

N. 01766/2014 REG.PROV.COLL.
N. 00821/2013 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 821 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Medi FM Service S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Filippo Traviglia, con domicilio eletto presso il suo studio in Torino, via Donati, 1;

contro

Federazione Sovrazonale Piemonte 2 Torino Nord S.C. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Angeletti e Luigi Angeletti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via Bertola, 2;

ASL TO 2 - Torino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Angeletti e Luigi M. Angeletti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via Bertola, 2;

nei confronti di

Hill Rom S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Cresta, Giorgio Calesella e Claudia Cipriano, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Torino, via Bertola, 2;
Arjohuntleigh S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Simona Montuori in Torino, via San Pio V, 20;
Asl TO 1 Torino,
Asl TO 3,
Asl TO 4,
Asl TO 5;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale della Federazione Sovrazonale Piemonte 2 Torino Nord S.c. a r.l. n. 237/FED01/2013 del 9 luglio 2013; della nota della Federazione Sovrazonale Piemonte 2 Torino Nord S.c. a r.l. prot. 3117 dell'11 luglio 2007; del verbale di seduta pubblica Asl TO 2 dell'8 maggio 2012; della determinazione dell'Asl TO 2 n. 636 dell'11 settembre 2012; dei verbali della commissione giudicatrice (10 ottobre 2012, 22 ottobre 2012, 12 novembre 2012, 21 novembre 2012, 10 dicembre 2012, 20 dicembre 2012, 13 marzo 2013); del verbale di seduta pubblica Federazione Sovrazonale Piemonte 2 Nord S.c. a r.l. del 12 giugno 2013; nonchè, per quanto occorra, del bando di gara Asl TO 2 "Torino - Dispositivi e prodotti medici vari - 2012/S 31-050013" pubblicato il 15 febbraio 2012; del capitolato speciale Asl TO 2 "Procedura aperta per la fornitura in noleggio dei presidi antidecubito" pubblicato il 15 febbraio 2012; degli atti e dei

documenti, anche non conosciuti, contenenti valutazioni tecniche dell'Amministrazione e/o della Commissione Giudicatrice comunque inerenti alle offerte risultate aggiudicatarie nei lotti nn. 1 (CIG 393296135) e (CIG 3932941D92) della procedura;

- di tutti gli atti e i documenti - anche non conosciuti - presupposti, collegati, conseguenti, preordinati a quelli impugnati o comunque alla procedura de qua;

nonchè

per il risarcimento del danno, nei termini infra specificati;

nonchè, con i motivi aggiunti depositati in data 10.01.2014, per l'annullamento nei limiti in cui infra e previa sospensione,

- della nota prot. 5610 del 21 novembre 2013 mediante la quale la Federazione Sovrazonale ha attivato "a decorrere dal 1/12/2013" una "nuova fornitura in noleggio di presidi antidecubito" nonchè, per quanto occorra, della nota prot. 5725 del 26 novembre 2013 della Federazione Sovrazonale e della nota prot. 46833 del 17 dicembre 2013 dell'Asl TO5;

- di tutti gli atti e i documenti - anche non conosciuti - presupposti, collegati, conseguenti, preordinati a quelli impugnati o comunque alla procedura de qua;

nonchè

per il risarcimento del danno, nei termini infra specificati.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Federazione Sovrazonale Piemonte 2 Torino Nord S.C. a r.l., della Asl TO 2 – Torino, della Hill Rom S.p.A. e della Arjohuntleigh S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 ottobre 2014 la dott.ssa Ofelia Fratamico e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso ritualmente notificato la Medi FM Service s.r.l. ha chiesto al Tribunale di annullare, previa sospensione dell'efficacia, 1) le determinazioni con le quali la Federazione Sovrazonale Piemonte 2 Torino Nord s.c. a r.l. aveva aggiudicato, rispettivamente alla Hill Rom s.p.a. ed alla Arjohuntleigh s.p.a., i lotti 1 e 2 della procedura aperta per la fornitura in noleggio di presidi antidecubito indetta con bando pubblicato sulla GUCE il 15.02.2012, 2) i verbali della Commissione Giudicatrice, 3) il bando di gara, 4) il capitolato speciale, nonché tutti gli atti presupposti, collegati conseguenti o comunque connessi.

Con il medesimo ricorso la Medi FM Service s.r.l. ha anche domandato la condanna dell'Amministrazione al risarcimento di tutti i danni cagionati.

Avverso gli atti impugnati la ricorrente ha dedotto a) con riferimento al lotto 1, manifesta irragionevolezza della valutazione

dell'Amministrazione in merito alla carenza nell'offerta aggiudicataria di requisiti previsti quali obbligatori dagli atti di gara, violazione della par condicio, eccesso di potere nelle figure sintomatiche della manifesta illogicità, contraddittorietà e travisamento; b) in relazione al lotto 2, manifesta irragionevolezza della valutazione dell'Amministrazione in merito alla carenza nell'offerta aggiudicataria di requisiti previsti quali obbligatori dagli atti di gara, violazione della par condicio, eccesso di potere nelle figure sintomatiche della manifesta illogicità, contraddittorietà e travisamento; c) sempre con riferimento al lotto 2, sotto altro profilo, manifesta irragionevolezza della valutazione dell'Amministrazione in merito alla carenza nell'offerta aggiudicataria di requisiti previsti quali obbligatori dagli atti di gara, violazione della par condicio, eccesso di potere nelle figure sintomatiche della manifesta illogicità, contraddittorietà e travisamento.

Si sono costituite in giudizio la Federazione Sovrazonale Piemonte 2 Torino Nord s.c. a r.l., la Hill Rom s.p.a. e la Arjohuntleigh s.p.a., eccependo l'inammissibilità, l'improcedibilità e, in ogni caso, l'infondatezza nel merito del ricorso avverso.

Con atto notificato il 23.12.2013 la ricorrente ha proposto motivi aggiunti contro il provvedimento con il quale, il 21.11.2013, la Federazione Sovrazonale aveva disposto, a decorrere dal 1.12.2013, "una nuova fornitura in noleggio di presidi antidecubito", nonché contro tutti gli atti presupposti, conseguenti o comunque connessi.

L'11.02.2014 si è costituita in giudizio la ASL TO2, subentrata alla Federazione in tutte le attività relative alla procedura di gara di cui trattasi.

Con ordinanza n. 98/2014 del 13.02.2014 il Collegio, a seguito dell'espletamento di una verifica sui presidi oggetto della procedura, ha rigettato la richiesta di sospensiva.

Il Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1453/2014 del 4.04.2014, ha, però, accolto l'appello sul cautelare, anche se limitatamente alla sollecita trattazione della causa nel merito.

All'udienza pubblica dell'8.10.2014 la causa è stata, infine, trattenuta in decisione.

Devono essere, in primo luogo, rigettate le eccezioni di inammissibilità del ricorso formulate dall'Amministrazione in relazione ai limiti di sindacabilità della discrezionalità tecnica esercitata dalla Commissione ed all'esperimento della c.d. prova di resistenza.

Con il ricorso in epigrafe la Medi FM Service s.r.l. ha, in verità, contestato non il punteggio attribuito a sé o alle controinteressate nella gara de qua (tipologia di censura che avrebbe, eventualmente, potuto rendere rilevanti tali eccezioni), ma la stessa ammissione alla procedura delle offerte della Hill Rom s.p.a. e della Arjohuntleigh s.p.a. che, a suo dire, avrebbero dovuto essere escluse per mancata conformità dei prodotti alle caratteristiche prescritte dal capitolato.

Il ricorso, pur ammissibile, è, però, nel merito infondato.

Con il primo motivo la Medi FM Service s.r.l. ha lamentato l'illegittimità dell'aggiudicazione del lotto 1 alla Hill Rom s.p.a. assumendo che l'offerta della controinteressata fosse, come anticipato, inammissibile, in quanto relativa ad un presidio antidecubito multistrato le cui celle non

avrebbero raggiunto l'altezza compresa tra 18 cm e 21 cm richiesta dalla lex specialis di gara.

Tale caratteristica è stata oggetto della verifica disposta dal Tribunale con ordinanza n. 1086/2013 dell'11.10.2013.

L'indagine svolta dal Politecnico di Torino, incaricato dell'incombente, ha condotto ad accertare che "il presidio esaminato ha una struttura multistrato composta da un insieme di tre materassi sovrapposti interamente costituiti da celle ad aria, contenuto in una fodera protettiva; non è presente nel presidio alcun altro strato di supporto dei materassi ad aria" e che "l'altezza del presidio misurata nella configurazione dello stesso assemblato come in condizioni di normale utilizzo in ambito clinico (e anche senza fodera) con celle gonfie alla pressione massima in corrispondenza della porzione del tronco del paziente risulta essere compresa tra 18 cm e 21 cm"(cfr. p. 24 della relazione dei verificatori).

Da qui l'infondatezza delle doglianze esposte dalla ricorrente nel primo motivo e la piena conformità del presidio offerto alle prescrizioni del capitolato.

Tale conclusione, apparentemente non condivisa dal Consiglio di Stato che, in sede di appello cautelare si è, però, limitato ad accogliere il gravame ai fini della "sollecita fissazione della trattazione della causa di merito", risulta, ad avviso del Collegio, anche a seguito dell'approfondito esame proprio della fase di merito, la soluzione da preferire tra quelle prospettate dai verificatori, in quanto l'unica orientata al criterio della funzionalità del presidio.

Poichè il materasso Clin Activ Plus offerto dalla Hill Rom s.p.a. ha una struttura multistrato tutta costituita da celle d'aria (senza base in espanso), destinata ad essere usata sempre nella sua interezza e mai nelle singole componenti, la sua altezza deve essere misurata nelle condizioni di normale utilizzo, tenuto conto della globalità della sua funzione terapeutica.

La correttezza della suddetta interpretazione dei risultati della verifica non è, poi, in alcun modo compromessa né dal fatto che la misura "netta" delle sole celle del presidio disassemblato (e, dunque, esaminato in una configurazione che ne preclude qualsiasi utilizzo - prove n. 4 e 5 dei verificatori) sia solo di 17 cm, nè dalla risposta dell'Amministrazione al quesito n. 1, tesa, evidentemente, a sottolineare la necessità di distinguere nel misurare l'altezza del materasso le celle - e, cioè, la già citata parte propriamente terapeutica - dall'eventuale base in espanso (assente, come detto, nel prodotto della Hill Rom s.p.a.).

Con il secondo ed il terzo motivo di ricorso la Medi FM Service ha, invece, dedotto l'illegittimità dell'aggiudicazione del lotto n. 2 alla Arjohuntleigh, la cui offerta avrebbe dovuto essere esclusa perché il prodotto Innova Extra Ol sarebbe stato privo del prescritto sistema di "regolazione delle pressioni di appoggio rispetto al peso del paziente tramite sensore, in grado di equilibrare autonomamente e continuativamente le pressioni di contatto di ogni singolo paziente e per ogni cambio di posizione, ottimizzando lo scarico delle pressioni e garantendo una idonea circolazione periferica tissutale" (cfr. pag. 17 del capitolato) e non sarebbe stato, come richiesto dalla lex specialis, un sistema unitario, bensì un insieme di componenti (base in schiuma o

poliuretano su cui poggiano le celle d'aria) unito semplicemente da un telo agganciato sotto la base, con conseguente rischio di scivolamento dei diversi elementi e pericolo di maggiore circolazione e diffusione di batteri per la più elevata difficoltà di sanificazione.

Anche tali censure, alla luce degli atti di causa, non possono essere condivise.

Da un lato, dalla documentazione tecnica e, in particolare, dalla scheda tecnica di cui al doc. n. 12 della stessa ricorrente, risulta che “il presidio è ... dotato del controllo automatico delle pressioni interne delle celle per garantire una ridistribuzione ottimale dei carichi pressori”, così da soddisfare a pieno le prescrizioni del capitolato al riguardo.

Né la ricorrente nell'atto introduttivo o nei motivi aggiunti ha allegato alcun elemento tale da confutare, anche in via indiziaria, la conformità del prodotto della aggiudicataria sotto tale profilo.

Dall'altro lato, la lex specialis di gara non richiedeva che il presidio offerto consistesse di un “blocco unico”, ma solo che fosse completamente sostitutivo del materasso ospedaliero.

Il prodotto Innova Extra Ol presenta tale caratteristica, espressamente dichiarata dalla aggiudicataria, confermata dall'Amministrazione anche nella Relazione tecnica di cui al doc. n. 9 e non contestata neppure dalla ricorrente ed è ovviamente sottoposto a trattamento sanitizzazione, disinfezione, sterilizzazione come previsto dalla legge per tali presidi (cfr. doc n. 12 della ricorrente).

Con i motivi aggiunti la ricorrente ha lamentato, in primo luogo, l'illegittimità della determinazione del 21.11.2013 e di tutti gli atti connessi, con cui l'Amministrazione avrebbe disposto “una nuova e

diversa aggiudicazione”, “con un prodotto (il Duo2) diverso da quello aggiudicatario”, violando “gravemente, in un solo momento, i più basilari principi in materia di procedure di pubblica evidenza”.

Nello stesso atto la Medi FM Service ha anche dedotto la violazione da parte della citata determinazione del 21.11.2013 della clausola di stand still dell’art. 11 del d.lgs. n. 163/2006.

Anche tali doglianze non sono fondate e devono essere rigettate.

L’Amministrazione - che aveva, nelle more del ricorso e della decisione sull’istanza cautelare, fatto proseguire alla ricorrente il noleggio di cui al precedente contratto, da tempo scaduto - dopo la pronuncia del TAR che disponeva la verifica senza sospendere la procedura, rilevato che le condizioni di cui al precedente affidamento risultavano assai più onerose rispetto a quelle previste nella nuova aggiudicazione (con un maggior esborso di circa 18.800 euro al mese in relazione ai lotti 1 e 2), vista l’urgenza e l’indifferibilità dell’approvvigionamento dei presidi in questione, ha provveduto, in favore delle imprese risultate aggiudicatarie, all’affidamento “provvisorio” della fornitura nel duplice significato della (ovvia) subordinazione dell’affidamento stesso alla pronuncia del Giudice Amministrativo sul ricorso pendente e del noleggio (per il lotto 1) di un altro prodotto della medesima società con le caratteristiche richieste dal capitolato speciale (cfr. doc 13 dell’Amministrazione) in attesa dei risultati della verifica disposta su quello concretamente offerto in gara dalla Hill Rom.

Tale condotta (affidamento alle imprese risultate vincitrici della gara non sospesa, noleggio “provvisorio” di un presidio comunque dotato delle caratteristiche prescritte in attesa degli esiti della verifica su

quello offerto) non appare contraria alla lex specialis di gara, tanto più che, come evidenziato dalla costante giurisprudenza amministrativa la violazione della clausola di stand still in sé considerata e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione e senza un'apprezzabile incidenza sulla possibilità di ottenere l'affidamento non comporta l'annullamento di quest'ultima né l'inefficacia del contratto.

Il modello Duo2 originariamente richiesto dall'Amministrazione alla Hill Rom, a seguito dei risultati della verifica e dell'espresso rigetto da parte del TAR dell'istanza cautelare è stato, poi, tempestivamente sostituito con il presidio oggetto dell'offerta aggiudicataria (cfr. missiva della ASL TO2 - succeduta alla Federazione - del 21.02.2014, doc. n. 19 dell'Amministrazione).

Nessun rilievo sulla legittimità degli atti impugnati può assumere, infine, la richiesta alla ricorrente da parte dell'ASL di un materasso speciale del diverso da quelli di cui alla procedura de qua, modello Nimbus 4, per un paziente ad alto rischio di lesioni da decubito perché gravemente obeso. Alla luce delle considerazioni che precedono, anche i motivi aggiunti devono essere, come detto, rigettati, così come la domanda di risarcimento del danno.

Per la complessità della materia trattata sussistono, comunque giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

Le spese di verifica, liquidate in separato provvedimento, devono essere, invece, poste, per il principio della soccombenza, definitivamente a carico di parte ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando

rigetta il ricorso ed i motivi aggiunti;

rigetta la domanda di risarcimento del danno;

compensa le spese di lite;

pone in via definitiva a carico della ricorrente le spese di verificaione, liquidate in separato provvedimento.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 8 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Roberta Ravasio, Primo Referendario

Ofelia Fratamico, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/11/2014

IL SEGRETARIO

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