



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 7848 del 2010, proposto da: Sanitaria Scaligera Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Renzo Cuonzo, Stefano Gattamelata, Giovanni Sala, Fausto Scappini, con domicilio eletto presso Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore 22;

contro

Azienda Ulss N. 16 di Padova, rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Cartia, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5; Azienda Ulss n. 15 Alta Padovana, Azienda Ulss n. 17 Este, Azienda Ospedaliera di Padova, Istituto Oncologico Veneto;

nei confronti di

Service Med Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Manzi, Cesare Righetti, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 02727/2010, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA:

SEZIONE I n. 02727/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
FORNITURA A NOLEGGIO E GESTIONE DI SISTEMI ANTIDECUBITO
- RIS. DANNO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ulss n. 16 di Padova e di Service Med Srl;

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 4 marzo 2011 il Cons. Lanfranco Balucani e uditi per le parti gli avvocati Cuonzo e Reggio D'aci, su delega degli avv.ti Cartia e Manzi e l'Avvocato dello Stato De Felice;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con deliberazione 11.8.2008 n.641 la ASL n.16 di Padova, in qualità di capofila delle Aziende sanitarie dell'Area Vasta della Provincia di Padova, ha indetto una gara per la fornitura a noleggio e gestione di sistemi antidecubito per un periodo di 5 anni, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Alla gara hanno partecipato due sole imprese, Scaligera Sanitaria s.p.a. in A.T.I. con Talley Group Limited (di seguito: SCALIGERA), e Service Med s.r.l. (di seguito: SERVICE). L'appalto è stato aggiudicato a quest'ultima, avendo riportato il punteggio di 32 su 40, mentre SCALIGERA, dopo essere stata ammessa alla gara, è stata esclusa per inidoneità tecnica dei prodotti offerti.

Con ricorso proposto dinanzi al TAR Veneto, SCALIGERA ha impugnato gli atti di gara, chiedendo anche la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il risarcimento del danno, deducendo i seguenti motivi di censura:

1) Violazione dell'art.97 Cost. e dei principi di trasparenza, segretezza e “par condicio” dei concorrenti, massima partecipazione e imparzialità; disparità di trattamento, travisamento dei fatti e dei presupposti, contraddittorietà della motivazione. Con tale motivo la ricorrente lamenta che:

a) è illegittima la modificazione del requisito della “autoclavabilità” dei prodotti, previsto dal capitolato come caratteristica minima a pena di esclusione, e la sua sostituzione con il diverso requisito della sterilizzazione ad ossido di etilene;

b) è illegittima l'interpretazione ed applicazione della clausola del capitolato che per i prodotti della fascia D imponeva il requisito del mantenimento continuo della pressione media di contatto non superiore a 20 mmHg;

c) è illegittima la interpretazione ed applicazione della clausola del capitolato che, con riferimento ai prodotti della fascia D, imponeva che il sistema fosse in grado di rilevare ed equilibrare in modo interattivo e continuo il peso della persona in relazione alla sua postura, garantendo automaticamente e continuamente la minima pressione di contatto ad ogni cambio di posizione posturale;

d) è illegittima l'applicazione del principio di equivalenza solo ai prodotti di SERVICE in relazione alla caratteristica minima del capitolato che prevedeva la sezione della testa statica.

2) Violazione delle regole di gara ed in specie dell'art.1 del capitolato tecnico: ciò in quanto la Commissione giudicatrice, nel momento in cui ha deciso di non applicare il principio di equivalenza avrebbe dovuto escludere per gli stessi motivi SERVICE in relazione al sistema di sterilizzazione dei teli di copertura e al requisito della pressione media di contatto inferiore a 20 mmHg ;

3) Illegittimità del bando di gara, del capitolato tecnico e del disciplinare per violazione dell'art.83 d.lgs. n.163/2006, nella parte in cui individuano caratteristiche tecniche specifiche di un unico prodotto; irragionevolezza ed illogicità delle caratteristiche minime previste: il riferimento è alla caratteristica

della zona testa del materasso e alla caratteristica che impone la pressione media non superiore a 20 mmHg.

4.1.) In via subordinata, illegittimità del bando di gara, del capitolato tecnico e del disciplinare di gara per violazione dell'art.68 d.lgs. n.163/2006 nella parte in cui non consentono di applicare il principio di equivalenza.

4.2.) Ancora in via subordinata, violazione dell'art.7 del disciplinare di gara e degli artt. 1 e 3 del capitolato; eccesso di potere per travisamento dei fatti e dei presupposti; motivazione contraddittoria e insufficiente: con questi motivi si censura l'operato della Commissione nella parte in cui ha dichiarato non idonei i presidi offerti da SCALIGERA, e si sostiene che l'offerta di questa avrebbe dovuto essere valutata positivamente ed ottenere un punteggio non dissimile da SERVICE essendo provvista di tutte le caratteristiche tecniche minime richieste dal capitolato di gara per ciascun presidio offerto.

Costituendosi in giudizio, SERVICE ha proposto ricorso incidentale con cui ha contestato l'ammissione alla gara di SCALIGERA sotto il profilo del difetto dei presupposti, in relazione all'art.38, comma 1, lett. F) d.lgs. n.163.

Con sentenza n.2727 del 28 giugno 2010 il TAR Veneto, Sezione I, pronunciandosi preliminarmente sul ricorso incidentale, lo ha accolto, riconoscendo illegittima la ammissione alla gara di SCALIGERA, e ciò per la considerazione che a norma dell'art.38 d. lgs. n.163 avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, atteso che con deliberazione 23.2.2006, n.287 il direttore generale della ASL n.12 Veneziana aveva disposto la risoluzione del contratto d'appalto stipulato con la stessa "per gravi e ripetuti inadempimenti dell'appaltatore, ritualmente contestati e di importanza tale da menomare la fiducia nell'adempimento dei successivi obblighi contrattuali".

Conseguentemente all'accoglimento del ricorso incidentale è stato dichiarato inammissibile il ricorso principale.

Avverso l'anzidetta sentenza SCALIGERA ha interposto appello, prospettando i seguenti motivi di gravame:

1) Violazione ed errata interpretazione dell'art.38, comma 1, lett.f), d.lgs. n.163/2006 e dell'art. 45 della direttiva 31/3/2004, n.2004/18/CE. Illogicità.

Ciò nell'assunto che la risoluzione del contratto con la USL n.12 Veneziana non poteva rappresentare una causa automatica di esclusione dalla partecipazione a qualsiasi gara, come ritenuto nella sentenza appellata. La stazione appaltante era tenuta invece a valutare i motivi della risoluzione del precedente contratto con altra Amministrazione, nonché la gravità dell'inadempimento, ed a rendere una adeguata motivazione.

2) In via subordinata, incostituzionalità della norma (ed eccesso di delega) per violazione dell'art.113 Cost. e del principio di imparzialità.

3) Violazione ed errata applicazione dell'art. 38 d.lgs. n.163/2006: ciò nell'assunto che non vi è stato alcun errore grave commesso da SCALIGERA nell'esercizio della sua attività professionale, e comunque non ogni risoluzione presuppone un errore grave e denota difetto di capacità professionale. Lo stesso C.T.U. nominato dal Tribunale di Venezia nella causa con la USL n.12 Veneziana ha ritenuto che le poche contestazioni formulate dalla Amministrazione a SCALIGERA rispetto ad oltre 11.000 presidi forniti rientrassero nella normalità di un rapporto contrattuale.

4) Assenza di motivazione in ordine: al tempo trascorso dalla risoluzione (quattro anni), alla assenza negli anni successivi di ulteriori controversie; alle risultanze della C.T.U.; alla circostanza che la USL Veneziana aveva ammesso SCALIGERA alla gara indetta dopo la risoluzione.

5) Erroneità della sentenza nella parte in cui dichiara inammissibile il ricorso principale per l'accoglimento del ricorso incidentale: ciò con riferimento al principio statuito dalla Adunanza Plenaria nella decisione n.11/2008 secondo cui, allorchè sia stato proposto un ricorso principale e un ricorso incidentale dalle

uniche due imprese ammesse alla gara d'appalto, ciascuno dei quali volto a far accertare che la controparte è stata illegittimamente ammessa alla gara, non può essere applicata la regola per la quale l'accoglimento del ricorso incidentale determina l'improcedibilità del ricorso principale, ma, data la simmetria delle posizioni processuali, debbono essere esaminati entrambi i ricorsi.

6) Erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui accoglie il ricorso incidentale. Con questo motivo si censura la ricostruzione dei fatti contenuta nel ricorso incidentale, secondo cui SCALIGERA: a) avrebbe taciuto l'episodio della risoluzione dichiarando la non sussistenza delle cause di esclusione, b) avrebbe computato il servizio svolto presso la USL n.12 Veneziana ai fini del raggiungimento del fatturato minimo; c) avrebbe citato il servizio svolto presso la USL n.12 Veneziana tra le referenze positive; d) non avrebbe prodotto il giudizio di positività del servizio svolto.

Con lo stesso atto di appello SCALIGERA ha poi riproposto tutti i motivi di censura dedotti in primo grado e non esaminati dal TAR.

Si sono costituiti in giudizio la USL n.16 di Padova e SERVICE, che hanno contestato la fondatezza di tutti i motivi di gravame prospettati dalla appellante ed hanno concluso per la reiezione dell'atto di appello.

Con successive memorie difensive la parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive posizioni.

Alla pubblica udienza del 4 marzo 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con l'appello in esame SCALIGERA censura la sentenza impugnata per avere accolto il ricorso incidentale con cui SERVICE contestava l'ammissione alla gara della impresa avversaria in relazione all'art.38, comma 1, lett. F) d.lgs. n.163/2006; dopo di che ripropone i motivi di gravame del proprio ricorso principale dichiarato inammissibile dal TAR .

2. I motivi di censura (da 1 a 4) che si appuntano sull'accoglimento del ricorso incidentale, e che possono essere trattati congiuntamente, sono fondati.

Secondo il ricorrente incidentale, SCALIGERA avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara indetta dalla USL n.16 di Padova per la fornitura di sistemi antidecubito a causa della risoluzione del contratto deliberata nei suoi confronti dalla USL n.12 Veneziana "per gravi e ripetuti inadempimenti dell'appaltatrice di importanza tale da menomare la fiducia nell'adempimento dei successivi obblighi contrattuali". E ciò in applicazione dell'art. 38, comma 1, lett.f) d.lgs. n.163 per il quale debbono essere esclusi i soggetti "che, secondo motivata valutazione della stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante".

Ritiene il Collegio che nel caso in esame non si ravvisino i presupposti per l'applicazione di detta disposizione.

Al riguardo l'odierna appellante ha contestato che la intervenuta risoluzione del contratto con la USL n.12 Veneziana potesse considerarsi conseguenza di un grave inadempimento, e per ciò stesso facesse venir meno la sua affidabilità. Ed a comprova di ciò ha richiamato, da un lato, la relazione del C.T.U. depositata presso il Tribunale di Venezia nella causa instaurata da SCALIGERA contro la USL n.12 Veneziana in opposizione alla risoluzione del contratto; dall'altro, la circostanza che la stessa USL l'aveva invitata ad altra gara pubblica indetta successivamente all'episodio della risoluzione del contratto.

Orbene, che la risoluzione pronunciata cinque anni prima da altra Amministrazione non rivestisse gravità tale da comportare l'esclusione di SCALIGERA dalla gara è stato riconosciuto anche dalla USL n.16 di Padova nella procedura di gara all'esame del Collegio, se è vero che questa l'ha ammessa alla

gara, dopo aver affrontato espressamente la questione dei pregressi rapporti con la USL.n.12 Veneziana ed aver valutato i chiarimenti forniti dalla impresa.

Ma in disparte ogni considerazione in ordine alla gravità dell'inadempimento contestato a SCALIGERA, e dunque alla sussistenza o meno, nella fattispecie in esame, di un "errore grave" commesso nell'esercizio della sua attività professionale (come richiesto dal citato art. 38, comma 1, lett.f)), la decisione del TAR di annullare la ammissione alla gara di SCALIGERA è palesemente illegittima per altre decisive ragioni: la disposizione anzidetta presuppone infatti, ai fini della esclusione dalla procedura di affidamento dell'appalto, che la determinazione sia assunta dalla stessa stazione appaltante, dal momento che solo a questa spetta di valutare la sussistenza del necessario rapporto fiduciario con l'impresa alla luce dei suoi precedenti contrattuali; e presuppone inoltre che alla esclusione si addivenga a seguito di una "motivata valutazione" della stazione appaltante, che, oltre a fornire una adeguata prova dell'inadempimento, evidenzi come questo risulti rilevante sotto il profilo della affidabilità dell'impresa. E la valutazione della stazione appaltante non può che essere connotata da un ampio margine di discrezionalità, essendo rimesso al suo apprezzamento il giudizio in ordine alle violazioni commesse nella esecuzione di precedenti rapporti (in tal senso anche Cons.St. V, 21 gennaio 2011, n.409).

Pertanto, in assenza di una determinazione della stessa stazione appaltante diretta ad escludere dalla gara l'odierna appellante sulla base di una motivata valutazione dei suoi pregressi rapporti contrattuali, non può essere considerata illegittima la ammissione alla gara della odierna appellante.

Non può essere dunque condivisa la pronuncia del primo giudice che, in accoglimento del ricorso incidentale di SERVICE, ha statuito l'illegittimità di tale ammissione.

3. Con l'accoglimento dei motivi d'appello concernenti il ricorso incidentale, rimane assorbito il motivo sub 5) che denunciava la erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato inammissibile il ricorso principale nell'assunto che, data la simmetria delle posizioni processuali, il primo giudice avrebbe dovuto esaminare entrambi i ricorsi.

Una volta respinto, per le considerazioni sopraesposte, il ricorso incidentale di SERVICE che mirava ad escludere dalla gara l'odierna appellante, risulta infatti travolto anche il capo della sentenza che ha dichiarato inammissibile il ricorso principale di SCALIGERA.

4. Si può allora passare all'esame dei motivi già formulati con il ricorso introduttivo di SCALIGERA, dichiarati inammissibili per la ritenuta fondatezza del ricorso incidentale, e che vengono riproposti con l'odierno atto di appello.

Tutti i motivi dedotti sono infondati.

4.1. Con una prima serie di censure (quelle prospettate con il motivo sub 1)) l'appellante contesta il giudizio di non idoneità espresso nei confronti della sua offerta dalla Commissione giudicatrice.

Sostiene al riguardo che la Commissione avrebbe errato nella applicazione dei criteri fissati nel capitolato ed avrebbe altresì violato i canoni della imparzialità e della "par condicio" avendo utilizzato il principio di equivalenza previsto dall'art.68, comma 4, d.lgs.n.163/2006 solo a vantaggio di SERVICE.

La prospettazione dell'appellante non può essere condivisa per le considerazioni che seguono.

Giova intanto osservare che il giudizio di non idoneità dei presidi offerti da SCALIGERA è stato motivato con la mancanza di alcuni requisiti tecnici richiesti dal capitolato e ritenuti essenziali alla funzione preventiva del sistema antidecubito, per il quale è indispensabile che il contatto con il materasso non provochi quelle piccole necrosi che conducono inevitabilmente alla temuta piaga da decubito.

Per quanto concerne in particolare i sistemi antidecubito di fascia D (“superficie di supporto ad aria a fluttuazione dinamica avanzata indicato per persone a rischio molto elevato...”) –cui si riferiscono i motivi di censura dedotti da SCALIGERA– tra le caratteristiche minime richieste dal capitolato erano indicate le seguenti:

a)“Il sistema deve essere in grado di rilevare ed equilibrare in modo interattivo il peso della persona in relazione alla sua postura garantendo automaticamente (senza alcuna necessità di intervento di regolazione o di impostazione da parte dell’operatore) e continuamente la minima pressione di contatto ad ogni cambio posturale”;

b)“deve essere garantito il mantenimento continuo della pressione media di contatto nel range operativo non superiore a 20 mmHg (indicare i valori precisi)”;

c)“la sezione della testa deve essere statica per evitare fastidiosi movimenti della persona”.

Orbene, è incontestabile che l’offerta di SCALIGERA non presentasse una esatta corrispondenza con i requisiti richiesti dal capitolato.

Infatti, quanto al requisito sub a): è stata riscontrata l’assenza di un meccanismo di regolazione automatica della pressione del materasso in quanto il prodotto “Quatto Acute” di SCALIGERA prevedeva la necessità di una impostazione iniziale manuale da parte dell’operatore, con ciò esponendo il paziente al rischio derivante da un errore di impostazione.

Quanto al requisito sub b): dalla documentazione fornita da SCALIGERA (Manuale d’uso) si desume che la pressione media dei propri materassi è inferiore a 30 mmHg (anziché ai 20 richiesti dal capitolato).

Quanto al requisito sub c): è pacifico che il presidio medico presentato da SCALIGERA non presentasse la sezione della testa statica, e quindi poteva provocare quei movimenti e oscillazioni della testa che il modello indicato dal capitolato si proponeva di evitare.

A fronte di così evidenti difformità rispetto alle prescrizioni del capitolato, i rilievi e le spiegazioni formulate dall'appellante nel tentativo di dimostrare l'idoneità tecnica dei propri presidi, appaiono vani; né può giovare appellarsi al principio di equivalenza sancito dall'art.68, comma 4, d.lgs.n.163/2006, dal momento che la valutazione diretta a stabilire se i prodotti offerti da SCALIGERA fossero equivalenti, quanto a risultato, a quelli descritti nel capitolato non può che essere riservata alla Commissione giudicatrice; in ogni caso, considerate le difformità rispetto al capitolato come sopra precisate, non appare affatto illogico che la Commissione abbia ritenuto di non poter applicare il principio di equivalenza.

Sempre con riferimento alle valutazioni espresse in ordine ai suoi presidi offerti da SCALIGERA, questa ha lamentato, denunciando la violazione dei principi di imparzialità e "par condicio", che la Commissione avrebbe prima valutato come non idonea la sua offerta per mancanza del requisito della "autoclavabilità" dei teli di copertura dei materassi antidecubito; e che successivamente, dopo aver constatato che anche i prodotti di SERVICE non possedevano tale requisito, avrebbe deciso, per non dover escludere anche quest'ultima, di ammettere entrambe le offerte.

Anche la doglianza ora riferita è priva di pregio.

A prescindere invero dalla pur decisiva considerazione che, come sottolineato dalla difesa delle controparti, mancherebbe l'interesse a dedurre una siffatta censura, la tesi dell'appellante secondo cui il "modus procedendi" della Commissione rivelerebbe l'intento di favorire SERVICE si basa su mere illazioni prive di alcuna valenza probatoria relativamente alla dedotta violazione della "par condicio".

4.2. Nemmeno può essere condiviso l'assunto dell'appellante laddove sostiene (con il motivo sub 2)) che, ove per SERVICE non fosse stato applicato il principio di equivalenza (come è avvenuto per SCALIGERA), anch'essa sarebbe rimasta esclusa, dal momento che alcuni presidi da essa offerti (ad es. il sistema di

sterilizzazione dei teli di copertura) non erano esattamente conformi a quanto richiesto dal capitolato. E ciò in quanto il giudizio sulla equivalenza costituisce espressione di discrezionalità tecnica riservata alla Amministrazione, ed è censurabile solo in presenza di una palese illogicità che nel caso in esame non è dato ravvisare.

4.3. La ricorrente censura poi (con il motivo sub 3)) il bando, il capitolato e il disciplinare di gara, per essere state stabilite specifiche tecniche contraddittorie e con il solo fine di favorire SERVICE (il riferimento è ai requisiti della “staticità della testa del materazzo”, e della “pressione media non superiore a 20 mmHg”), e per aver previsto la gara a lotto unico.

La doglianza appare del tutto generica e non offre elementi validi a dimostrare l'intento della Amministrazione di voler favorire l'impresa concorrente.

4.4. Con un ulteriore motivo di gravame (sub 4)), dedotto in via subordinata, si è prospettata la illegittimità della esclusione dell'appellante nella considerazione che questa avrebbe comunque meritato un punteggio (anziché essere esclusa), avendo presentato dei prodotti che possedevano caratteristiche equivalenti a quelle indicate nel capitolato.

Ma al riguardo appare del tutto ovvio che all'offerta presentata da SCALIGERA poteva essere attribuito un punteggio solo a condizione che fosse stata ritenuta, preventivamente, conforme alle indicazioni del capitolato.

5 In conclusione, l'appello di SCALIGERA va accolto nella parte in cui è stato impugnato l'accoglimento da parte del TAR del ricorso incidentale di SERVICE. Da ciò consegue l' illegittimità dell'ammissione alla gara della odierna appellante; va respinto con riguardo ai motivi di gravame già dedotti in primo grado e riproposti nella presente sede, restando confermata la aggiudicazione dell'appalto in favore di SERVICE.

6. Sussistono giusti motivi per compensare integralmente le spese processuali del presente grado di giudizio tra tutte le parti in causa, stante la complessità delle questioni dedotte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, respinge il ricorso incidentale proposto da SERVICE, e respinge altresì il ricorso principale di SCALIGERA.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Roberto Capuzzi, Consigliere

Lanfranco Balucani, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/04/2011

IL SEGRETARIO

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