

N. 01360/2014REG.PROV.COLL.
N. 00654/2013 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 654 del 2013, proposto da:

Hmt High Medical Technologies S.r.l.,

rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, presso il cui studio ha eletto domicilio, in Roma, via di Ripetta, 142;

contro

Edap Technomed Italia S.r.l.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianni Zgagliardich, Luigi Manzi ed Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi, in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

nei confronti di

Azienda Ospedaliero Universitaria S. Maria della Misericordia di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi,

non costituita nel presente grado di giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. FRIULI-VENEZIA GIULIA, sezione I n. 402/2012, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura in noleggio di un litotritore extracorporeo.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Edap Technomed Italia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Viste l'ordinanza istruttoria del 6.6.2013, n. 3121 e la relazione tecnica del verificatore del 19.10.2013;

Visto il dispositivo di sentenza n. 928/2014;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2014, il Cons. Hadrian Simonetti;

Uditi per le parti, alla stessa udienza, gli avvocati C. Giubileo su delega di G.F. Ferrari, G. Zgagliardich e L. Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato il 15.7.2011 l'Azienda Ospedaliera universitaria S.Maria della Misericordia di Udine ha indetto una procedura aperta per l'affidamento della "fornitura in noleggio di un litotritore extracorporeo", per un importo a base d'asta di 230.000,00 euro, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la durata di 60 mesi.

1.1. Per quanto più rileva in questa sede, l'art. 8 del disciplinare stabiliva che i prodotti offerti dovessero avere le caratteristiche

tecniche prescritte nell'allegato 1 del capitolato speciale a pena di esclusione e tra le caratteristiche/specifiche tecniche vi era quella che prevedeva una "profondità di penetrazione focale non inferiore a 170 mm".

Al punto 2 dell'allegato si prevedeva inoltre, in conformità con l'art. 68 del Codice dei contratti, che ulteriori o diversi requisiti tecnico-funzionali (dell'apparecchiatura) sarebbero stati ammessi a condizione che il concorrente dimostrasse concretamente, quanto meno, la loro equivalenza,

2. La procedura, alla quale hanno partecipato sei concorrenti, è stata aggiudicata in favore di HMT, risultata la prima classificata grazie soprattutto al punteggio ottenuto per l'offerta economica.

3. Edap, terza classificata finale ma migliore offerente per la parte tecnica (dove ha ottenuto il punteggio massimo), ha proposto ricorso deducendo la violazione dell'art. 68 del Codice dei contratti e del capitolato speciale, sostenendo che le prime due classificate, HMT e Dornier, andassero escluse in quanto l'offerta di entrambe aveva ad oggetto apparecchiature con penetrazione focale inferiore a 170 mm, il che avrebbe tra l'altro consentito loro di offrire maggiori ribassi per la parte economica.

4. Il Tar, disposta consulenza tecnica d'ufficio al fine di accertare se profondità di penetrazione focale e profondità focale fossero sinonimi o concetti differenti e se comunque l'apparecchio offerto da HMT garantisse le prestazioni richieste, all'esito della stessa ha accolto il ricorso.

4.1. Ciò sul duplice rilievo che profondità di penetrazione focale e profondità focale siano termini sinonimi e che per trattare con efficacia e sicurezza un calcolo a 170 mm di profondità sia necessario un litotritore che abbia una profondità focale appunto di 170 mm, senza che la profondità focale di 150 mm, assicurata da HMT, possa ritenersi equivalente.

5. Con il presente appello HMT ha censurato la sentenza di primo grado sotto vari profili, sostenendo, anche attraverso perizie di parte prodotte in questa sede, l'esistenza sul mercato di una varietà di generatori elettroidraulici (diversi dal modello preso a riferimento dal ctu), l'autonomia dei due concetti di profondità di penetrazione focale e profondità focale e, nello specifico, la piena conformità dell'apparecchio offerto da HMT alle indicazioni del capitolato. In subordine, dato l'emergere di un'obiettiva situazione di incertezza interpretativa, ha chiesto di vedersi riconoscere l'errore scusabile, sul presupposto che nella propria offerta non fosse riscontrabile alcuna carenza sostanziale.

5.1. Si è costituita la Edap, replicando con articolate memorie difensive.

5.2. Rinviato al merito l'esame della domanda cautelare sull'accordo delle parti e disposto un nuovo accertamento tecnico per mezzo di una verifica demandata all'Istituto Superiore di Sanità sulle caratteristiche dell'apparecchio offerto dall'impresa appellante, all'udienza pubblica del 20.2.2014, in vista della quale le difese hanno depositato ulteriori memorie, la causa è passata in decisione.

6. L'appello è infondato e va respinto, per le seguenti ragioni.

6.1. Deve muoversi dal dato incontestato, risultante chiaramente dall'offerta tecnica presentata dalla HMT, secondo cui l'apparecchiatura proposta da detta impresa ha una "profondità focale" di 150 mm.

6.2. Ciò posto, ricordato come il capitolato speciale richiedesse tra le varie specifiche tecniche una "profondità di penetrazione focale non inferiore a 170 mm", la tesi dell'originaria ricorrente Edap - accolta nella sentenza impugnata - è nel senso che, sul presupposto che i concetti di "profondità focale" e "profondità di penetrazione focale" coincidano, l'apparecchiatura offerta da HMT (come anche quella offerta da Dornier, seconda classificata) non avrebbe i requisiti richiesti dalla legge di gara a pena di esclusione.

6.2.1. L'offerta di un'apparecchiatura carente, per difetto, di una delle specifiche tecniche – aggiunge sempre l'originaria ricorrente – non solo sarebbe in contrasto con la legge di gara e con l'art. 68 del Codice dei contratti, ma, comportando un corrispondente ed illegittimo risparmio di spesa, avrebbe consentito a HMT (come anche a Dornier) di offrire un ribasso di prezzo maggiore, assicurando ad entrambe un vantaggio competitivo ingiustificato e discriminatorio, rivelatosi determinante.

6.3. L'odierna appellante contesta in radice l'esattezza del presupposto secondo cui i concetti di "profondità focale" e "profondità di penetrazione focale" coinciderebbero, assumendo invece che il secondo termine indicherebbe un parametro fisico del tutto

autonomo, che sarebbe dato dalla sommatoria tra la profondità del fuoco (pari, nel suo caso, 150 mm) e la metà della lunghezza del volume focale (pari a 108 mm/2), che nel caso di specie darebbe un risultato finale pari a 204 mm, quindi abbondantemente superiore al minimo di 170 mm prescritto dal capitolato di gara.

6.3.1. A fondamento di tale ricostruzione alternativa la difesa di HMT ha prodotto perizie di parte (una del Prof. Fornara, un'altra dell'Ing. Mauro Valente), che confuterebbero il risultato della ctu disposta in primo grado, ponendo in luce l'esistenza di una pluralità di modelli di litotritore quando invece il Consulente tecnico d'ufficio si sarebbe basato su di un solo prototipo, e da cui si ricaverebbe la prova che l'apparecchio offerto dalla HMT aveva invece le stesse caratteristiche richieste dalla legge di gara o, in subordine, comunque caratteristiche quanto meno equivalenti.

6.4. Così riassunte le contrapposte deduzioni di parte, preso atto che il contrasto aveva ad oggetto anche – se non soprattutto – questioni di natura prettamente tecnica concernenti le specifiche dell'oggetto della fornitura, questa Sezione ha disposto un supplemento di istruttoria demandando all'Istituto Superiore della Sanità due quesiti:

6.4.1. il primo, più formale o concettuale, volto a chiarire se i termini di “fuoco”, “penetrazione focale” e “profondità focale” si identifichino o meno;

6.4.2. il secondo, più sostanziale, volto ad appurare se il litotritore offerto da HMT fosse efficace anche alla profondità pari o maggiore di 170 mm e se, comunque, il suo impiego non potesse comportare

effetti indesiderati pregiudizievoli per i pazienti.

6.5. All'esito della verifica, espletata nel contraddittorio tra le parti, l'Ing. Grigioni, Direttore del reparto di Biomeccanica e Tecnologie riabilitative, delegato per l'incombente dal Presidente dell'Istituto Superiore della Sanità, ha depositato una relazione scritta, nella quale, dopo avere ripercorso il quadro regolatorio ed i principali modelli di apparecchiatura per litotrissia (cfr. pp. 1-5), ha osservato come la legge di gara, nel richiedere tra le specifiche tecniche una "profondità di penetrazione focale non inferiore a 170 mm", abbia fatto riferimento ad un termine – quello di "penetrazione focale" – che è estraneo alla normativa tecnica (CEI EN 61846), che non è definito specificamente nel capitolato e che, nel linguaggio impiegato dai fabbricanti, riceve significati differenti (cfr. pp. 6-7).

6.5.1. Da qui l'impossibilità di dare una risposta univoca al primo dei quesiti.

6.5.2. Quanto al secondo quesito, la relazione muove dal presupposto che, in linea generale, la coincidenza tra punto di fuoco e target (cioè il calcolo, renale o uretrale) sia la soluzione ottimale e che, invece, la mancata coincidenza possa comportare dei rischi, non essendo garantiti i requisiti essenziali di sicurezza.

Nel caso dell'apparecchiatura HMT, si osserva come il suo operare in condizioni di (deliberata) non coincidenza tra fuoco e target imponga, per raggiungere la distanza richiesta dalla legge di gara, di aumentare il numero di impulsi necessari a frammentare il target e come, in ragione di ciò, "non sono potenzialmente da escludere danni ai

tessuti, dovendo aumentare il numero degli impulsi utili” (v. Relazione, a p. 11); ciò tanto più nel caso di pazienti obesi, dove la riduzione della distanza tra calcolo e fuoco, necessaria per bilanciare la non elevatissima profondità di fuoco, “non rappresenta una condizione di assicurato trattamento” (p. 12).

6.6. Deve a questo punto sottolinearsi come le relazioni del verificatore e del ctu, pur muovendo da un’impostazione sensibilmente differente per quanto concerne la nozione di “profondità di penetrazione focale” – termine al quale il verificatore attribuisce un significato atecnico quasi gergale, mentre il ctu sembrerebbe riconoscergli dignità scientifica considerandolo sinonimo di “penetrazione focale” e di “fuoco” - giungono alle stesse conclusioni a proposito delle non dimostrate garanzie di sicurezza offerte dall’apparecchiatura HMT.

In entrambi gli elaborati peritali, infatti, emergono significativi dubbi sulla piena idoneità dell’apparecchiatura HMT ad assicurare un trattamento sicuro, dubbi più marcati nella relazione del ctu ma non meno presenti, ed anzi più ampiamente argomentati attraverso il riferimento al cd. “uso inteso” della macchina (per come definito dal fabbricante nel relativo libretto di istruzioni), anche nella relazione del verificatore.

6.7. Se queste sono le risultanze del duplice accertamento tecnico eseguito nel primo e nel secondo grado di giudizio, e se è vero che queste risultanze conducono in maniera coerente ed immune da vizi logici ad una valutazione di fondo sostanzialmente molto simile, che

non è efficacemente contraddetta dalla numerosa documentazione prodotta dalla HMT (comprese le perizie di parte che per quanto in tesi autorevoli hanno, come noto, il valore di semplici indizi – Cass., sez. III, n. 9551/2009), reputa il Collegio che il tema della controversia non possa essere ridotto ad una mera questione formale o terminologica.

6.8. Al di là della possibile equivocità della legge di gara (peraltro non impugnata), nella parte in cui utilizza un termine – “profondità di penetrazione focale” – in ipotesi di non univoco e condiviso significato, all’esito dell’istruttoria effettuata quello che emerge è che, da un lato, HMT ha offerto un’apparecchiatura che non era del tutto conforme a tutte le specifiche tecniche alle quali aveva inteso fare riferimento la stazione appaltante (nonché – ha precisato il verificatore – al cd. “uso inteso” della macchina); e che, dall’altro, HMT non ha dimostrato in modo soddisfacente, nonostante l’ampia attività istruttoria posta in essere nell’arco dell’intero giudizio, l’equivalenza delle specifiche tecniche caratterizzanti la propria apparecchiatura.

6.9. Se infatti assumiamo come dato certo che la stazione appaltante avesse richiesto una macchina idonea ad essere impiegata per trattamenti di calcoli sino a 170 mm di distanza - come peraltro Edap allega essere accaduto anche in occasione della precedente gara del 2008, quando aveva escluso i concorrenti che avevano offerto apparecchiature con profondità di penetrazione focale inferiore a 170 mm: affermazione rilevante, che trova riscontro nei documenti

allegati al ricorso originario di primo grado e che non è stata efficacemente contestata dalle controparti - quello che emerge dalle due istruttorie compiute è che l'apparecchiatura HMT, per colmare la sua minore profondità (o comunque per ovviare ad una condizione di non coincidenza tra fuoco e target), dovrebbe aumentare il numero di impulsi necessari, ricorrendo ad un trattamento non (ancora) certificato e di cui, per definizione, non possono escludersi possibili (e maggiori) rischi.

6.9.1. Si tratta, con ogni evidenza, di un limite sostanziale – rilevante potenzialmente anche nel rapporto contrattuale tra l'Azienda ospedaliera e i pazienti (v. Relazione a p. 11, penultimo capoverso) - che si traduce in una carenza di natura altrettanto sostanziale, e che nessuna incertezza interpretativa originata dalla legge di gara, per quanto in ipotesi prospettabile, può giustificare.

Per la stessa ragione non vale richiamare neppure il *favor participationis*, sovente invocato in sede di procedure di evidenza pubblica al cospetto di irregolarità formali o carenze documentali e quindi in ambiti e circostanze diversi da quelle ricorrenti nel caso qui in esame, dove, invece, trova conferma il duplice giudizio di non conformità e di non equivalenza tra la soluzione offerta da HMT ed il requisito tecnico specificamente richiesto dalla stazione appaltante nella legge di gara; *lex specialis* che deve essere applicata nel senso di preferire quella interpretazione che colleghi la specifica tecnica in esame (che individua le caratteristiche minime del prodotto, solo rispetto alle quali è ammissibile la dimostrazione di superiorità od equivalenza)

con le esigenze di massima efficacia terapeutica e di minor rischio possibile per il paziente, che ogni dispositivo medico è chiamato a soddisfare.

6.10. Preme peraltro osservare come si tratti di una valutazione prudenziale riferita al caso di specie e rapportata, quindi, a quanto specificamente (e discrezionalmente) richiesto dall'Azienda ospedaliera, per la gara in questione, nel capitolato speciale posto a base della stessa; sì che le considerazioni e le conclusioni sopra esposte non potranno estendersi automaticamente ad altre procedure, laddove le specifiche tecniche fossero diverse o laddove i concorrenti riuscissero a fornire, sulla base di elementi oggettivi più persuasivi e tranquillizzanti, la prova concreta dell'equivalenza.

7. In conclusione, per tutte le ragioni sin qui esposte, l'appello è infondato e va respinto.

8. La complessità delle questioni trattate e la perfettibile redazione della legge di gara costituiscono, nell'insieme, giustificati motivi per compensare integralmente le spese di lite tra le parti del giudizio.

9. Il compenso del verificatore va invece posto a carico della parte appellante che, contestando le risultanze della ctu, ha reso necessario tale ulteriore accertamento tecnico; con la precisazione che si procederà alla relativa liquidazione con separato provvedimento, previa presentazione della nota spese da parte del verificatore.

Resta inteso che, ove l'acconto fosse stato anticipato, in tutto o in parte, anche da Edap, l'appellante dovrà restituire tale anticipazione.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata. Spese processuali integralmente compensate fra le parti.

Pone le spese della verifica definitivamente a carico di parte appellante, nell'importo che sarà liquidato con separato provvedimento previa presentazione di nota spese da parte del verificatore, detratto quanto già ricevuto a titolo di acconto e con onere per l'appellante di rimborso alla parte appellata della quota di tale acconto già provvisoriamente posta a suo carico.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Cacace, Presidente FF

Roberto Capuzzi, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2014

IL SEGRETARIO

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