

Pubblicato il 14/02/2023

N. 00077/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00847/2022 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 847 del 2022, integrato da motivi aggiunti, proposto da Ab Medica S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Masotti, Mauro Renna, Carlo Piatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Azienda Usl di Bologna, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arianna Cecutta, Giulia Valzania, Katia Monti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Arianna Cecutta in Bologna, via Castiglione n. 29 e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ircss Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna – Policlinico S.Orsola-Malpighi, Servizio Acquisti di Area Vasta dell'Area Vasta Emilia Centrale, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Medtronic Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione n. 2456 del 10/10/2022 con cui il Direttore del servizio acquisti di area vasta, per conto della Azienda Usl di Bologna, ha proceduto all'esclusione della AB Medica s.p.a. dalla "Procedura aperta per la fornitura, installazione e posa, in noleggio di 7 anni, di un sistema di

chirurgia robotica e relativo materiale di consumo per le esigenze dell'IRCCS Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna (AOUBO)” e degli ulteriori atti indicati in ricorso.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da Ab Medica S.p.A. il 16/12/2022:

per l'annullamento, previa concessione di idonee misure cautelari,

- dei provvedimenti e degli atti impugnati con il ricorso introduttivo, con i quali la AZIENDA USL DI BOLOGNA (di seguito anche solo “USL” o “Amministrazione resistente”) ha escluso la AB Medica S.p.A. dalla “Procedura aperta per la fornitura, installazione e posa, in noleggio di 7 anni, di un sistema di chirurgia robotica e relativo materiale di consumo per le esigenze dell'IRCCS Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna (AOUBO)” per la ritenuta non conformità del sistema offerto ai requisiti minimi previsti e ha aggiudicato la procedura alla Medtronic Italia S.p.A., nonché di ogni ulteriore atto presupposto, connesso e consequenziale, come indicato nell'epigrafe del ricorso introduttivo;

- della previsione di cui al punto 3.1 dell' “Allegato A – Caratteristiche tecniche di minima” (doc. 27) allegato al Capitolato di cui al Bando di gara, pubblicato sulla GURI, 5° serie speciale – Contratti Pubblici n. 37 del 28.03.2022, ove sia interpretata nel senso di richiedere la possibilità di utilizzo di un solo braccio robotico per l'esecuzione di interventi di chirurgia non roboticamente assistita;

- del verbale n. 5 del 12/10/2022 con cui la Commissione giudicatrice ha valutato l'offerta tecnica ed economica presentata dalla Medtronic Italia S.p.A. e degli atti con cui quest'ultima è stata ammessa alla procedura;

nonché, ove occorra,

- per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e il subentro nel medesimo;

- confermando l'esplicita riserva di proporre futura azione risarcitoria.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Usl di Bologna e di Medtronic Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2023 il dott. Marco Rinaldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

PREMESSO che al presente giudizio è applicabile la disciplina di cui all'art. 120, commi 6 e 10, c.p.a., sicché la sentenza va redatta in forma semplificata;

CONSIDERATO che la controversia ha per oggetto la legittimità degli atti della gara, preceduta da un'indagine di mercato, per la fornitura, installazione e posa, in noleggio di 7 anni, di un sistema di chirurgia robotica e relativo materiale di consumo per le esigenze dell'IRCCS Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna (AOUBO)" per un importo a base di gara di 5,5 milioni di euro;

RILEVATO che alla gara, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (con attribuzione di 70 punti per l'offerta tecnica e 30 punti per quella economica), hanno partecipato due soli concorrenti, la ricorrente e la controinteressata:

RILEVATO che, con il ricorso principale, la ricorrente - esclusa dalla gara in ragione della non conformità del prodotto offerto rispetto ai requisiti minimi richiesti dalla lex specialis (in particolare perché *"la console chirurgo deve essere dotata di una configurazione in grado di permettere un'agevole visione sulla sala e sul paziente"* e perché *"i carrelli braccia devono poter essere utilizzati da uno a quattro simultaneamente durante la procedura chirurgica"*: caratteristiche non possedute dal sistema robotico offerto dalla ricorrente) - ha chiesto l'annullamento della legge di gara con caducazione dell'intera procedura per asserita illegittimità dei criteri on /off con di attribuzione di 37/70 punti qualitativi e, in via subordinata, l'annullamento della propria esclusione e dell'intervenuta aggiudicazione a Medtronic, con conseguente riammissione alla fase di valutazione; con successivi motivi aggiunti Ab Medica S.p.A. ha ulteriormente contestato la propria esclusione nonché dedotto che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver formulato un'offerta irregolare;

RITENUTO di dover disattendere le censure contenute nel ricorso principale e nei motivi aggiunti in quanto:

-in ordine alle censure mosse avverso la lex specialis, osserva il Collegio che la scelta operata dalla Stazione appaltante, in una procedura di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, relativamente ai criteri di valutazione delle offerte, ivi compresa anche la disaggregazione eventuale del singolo criterio valutativo in sub - criteri, è espressione dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico; come tale è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità solo allorché sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale e i criteri non siano trasparenti ed intellegibili (ipotesi nella specie non ricorrenti). Tale discrezionalità appare particolarmente significativa in un contesto normativo in cui non è espressamente previsto l'obbligo di attribuire punteggi graduati tra un minimo e un massimo ai singoli criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; ne consegue che non è ravvisabile un diretto contrasto con la norma di legge nella scelta, da parte della Stazione appaltante, di una modalità di attribuzione del punteggio di tipo on/off, in cui cioè vi è attribuzione del punteggio nel caso di ricorrenza di un elemento ritenuto rilevante dalla Stazione appaltante. Invero, il metodo di attribuzione si/no, pur ridimensionando in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, non lo esclude, anticipando, piuttosto, la valutazione dei requisiti tecnici che devono essere offerti, con la conseguenza che si ha poi un controllo finalizzato a comprovarne il possesso. Ciò significa che comunque la valutazione dell'offerta ha tenuto conto della componente tecnica (Tar Napoli sez. IV, 26/05/2022, n.3564; Tar Brescia sez. I, 02/03/2022, n.213; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 04/04/2022, n.3884Cons. Stato, V, 26 marzo 2020, n. 2094; (Cons. Stato, V, 7 giugno 2021, n. 4301). La lex specialis deve, pertanto, ritenersi immune dalle censure dedotte;

- secondo costante giurisprudenza, un'offerta che non possiede le caratteristiche essenziali e indefettibili - ossia i requisiti minimi - delle prestazioni o del bene previsti dalla lex specialis della gara risulta carente di una condizione di partecipazione alla procedura selettiva, perché non è ammissibile che il contratto venga aggiudicato a un concorrente che non garantisca il minimo prestabilito che vale a individuare l'essenza stessa della res richiesta.

Nel caso di specie, la ricorrente è stata esclusa per aver offerto un prodotto che la Commissione giudicatrice ha ritenuto non conforme ai requisiti minimi prescritti dalla lex specialis, sotto un duplice profilo: innanzitutto perché *“la console chirurgo deve essere dotata di una configurazione in grado di permettere un'agevole visione sulla sala e sul paziente”* (primo motivo di esclusione) e, poi, perché *“i carrelli braccia devono poter essere utilizzati da uno a quattro simultaneamente durante la procedura chirurgica”* (secondo motivo di esclusione).

In relazione al primo profilo la Commissione ha, in particolare, rilevato che: *“Con riferimento al punto 2.2 dell'Allegato A - Caratteristiche tecniche di minima e in relazione a quanto indicato nella documentazione tecnica ricevuta, si evince che l'assenza di uno schermo piatto con display 3D nel sistema Da Vinci Xi IS4000 impedisce al chirurgo primo operatore la visione completa sulla sala e sul paziente. La Ditta AB Medica propone un sistema di visione 3D integrato ad immersione che consente la visione del solo campo operatorio e pertanto isola il chirurgo primo operatore dal team di sala e non gli permette una visione diretta sulla sala e sul paziente”*

L'esclusione è stata, dunque, determinata dall'impossibilità di ritenere soddisfatta, nella proposta della ricorrente, la richiesta della *“configurazione in grado di permettere un'agevole visione sulla sala e sul paziente”* (punto 2.2.), a causa dell'assenza di uno schermo piatto con display 3D (requisito imposto al punto 2.2.1.), nella tecnologia Da Vinci e/o di una soluzione che potesse essere ritenuta ad essa tecnicamente equivalente”.

Orbene, ritiene il Collegio che la valutazione tecnica compiuta dalla P.A, che ha condotto all'esclusione della ricorrente e al giudizio di non equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello richiesto dalla lex specialis, non sia inattendibile né presenti profili di manifesta illogicità.

Dalla semplice visione delle fotografie allegate agli atti risulta, infatti, evidente, che il sistema “Da Vinci” offerto dalla ricorrente è caratterizzato da un sistema immersivo a 360° (ovvero a console chiusa) - rispetto a quello offerto da Medtronic, contraddistinto invece da uno schermo piatto con display 3D ad alta definizione e visione soltanto frontale (a console aperta) - che risulta privo delle caratteristiche tecniche richieste dalla lex specialis (*“la console chirurgo deve essere dotata di una configurazione in grado di permettere un'agevole visione sulla sala e sul paziente”*) e non garantisce uno standard tecnico qualitativo equivalente a quello richiesto dalla lex specialis, in quanto isola il chirurgo primo operatore dal team di sala e non gli permette una visione diretta sulla sala e sul paziente (per visualizzare il letto operatorio il medico seduto alla console chiusa non deve soltanto elevare lo sguardo, ma deve allontanare la propria testa dalla posizione immersiva della console per poter avere visibilità rispetto a ciò che avviene vicino al paziente).

La riscontrata fondatezza del primo motivo di esclusione esime il Collegio dallo scrutinio del secondo motivo di esclusione (*“i carrelli braccia devono poter essere utilizzati da uno a quattro simultaneamente durante la procedura chirurgica”*) tenuto conto che, per giurisprudenza costante, in presenza di un atto c.d. plurimotivato è sufficiente la legittimità di una sola delle giustificazioni per sorreggere l'atto in sede giurisdizionale;

- non vi sono elementi per ritenere che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver presentato un'offerta parziale, incerta, condizionata o priva dell'indicazione dei costi della manodopera o degli oneri di sicurezza.

Dall'esame degli atti si evince che Medtronic ha formulato un'offerta economica completa, indicando sia il costo unitario del kit, pari a € 770, sia l'importo complessiva nei sette anni, pari a € 2.002.000,00, senza generare incertezze sul contenuto dell'offerta.

Il tempo massimo di ripristino della funzionalità del sistema (risoluzione guasto o disponibilità apparecchiatura sostitutiva) è stato specificamente indicato in meno di tre giorni lavorativi dalla chiamata.

Gli oneri aziendali per la sicurezza sono stati puntualmente indicati in misura pari a euro 20.171,72.

In disparte ogni questione in ordine alla necessità di tale indicazione, la controinteressata ha precisato che i costi della manodopera hanno un'incidenza pari all'11,53%.

RITENUTO, conclusivamente, che la ricorrente è stata legittimamente esclusa dalla gara (poiché il sistema robotico offerto era privo dei requisiti minimi previsti dalla lex specialis e non equivalente a quello richiesto dalla P.A.), che non vi erano ragioni per escludere l'aggiudicataria e che il provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata (il cui prodotto è risultato pienamente rispondente alle caratteristiche e ai requisiti tipologici prescritti dalla lex specialis) è privo di vizi propri;

RITENUTO, pertanto, di dover respingere il ricorso e i motivi aggiunti, con condanna della ricorrente al pagamento delle spese di lite;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come integrato da motivi aggiunti, lo respinge.

Condanna la ricorrente a rifondere alla USL e alla controinteressata le spese di lite, liquidate in € 2.000 per ciascuna, oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Andrea Migliozi, Presidente

Paolo Amovilli, Consigliere

Marco Rinaldi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Rinaldi

IL PRESIDENTE
Andrea Migliozi

IL SEGRETARIO