



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3977 del 2010, proposto da:
Carestream Health Italia S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Maria Cristina Lenoci, con domicilio eletto presso Maria Cristina Lenoci in Roma, via Cola di Rienzo N. 271;

contro

Soresa (Societa' Regionale per la Sanita') Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Leopoldo Di Bonito, con domicilio eletto presso Leopoldo Di Bonito in Roma, largo Arenula,34; Regione Campania;

nei confronti di

Mi Medical Srl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 02206/2010, resa tra le parti, concernente affidamento lotti relativi alla fornitura mediante noleggio di "sistemi di RIS e PACS completi di digitalizzazione diretti ed indiretti"

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Soresa (Società Regionale per la Sanità) Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 ottobre 2010 il Cons. Francesca Quadri e uditi per le parti gli avvocati Lenoci e Manzia, su delega dell'avv. Di Bonito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dalla Società regionale per la Sanità s.p.a. per la fornitura mediante la formula del noleggio di sistemi RIS/PACS completi di sistemi di digitalizzazione diretti ed indiretti suddivisi in tre lotti, aggiudicata mediante il criterio dell'offerta al prezzo più basso, collocandosi con riferimento al lotto n. 1 al terzo posto.

Ha impugnato l'aggiudicazione unitamente agli atti di gara, compreso il bando, in riferimento al lotto n. 1, deducendo l'illogicità del criterio di aggiudicazione in considerazione della complessità dell'offerta tecnica richiesta, la violazione degli articoli 4 e 5 del disciplinare di gara, per non avere la società committente pubblicato sul proprio sito Internet 32 chiarimenti resi su quesiti formulati dalle ditte concorrenti e l'illegittimità della commistione fra le procedure di gara che, contraddittoriamente rispetto all'automatismo connesso all'applicazione del criterio del prezzo più basso, ha richiesto l'intervento valutativo di una commissione tecnica, peraltro operante in violazione del principio di collegialità perfetta.

Il Tar ha respinto il ricorso, ritenendo non illogica e ricadente nella discrezionalità dell'amministrazione la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, essendo dettagliatamente descritti nel disciplinare e negli allegati tutti gli elementi progettuali dell'offerta così da non lasciare margini di definizione dei contenuti dell'appalto alle imprese e costituendo il prezzo l'unica variabile ; escludendo che le modalità di pubblicazione delle risposte ai quesiti soggiacessero ad una particolare disciplina normativa; considerando attività di mera verifica della corrispondenza dell'offerta alle caratteristiche progettuali, non impedita dal criterio di aggiudicazione prescelto né sottoposta al principio di perfetta collegialità, l'attività espletata dalla commissione.

Carestream Health Italia ha proposto appello , censurando la sentenza i) per non avere considerato l'inadeguatezza del criterio di scelta rispetto alle caratteristiche dell'appalto, a causa dei caratteri innovativi e ad alto contenuto tecnologico non standardizzato e per questo oggetto di critica da parte dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori , servizi e forniture (deliberazione n. 65/09), tali da esigere una valutazione dell'offerta tecnica come desumibile dai contenuti del capitolato tecnico; ii)per aver considerato legittima la mancata pubblicazione dei chiarimenti in violazione del principio di non discriminazione; iii)per aver ritenuto come attività di semplice verifica la valutazione delle offerte delle partecipanti svolta dalla Commissione di gara senza il plenum dei propri membri.

Si è costituita la SORESA sostenendo la congruità del criterio prescelto rispetto alle dettagliate prescrizioni tecniche contenute nel disciplinare e nei numerosi allegati nonché rispetto all'obiettivo di equilibrio della gestione corrente del debito della sanità da salvaguardare; la non vincolatività del parere dell'Autorità, superato dalla approfondita motivazione del giudice di prime cure; la mancata dimostrazione della lesione della par condicio per effetto della mancata pubblicazione dei chiarimenti, peraltro non prescritta da alcuna normativa; la

natura preparatoria e di mera verifica di conformità dei sistemi offerti dai concorrenti rispetto al disciplinare dell'attività svolta da un gruppo tecnico di esperti e non dalla Commissione.

Le parti hanno depositato memorie.

All'udienza del 19 ottobre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo, l'appellante impugna la sentenza per avere respinto le proprie censure di inadeguatezza ed illogicità del criterio di gara, basato sul prezzo più basso, stante la natura non standardizzata dell'offerta, ma sottoposta a rilevanti differenze tecnologiche; estendendosi le prestazioni a servizi di variabile entità e qualità comprendenti la manutenzione dei macchinari forniti e la formazione del personale utilizzatore; dovendosi desumere dal disciplinare, per l'ampiezza dei suoi contenuti e per la richiesta ai proponenti di offrire la migliore prestazione possibile, una valutazione della qualità della proposta. Ha inoltre invocato a riprova della propria tesi la posizione espressa dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sulla gara oggetto di impugnativa nella deliberazione n. 65/09, in cui l'organismo di vigilanza, avuto riguardo alle prestazioni richieste, pone in rilievo la non conformità della scelta dell'amministrazione ai criteri che ispirano il sistema dell'aggiudicazione al prezzo più basso suggerendo di adottare quello dell'offerta qualitativamente più vantaggiosa.

Di contro, la So.re.sa., chiedendo la conferma della decisione di primo grado, sottolinea la piena discrezionalità dell'amministrazione nella scelta del criterio di aggiudicazione, improntato ad esigenze di economicità compatibili con prestazioni predeterminate e comunque minuziosamente descritte nei numerosi allegati al capitolato speciale, tali da escludere la valutazione del differenziale qualitativo delle apparecchiature, di cui è stata verificata la sola corrispondenza tecnica alle

prescrizioni della legge di gara. Rileva la natura non vincolante del parere dell'Autorità di vigilanza rispetto alle scelte della So.re.sa.

2. Il motivo è fondato.

Rientra nei poteri discrezionali dell'amministrazione appaltante operare la scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base alle caratteristiche dell'appalto, avendo di mira unicamente la garanzia della libera concorrenza e la selezione della migliore offerta (Corte di Giustizia C.E. sent. 7 ottobre 2004, in causa C- 247/02, Cons. St. Sez. IV, 23 settembre 2008, n. 4613, Sez. VI, 3 giugno 2009, n. 3404). Da tale principio discende la sindacabilità del criterio prescelto solo in caso di manifesta illogicità, inadeguatezza o travisamento.

La scelta tra i criteri ,che sono quindi astrattamente equiordinati , deve orientarsi tenendo presente l'unicità e l'automatismo del criterio del prezzo più basso e la pluralità e variabilità dei criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa, quali il prezzo, la qualità, il pregio tecnico, il servizio successivo alla vendita, l'assistenza tecnica, ecc.

Pertanto, è da considerare manifestamente illogica la scelta del criterio del prezzo più basso quando la legge di gara attribuisca rilievo ad aspetti qualitativi variabili dell'offerta, in riferimento al particolare valore tecnologico delle prestazioni, al loro numero , al livello quantitativo e qualitativo dei servizi di formazione del personale e di manutenzione delle apparecchiature. In questi casi la pluralità di elementi presi in considerazione dalla lex specialis si pone in contrasto con la caratteristica unicità del criterio del prezzo più basso comportando la violazione degli articoli 81 e 82 del d. lgs. n. 163 del 2006.

3. Nella specie, la gara riguarda l'innovativo processo di digitalizzazione dei sistemi di produzione, visualizzazione, refertazione, archiviazione e trasmissione (teleradiologia tra strutture ospedaliere) di immagini radiologiche mediante il

passaggio dai sistemi di radiologia basati sull'impressione delle immagini su pellicola a quelli in formato digitale.

Il capitolato speciale prevede, per quanto riguarda il lotto n. 1, la fornitura mediante noleggio dei sistemi RIS/PACS e loro componenti, compreso il servizio di manutenzione con fornitura di pezzi di ricambio, i lavori di rifacimento dei locali e dell'impiantistica, l'assistenza tecnica, la formazione del personale.

L'art. 3 del capitolato richiede alle imprese di proporre sistemi "che rappresentino il meglio della loro produzione in termini di tecnologia RIS/PACS, workstation, CR, sistemi di stampa e DR" e stabilisce che "tutte le specifiche descritte nel presente capitolato tecnico sono da ritenersi minime. Saranno escluse dalle fasi di aggiudicazione le offerte che non rispettino tali caratteristiche minime"; quanto all'assistenza tecnica, si richiede alle imprese di avanzare soluzioni che impediscano di bloccare l'attività dell'Azienda; in ordine alla formazione del personale, si chiede alle offerenti di indicare le modalità dei corsi di addestramento, con riferimento alla durata, ai diversi livelli, al numero dei docenti, alla loro qualificazione. Anche nei numerosi allegati contenenti le specifiche tecniche, accanto a caratteristiche evidentemente standardizzate delle apparecchiature, si richiedono prestazioni indicate con riferimento ad "elevato" numero di funzioni (v. allegati 2,3,4 e 5).

4. Il rilievo attribuito a tali elementi qualitativi, evidentemente di fondamentale importanza ai fini della selezione della migliore offerta, smentisce vistosamente l'impostazione difensiva delle appellate, accolta dal primo giudice, secondo cui l'unico criterio che avrebbe guidato l'affidamento dell'appalto sarebbe quello di economicità della prestazione a livelli qualitativi più che sufficienti, posto che la legge di gara ed, in particolare, il capitolato lasciano margini di definizione alle imprese concorrenti inducendole ad avanzare l'offerta tecnologicamente e complessivamente migliore, secondo elementi di valutazione ulteriori rispetto a quello del prezzo più basso.

Tali illogicità e contraddittorietà, concretanti nei loro effetti una violazione dell'art. 81, comma 2 del Codice dei contratti, sono state correttamente colte dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nella propria deliberazione n. 65 del 16 luglio 2009, che avrebbe dovuto orientare la stazione appaltante nella sua azione essendo chiara la necessità di standardizzare le prestazioni, ove tecnicamente possibile e nell'interesse dell'amministrazione o, in alternativa, adeguare il criterio di scelta all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto, seguendo quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

5. Né può attribuirsi rilievo alla motivazione emergente dalle premesse della delibera di indizione della gara n. 70 del 14 novembre 2008, posto che le esigenze di contenimento della spesa pubblica non sono di per sé sole idonee a superare il principio di adeguatezza del criterio di aggiudicazione rispetto alle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto sancito dall'art. 81, c. 2 del Codice dei contratti (Cons. St. Sez. V, 26 febbraio 2010 n. 1154).

6. Dall'accoglimento del primo motivo, discende conseguentemente anche la fondatezza di quello inerente la violazione del principio di collegialità perfetta da parte del gruppo tecnico incaricato di comparare le offerte con le caratteristiche tecniche, posto che quella che le appellate definiscono come operazione di mera verifica implicava, invece, l'esercizio di veri e propri poteri di valutazione connessi all'ampiezza delle opzioni date ai partecipanti per la formulazione della propria offerta.

7. L'accoglimento dei motivi esaminati, tale da travolgere la gara svoltasi ed imporre la sua integrale rinnovazione, esime il Collegio dall'esaminare gli ulteriori motivi d'appello.

8. Non sussistono, tuttavia, i presupposti ai sensi degli articoli 121 e 122 del codice del processo amministrativo per accogliere la richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more del giudizio.

9. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso di primo grado .

Condanna l'appellata alla rifusione in favore dell'appellante delle spese di doppio grado di giudizio liquidate in euro 3.000,00 (tremila).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2010

IL SEGRETARIO

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