

N. 05494/2015REG.PROV.COLL.

N. 06044/2015 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 6044 del 2015, proposto da:
Clino Hospital s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Daniele Turco,
con domicilio eletto presso l'Avv. Marco Gardin in Roma, Via Laura Mantegazza, n. 24;

contro

Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'Avv. Anna Maria Ziccardi, con domicilio eletto presso l'Avv. Maria Cristina Manni in Roma, Via P. G. Da Palestrina,
n. 19;

nei confronti di

Ecoplus Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Massimo Scalfati,
con domicilio eletto presso l'Avv. Alessandro Biamonte in Roma, Via Pistoia, n. 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE V n. 02435/2015, resa tra le parti, concernente
l'aggiudicazione definitiva dell'appalto per fornitura di n. 8 letti per la rianimazione occorrenti alla U.O.C. di anestesia e
rianimazione – risarcimento dei danni

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro e di Ecoplus Italia s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2015 il Cons. Massimiliano Noccellì e uditi per le parti l'Avv. Di
Raimondo, su delega dell'Avv. Turco, l'Avv. Abbamonte, su delega dell'Avv. Ziccardi, e l'Avv. Scalfati;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Clino Hospital s.r.l., odierna appellante, ha impugnato avanti al T.A.R. Campania l'aggiudicazione definitiva, in favore di Ecoplus Italia s.r.l., della gara, indetta dall'Azienda Sanitaria Locale Napoli 1 Centro, per la fornitura di 8 letti per la rianimazione, occorrenti alla U.O.C. di Anestesia e Rianimazione del P.O. S. Giovanni Bosco, gara da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, per l'importo di € 195.000,00.

1.1. La ricorrente, che ha partecipato alla gara classificandosi seconda, ha dedotto due motivi, inerenti rispettivamente alla violazione degli artt. 2, 46, 68 e 82 del d. lgs. 163/2006 e dell'art. 3 della l. 241/1990, e alla violazione degli artt. 13 e 79, comma 5-*quater*, del d. lgs. 163/2006, e ha chiesto di annullare l'aggiudicazione, oltre al risarcimento del danno, e ha spiegato, contestualmente, domanda di accesso a tutti gli atti di gara.

1.2. A seguito del deposito di tali atti, poi, Clino Hospital s.r.l. ha proposto ricorso per motivi aggiunti avverso il contratto stipulato dall'Azienda con l'aggiudicataria.

1.3. Nel giudizio di primo grado si sono costituite l'Amministrazione e la controinteressata Ecoplus Italia s.r.l. per resistere al ricorso.

2. Con sentenza n. 2435 del 29.4.2015 il T.A.R. Campania ha respinto il ricorso, compensando le spese di lite.

2.1. Avverso tale sentenza ha proposto appello Clino Hospital s.r.l., deducendo cinque distinti motivi di gravame e riproponendo le censure sollevate in primo grado, e ne ha chiesto, previa sospensione, la riforma.

2.2. Si sono costituite l'Amministrazione appellata ed Ecoplus Italia s.r.l., entrambe per resistere all'avversario gravame.

2.3. Nella camera di consiglio del 27.8.2015, fissata per l'esame della domanda di sospensione, la causa è stata rinviata all'udienza pubblica del 22.10.2015 per il sollecito esame del merito.

2.4. In tale udienza il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L'appello è infondato e deve essere respinto.

4. Clino Hospital s.r.l. censura con un primo motivo, nel proprio ricorso (pp. 9-10), anzitutto la sentenza gravata per avere ritenuto che l'istanza di riesame da essa formulata non fosse idonea a dispiegare alcun effetto paralizzante sull'ulteriore corso della gara e non precludesse affatto al competente dirigente dell'A.S.L. di disporre l'affidamento.

4.1. Tale assunto sarebbe errato perché, secondo l'appellante, se è pur vero che l'art. 243-*bis* del d. lgs. 163/2006 stabilisce che «*l'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara*», sarebbe altrettanto innegabile che l'Amministrazione, una volta determinatasi nel senso di integrare l'istruttoria compiuta con la riconvocazione della Commissione per riscontrare le censure dell'aggiudicazione, avrebbe dovuto almeno sospendere il procedimento di affidamento proprio per avere un'istruttoria completa a garanzia di una legittima aggiudicazione.

4.2. Ciò che la Commissione avrebbe dovuto appurare in sede di riesame era appunto, come richiede il criterio del prezzo più basso ai sensi dell'art. 82 del d. lgs. 163/2006 – la sussistenza, o meno, dei requisiti minimi prescritti dalla *lex specialis* di gara nel prodotto offerto dall'impresa controinteressata.

4.3. Secondo l'appellante, quindi, la stazione appaltante avrebbe potuto assumere la decisione definitiva di aggiudicare solo all'esito di tale esame.

4.4. Per questo motivo dovrebbe ritenersi illegittimo il *modus operandi* dell'A.S.L. Napoli, con conseguente necessaria riforma, sul punto, della sentenza impugnata.

4.5. La censura è destituita di fondamento.

4.6. L'art. 243-*bis* del d. lgs. 163/2006, il quale ha introdotto il c.d. preavviso di ricorso, non comporta alcun obbligo di riesame da parte dell'Amministrazione né di sospensione della procedura, ma neppure un obbligo di risposta, potendosi comunque formare il silenzio-rifiuto.

4.7. La procedura di cui all'art. 243-*bis* del d. lgs. 163/2006, introdotta dal preavviso di ricorso, non influisce sull'esito della gara, ben potendo la stazione appaltante legittimamente procedere all'aggiudicazione definitiva, come ha fatto nel caso di specie, senza attendere l'esito del riesame.

4.8. L'informativa di cui all'art. 243-bis, come chiarisce il comma 3 di tale disposizione, infatti «*non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale*».

4.9. Il comportamento della stazione appaltante, al più, può essere valutato, in ipotesi di successiva accertata illegittimità, in sede giurisdizionale, dell'aggiudicazione, ai fini risarcitori, poiché il comma 5 dello stesso art. 243-bis del d. lgs. 163/2006 stabilisce che le condotte inadempienti dell'Amministrazione costituiscono «*comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile*».

4.10. Il motivo, quindi, va respinto.

5. Con un secondo ordine di argomentazioni (p. 10 del ricorso) Clino Hospital s.r.l. censura la sentenza impugnata per non avere valutato il contegno complessivo dell'Amministrazione che, pur riconvocando la Commissione tecnica per valutare l'informativa di cui all'art. 243-bis del d. lgs. 163/2006, non ha atteso l'esito della rivalutazione per aggiudicare definitivamente e stipulare il relativo contratto.

5.1. L'Amministrazione avrebbe omesso anche la comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, avrebbe sostanzialmente negato l'accesso agli atti fino alla sua effettiva costituzione in giudizio, tutti elementi, questi, che evidenzerebbero la violazione dei principi sin qui indicati e la volontà, da parte dell'Amministrazione, di pervenire indisturbata all'aggiudicazione.

5.2. L'omissione di tale comunicazione avrebbe privato l'odierna appellante, quindi, della piena tutela dei propri interessi, lesa dall'immediata esecuzione dell'affidamento, stante l'inapplicabilità del termine di *stand still* alla procedura in esame.

5.3. Anche tale motivo è infondato.

5.4. Fermo restando quanto detto sopra in ordine al preavviso di ricorso, infatti, sul punto specifico merita qui solo aggiungere che l'omissione della comunicazione dell'esito della gara non costituisce un vizio dell'atto né comporta l'illegittimità della procedura di aggiudicazione, ma assume rilievo ai soli fini della decorrenza dei termini di decadenza per esercitare i mezzi di tutela giurisdizionale (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 26.3.2012, n. 1726), come del resto l'appellante ben mostra di riconoscere in altra parte (p. 8) del proprio ricorso.

6. Con un terzo motivo di appello (pp. 10-14 del ricorso) l'appellante contesta che alla gara in questione, come invece ha invece ritenuto il T.A.R., fosse applicabile il principio di equivalenza, di cui all'art. 68 del d. lgs. 163/2006, poiché esso avrebbe trascurato che nelle gare da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, come quella in questione, la *lex* di gara predefinisce e descrive puntualmente tutti gli elementi tecnici, quali requisiti minimi ed essenziali e, in quanto tali, inderogabili.

6.1. Ecoplus Italia s.r.l. inoltre, anche ammettendo l'applicabilità del principio di equivalenza al caso di specie, non avrebbe offerto la prova, come era suo onere, di tale equivalenza.

6.2. Il richiamo alla relazione tecnica prodotta in gara non sarebbe idoneo a provare la rispondenza del prodotto di Ecoplus Italia s.r.l. al capitolato, poiché in essa vengono semplicemente descritte le funzioni del sistema offerto, senza che sia data prova della loro equivalenza alle prescrizioni di gara.

6.3. Il motivo è destituito di fondamento.

6.4. Come ha ben chiarito il T.A.R. partenopeo nella sentenza impugnata (p. 9), infatti, le caratteristiche tecniche e funzionali del prodotto, oggetto della procedura, ben potevano essere assicurate in maniera equivalente dai sistemi in dotazione al modello offerto da Ecoplus Italia s.r.l.

6.5. Il principio di equivalenza non può essere escluso, in via generale, dall'adozione del criterio del prezzo più basso, come assume invece l'appellante, poiché il significato sostanziale che permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica e, in particolare, la disposizione dell'art. 68 del d. lgs. 163/2006, consistente non solo nella massima partecipazione dei concorrenti, ma anche e soprattutto, attraverso questa, nel conseguimento di un bene (prodotto o servizio), da parte della stazione appaltante, che tecnicamente soddisfi nel miglior modo possibile, proprio per la più ampia offerta consentita dal *favor participationis*, le esigenze della collettività che sono affidate alla cura dell'Amministrazione, riguarda anche questo tipo di procedure.

6.6. Riconoscere che vi possano essere, anche in esse, prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quello richiesto dall'Amministrazione e, quindi, capaci di soddisfare le esigenze che giustificano l'indizione della gara, ampliando la platea dei concorrenti, costituisce non solo corretta applicazione del *favor participationis*, ma anche e soprattutto legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'Amministrazione (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 2.9.2013, n. 4364 e Cons. St., sez. III, 13.9.2013, n. 4541).

6.7. La scelta, da parte dell'Amministrazione, di ammettere prodotti equivalenti è dunque pienamente conforme ai principi vigenti in materia e, in particolare, al principio di equivalenza di cui all'art. 68 del d. lgs. 163/2006.

6.8. Nel caso di specie, poi, la corrispondenza intercorsa tra il Direttore del Servizio Anestesia e Rianimazione del Presidio Ospedaliero San Giovanni Bosco e gli organi dell'ASL Napoli 1 Centro avvalorava ancor di più tale conclusione, poiché questi ultimi hanno sottolineato che le indicazioni tecniche del Direttore non dovessero intendersi come tassative, ma che dovessero essere considerate soltanto come elementi "di base", minimi e niente affatto essenziali, peraltro rinvenibili per equivalenza in una pluralità di prodotti presenti sul mercato.

6.9. Rileva in particolar modo, ai fini che qui interessano, le considerazioni espresse dall'U.O.C. Acquisizione Beni e Servizi che, nella lettera prot. n. 7383 del 9.6.2014 indirizzata, tra gli altri, al Direttore dell'U.O.C. Anestesia e Rianimazione del P.O. San Giovanni Bosco, precisava che *«le caratteristiche tecniche dovranno essere generiche e non esclusive di una singola ditta, in modo da poterle utilizzare per una procedura di gara sul mercato elettronico della pubblica amministrazione»* e la risposta del Direttore f.f. di tale Unità che, pur ribadendo la necessità dell'acquisto, sottolineava che in effetti, a sua conoscenza, *«materiali con caratteristiche sovrapponibili a quanto richiesto sono commercializzati da più di una Ditta (Linnet, Strijker, Hill-Rom, Arjo-hunleigh e altre)»*.

7. È dunque destituito di fondamento, sia in diritto che in fatto, l'assunto dell'appellante.

7.1. Nemmeno la sua tesi può essere condivisa nella parte in cui sostiene che il richiamo alla relazione tecnica non sarebbe idoneo a provare la rispondenza del prodotto di Ecoplus Italia s.r.l. al capitolato, poiché in essa vengono semplicemente descritte le funzioni del sistema offerto, senza che sia data prova della loro equivalenza alle prescrizioni di gara e, anzi, dalla stessa relazione emergerebbe, con tutta chiarezza, la sostanziale differenza del bene rispetto alle specifiche tecniche, dalla quale doveva discendere la valutazione della difformità del prodotto rispetto al capitolato.

7.2. Anche tale assunto, però, è infondato, perché la relazione tecnica, come si vedrà, attesta la piena equivalenza del prodotto rispetto alle specifiche tecniche indicate nel capitolato.

8. Con il quarto motivo (pp. 14-19) l'appellante contesta, in modo più radicale, le singole specifiche tecniche del sistema offerto dall'aggiudicataria, censurando la sentenza del T.A.R., che avrebbe accolto acriticamente le difese svolte dalla controinteressata senza valutare le differenze oggettive tra i sistemi.

9. Si esamineranno qui di seguito, sinteticamente, i singoli profili tecnici evidenziati dall'appellante.

10. Quanto al primo, di cui alla lettera a), l'appellante lamenta che il letto Multicare Linet, offerto da Ecoplus Italia s.r.l., non presenterebbe la funzione di personalizzazione elettrica, a differenza del letto offerto da Clino Hospital s.r.l., che permetterebbe di personalizzare l'estensione del letto con il comando elettrico Estensione/Ritrazione.

10.1. Il motivo è destituito di fondamento, perché il T.A.R. ha correttamente rilevato che *«le movimentazioni elettriche delle sezioni schienale e femorale sono descritte sulle pulsantiere di comando in maniera chiara ed esaustiva, con simboli grafici che spiegano facilmente i movimenti»*.

11. Anche il secondo profilo, di cui alla lettera b), inerente al freno centralizzato e all'allarme letto non frenato, non merita condivisione.

11.1. Al riguardo appare del tutto condivisibile sul piano tecnico l'osservazione del T.A.R., non oggetto, del resto, di specifica censura da parte della stessa appellante, che il dispositivo dell'aggiudicataria è stato correttamente ritenuto dalla Commissione equivalente al meccanismo descritto nel capitolato, perché presenta un innovativo metodo automatizzato che mira proprio ad assolvere la medesima funzione di impedire cadute accidentali dei pazienti causate da letti non frenati.

12. Del pari infondata è la censura relativa al terzo profilo tecnico, di cui alla lettera c), relativa al sistema a pistoncini.

12.1. Clino Hospital s.r.l. lamenta che il primo giudice, nel ritenere anche sotto tale profilo equivalente il prodotto offerto da Ecoplus Italia s.r.l., non avrebbe debitamente considerato la sostanziale differenza tra i due sistemi, che si riflette sulle movimentazioni e sulla stabilità del piano-paziente, assicurate dai sistemi a leveraggi e non anche dai pistoncini.

12.2. Anche tale censura è destituita di fondamento, poiché il T.A.R. non ha mancato di osservare, del tutto correttamente, che le colonne telescopiche in dotazione al letto ne consentono il sollevamento nonché i movimenti laterali in modo analogo al meccanismo a leveraggi indicato nel capitolato e peraltro, come è evidenziato nel documento dell'impresa fornitrice, non presentando spazi interstiziali, i pistoncini riducono potenziali sorgenti di sanificazione e favoriscono una più efficace e semplice sanificazione.

13. Relativamente al quarto profilo, di cui alla lettera d), l'appellante ritiene erroneo il giudizio del T.A.R. in ordine al riconoscimento della sussistenza, nel sistema offerto da Ecoplus Italia s.r.l., del requisito prescritto dal punto 10 del capitolato speciale e, cioè, un «*meccanismo a pedale di sblocco rapido dello schienale, allineamento della superficie e trendelenburg per veloci manovre respiratorie*», assumendo che il meccanismo a pedale, richiesto per la rianimazione cardiaca e polmonare, è richiesto affinché l'operatore possa intervenire immediatamente sul paziente, senza perdere del tempo prezioso impegnando le mani per attivare i comandi di RCP, mentre il concentrare tutte e tre le operazioni in un unico impulso a mani libere riduce il tempo d'azione durante le manovre rianimatorie e non può essere sopperito da due pulsanti e una leva.

13.1. La censura non appare condivisibile perché il prodotto in questione, come ha rilevato il T.A.R., è dotato di un doppio sistema di comando per la rianimazione cardiaca polmonare, con comandi sia manuali che elettrici.

14. Sotto un ulteriore profilo, indicato alla lettera e), l'appellante deduce che il materasso integrato offerto da Ecoplus Italia s.r.l. non possiederebbe la funzione di basculamento che, nei limiti della descrizione fornita, dovrebbe essere garantita dal sistema delle tre colonne telescopiche, risultando, per ciò stesso, difforme rispetto a quanto richiesto dal capitolato.

14.1. La censura qui riproposta è infondata perché, come ha osservato correttamente il primo giudice, l'apparecchiatura utilizza, tra l'altro, un sistema di basculamento laterale del piano rete, attraverso uno specifico *software* che permette la possibilità di impostare «*cicli rotazionali, tempi e inclinazioni*» per una terapia rotazionale automatica «*volta alla prevenzione di gravi complicanze respiratorie*» e che contribuisce «*a ridurre il rischio di atelettasia e il conseguente rischio di polmonite associata all'uso del ventilatore (VAP)*».

15. Del tutto apodittica è, poi, la censura relativa al profilo tecnico, di cui alla lettera f), con la quale l'appellante lamenta che la presenza di un tasto per la posizione di *autocountour*, che movimentata la sezione e femorale garantendo le rispettive regressioni, non sarebbe assimilabile al comando unico di posizionamento, che permette di riposizionare efficacemente il paziente senza pericoli ed evitando manovre in casi delicati, perché l'appellante non spiega per quale ragione dovrebbe escludersi tale assimilabilità, limitandosi, dunque, ad una mera petizione di principio.

16. Infine, anche per quanto concerne il profilo tecnico di cui al punto g), l'appellante sostiene che l'asta smontabile del prodotto offerto da Ecoplus Italia s.r.l. rappresenterebbe più un problema logistico che il vantaggio desiderato dalla stazione appaltante, poiché l'asta a scomparsa rimane integrata nell'unità e non costringe a complicate manovre di asportazione, collocazione provvisoria e rimontaggio, quando è necessario.

16.1. Il motivo è infondato.

16.2. Bene ha rilevato ancora una volta il primo giudice, con valutazione immune da censura, che il letto in questione «è dotato di alloggiamenti per l'inserimento di aste porta flebo in acciaio con regolazioni telescopiche che non influiscono con le movimentazioni del piano rete», osservando che la circostanza che le aste siano a scomparsa, ma siano semplicemente rimuovibili, non incide sulla sussistenza del requisito richiesto, integrando solo una diversa modalità con la quale disattivarne l'uso.

17. Da tutti i superiori rilievi esce smentito, dunque, l'assunto dell'appellante secondo cui il prodotto offerto da Ecoplus Italia s.r.l. sarebbe carente di diverse caratteristiche prescritte dal capitolato.

17.1. La sentenza impugnata dunque, anche sul punto, è esente da qualsivoglia prospettato *error in iudicando* nell'aver ritenuto equivalente, ai sensi dell'art. 68 del d. lgs. 163/2006, il prodotto offerto da Ecoplus Italia s.r.l., confermando la legittimità, sul piano tecnico-discrezionale, della valutazione al riguardo compiuta dalla stazione appaltante.

18. Con il quinto motivo di appello (pp. 18-19 del ricorso), infine, l'appellante ha censurato la sentenza impugnata per ultrapetizione nella parte in cui ha ritenuto non meritevoli di accoglimento le censure relative all'immediata stipulazione del contratto e alla violazione dell'art. 79 del d. lgs. 163/2006, formulate con i motivi aggiunti.

18.1. La mancata comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, secondo l'appellante, non era un vizio meramente formale, ma le aveva impedito di tutelare la propria posizione giuridica, evidenziando come la condotta dell'Azienda Sanitaria, nel suo complesso, fosse stata pregiudizievole per le sue ragioni.

18.2. Il motivo, anche prescindendo dalla sua genericità, è infondato.

18.3. Bene ha osservato il T.A.R., anche sul punto, che la doglianza è infondata perché la procedura in esame si è svolta in via telematica mediante la richiesta di offerta pubblicata sul mercato elettronico della pubblica amministrazione (MECA), sicché, ai sensi dell'art. 11, comma 10-bis, lettera b), del d. lgs. 163/2006, non è soggetta all'applicazione del termine dilatorio.

18.4. Quanto, infine, alla mancata comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, come si è sopra ricordato e come pure ha ben evidenziato il T.A.R. campano, l'omissione della comunicazione dell'esito della gara non costituisce un vizio dell'atto né comporta l'illegittimità della procedura di aggiudicazione, ma assume rilievo ai soli fini della decorrenza dei termini di decadenza per esercitare i mezzi di tutela giurisdizionale (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 26.3.2012, n. 1726).

18.5. Anche tale ultimo motivo, quindi, va respinto.

19. In conclusione, per tutte le ragioni esposte, l'appello di Clino Hospital s.r.l. deve essere respinto, con integrale conferma della sentenza impugnata.

20. Le spese del presente grado di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'appellante nei confronti dell'Azienda Sanitaria Locale ASL NA 1 Centro e della Ecoplus Italia s.r.l.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto da Clino Hospital s.r.l., lo respinge e per l'effetto conferma la sentenza impugnata.

Condanna Clino Hospital s.r.l. a rifondere in favore dell'Azienda Sanitaria Locale – ASL NA 1 Centro le spese del presente grado di giudizio, che liquida nell'importo di € 2.500,00, oltre accessori come per legge.

Condanna Clino Hospital s.r.l. a rifondere in favore di Ecoplus Italia s.r.l. le spese del presente grado di giudizio, che liquida nell'importo di € 2.500,00, oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/12/2015

IL SEGRETARIO