Cons. Stato, Sez. III, Sent., (data ud. 13/06/2024) 09/07/2024, n. 6090

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA › Contratti

Intestazione

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6742 del 2023, proposto da E.M.O. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in relazione alla procedura CIG (...), rappresentato e difeso dall'avvocato Corrado Diaco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Napoli, Via dei Mille n.40;

contro

A.N., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Domenica Coppola, Ornella Giaculli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

C.Z. S.p.A. A Socio Unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Michelangelo Cicogna, Fabio Ferraro, Antonella Terranova, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione Quinta, n. 4625 del 2023, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.N. e di C.Z. S.p.A. A Socio Unico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 giugno 2024 il Cons. Sebastiano Zafarana e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1.1. Con delibera di indizione n. 593 del 30.03.2022 veniva pubblicata, sull'Albo Pretorio dell'A.N., la procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del D.Lgs. n. 50 del 2016, con aggiudicazione ai sensi dell'art. 95 comma 2 del D.Lgs. n. 50 del 2016, per la fornitura di n. 5 microscopi operatori per un importo complessivo di euro 700.000,00 oltre iva.

La procedura era suddivisa in tre lotti e l'appellante E.M.O. s.r.l. partecipava al Lotto 2 avente ad oggetto un Microscopio operatorio per soddisfare le esigenze della U.O.C. oculistica P.O. San Paolo; partecipava al lotto 2 anche la società C.Z. S.p.A.

A seguito dell'attribuzione dei punteggi tecnici e dei punteggi economici la graduatoria finale risultava la seguente:

- prima classificata C.Z. S.P.A., che avendo offerto un importo pari a euro 105.000,00 otteneva il punteggio totale di 95,96 di cui: 30,00 per punteggio economico e 65,96 per punteggio tecnico;

- seconda classificata E.M.O. s.r.l., che avendo offerto un importo pari a euro 136.000,00 otteneva il punteggio totale di 93,16 di cui: 23,16 per punteggio economico e 70,00 per punteggio tecnico.

Con la determina n. 4057 del 29.11.2022 la procedura veniva quindi aggiudicata alla C.Z..

1.2. La ricorrente impugnava la procedura di gara dinanzi al T.A.R. per la Campania chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di C.Z. e lo scorrimento della graduatoria con aggiudicazione in suo favore, contestando la violazione, non rilevata dalla stazione appaltante, di ben due previsioni della lex specialis da parte della Z.:

a) con una primo ordine di censure lamentava che all'aggiudicataria C.Z. sarebbe stato attribuito del tutto illogicamente un punteggio pari a 7,20 (su un massimo di 8 punti) per il requisito "Upgrade disponibili (OCT intraoperatorio, tecnologia digitale 3d)", deducendo che invece la controinteressata non avrebbe dovuto conseguire alcun punteggio per tale requisito; infatti, l'offerta della C.Z., prevedendo la sostituzione completa di parti fondamentali del microscopio, come lo stativo ed il cambio ottico, non rispetterebbe i requisiti di upgrade, consistente, in tesi, nell'adeguamento tecnologico del macchinario e non nella sostituzione di alcune sue parti, comportanti il cambio dell'intera macchina;

b) sotto altro profilo sarebbe del tutto incongrua l'attribuzione a Z. del punteggio di 18 punti (a fronte di un punteggio massimo di 20) per la voce "Caratteristiche generali (ingombro, lunghezza braccio molla, tipologia di comandi disponibili sia da pannello che dalle impugnature, set up memorizzabili, velocità e precisione del movimento XY e di messa a fuoco, freni elettromagnetici per blocco/sblocco, etc..)"; deduceva la ricorrente che le caratteristiche generali del microscopio da essa offerto in gara (e per le quali la Commissioni aveva attribuito un punteggio di 20) erano enormemente superiori a quelle possedute dal microscopio concorrente di Z. e, dunque, non si giustificherebbe una differenza, sotto tali profili, di soli 2 punti.

1.3. Si costituivano in giudizio sia la A.N. che la controinteressata C.Z. S.p.A chiedendo il rigetto del ricorso.

1.4. Il T.a.r. per la Campania disponeva verificazione incaricando il Direttore Sanitario dell'A.S. con facoltà di delega, all'esito della quale, con la sentenza impugnata, rigettava il ricorso condannando E.M.O. s.r.l. alla refusione delle spese di lite in favore dell'A.N. e della controinteressata C.Z. s.p.a., (€.1.500,00 a favore di ciascuna parte, oltre accessori come per legge) e ponendo a suo carico le competenze spettanti al nominato verificatore nella complessiva misura di euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00).

In particolare il giudice di prime cure, a seguito della disposta verificazione, ha ritenuto la prima censura infondata "in quanto il verificatore, nella relazione finale, ha rilevato - richiamando gli esiti della IX Conferenza Nazionale sui Dispositivi Medici del 2016 e i nuovi documenti di indirizzo, pubblicati anche dal Ministero della Salute, per la buona stesura dei capitolati di gara per la acquisizione di Dispositivi Medici - come la modalità di implementazione delle ottiche digitali offerta dall'aggiudicataria sia senz'altro riconducibile al concetto di upgrade".

Il T.a.r. ha poi ritenuto conclusivamente sul punto "che siano ampiamente giustificate le valutazioni cui è giunta la S.A., partendo dal presupposto della possibilità di upgrade attraverso il ricorso a una più innovativa tecnologia che passa attraverso la sostituzione dello stativo, senza per ciò solo attuare alcuna modifica sostanziale dell'apparecchiatura oggetto dell'offerta tecnica presentata in gara".

Quanto alla seconda censura, il giudice di prime cure, richiamata la pacifica giurisprudenza

sull'ampiezza della discrezionalità tecnica concessa alla Commissione e sui limiti del sindacato riconosciuti al giudice amministrativo, ha ritenuto che la valutazione da essa operata non presenta ictu oculi vizi di manifesta irragionevolezza o illogicità concludendo che: "... la ricorrente trascura di considerare che la Commissione, nell'attribuire a Z. un punteggio di poco inferiore a quello della ricorrente, ha evidentemente maggiormente valorizzato, a fronte di una limitata rilevanza delle differenze segnalate, caratteristiche diverse dell'offerta della controinteressata, quali, in via esemplificativa, un set up memorizzabile più performante per Z., così come peraltro sottolineato, oltre che dalla difesa ricorrente, dallo stesso verificatore.

2.1. Con atto notificato il 2 agosto 2023 e depositato in pari data, E.M.O. s.r.l. ha proposto appello articolando un unico motivo di ricorso così rubricato:

I - Error in procedendo - Error in iudicando- Violazione e falsa applicazione dell'art. 95 comma 6 del D.Lgs. n. 50 del 2016- Violazione della lex specialis- Violazione del CapitolatO Tecnico - eccesso di potere- illegittima attribuzione del punteggio.

L'appellante ha in sostanza riproposto le censure già articolate in primo grado, censurando altresì le conclusioni della disposta verificazione per come recepite dal giudice di prime cure nell'impugnata sentenza.

2.2. Si sono costituite in giudizio sia la A.N. sia la controinteressata C.Z. S.p.A., chiedendo respingersi l'appello.

2.3. Con ordinanza n. 3714 del 4 settembre 2023 questa Sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

2.4. Successivamente, introitata la causa per la decisione all'udienza pubblica del 16 novembre 2023, questa Sezione, con ordinanza collegiale n.10174 del 28 novembre 2023, ha disposto una nuova verificazione incaricando il Rettore dell'Università di Roma Tor Vergata, con facoltà di delega ad un professore o ad un dirigente medico dotato delle competenze tecniche necessarie per rispondere al seguente quesito: "dica il verificatore, sulla base della documentazione versata in atti, ivi compresa la verificazione disposta in primo grado, e di quella che riterrà necessario acquisire dalle parti, se - anche alla luce degli esiti della IX Conferenza Nazionale sui Dispositivi Medici del 2016 e i nuovi documenti di indirizzo, pubblicati anche dal Ministero della Salute, per la buona stesura dei capitolati di gara per la acquisizione di dispositivi medici - l'offerta della C.Z. s.p.a. soddisfi il requisito "Upgrade disponibili (OCT intraoperatorio, tecnologia digitale 3d)" previsto dalla legge di gara e, in particolare, se essa preveda una sostituzione solo integrale o totale della macchina offerta dall'aggiudicataria medesima".

2.5. In data 12 marzo 2024 il Dirigente Ingegnere Biomedico Paolo Abundo, delegato dal Rettore

dell'Università di Roma Tor Vergata, ha depositato la relazione di verificazione.

2.6. In vista dell'udienza pubblica tutte le parti hanno depositato memorie conclusionali.

2.7. Alla pubblica udienza del 13 giugno 2024 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

3. L'appello è parzialmente fondato.

3.1. Con la prima doglianza l'appellante ha dedotto l'impossibilità, per l'offerta della controinteressata, risultata aggiudicataria del lotto 2, di soddisfare la richiesta della S.A. di upgrade (OCT intraoperatorio, tecnologia digitale 3d) con conseguente illegittimità del punteggio attribuito.

Nella specie, si trattava di attribuire un "punteggio aggiuntivo" a quelle offerte in grado di assicurare la possibilità di adeguamento tecnologico, nel tempo, del microscopio oggetto della procedura, senza dover effettuare integralmente una nuova spesa per la sostituzione dell'intero macchinario, nell'ottica, dunque, di un più razionale utilizzo delle risorse pubbliche in ambito sanitario, oltre che al fine di soddisfare pienamente le eventuali future esigenze della S.A.

Al riguardo va rammentato che la Commissione di Gara ha giudicato conforme alle richieste della legge di gara l'offerta della controinteressata appellata, che ha dichiarato possibile realizzare, ove necessario, un upgrade dell'OCT intraoperatorio, attraverso un cambio di seriale dello stativo del microscopio, nonché l'upgrade a microscopio digitale 3D, attraverso l'installazione di uno specifico kit che consente l'implementazione delle ottiche digitali.

L'appellante contesta il percorso logico seguito dal giudice di prime cure, contestando peraltro anche le conclusioni della verificazione disposta in primo grado.

Sostiene, infatti, che sarebbe manifesta la contraddittorietà in cui è incorso il T.a.r. nel sostenere che, nel caso di specie, non si avrebbe una sostanziale modifica dell'apparecchiatura offerta da Z., quando poi nella stessa sentenza sono riportate le osservazioni del verificatore il quale dà invece oggettivamente atto che "cambia il seriale sia dello stativo che del corpo ottico". La sentenza sarebbe a fortiori contraddittoria tenuto conto che è la stessa Z., nelle proprie memorie, ad ammettere la circostanza che l'upgrade consisterà nel cambio dello stativo e del corpo ottico integralmente.

Questa Sezione ha ritenuto opportuno disporre una nuova verificazione sul punto, la quale ha evidenziato che ".... si prende atto di come le modifiche apportate al sistema al fine di una conversione a tecnologia digitale tridimensionale comportino che il microscopio modello Opmi Lumera 700 sia convertito in microscopio digitale 3D Artevo 800, cambiando di fatto modello, come riportato anche nella stessa scheda tecnica in cui si parla di "aggiornamento a microscopio digitale ARTEVO 800". Al di là della raccontata sostituzione apparentemente di parti del microscopio, di fatto l'operazione descritta è decisamente sostanziale, tanto da definire il sistema aggiornato con il nome di un altro modello di microscopia e quindi confermare nel concreto una vera e propria sostituzione".

Non appare utile riportare per intero ulteriori passaggi del percorso argomentativo seguito dal Verificatore (rinviandosi alla relazione depositata in atti), essendo sufficiente qui evidenziare che al quesito oggetto della verificazione il verificatore incaricato ha dato risposta formulando le seguenti conclusioni: "Alla luce di quanto dettagliatamente descritto e contestualizzato, si ritiene che quanto offerto dalla Z. non soddisfi il requisito "Upgrade disponibili" previsto dalla legge di gara, prevedendo una sostituzione sostanziale della macchina offerta dall'aggiudicataria medesima, in un contesto di indeterminatezza economica associata all'upgrade non accettabile".

Orbene, il Collegio condivide e fa proprie le conclusioni rassegnate dal Verificatore, che non lasciano alcun spazio interpretativo circa la "sostituzione sostanziale della macchina offerta" in luogo dell'upgrade richiesto dal bando, e dalle quali consegue che l'attribuzione a Z. di un punteggio aggiuntivo superiore a zero, per la caratteristica Upgrade, è da ritenersi illegittima.

In definitiva il punteggio aggiuntivo di 7,20 attribuito a C.Z. Spa per il requisito "Upgrade disponibili (OCT intraoperatorio, tecnologia digitale 3d)" si appalesa illegittimo con la conseguenza che essendo lo scarto di punteggio tra la prima classificata C.Z. S.p.A. (punteggio totale 95,96 di cui: 30,00 per punteggio economico e 65,96 per punteggio tecnico) e la seconda classificata E.M.O. s.r.l. (punteggio totale 93,16 di cui: 23,16 per punteggio economico e 70,00 per punteggio tecnico), di soli punti 2,8, deve essere annullata l'aggiudicazione disposta in favore di C.Z.S.

3.2 Quanto alla seconda doglianza formulata da E., che ha riproposto le censure svolte in primo grado, il Collegio ritiene invece di confermare la sentenza di primo grado dovendosi rigettare il motivo di appello.

Va infatti richiamata la consolidata giurisprudenza secondo la quale le valutazioni tecniche espresse dalla Commissione di gara sono ampiamente discrezionali ed insindacabili in sede giurisdizionale, ove non inficiate da profili di erroneità, di illogicità e di sviamento (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 21 gennaio 2009 n. 282). Invero, l'apprezzamento tecnico-discrezionale dell'amministrazione è soggetto al sindacato pieno di questo giudice amministrativo nei limiti della rilevabilità "ictu oculi" dei vizi di

legittimità dedotti, in quanto detto sindacato è volto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità degli atti gravati e non alla sostituzione del giudice nell'apprezzamento di merito dell'Amministrazione. In base al principio di separazione dei poteri sotteso al nostro ordinamento costituzionale, infatti, solo l'Amministrazione è infatti in grado di apprezzare, in via immediata e diretta, l'interesse pubblico affidato dalla legge alle sue cure, con la conseguenza che il sindacato giurisdizionale sulla motivazione delle valutazioni discrezionali deve essere rigorosamente mantenuto sul piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto acquisiti e non può avvalersi di criteri che portano ad evidenziare la mera non condivisibilità della valutazione stessa, il che implicherebbe lo sconfinamento nel merito riservato all'amministrazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 febbraio 2013, n. 978).

Sulla scorta di dette coordinate il giudice di prime cure ha ritenuto che "... la Commissione, nell'attribuire a Z. un punteggio di poco inferiore a quello della ricorrente, ha evidentemente maggiormente valorizzato, a fronte di una limitata rilevanza delle differenze segnalate, caratteristiche diverse dell'offerta della controinteressata, quali, in via esemplificativa, un set up memorizzabile più performante per Z., così come peraltro sottolineato, oltre che dalla difesa ricorrente, dallo stesso verificatore".

Si tratta di una conclusione in tutto condivisibile avuto riguardo, in concreto, alle differenze delle caratteristiche reciprocamente evidenziate dalle parti nei rispettivi atti, in margine alle quali non è dato ravvisare "ictu oculi" alcuno dei vizi di legittimità dedotti, ben potendo il minimo scarto di punteggio di 2 punti (a favore dell'appellante) trovare plausibile giustificazione nei limiti dell'apprezzamento tecnico-discrezionale di merito dell'amministrazione.

4. Conclusivamente l'appello è parzialmente fondato e va accolto nei limiti sopra intesi e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del T.a.r. Campania n. 4625 del 2023, va accolto il ricorso proposto in primo grado con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore di C.Z. S.p.A.

5. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

6. Sono, inoltre, poste definitivamente a carico delle resistenti le spese per la verificazione, liquidate in € 3.602,00 come da nota spese depositata in atti dal verificatore, tenuto conto della complessità dell'incarico e del pregio della prestazione fornita.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte nei sensi e limiti di cui in motivazione e lo respinge per il resto; per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del Tar Campania n. 4625 del 2023, accoglie in parte il ricorso proposto in primo grado e annulla l'aggiudicazione disposta in favore di C.Z. S.p.A.

Condanna la A.N. e C.Z. SpA al pagamento delle spese di giudizio che liquida nella misura di € 2.500,00 ciascuno in favore di E.M.O. S.r.l., oltre oneri e accessori di legge.

Liquida le competenze spettanti al nominato verificatore nella complessiva misura di € 3.602,00 (tremilaseicentodue/00), che si pongono, in solido, a carico della A.N. e di C.Z. SpA.

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

Conclusione

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 giugno 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Pescatore, Presidente FF

Nicola D'Angelo, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Luca Di Raimondo, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Consigliere, Estensore

© Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.