

Pubblicato il 18/03/2019

N. 01477/2019 REG.PROV.COLL.  
N. 04834/2018 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 della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4834 del 2018, proposto da Getinge Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Enrico Sisti, Antonio Pavan, Vittoria Chiacchio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Napoli, via dei Mille, 74;

*contro*

Azienda Ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lucio Perone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*nei confronti*

Cardio.Tek s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Clemente Delli Colli, Alesandro Sileo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per l'annullamento*

- della Deliberazione n. 913 del 24 ottobre 2018, e relativi allegati, comunicata in data 31 ottobre 2018 con la quale è stata affidata a Cardio - Tek s.r.l. la fornitura di n. 4 Contropulsatori Aortici e relativo materiale di consumo per anni tre per le UU.OO.CC. Cardiologia Interventistica (Emodinamica) e per la Cardiochirurgia;
- nei limiti di interesse, dei verbali di gara, allegati alla delibera di aggiudicazione;
- di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, *in parte qua* e in quanto lesivo dei diritti e degli interessi legittimi Getinge;

e per sentir accogliere le seguenti conclusioni

dichiarare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati in accoglimento dei motivi dedotti e disporre l'annullamento, con declaratoria di inefficacia *ab origine*, in quanto occorrer possa, del contratto che nelle more fosse stato stipulato con l'aggiudicataria Cardio-Tek, disponendo il risarcimento in forma specifica del danno ingiusto subito dalla ricorrente per effetto dei provvedimenti impugnati mediante l'aggiudicazione a Getinge Italia s.r.l. della fornitura oggetto della procedura, nonché, ove occorra, il subentro nella fornitura cui al giudizio (di cui la ricorrente si dichiara sin d'ora disponibile), ovvero, in subordine, la rinnovazione della procedura di gara o il risarcimento per equivalente, nella somma che verrà ritenuta di giustizia, con riserva sin d'ora di agire, ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a., per il risarcimento di ogni ulteriore danno patito dalla ricorrente;

in via istruttoria

- sottoporre, ove ritenuto necessario, i prodotti offerti da Cardio - Tek e dalla ricorrente a verifica o a consulenza tecnica d'ufficio, a mente degli artt. 66 e 67 c.p.a.;

in ogni ipotesi con vittoria delle spese e competenze di lite, oltre iva e cpa, con considerazione anche degli oneri per il pagamento del contributo unificato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Cardio.Tek s.r.l. e dell'Azienda Ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore la dott.ssa Maria Grazia D'Alterio e uditi nell'udienza pubblica del giorno 5 febbraio 2019 per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha partecipato procedura negoziata, indetta dall'Azienda Ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano di Caserta, per l'affidamento della fornitura di n. 4 contropulsatori aortici e materiale di consumo per anni tre (cateteri per contropulsazione aortica) per le UU.OO.CC. Cardiologia Interventistica (Emodinamica) e per la Cardiochirurgia, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d'asta di € 200.000,00, oltre IVA.

2. Con il ricorso in esame Getinge Italia s.r.l. insorge avverso gli esiti della procedura, articolando cinque motivi in diritto.

2.1 Con i primi due motivi di ricorso, deduce la illegittimità della aggiudicazione disposta in favore della odierna controinteressata,

lamentando la violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 68 e 95 del D.lgs 50/2016, nonché l'eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, per ingiustizia manifesta, illogicità e sviamento, ritenendo sostanzialmente erronea:

I) l'attribuzione di 10 punti in favore di Cardio-Tek per il parametro di valutazione *“Disponibilità di segnale forma d'onda della pressione arteriosa a basso livello isolata da inviare direttamente ad un monitor”*, non essendo la macchina offerta dalla predetta ditta dotata di una uscita pressoria specificatamente a basso livello e isolata come invece richiesto dalla griglia di valutazione (come peraltro anche specificamente contestato alla S.A. da Getinge nel corso della procedura);

II) il mancato riconoscimento di 15 punti in relazione al criterio *“Dotazione di catetere in fibra ottica”*, sostenendo che il Capitolato Speciale non chiede la fornitura di cateteri a fibra ottica e la Tabella di attribuzione dei punteggi riguarda solo le caratteristiche tecniche del contropulsatore aortico che è dotato *“di una innovativa tecnologia di lettura della Pressione Intra – Aortica attraverso la Fibra Ottica integrata”*, come del resto riconosciuto inizialmente dalla Commissione di gara (prima che il punteggio in tesi correttamente attribuito fosse rivisto dal Seggio di gara a seguito della contestazione di Cardio-tek).

Peraltro, sotto assorbente profilo, il Seggio di gara non avrebbe potuto procedere alla revisione dei punteggi, senza preventivamente consentire alla Commissione di compiere le proprie valutazioni sui rilievi tecnici formulati dalla controinteressata successivamente all'attribuzione dei punteggi ad opera di quest'ultima.

2.2 Inoltre, sotto ulteriore connesso aspetto, dedotto col quarto motivo, la ricorrente lamenta la violazione della *par condicio* tra i concorrenti nonché il difetto di motivazione e di istruttoria, posto

che la stazione appaltante, mentre avrebbe verificato quanto segnalato da CARDIOTEK (circa la mancanza del catetere in fibra ottica), non si sarebbe comportata allo stesso modo rispetto alla propria segnalazione, tesa a dimostrare la mancanza da parte del prodotto offerto da CardioTek di una caratteristica ritenuta erroneamente sussistente dalla Commissione di gara, ovvero la *“disponibilità di segnale forma d'onda della pressione arteriosa a basso livello isolata da inviare direttamente ad un monitor”*.

2.3 Con il terzo motivo di ricorso, è dedotta la illegittimità della decisione assunta dal Seggio di gara di annullare l'aggiudicazione a favore di Getinge per poi assegnare la fornitura a Cardio-Tek, in quanto adottata dopo l'apertura della buste economiche, violando così il principio di segretezza dell'offerta economica.

2.4 La società ricorrente, con l'ultimo motivo di ricorso, evidenzia, infine, che Cardio-Tek in ogni caso non avrebbe dovuto essere ammessa alla procedura di gara, posto che la sua partecipazione non era stata preceduta da una formale lettera di invito alla stessa direttamente indirizzata.

3. Si sono costituiti per resistere al ricorso la Cardio-Tek s.r.l. e l'Azienda Ospedaliera Sant'Anna e San Sebastiano, instando per la reiezione del gravame perché infondato in fatto e in diritto.

4. Accolta l'istanza di sospensiva con ordinanza cautelare n. 1957/2018, all'udienza pubblica del 5 febbraio 2019, sulla conclusione delle parti, la causa è stata introitata per la decisione.

5. Il ricorso è fondato.

5.1 Per ragioni di ordine logico occorre principiare dall'esame dal secondo motivo di ricorso, con cui parte ricorrente lamenta l'illegittima rivalutazione dell'offerta della ricorrente e rimodulazione

del punteggio e della graduatoria ad opera dal Seggio di gara, con indebita sostituzione nelle imprescindibili competenze della Commissione aggiudicatrice.

Ritiene il Collegio che la situazione sopra descritta, involgendo la violazione delle norme relative alla competenza, costituisce limite al potere della parte di graduare i motivi di ricorso e le domande in funzione del proprio interesse, ostandovi il disposto dell'art. 34 comma 2 c.p.a., da intendersi anche come impossibilità del giudice di pronunciarsi su poteri non esercitati dall'autorità competente (*cf.* Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 5/2015).

Invero, il vizio d'incompetenza dell'organo si traduce in un suo radicale difetto di legittimazione ad operare, con conseguente illegittimità degli atti adottati e con l'ulteriore effetto che l'accoglimento di un vizio-motivo di incompetenza dell'organo che ha provveduto è, intrinsecamente e necessariamente, assorbente di ogni altro vizio-motivo dedotto nel ricorso (*cf.* T.A.R. Palermo sez. III 14 settembre 2012, n. 1873).

4.2 L'esame delle ragioni della ricorrente richiedono di svolgere una breve sintesi dello sviluppo del procedimento di selezione, dovendosi puntualizzare in punto di fatto che:

- a seguito di invito del 3 luglio 2018, partecipavano alla procedura negoziata la ricorrente e la resistente, le quali, a seguito dell'apertura delle buste amministrative, venivano entrambe ammesse al prosieguo della gara;
- all'esito della valutazione delle offerte tecniche ed economiche, nella seduta pubblica n. 5 del 4 ottobre 2018 risultava aggiudicataria l'odierna ricorrente, Getinge con un punteggio totale pari a 92,65 (di cui punti 27,65 per l'offerta economica di € 199.975,00 e punti 65

per l'offerta tecnica), mentre la Cardio - Tek riportava un punteggio totale pari a 80 (di cui 30 punti per l'offerta economica di € 184.300,00 e punti 50 per l'offerta tecnica);

- in data 5 ottobre 2018, Cardio-Tek inviava alla S.A. un'istanza di revisione dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche lamentando, tra l'altro, che la Commissione avrebbe errato ad attribuire a Getinge 15 punti per la fornitura di "cateteri a fibra ottica", posto i cateteri da quest'ultima forniti non sarebbero dotati di suddetta tecnologia;

- in sede di chiarimenti richiesti dalla S.A. la ricorrente, da un lato, precisava che la fornitura di cateteri con fibra ottica non era richiesta nel capitolato, e che il solo contropulsatore aortico doveva essere in fibra ottica e predisposto per tale tipologia di cateteri, dall'altro, contestava a sua volta l'attribuzione di una parte del punteggio assegnato alla Cardio-tek;

- alla seduta pubblica del 17 ottobre 2018, senza rimettere gli atti alla Commissione Tecnica, il Seggio di gara procedeva alla rideterminazione del punteggio complessivo e, in accoglimento delle doglianze formulate dalla controinteressata, riduceva il punteggio di Getinge da 65 a 50, di modo che la gara veniva aggiudicata a Cardio-Tek, con un punteggio complessivo (rimasto invariato) di 80 punti, contro i 77,65 di Getinge;

- solo a seguito della proposizione dell'odierno ricorso il Seggio di gara chiedeva alla Commissione di pronunciarsi sulla correttezza della rivalutazione dell'offerta della Getinge, al limitato fine di fornire un apporto tecnico per la difesa in giudizio in relazione agli aspetti tecnici della controversia (*cf.* pag. 5 memoria della resistente depositata il 25 gennaio 2019).

5. Ciò precisato in punto di fatto, nel merito il ricorso è fondato.

5.1 Come noto, nelle procedure ad evidenza pubblica, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre distinguere il ruolo del Seggio di gara, chiamato ad un'attività di mero accertamento, priva di ogni connotato discrezionale, da quello della Commissione, preposta all'effettuazione di valutazioni tecnico-discrezionali, senza che sia possibile l'ingerenza della prima nell'attività valutativa che costituisce prerogativa riservata alla seconda (*cf.* in termini T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 7 luglio 2017, n.1549).

La valutazione delle offerte tecniche, infatti, si compendia nell'apprezzamento, massima espressione della discrezionalità tecnica, degli elementi tecnici delle singole offerte e nell'attribuzione dei relativi punteggi sulla base dei pesi e punteggi appositamente indicati, sicché deve essere svolta necessariamente dalla commissione giudicatrice, ovvero dall'organo tecnico munito della necessaria preparazione, competenza ed esperienza professionale nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare.

5.2 Nel caso di specie, il Seggio di gara, ritenuto che le valutazioni tecnico-discrezionali sottese all'attribuzione dei punteggi legati alle caratteristiche della fornitura offerta dalla ricorrente non fossero state correttamente svolte dall'organo tecnico-valutativo, ha proceduto illegittimamente, in violazione dei principi innanzi enunciati, direttamente alla rivalutazione dell'offerta tecnica presentata dalla ricorrente, alla rideterminazione dei punteggi e, dunque, alla riformulazione della graduatoria.



6. A tanto aggiungasi che nemmeno può escludersi che tali valutazioni abbiano subito l'inevitabile condizionamento derivante dall'essere dette valutazioni state effettuate, quando erano oramai note le offerte economiche, con conseguente violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e della trasparenza dell'azione amministrativa.

Sul punto, l'orientamento giurisprudenziale è pressoché univoco nel senso che: *“Nelle gare pubbliche, ove la relativa procedura sia caratterizzata (come nell'ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa) da una netta separazione tra la fase di valutazione dell'offerta tecnica e quella dell'offerta economica, il principio di segretezza comporta che, fino a quando non si sia conclusa la valutazione degli elementi tecnici, è di norma interdetta al seggio di gara la conoscenza di quelli economici; pertanto, una volta che sia intervenuto l'annullamento – giudiziale o in autotutela che sia – dell'aggiudicazione, sarà ordinariamente precluso alla commissione, nella stessa composizione, di rivalutare le offerte tecniche, almeno nelle componenti discrezionali, appunto perché ai commissari sono già note le offerte economiche. Tale circostanza, infatti, inficiando l'operato della commissione giudicatrice, si ripercuote sull'impugnato provvedimento di nuova aggiudicazione, rendendolo illegittimo, e conducendo al suo annullamento”* (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 12 novembre 2018, n. 2565).

Peraltro, si è chiarito che per integrare la violazione del principio di segretezza non occorre che sia accertata una effettiva lesione del bene tutelato essendo sufficiente che si sia materializzato anche solo il rischio del pregiudizio dello stesso: *“il principio della segretezza dell'offerta economica è, infatti, presidio dell'attuazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, sub specie della trasparenza e della par condicio dei concorrenti, che garantisce il corretto, libero ed*

*indipendente svolgimento del processo intellettuale-volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata; in questi casi, la peculiarità del bene giuridico protetto dal principio di segretezza dell'offerta economica, impone che la tutela si estenda a coprire non solo l'effettiva lesione del bene, ma anche il semplice rischio di pregiudizio al medesimo, perché anche la sola possibilità di conoscenza dell'entità dell'offerta economica, prima di quella tecnica, è idonea a compromettere la garanzia di imparzialità dell'operato dell'organo valutativo” (T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, sez. II, 10 gennaio 2018, n. 24; in termini cfr. anche Cons. di Stato, Sez. III, 24 novembre 2016, n. 49341).*

7. Le superiori considerazioni inducono all'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento di tutti gli atti impugnati, ai fini della rinnovazione dell'intera procedura. I restanti motivi restano assorbiti.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, sede di Napoli, Sez. V, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna l'Azienda Ospedaliera e la controinteressata Cardio.Tek s.r.l. alla refusione delle spese di lite in favore della ricorrente Getinge Italia s.r.l., complessivamente liquidandole in €. 4.000,00 (€. 2.000,00 in favore di ciascuna parte), oltre accessori come per legge e oltre refusione del C.U..

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 5 febbraio  
2019 con l'intervento dei magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Maria Grazia D'Alterio, Primo Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Maria Grazia D'Alterio**

**IL PRESIDENTE**  
**Santino Scudeller**

**IL SEGRETARIO**