



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 8641 del 2021, proposto dalla Hill Rom s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Turco, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia,

contro

l'Azienda Sanitaria di Matera (Asm), in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio,

nei confronti

della Linet Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Scalfati e Stefano La Marca, con domicilio digitale come da Pec da Registri di Giustizia;
della 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;

del Commissario per l'attuazione ed il coordinamento delle misure di contenimento emergenza epidemiologica Covid-19 e della Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata 25 giugno 2021, n. 496, che ha dichiarato l'irricevibilità e l'infondatezza nel merito del ricorso proposto dalla Hill Rom per l'annullamento della aggiudicazione della procedura negoziata per l'affidamento della fornitura di 25 letti elettrici per terapia intensiva semi-intensiva, da destinare all'U.O. di Terapia intensiva del Presidio ospedaliero di Matera.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Linet Italia s.r.l. e della Malvestio s.p.a.;

Viste le memorie depositate dalla Linet Italia s.r.l. in date 2 maggio 2022 e 25 maggio 2022;

Vista la memoria depositata dall'appellante in data 16 maggio 2022;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 16 giugno 2022 il Consigliere Giulia Ferrari e uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. L'Azienda Sanitaria di Matera (Asm) ha indetto una procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura di 25 letti elettrici

per terapia intensiva semi-intensiva, da destinare all'U.O. di Terapia intensiva del Presidio ospedaliero di Matera.

Alla procedura hanno partecipato i soggetti iscritti nell'elenco nazionale dei fornitori di attrezzature per le terapie intensive e semi-intensive, dispositivi e servizi connessi, destinati all'emergenza sanitaria Covid-19, istituito con decreto del Commissario straordinario per l'emergenza del 2 novembre 2020, fra cui configuravano l'odierna appellante e le controinteressate.

Con delibera n. 875 del 30 marzo 2021 la procedura è stata aggiudicata alla Linet Italia s.r.l. con il punteggio complessivo di 98,10 punti, di cui 90 punti per l'offerta tecnica e 8,10 punti per l'offerta economica; al secondo posto si è collocata la Malvestio s.p.a., con il punteggio complessivo di 89,76 punti, di cui 80,32 punti per l'offerta tecnica e 9,44 punti per l'offerta economica; al terzo posto la Hill Rom s.p.a. con il punteggio complessivo di 86,21 punti, di cui 78,32 punti per l'offerta tecnica e 7,89 punti per l'offerta economica.

2. L'aggiudicazione è stata impugnata (ricorso n. 291/2021), dinanzi al Tar Basilicata, in quanto i prodotti offerti dalle due controinteressate, classificatesi prima e seconda in graduatoria, davanti alla appellante, posizionatasi terza, non rispettavano le richieste del bando, con la conseguenza che le offerte non avrebbero potuto avere un giudizio favorevole da parte della Commissione di gara.

3. Con sentenza 25 giugno 2021, n. 496 il Tar Basilicata ha dichiarato irricevibile il ricorso, essendo stato notificato in data 31 maggio 2021, a fronte della pubblicazione dell'aggiudicazione e dei suoi verbali avvenuta in data 30 marzo 2021.

Il primo giudice, inoltre, ha rilevato l'infondatezza del ricorso nel merito, non essendo riscontrabile alcuna illogicità o irragionevolezza nell'operato della

Commissione aggiudicatrice, che ha correttamente affermato l'equivalenza dei prodotti offerti dalle controinteressate.

4. La sentenza del Tar Basilicata 25 giugno 2021, n. 496 è stata impugnata con appello notificato in data 1° ottobre 2021 e depositato il successivo 12 ottobre.

Erroneamente il giudice di prime cure ha affermato l'irricevibilità del ricorso di primo grado, in quanto la pubblicazione dei verbali di gara sul sito istituzionale della stazione appaltante non era una delle modalità di comunicazione dell'aggiudicazione prevista dalla legge di gara. Per questo motivo, tale pubblicità è da ritenersi inidonea a far decorrere il dies a quo per l'impugnazione, che deve scattare dal 4 maggio 2021, data in cui la stazione appaltante ha comunicato a Hill Rom tutti le informazioni rilevanti alla proposizione del ricorso giurisdizionale.

Errate, inoltre, sono le conclusioni raggiunte dal giudice di primo grado nel merito, in quanto le palesi violazioni della legge di gara da parte delle prime due classificate giammai avrebbero potuto comportare il superamento del giudizio di equivalenza, non essendo stati offerti prodotti che rispondevano alle caratteristiche minime essenziali richieste dalla lex specialis di gara.

5. Si è costituita in giudizio la Linet Italia s.r.l., che ha sostenuto l'irricevibilità del ricorso di primo grado e l'inammissibilità dell'appello, mentre nel merito la sua infondatezza.

6. Si è costituita in giudizio la Malvestio s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, dell'appello.

7. L'Azienda Sanitaria di Matera non si è costituita in giudizio.

8. Il Commissario per l'attuazione ed il coordinamento delle misure di contenimento emergenza epidemiologica Covid-19 e l'Autorità Nazionale Anticorruzione non si sono costituiti in giudizio.

9. All'udienza pubblica del 16 giugno 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa, l'appellante Hill Rom s.p.a. (d'ora in poi, Hill) si è collocata terza nella graduatoria della gara, bandita dalla Azienda Sanitaria di Matera (Asm) per l'affidamento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della fornitura di 25 letti elettrici per terapia intensiva semi-intensiva, da destinare all'U.O. di Terapia intensiva del Presidio ospedaliero di Matera.

Afferma che le prime due graduate (delle sei ditte invitate, individuate nell'Elenco nazionale dei fornitori di attrezzature per le terapie intensive e semi-intensive, dispositivi e servizi connessi, destinati all'emergenza sanitaria Covid-19, istituito con decreto del Commissario straordinario per l'emergenza del 2 novembre 2020) – la Linet Italia s.r.l. (d'ora in poi, Linet) e la Malvestio s.p.a. – avrebbero dovuto essere escluse per aver proposto prodotti non conformi a quanto richiesto dalla lex specialis di gara.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall'esame del profilo di tardività del ricorso di primo grado, essendo infondati i motivi rivolti avverso la graduatoria.

L'Allegato 1 al Disciplinare elenca in 35 punti le caratteristiche che devono essere possedute dai letti elettrici per poi concludere nel senso che “ciascuna proposta potrà discostarsi dalle caratteristiche tecniche, operative, funzionali minime richieste, purché la caratteristica proposta sia pari (equivalente) o superiore a quanto richiesto”.

La lex specialis di gara ha quindi introdotto il cd. criterio di equipollenza nella fornitura dei letti.

Come chiarito da una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo, (Cons. Stato, sez. V, 25 agosto 2021, n. 6035; sez. III, 20 ottobre 2020, n. 6345), il principio

di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, in quanto la possibilità di ammettere alla comparazione prodotti aventi specifiche tecniche equivalenti a quelle richieste, ai fini della selezione della migliore offerta, risponde, da un lato, ai principi costituzionali di imparzialità e buon andamento e di libertà d'iniziativa economica e, dall'altro, al principio euro-unitario di concorrenza, che vedono quale corollario il favor participationis alle pubbliche gare, mediante un legittimo esercizio della discrezionalità tecnica da parte dell'amministrazione alla stregua di un criterio di ragionevolezza e proporzionalità. Il principio di equivalenza è, dunque, finalizzato ad evitare una irragionevole limitazione del confronto competitivo fra gli operatori economici, precludendo l'ammissibilità di offerte aventi oggetto sostanzialmente corrispondente a quello richiesto e tuttavia formalmente privo della specifica prescritta (Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2021, n. 4353).

Il principio di equivalenza è stato recepito dal nuovo Codice dei contratti approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, all'art. 68, prevede che la stazione appaltante non possa escludere un'offerta perché non conforme alle specifiche tecniche a cui ha fatto riferimento se il prodotto offerto non è "aliud pro alio", incontrando il concorrente che voglia presentare un prodotto (o servizio) equivalente a quello richiesto il solo limite della "difformità del bene rispetto a quello descritto dalla lex specialis", configurante ipotesi di "aliud pro alio non rimediabile" (Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2019, n. 5258).

Il Codice dispone che le "caratteristiche previste per lavori, servizi e forniture" sono definite dalla stazione appaltante mediante l'individuazione di "specifiche tecniche" inserite nei documenti di gara (art. 68, comma 1), nel rispetto del canone pro-concorrenziale che garantisca in ogni caso il "pari accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione" senza comportare "direttamente o indirettamente

ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza" (art. 68, comma 4) o generare artificiose o discriminatorie limitazioni nell'accesso al mercato allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.

In applicazione di tale principio la Commissione di gara ha ritenuto che i letti modello Multicare forniti dalla Linet e dalla Malvestio fossero equivalenti, come prestazioni, a quanto richiesto.

2. Con il secondo motivo di appello la Hill contesta la corretta applicazione che è stata fatta di tale principio, richiamando copiosa giurisprudenza a supporto del proprio argomentare.

In particolare, il letto offerto dalla aggiudicataria Linet non è equivalente a tre prescrizioni previste nell'Allegato 1 al Disciplinare perché: a) la testa del letto non ha impugnature adatte per il trasporto e facilmente abbattibili (n. 5 dell'Allegato 1); b) non ha l'altezza variabile elettricamente sino ad almeno 85 cm. (per introduzione di amplificatore di brillantezza) con indicatore di altezza minima da terra (n. 14 dell'Allegato 1); c) non ha il comando di rianimazione cardiaca e polmonare ottenibile con pedale di emergenza (mani libere durante le manovre rianimatorie) (n. 24 dell'Allegato 1).

Con riferimento alla prima caratteristica asseritamente mancante (testa del letto senza impugnature adatte per il trasporto e facilmente abbattibile) la Commissione giudicatrice ha precisato (verbale n. 1 del 23 marzo 2021) che il letto offerto era dotato di "impugnature integrate nei pannelli pediera e testiera": ad avviso dell'appellante risulta quindi incontestato che la testiera del letto di Linet non sia abbattibile, essendo al contrario solo rimovibile, e ciò con grave compromissione della funzionalità delle operazioni che i sanitari devono poter effettuare: una testiera abbattibile implica tempi molto più ridotti per liberare la zona testa del letto da ostacoli;

non solo, essa esclude che la testiera possa costituire intralcio, come invece accade nel caso di testiera rimovibile.

Il Collegio ritiene condivisibili le conclusioni alle quali è pervenuto il giudice di primo grado, anche a prescindere dai chiarimenti forniti con la perizia dell'ingegner Bernardini, depositata agli atti dinanzi al Tar Basilicata dalla Linet e la cui valenza probatoria è contestata dall'appellante.

Quanto alla “impugnatura adatta al trasporto”, il letto offerto dalla aggiudicataria “possiede una impugnatura dedicata al trasporto integrata sulla testiera e sulla pediera” e ove la testiera venga rimossa, le sponde laterali poste al capezzale del paziente consentono comunque di spostare il letto.

Quanto alla abbattibilità/rimuovibilità, l'appellante afferma che rimuovere la testiera è più complicato e scomodo per gli operatori sanitari. Ma si tratta di affermazione non corroborata da prova scientifica così come non è dimostrato l'impiego di un tempo tanto superiore da compromettere il risultato. Corollario obbligato di tale premessa è che rispetto alla ratio sottesa alla necessità che la parte attigua al capezzale sia libera per consentire ai medici e alle infermiere di effettuare le operazioni di soccorso, non risulta di fondamentale importanza – e comunque tale da far ritenere i due prodotti non equivalenti – che la testiera si abbassi o si tolga.

3. Con riferimento alla seconda caratteristica asseritamente mancante (altezza variabile elettricamente sino ad almeno 85 cm., per introdurre l'amplificatore di brillantezza, con indicatore di altezza minima da terra) l'appellante afferma che è irrilevante che il letto dell'aggiudicataria abbia un basamento di 15 cm. che consente l'installazione dell'amplificatore.

Il Collegio ritiene non condivisibile tale assunto dal momento che il Disciplinare (Allegato 1, n. 14) ha indicato la ratio sottesa alla necessità di una altezza minima di

85 cm., obiettivo che il letto della Linet, pur essendo alto 82 cm., riesce a perseguire grazie al basamento di 15 cm..

Tale risultato è contestato dall'appellante ma, ancora una volta, senza alcuna idonea prova a supporto, prova invece necessaria con precipuo riferimento alle apparecchiature in possesso all'Unità operativa di Terapia intensiva del Presidio ospedaliero di Matera al fine di smentire il giudizio di equipollenza reso dalla stazione appaltante, che ha ritenuto in parte qua il letto offerto dalla Linet tale da soddisfare le esigenze indicate nel Disciplinare.

4. Infine, ad avviso dell'appellante il letto della aggiudicataria manca del "Comando rianimazione cardiaca e polmonare ottenibile con pedale di emergenza (mani libere durante le manovre rianimatorie)".

Anche tale assunto non è condivisibile.

Il letto offerto dalla Hill ha un pedale manuale (pag. 17 della scheda tecnica allegata all'offerta dell'aggiudicataria), che consente all'operatore di avere le mani libere per le manovre di emergenza; è dotato, altresì, di leve bilaterali poste in zona schienale, che consentono il rapido abbattimento manuale della sezione schienale in pochi secondi ed in condizioni di sicurezza nonché di comando elettrico, tramite tasto dedicato, posto sul pannello di controllo centralizzato che consente il raggiungimento automatico della posizione di CPR, dando così la possibilità al rianimatore di agire rapidamente agevolando le manovre di emergenza. Una coppia di accumulatori ausiliari consente dette manovre anche in mancanza di corrente elettrica.

5. Per le ragioni sopra esplicitate l'offerta dell'aggiudicataria possiede caratteristiche equipollenti a quanto richiesto dalla lex specialis di gara ed è dunque ammissibile perché, come consentito dal Disciplinare, le sue caratteristiche sono "pari (equivalente) o superiore a quanto richiesto".

6. Essendosi la Hill posizionata terza in graduatoria, la conformità dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria fa perdere di interesse a censurare la valutazione resa dalla Commissione in ordine all'offerta tecnica della seconda graduata (Malvestio s.p.a.).

7. La reiezione dei motivi di appello rivolti avverso l'aggiudicazione della gara alla Linet comporta la reiezione della domanda di risarcimento danni, richiesto per equivalente, in considerazione dell'avvenuta esecuzione della fornitura e quindi dell'impossibilità della reintegrazione in forma specifica.

8. Per le ragioni sopra esposte l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo con riferimento alla Linet Italia s.r.l.; le spese sono invece compensate con riferimento alla Malvestio s.p.a., non avendo questa esperito difese scritte.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Condanna l'appellante alla rifusione delle spese e degli onorari del giudizio, che liquida in € 2.000,00 a favore della Linet Italia s.r.l.; compensa le spese con la Malvestio s.p.a..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giulia Ferrari, Presidente FF, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Antonio Massimo Marra, Consigliere

Antonella De Miro, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Giulia Ferrari

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI