

N. 01993/2015REG.PROV.COLL.

N. 08147/2014 REG.RIC.



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 8147 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Toshiba Medical Systems s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto
presso l'avv. Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino n. 2/A;

contro

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono Pausilipon, rappresentata e difesa dall'avv. Gherardo
Marone, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Napolitano in Roma, via Sicilia n. 50;

nei confronti di

Philips s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Valter Cassola, con domicilio eletto presso il dott. Gian Marco
Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE V n. 05150/2014 e della sentenza
del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE V n. 06284/2014, resi tra le parti, concernenti aggiudicazione
gara mediante cottimo fiduciario per la fornitura di apparecchiature diagnostiche - mcp

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono Pausilipon e
di Philips s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 marzo 2015 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Vulpetti e Pafundi su delega di Cassola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con atto inoltrato per le notifiche il 10 ottobre 2014 e depositato il 13 seguente Toshiba Medical Systems s.r.l., partecipante alla gara in economia mediante cottimo fiduciario indetta dall'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale – AORN – “Santobono Pausillipon” di Napoli per la fornitura di due ecocardiografi, da aggiudicare col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ha appellato il dispositivo di sentenza 3 ottobre 2014 n. 5150 del TAR per la Campania, sede di Napoli, sezione quinta, di rigetto del suo ricorso per l'annullamento della deliberazione 17 marzo 2014 n. 140 del Direttore generale dell'AORN, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara in favore di Philips s.p.a..

A sostegno dell'appello Toshiba ha dedotto la fondatezza del proprio ricorso di primo grado in base ai due motivi di gravame riguardanti, il primo, l'inammissibilità dell'offerta economica Philips in quanto indicante un ribasso in cifre del 7,11% ed in lettere del “diciasettevirgolaundicipercento”, peraltro omettendo il terzo decimale richiesto dalla lettera d'invito ed entrambi non corrispondenti al prezzo in valore assoluto; ed il secondo l'inammissibilità dell'offerta tecnica della stessa Philips in quanto non conforme a quanto richiesto dal capitolato speciale d'appalto in ordine alla configurazione base delle apparecchiature, comprensive del modulo che permette l'utilizzo delle sonde opzionali cardiologiche volumetriche 3D/4D.

Le controparti si sono costituite in giudizio e con successive memorie hanno svolto controdeduzioni, alle quali l'appellante ha replicato.

Pubblicata in data 2 dicembre 2014 la sentenza n. 6284, con atto inoltrato per le notifiche il 30 dicembre 2014 e depositato il 13 gennaio 2015 Toshiba ha contestato le statuizioni in essa contenute proponendo i seguenti motivi aggiunti:

1.- Inammissibilità, non conformità e illegittimità dell'offerta economica Philips per violazione della *lex specialis* di gara. Discordanza tra ribasso offerto e presso ribassato. Discordanza tra cifre e lettere. Assoluta incertezza sul contenuto dell'offerta economica. Violazione del divieto di offerte alternative. Difetto di istruttoria e di motivazione.

Il TAR non considera che l'evidente discordanza dei dati economici dell'offerta comporta l'assoluta impossibilità di ricostruire l'effettiva volontà espressa da Philips in sede di partecipazione alla gara, non indica il percorso logico seguito per affermare la “certezza” del contenuto dell'offerta stessa, mentre non è logica né è motivata l'affermazione che il prezzo complessivo sarebbe “coerente” con le singole componenti; neppure tiene conto che la lettera d'invito imponeva a pena di esclusione di formulare l'offerta fino al terzo decimale.

2.- Inammissibilità, non conformità e/o inidoneità dell'offerta Philips. Violazione dell'allegato C – capitolato speciale di appalto. Carezza di elementi fondamentali dell'offerta Philips. Conseguente esclusione di Philips dalla gara. Omessa istruttoria e travisamento di fatto.

Il capitolato stabiliva che le apparecchiature fossero predisposte per impiegare anche le sonde cardiologiche volumetriche 3D/4D per adulti e pediatriche, richieste in opzione. Con chiarimenti del 27 settembre 2013 l'Amministrazione ha precisato la richiesta configurazione dei sistemi dev'essere, come da capitolato, comprensiva della predisposizione per i trasduttori 3D/4D e “deve prevedere i relativi trasduttori offerti in opzione ed utilizzabili senza ulteriori acquisti di moduli”. Di contro, Philips ha offerto tra gli accessori opzionali sia i “Moduli Live 3D per ricostruzioni 3D e 4D” sia le sonde per adulti e pediatriche, quotando a parte il corrispettivo, non compreso nel prezzo complessivo offerto. Pertanto erroneamente il TAR ha

ritenuto che l'offerta Philips, come quella Toshiba, fosse sostanzialmente conforme ai requisiti tecnico-funzionali richiesti dal capitolato in quanto in grado di effettuare le rilevazioni di immagini in 3D e 4D e necessitando, all'uopo, di elementi opzionali non compresi nell'offerta di base dell'ecografo; al riguardo, ha affermato la conformità della determinazione di ammettere l'offerta Philips al disposto dell'art. 68 del codice degli appalti, laddove impone di non respingere un'offerta per il motivo che i prodotti non sono conformi alle specifiche tecniche, quando l'offerente provi in modo ritenuto soddisfacente dalla stazione appaltante che le soluzioni da lui proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche.

In primo luogo, non è vero che l'offerta economica Philips contempra in offerta base il modulo "Live 3D". In realtà, tali moduli, offerti congiuntamente alle sonde e non scorporabili, sono inclusi tra gli accessori opzionali e sono quotati a parte. Difatti i codici prodotto NUSB840 e delle sonde risultano entrambi offerti solo in opzione. Ne consegue che l'ecografo Philips non è predisposto per la tecnologia 3D/4D necessitando per l'esecuzione delle predette rilevazioni di elementi ulteriori non compresi nell'offerta base, mentre quello Toshiba è già dotato dei kit 4/D e l'unico elemento ulteriore è la sonda opzionale, quotata a parte.

Neppure è vero che le offerte in questione prospettino soluzioni equivalenti, come indicato nella relazione tecnica prodotta dall'AORN in primo grado, relazione tecnica inammissibile perché redatta il 28 luglio 2014 e depositata il 30 seguente, quando il termine di 20 giorni liberi prima dell'udienza del 2 ottobre 2014 veniva a scadere il 26 luglio 2014.

Inoltre, perché sia applicabile il principio di equivalenza è necessario che la *lex specialis* vi faccia espresso riferimento e che nell'offerta sia data prova con qualsiasi mezzo appropriato dell'equivalenza, derivandone altrimenti l'automaticità dell'esclusione. Nella specie Philips non ha reso la dichiarazione di equivalenza nella propria offerta, né la stazione appaltante ha compiuto un'istruttoria volta ad accertare l'equivalenza del prodotto offerto. Del resto, non si tratta di prodotti equivalenti perché l'offerta Toshiba è l'unica conforme al capitolato, mentre l'altra avrebbe dovuto essere esclusa a termine della lettera d'invito, che espressamente commina l'esclusione in caso di prodotti non conformi al capitolato, e comunque dell'art. 46, co 1 *bis*, del codice dei contratti perché presenta difformità essenziali in quanto priva delle prescritte caratteristiche minime, o quanto meno penalizzata nel punteggio, il modulo non scorporato dalla sonda non potendo essere valutato qualitativamente.

Né i chiarimenti del 27 settembre 2013 modificano la *lex specialis*, confermando invece che le apparecchiature oggetto di offerta devono possedere caratteristiche simili al fine di rendere le offerte confrontabili e meritevoli dell'attribuzione di un punteggio coerente.

Anche ad ammettere che l'offerta Philips non sia chiara e si presti a interpretazioni difformi, avrebbe dovuto comunque essere esclusa esponendo l'Amministrazione al rischio di riconoscere due volte il corrispettivo delle componenti in esame, nonché in quanto sommando il prezzo complessivo offerto e i moduli "Live 3D" quotati tra gli accessori l'offerta sarebbe superiore alla base d'asta.

3.- Illegittima attribuzione del punteggio all'offerta tecnica Philips. Violazione dei principi di ragionevolezza, buon andamento, concorrenza ed economicità. Violazione dei criteri di valutazione delle offerte stabiliti nella *lex specialis* di gara. Eccesso di potere per contraddittorietà, perplessità, irragionevolezza, carenza di istruttoria.

Anche sotto il profilo tecnico l'offerta Philips avrebbe dovuto essere esclusa, come prescritto dalla *lex specialis*, in quanto non conforme al capitolato. Il TAR ha erroneamente ritenuto inammissibile tale censura per genericità. Ella ha peraltro censurato anche il punteggio assegnato a Philips, avendo la commissione valutato con il massimo la tecnologia 3D e 4D Live nei criteri 1, 5 e 8, mentre l'offerta, se non esclusa, avrebbe comunque meritato un punteggio inferiore, tale da consentire a Toshiba di ottenere il miglior posto in graduatoria.

Con memorie del 26 gennaio 2015 Philips e l'AORN hanno svolto controdeduzioni, a cui l'appellante ha replicato il 24 febbraio 2015.

All'udienza pubblica del 12 marzo 2015 la causa è stata introitata in decisione.

Ciò posto, con riguardo al primo motivo d'appello va preliminarmente ricordato che la lettera d'invito richiedeva "a pena di esclusione", oltre alla dichiarazione d'inclusione della garanzia dell'assistenza *full risk* per 24 mesi dal collaudo, l'indicazione nell'offerta economica del "prezzo singolo per ogni prodotto offerto, per gli accessori e quello complessivo dell'intera fornitura", franco di ogni onere e rischio, collaudo incluso (art. 1 "modalità di partecipazione", pag. 9).

L'offerta economica di Philips si è attenuta puntualmente a dette prescrizioni, avendo indicato il prezzo per ogni singolo prodotto, per gli accessori (obbligatori) e complessivo per l'intera fornitura, laddove quest'ultimo corrisponde precisamente alla somma dei prezzi singoli, nonché i prezzi degli accessori opzionali.

Pertanto, è irrilevante che, nel compilare lo "schema offerta economica" (all. b alla lettera d'invito), impostato sull'indicazione del ribasso sull'importo a base d'asta, vi sia discordanza tra il ribasso in cifre e quello in lettere, entrambi non corrispondenti al prezzo complessivo dell'intera fornitura.

In primo luogo, nessuna espressa sanzione di esclusione è prevista per tali discordanze, oltretutto risultando l'indicazione in lettere frutto di un evidente errore materiale riconoscibile, non diversamente dallo scarto irrisorio (€ 11,4) tra il ribasso in cifre ed il prezzo complessivo offerto.

In secondo luogo, le medesime discordanze non possono farsi rientrare nelle clausole di esclusione relative ad "offerte alternative" ovvero alla "incertezza assoluta del contenuto" dell'offerta (cit. art. 1, pag. 9, della lettera d'invito), dal momento che ciò che conta ai fini dell'identificazione dell'offerta stessa e della sua vincolatività non è il ribasso, bensì sono, ai sensi delle puntuali prescrizioni della *lex specialis* di gara, i prezzi singoli e quello complessivo, nella specie indubbiamente certi e univoci, tali da non necessitare di alcuna attività interpretativa dell'effettiva volontà dell'offerente da parte della commissione giudicatrice e, quindi, del giudice.

Parimenti irrilevante è l'indicazione del ribasso con due decimali anziché tre, nonostante l'art. 2 "criterio di aggiudicazione" (pag. 11) della lettera d'invito ne richieda la formulazione "con arrotondamento al terzo decimale".

Anche in tal caso, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, l'inosservanza di tale richiesta non è accompagnata dalla previsione espressa della sanzione di esclusione. In realtà, poi, il ribasso non assume in fatto alcun significato, atteso che non riveste alcuna incidenza neppure ai fini dell'attribuzione del punteggio per il prezzo (per un massimo di 40 punti), per come basato sulla formula " $X = 40 \times PB / PO$ ", laddove PB rappresenta il prezzo più basso e PO il prezzo offerto dalle singole concorrenti. Ed in conformità a tale formula al miglior prezzo di € 150.000,00 di Toshiba sono stati assegnati 40 punti, mentre a quello di Philips di € 181.126,00 ne sono stati assegnati 33,12611, con ciò restando comprovata l'ininfluenza del ribasso e delle sue discordanze ai fini sia dell'ammissibilità dell'offerta che del punteggio attribuibile.

In merito al secondo motivo, si premette che il capitolato speciale, nel prescrivere le caratteristiche fondamentali delle apparecchiature, al decimo punto del relativo elenco prevede la "possibilità di impiego di sonde transesofagee multiplane per adulti, pediatriche e neonatali".

Con chiarimenti del 27 settembre 2013 il R.U.P. ha precisato: "Si conferma che la configurazione richiesta deve essere come da capitolato 'già predisposto per trasduttori 3/D e 4/D' e deve prevedere i relativi trasduttori offerti in opzione ed utilizzabili senza ulteriori acquisti di moduli".

Le censure di Toshiba si incentrano sostanzialmente sulla non conformità dell'offerta Philips a tali chiarimenti. I medesimi in realtà aggiungono al capitolato una prescrizione (quella secondo cui non dev'essere necessario l'ulteriore acquisto di moduli) in esso non contenuta (poiché prevede la "possibilità" dell'uso delle sonde in parola, senza altre condizioni).

Al riguardo, la giurisprudenza ha osservato che i chiarimenti della stazione appaltante "possono considerarsi ammissibili se contribuiscono, attraverso un'operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la *ratio* di una disposizione del bando, ma non già quando, proprio attraverso l'attività interpretativa, si giunga ad attribuire alla disposizione un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della *lex specialis*, posto notoriamente a garanzia dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione" (cfr. Cons. St., sez. V, 13 luglio 2010 n. 4526, richiamata da Cons. St., sez. III, 31 ottobre 2012 n. 5570).

In base all'esposto orientamento, condiviso dal collegio, nel caso in esame i ripetuti chiarimenti del R.U.P., pur previsti dall'art. 20 della lettera d'invito, travalicano i limiti di cui innanzi e, quindi, sono privi di valenza vincolante e di portata preclusiva ai fini dell'interpretazione del capitolato, giacché l'unico parametro di ammissibilità o meno di un'offerta va esclusivamente ravvisato nell'anzidetta prescrizione del capitolato.

Tuttavia, a ben vedere, l'offerta tecnica Philips risulta in linea anche con l'integrazione da parte del R.U.P. della *lex specialis* di gara, laddove l'espressione "senza ulteriori acquisti di moduli" non può che essere intesa in via logica nel senso che il solo acquisto ulteriore debba essere costituito dall'apparecchiatura opzionale, senza necessità di adeguare l'ecografo per consentirne il funzionamento.

L'AORN e Philips spiegano infatti, non smentiti tecnicamente dall'appellante, che la configurazione di base dell'ecografo comprende l'*hardware* Live 3D, mentre è la sonda che ne comprende il *software*, ossia il "Modulo Live 3D", il quale pertanto non può considerarsi un vero e proprio "modulo", consistendo appunto in un *software* e non in un *hardware*.

Di qui la conformità, e non l'equivalenza, alle specifiche di capitolato della proposta fornitura.

Del resto, risulta dalla stessa offerta tecnica che l'ecografo proposto da Philips è dotato di una "architettura..." che consente "la costruzione di immagini (...) Live 3D" e l'offerta di ciascuna delle tre sonde opzionali è comprensiva del "Modulo Live 3D", codice NUSB840. In altri termini, a prescindere dai differenti codici attribuiti alle sonde ed al modulo, unico è l'acquisto opzionale proposto per ciascuna delle tre sonde, poiché il c.d. modulo e la sonda non sono quotati separatamente, anzi sono inscindibilmente connessi e non scorporabili come ammette la stessa appellante, mentre appare evidentemente determinata dalla qualità della sonda la differenza di prezzo tra le tre alternative, la prima delle quali (n. 4: € 25.357,00) presenta un prezzo inferiore a quello del trasduttore Toshiba (€ 26.412,24).

Resta in ogni caso nell'ambito della discrezionalità squisitamente tecnica della stazione appaltante, non sindacabile se non per gravi e palesi vizi di razionalità e logicità e travisamento dei fatti (nella specie non dedotti e comunque non ravvisabili), apprezzare che tanto comporti la corrispondenza a quanto richiesto della configurazione di base dell'ecografo Philips e, quindi, l'effettiva comparabilità con quello Toshiba.

In tale quadro, si rivela chiaramente infondato anche il terzo motivo d'appello, inteso a sostenere l'assunta carenza della configurazione di base avrebbe dovuto comportare, se non l'esclusione di Philips, un minor punteggio relativo alla tecnologia 3D e 4D Live per i criteri 1, 5 e 8.

In conclusione, l'appello dev'essere respinto.

Tuttavia, la peculiarità della fattispecie trattata consiglia la compensazione tra le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge il medesimo appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2015

IL SEGRETARIO

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