

Publicato il 23/02/2022

N. 00095/2022 REG.PROV.COLL.
N. 00025/2022 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 Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 25 del 2022, proposto da Hill Rom S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Daniele Turco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda USL Umbria 1, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Rampini, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, piazza Piccinino n. 9, e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

di Malvestio S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Tiziano Ferrante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

previa sospensione degli effetti

- a) della determina dirigenziale n. 3499 del 18.11.2021 di “*Affidamento fornitura di n. 17 letti elettrici con bilancia integrata, destinati alla terapia intensiva degli ospedali di Città di Castello e di Gubbio/ Gualdo (DGR 483/20) mediante procedura negoziale sul MEPA RdO n. 2880033. CIG 8916114209*” a favore di Malvestio S.p.A., comunicata *ex art.* 76, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 con nota del 23.11.2021;
- b) del verbale di gara del 10.11.2021, allegato alla determina di aggiudicazione;
- c) della nota dell’AUSL Umbria 1 del 21.12.2021, trasmessa tramite PEC del 22.12.2021, mediante la quale è stata respinta l’istanza di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione a favore di Malvestio, formulata per Hill Rom S.p.A. dal difensore di quest’ultima in data 16.12.2021;
- d) per quanto possa occorrere e nei limiti del ricorso, dello schema di RdO n. 2880033, delle Condizioni particolari di fornitura – Allegato A e del Capitolato prestazionale – Allegato B;
- e) di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale a quelli impugnati, ivi compresi pareri, proposte o valutazioni, e per la dichiarazione di inefficacia del contratto, ove *medio tempore* stipulato, con subentro della ricorrente nella fornitura, nonché per la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni patiti e *patiendi* derivanti dalle illegittime condotte dell’Amministrazione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda USL Umbria 1 e di Malvestio S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2022 il dott. Davide De Grazia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell’art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. – In data 7.10.2021, l’Azienda USL Umbria 1 avviava sul MEPA una la procedura telematica di acquisto ai sensi dell’art. 63, c. 2, del d.lgs. n. 50/2016 per la fornitura di 17 letti elettrici per terapia intensiva con bilancia integrata da destinare agli ospedali di Città di Castello e di Gubbio/ Gualdo, da aggiudicarsi mediante il criterio del prezzo più basso.

Le “*caratteristiche tecniche di minima*” dei beni oggetto della fornitura venivano indicate nel capitolato prestazionale allegato alla lettera B della richiesta di offerta.

2. – Alla procedura venivano invitate Arjo Italia S.p.A., Hill Rom S.p.A. e Malvestio S.p.A.

3. – Aperte le offerte tecniche e le schede tecnico-descrittive dei letti offerti, veniva disposta, in data 3.11.2021, l’esclusione di Arjo per inidoneità dell’offerta dalla stessa formulata per i seguenti motivi:

«- *specificata richiesta: allarme sonoro per letto non frenato; specifica offerta: allarme visivo;*

- *specificata richiesta: elevazione elettrica sezione ginocchia almeno 20°; specifica offerta: 16°;*

- *specificata richiesta: altezza variabile elettricamente sino ad almeno 85 cm; specifica offerta: 80 cm;*

- *specificata richiesta: display touchscreen; specifica offerta: pannelli soft touch».*

4. – Aperte le offerte economiche, il RUP proponeva l’aggiudicazione in favore di Malvestio, che aveva offerto il letto modello 3960B della serie “Aria”.

5. – Con determina dirigenziale n. 3499 del 18.11.2021, comunicata a Hill Rom il 23.11.2021, l’AUSL Umbria 1 aggiudicava la fornitura a Malvestio S.p.A.

6. – In data 9.11.2021, e dunque già prima della conclusione della procedura, Hill Rom aveva presentato istanza di accesso agli atti, poi sollecitata in data 18.11.2021.

7. – In data 23.11.2021 l’AUSL Umbria 1 invitava Malvestio a presentare le proprie eventuali osservazioni in ordine all’istanza di accesso di Hill Rom.

8. – In data 14.12.2021, la stazione appaltante accoglieva l'istanza di Hill Rom e permetteva l'accesso della stessa alla documentazione tecnica dell'offerta di Malvestio.

9. – In data 16.12.2021 Hill Rom formulava all'AUSL Umbria 1 istanza di annullamento in autotutela dell'aggiudicazione, rilevando la difformità del bene offerto da Malvestio rispetto alle caratteristiche tecniche di minima prescritte dal capitolato.

10. – Con nota del 22.12.2021, l'AUSL rilevava che l'aggiudicataria, nel questionario tecnico e nella relazione di corrispondenza ai requisiti di gara, aveva dichiarato il rispetto dei requisiti di minima previsti dalla disciplina di gara e si riservava di verificare la perfetta rispondenza della fornitura in fase di consegna e collaudo. L'AUSL Umbria 1, dunque, comunicava di non poter accogliere la richiesta di annullamento in autotutela.

11. – Seguivano ulteriori solleciti all'esercizio dell'autotutela da parte di Hill Rom.

12. – Con ricorso notificato il 7.01.2022 e depositato il 21.01.2022, Hill Rom S.p.A. ha impugnato dinnanzi a questo Tribunale amministrativo regionale l'aggiudicazione disposta in favore di Malvestio della procedura sopra sommariamente descritta e ne ha chiesto l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia, per i seguenti motivi:

I. violazione dell'art. 68 del d.lgs. n. 50/216, dell'art. 3 della legge n. 241/1990 e dell'art. 97 Cost.; aggravamento del procedimento; violazione dell'art. 1, c. 2, della legge n. 241/1990; eccesso di potere per violazione della legge di gara, difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà della motivazione e sviamento di potere: secondo la ricorrente, l'aggiudicazione della fornitura sarebbe illegittima per l'obiettivo difformità del letto offerto da Malvestio rispetto alle caratteristiche tecniche di minima dettate dal capitolato e, in particolare, alla «[a]ltezza variabile elettricamente sino ad almeno 85 cm con la possibilità di abbassare il piano del letto ad almeno 50 cm (circa) con indicatore di altezza minima da terra», dal momento che il Manuale d'uso e manutenzione dello stesso letto, quale depositato dalla

controinteressata ai fini della partecipazione alla gara, indica, tra le “caratteristiche dimensionali e geometriche”, un’altezza massima del piano rete di 82 cm;

II. violazione dell’art. 80, c. 5, lett. c-bis) e f-bis), del d.lgs. n. 50/2016 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione: secondo la ricorrente, avendo l’aggiudicataria formulato nei propri atti una dichiarazione non veritiera con riguardo ad una caratteristica del prodotto offerto (l’altezza del piano rete), la stessa avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura ai sensi delle disposizioni richiamate in rubrica.

13. – Si sono costituite per resistere al ricorso tanto Malvestio quanto l’AUSL Umbria 1.

13.1. – Malvestio controdeduce che il letto offerto raggiunge l’altezza massima di 82 cm con la dotazione standard con le ruote gemellate da 150 mm.; poiché, però, il capitolato prestazionale indica, quale caratteristica tecnica di minima, il «*sistema elettrificato o servoassistito per ausilio alla movimentazione o traino di spinta*», il letto è stato offerto nella configurazione che prevede la presenza della c.d. “quinta ruota motorizzata”, che produrrebbe un innalzamento del piano rete fino a 85 cm.

La controinteressata deduce inoltre che, in analoghe circostanze, la Struttura commissariale per l’attuazione e il coordinamento delle misure di contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica Covid-19, richiamando il principio di equivalenza funzionale, avrebbe già accertato la conformità di uno dei letti forniti da Malvestio – il modello 378250B – dalle caratteristiche sovrapponibili a quello per cui è causa, dichiarando che i letti esaminati, sebbene di altezza inferiore a 85 cm, garantirebbero comunque l’impiego di apparecchiature come l’amplificatore di brillantezza e similari.

13.2. – La stazione appaltante difende i propri atti invocando il principio dell’equivalenza funzionale di cui all’art. 68 d.lgs. n. 50/2016 e deduce che il requisito relativo all’altezza minima deve essere letto in funzione della necessità dell’installazione di dispositivi come l’amplificatore di brillantezza, così

come espressamente previsto dall'elenco delle caratteristiche predisposto dalla Struttura commissariale centrale per l'emergenza Covid-19.

Anche la stazione appaltante richiama, inoltre, la “ruota motorizzata supplementare” (la c.d. “quinta ruota”), la cui installazione determinerebbe la concentrazione del baricentro del letto in un solo punto, comportando anche l'innalzamento dell'intera struttura fino agli 85 cm richiesti dal capitolato prestazionale.

14. – In vista della discussione del ricorso, Hill Rom ha depositato una memoria con cui ha ulteriormente argomentato le proprie tesi alla luce delle deduzioni avversarie.

15. – In data 8.02.2022 l'AUSL Umbria 1 ha depositato ulteriore documentazione, consistente nel verbale di collaudo del letto fornito da Malvestio.

16. – Alla camera di consiglio del 8 febbraio 2022, sentite le parti, la causa è stata trattenuta dal collegio per la decisione, con riserva di decisione nel merito ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

DIRITTO

17. – Hill Rom si duole della mancata esclusione di Malvestio dalla procedura per cui è causa, ritenendo che il letto per terapia intensiva offerto dalla stessa controinteressata non sarebbe conforme alle caratteristiche tecniche di minima previste dal capitolato prestazionale, circostanza dalla quale discenderebbe, inoltre, l'inveridicità della dichiarazione formulata dalla stessa Malvestio nella relazione tecnica e nel questionario tecnico presentati alla stazione appaltante e la necessità della sua esclusione anche in applicazione dell'art. 80, c. 5, lett. *c-bis*) e *f-bis*), del d.lgs. n. 50/2016.

18. – Il capitolato prestazionale allegato alla lettera B della richiesta di offerta contiene l'indicazione delle “*caratteristiche tecniche di minima*” dei beni oggetto della fornitura richieste dalla stazione appaltante.

Tra esse figura la caratteristica relativa all'altezza del letto, che vale la pena di riportare testualmente: «*[a]ltezza variabile elettricamente sino ad almeno 85 cm con*

possibilità di abbassare il piano del letto ad almeno 50 cm (circa) con indicatore di altezza minima da terra».

19. – Risulta dagli atti depositati in giudizio che Malvestio ha offerto il letto serie “Aria”, modello 3960B.

Dalla “*Relazione tecnica sulla funzionalità dei letti offerti*” e dall’allegato questionario tecnico, in riferimento ai profili di rilievo ai fini della decisione del giudizio, risulta che:

- per quanto riguarda la voce «*[b]asamento e altezza minima di tutta la struttura in grado di permettere l’uso del sollevapaziente mobile e apparecchi radiologici mobili*», la controinteressata ha dichiarato che «*[l] basamento è sollevato dal pavimento per permettere l’ingresso dell’amplificatore di brillanza o di altre apparecchiature radiografiche e sollevatori. Altezza minima da terra con le ruote proposte gemellate antistatiche da 150 mm pari a cm46*»;

- per quanto riguarda la voce delle caratteristiche di minima riguardante «*[a]ltezza variabile elettricamente sino ad almeno 85 cm con possibilità di abbassare il piano del letto ad almeno 50 cm (circa) con indicatore di altezza minima da terra*», la controinteressata ha dichiarato che «*[l]’altezza del piano rete del letto 3960B è variabile elettricamente fino a cm 85. Il letto 3960B è dotato di un basamento appositamente conformato ed adeguatamente sollevato dal pavimento per permettere l’ingresso degli amplificatori di brillanza o di altre apparecchiature. Altezza minima da terra con le ruote proposte gemellate antistatiche da 150 mm pari a cm46*»;

- per quanto riguarda la voce «*[s]istem[a] elettrificato o servoassistito per ausilio alle movimentazioni di traino e spinta*», Malvestio ha dichiarato: «*[r]uota motorizzata con velocità massima a pieno carico di circa 4,5km/h Durata della batteria (utilizzo normale, ovvero movimento non continuo, ma che prevede le normali pause di sosta tra trasferimenti in diversi ambienti ospedalieri e con carico medio di circa 100 kg) di circa 120/140 minuti di movimento per una percorrenza di 9/10 km. Frenata assistita in caso di pendenza con sosta e ripartenza in piena sicurezza anche su rampe fino al 10% di pendenza*»;

Malvestio ha inoltre presentato, in allegato all’offerta tecnica, il documento denominato “Manuale d’uso e manutenzione” relativo, tra gli altri, al modello

3960B della serie “Aria”.

Tale ultimo documento riporta, a pagina 16, le caratteristiche dimensionali e geometriche del letto in questione, tra le quali figura «*ALTEZZA MASSIMA PLANO RETE (RUOTE D.150mm GEMELLATE) mm 820 ± 10*».

Nello stesso manuale, a pagina 28, viene descritto l'accessorio “*5a Ruota*”, che, se inserita, «*migliora la maneggevolezza del letto e ne semplifica la guida lungo i corridoi*».

Alle pagine 34-35 vengono poi descritte le caratteristiche funzionali della “*Quinta ruota elettrica per l'assistenza al trasporto del letto*”, ovvero del sistema «*in grado di superare rampe con pendenza fino al 10% e fornisce un'assistenza completa alla frenata in discesa*». Viene inoltre specificato che la quinta ruota elettrica sostituisce integralmente la quinta ruota centrale direzionale inseribile utilizzata di serie sui letti medicali.

20. – Né nella tabella relativa alle caratteristiche dimensionali del letto, né altrove nel Manuale d'uso e manutenzione vengono indicate le dimensioni della “*Quinta ruota elettrica per l'assistenza al trasporto del letto*”, né viene mai specificato se l'installazione della suddetta quinta ruota comporti variazioni nell'altezza del letto, come detto indicata in 82 cm con approssimazione di 1 cm nella tabella relativa alle caratteristiche dimensionali contenuta nello stesso Manuale.

Inoltre, nessun passaggio della Relazione tecnica sulla funzionalità dei letti offerti o del Questionario tecnico lascia intendere che all'altezza di 85 cm dichiarata da Malvestio si perviene mediante l'installazione della quinta ruota elettrica.

L'atto con cui, nell'aggiudicare la procedura a Malvestio, la stazione appaltante ha implicitamente ritenuto la conformità del letto dalla stessa offerto alle caratteristiche tecniche di minima prescritte dal capitolato non trova alcuna giustificazione negli atti della procedura.

Non è senza significato, d'altronde, che una terza offerente, Arjo Italia S.p.A., è stata esclusa dalla procedura per l'inidoneità dell'offerta a soddisfare le caratteristiche richieste dal capitolato, e ciò anche in relazione al requisito

dell'altezza variabile elettricamente sino ad almeno 85 cm, avendo Arjo offerto un letto che, secondo quanto si legge negli atti della procedura, aveva un'altezza di 80 cm.

21. – Con riguardo all'applicazione del principio di equivalenza funzionale, invocata dalle parti resistenti, deve osservarsi quanto segue.

Le caratteristiche di minima del letto per terapia intensiva erano indicate nel capitolato che, per quanto riguarda l'altezza, richiedeva, come si è visto, un'*«[a]ltezza variabile elettricamente sino ad almeno 85 cm con possibilità di abbassare il piano del letto ad almeno 50 cm (circa) con indicatore di altezza minima da terra»*.

Nella formulazione della prescrizione non vi è traccia di clausole di equivalenza, né la caratteristica dimensionale di cui si discute risulta formulata in termini di prestazioni o di requisiti funzionali (ai sensi dell'art. 68, c. 5, lett. a), d.lgs. n. 50/2016), come invece nei casi decisi con le sentenze citate dalla ricorrente, nei quali i capitolati ammettevano caratteristiche equivalenti a quelle richieste e, comunque, specificavano che la richiesta altezza variabile fino a 85 cm era funzionale alla introduzione dell'amplificatore di brillantezza, elemento, quest'ultimo, che non viene invece menzionato nel capitolato della procedura che qui interessa.

Con riguardo al verbale di verifica tecnica del Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure di contrasto dell'emergenza Covid-19, deve rilevarsi che esso fa riferimento ad un letto di Malvestio (il modello 378250B) diverso da quello per cui è causa e ad una procedura di gara indetta dall'AUSL di Bologna, con la precisazione, peraltro, che *«nella richiamata procedura negoziata dell'ASL di Bologna, le valutazioni effettuate sono strettamente connesse e ancorate alle esigenze delle strutture di destinazione della Stazione Appaltante»*. Ad ogni modo, non risultano depositati in giudizio gli atti della procedura rispetto ai quali la Struttura commissariale ha ritenuto di formulare il giudizio di equivalenza, cosicché risulta impossibile verificare in quali termini erano articolate in capitolato le caratteristiche tecniche in quel caso richieste dalla stazione appaltante.

Nel caso che forma oggetto del presente giudizio, il requisito di minima dell'altezza di almeno 85 cm, disancorato da qualsiasi specificazione in ordine all'esigenza funzionale perseguita (inserimento di amplificatore di brillantezza o di altri dispositivi), risulta dunque espresso mediante il mero riferimento ad una specifica tecnica ai sensi dell'art. 68, c. 5, lett. *b*), d.lgs. n. 50/2016 e, di fronte alla mancata previsione nel capitolato della clausola di equivalenza, l'operatore economico interessato a fare valere l'equivalenza del prodotto offerto sarebbe stato semmai onerato dell'impugnazione della *lex specialis* per violazione del comma 7 del citato art. 68, impugnazione che Malvestio non ha incidentalmente proposto a seguito della proposizione del ricorso da parte di Hill Rom.

Sotto altro punto di vista, deve osservarsi che dagli atti del procedimento depositati in giudizio non risulta che sia stata condotta dalla stazione appaltante alcuna istruttoria sull'equivalenza funzionale del letto offerto da Malvestio, nonostante il Manuale d'uso attestasse un'altezza inferiore a quella prescritta dal capitolato tecnico e nonostante non vi fosse nella documentazione dell'offerente alcuna indicazione dell'effetto dell'installazione della quinta ruota elettrica in termini di innalzamento dell'altezza del letto fino agli 85 cm minimi richiesti.

Gli elementi necessari per la dimostrazione dell'equivalenza funzionale devono essere contenuti nell'offerta, non potendo l'operatore economico pretendere di riservarsi di dimostrare l'equivalenza in un secondo momento. Inoltre, l'operatore economico non può limitarsi a dichiarare l'equivalenza, dovendo anche dimostrarla in maniera inequivoca e con qualsiasi mezzo appropriato (ad es. mediante documentazione tecnica del fabbricante o relazione sulle prove eseguite da un organismo riconosciuto: cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2016, n. 3029; TAR Veneto, sez. III, 10 giugno 2016, n. 626).

Nel caso di specie, la società controinteressata non ha dichiarato né dimostrato in sede di gara l'equivalenza funzionale del letto offerto rispetto

alle specifiche indicate nel capitolato tecnico; anzi, pur depositando documentazione tecnica (il Manuale d'uso e manutenzione) attestante la difformità delle caratteristiche del proprio letto rispetto alle specifiche di capitolato, si è limitata a dichiarare nella Relazione tecnica e nel Questionario tecnico un'altezza di 85 cm, senza chiarire in che modo detta altezza sarebbe stata raggiunta.

22. – Il verbale delle operazioni di collaudo, al di là della inammissibilità della sua produzione, non muta le conclusioni qui raggiunte, giacché attiene ad una fase logicamente successiva all'aggiudicazione della procedura di affidamento e, dunque, non può incidere sulla legittimità dell'atto che ne costituisce la conclusione, tanto che è stato ritenuto che, essendo l'aggiudicazione l'atto conclusivo di una procedura di gara, l'annullamento o la revoca della stessa presuppone la valorizzazione di vizi di legittimità o di merito inerenti tale procedimento o relativi alle fasi che lo hanno preceduto, mentre laddove la controversia riguardi la qualità o la quantità dei beni oggetto della fornitura come accertate in occasione del collaudo, non vengono in questione tratti inerenti la procedura di gara ma questioni afferenti alla fase esecutiva del rapporto, la cui cognizione appartiene al giudice ordinario (TAR Toscana, sez. I, 10 maggio 2019, n. 693).

23. – Il ricorso di Hill Rom merita dunque accoglimento, con conseguente annullamento degli atti impugnati ed accoglimento della domanda della ricorrente volta al conseguimento dell'aggiudicazione ed al subentro nella fornitura dei dispositivi per cui è causa, previa dichiarazione dell'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato tra l'AUSL Umbria 1 e Malvestio S.p.A.

In considerazione dell'accoglimento della domanda di reintegrazione in forma specifica, non vi è luogo a provvedere sulla subordinata domanda di condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni per equivalente monetario.

24. – Le spese seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo, con riguardo alla stazione appaltante, mentre rispetto alla controinteressata

appare equo disporre la loro compensazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:

- accoglie il ricorso di Hill Rom S.p.A. e, per l'effetto, annulla l'aggiudicazione disposta in favore di Malvestio S.p.A.;
- accoglie la domanda di Hill Rom S.p.A. volta al conseguimento dell'aggiudicazione ed al subentro nella fornitura dei dispositivi per cui è causa, dichiarando l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato tra l'AUSL Umbria 1 e Malvestio S.p.A.

Condanna l'AUSL Umbria 1 al pagamento in favore della ricorrente delle spese di lite nella misura di € 2.000,00 (euro duemila/00) oltre oneri ed accessori di legge; compensa le spese con riguardo alla controinteressata.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Raffaele Potenza, Presidente

Enrico Mattei, Consigliere

Davide De Grazia, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Davide De Grazia

IL PRESIDENTE
Raffaele Potenza

IL SEGRETARIO