecnico assegnato alla controinteressata e consente quindi alla ricorrente di conseguire lo scarto di punteggio superiore tale da permettere alla medesima di ottenere l'aggiudicazione del lotto in questione.

5. Sulla base delle superiori complessive considerazioni, il ricorso è dunque fondato e, assorbita ogni altra censura o deduzione, va accolto con conseguente annullamento degli atti impugnati, per quanto di interesse, e dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato con la società M. S.p.a.. Non può disporsi il subentro della ricorrente nel contratto stipulato essendo necessarie le ulteriori determinazioni dell'Amministrazione che dovranno conformarsi ai principi espressi nella presente sentenza.

6. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono poste in via esclusiva a carico della resistente ASL nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- annulla la Deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di (...) n. 1038 del 29.06.2023, tutti i verbali di gara e, nei limiti dell'interesse, tutti gli atti in epigrafe indicati;

- dichiara l'inefficacia del contratto medio tempore eventualmente stipulato con la società M. S.p.a.;

- condanna l'Azienda Sanitaria Locale di (...) al pagamento in favore della ricorrente delle spese di giudizio che liquida in complessive euro tremila/00 (3.000,00) più accessori;

- compensa le spese nei confronti della controinteressata società M. S.p.a..

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Massimiliano Balloriani, Consigliere

Giovanni Giardino, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Giovanni Giardino

IL PRESIDENTE

Paolo Passoni

IL SEGRETARIO