

Cons. Stato, Sez. III, Sent., (data ud. 05/10/2023) 02/11/2023, n. 9400

AMMINISTRAZIONE PUBBLICA › Contratti

OPERE PUBBLICHE E SERVIZI (APPALTO DI) › In genere

Intestazione

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 3464 del 2023, proposto dalla A.M. s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Masotti, Mauro Renna e Carlo Piatti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda U.D.B., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Arianna Cecutta e Katia Monti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; l'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico (I.) A.O., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti

della M.I. 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 la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione prima, n. 77 del 24 febbraio 2023, resa tra le parti, concernente la procedura aperta per la fornitura di un sistema di chirurgia robotica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda U.D.B. e della M.I. s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120 cod. proc. amm.;

Vista l'istanza di passaggio in decisione della intimata M.I.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 ottobre 2023 il consigliere Nicola D'Angelo e uditi per le parti gli avvocati Mauro Renna e Valerio Tallini, quest'ultimo su delega dell'avvocato Katia Monti;

Svolgimento del processo

1. L'Azienda U.D.B. ha indetto una procedura aperta per la fornitura, l'installazione e la posa, in noleggio per la durata di sette anni, di un sistema di chirurgia robotica e relativo materiale di consumo per le esigenze dell'Istituto di ricovero e cura a carattere scientifico Azienda O.D.B..

1.1. Più nel dettaglio, l'oggetto di gara ha riguardato la fornitura di un robot ad alta specializzazione, con caratteristiche tecniche minime indicate nell'allegato A del capitolato, idoneo ad eseguire operazioni chirurgiche sui pazienti per il tramite di un chirurgo operatore.

1.2. Alla gara, da giudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante l'attribuzione di settanta punti per l'offerta tecnica e trenta per quella economica, hanno partecipato due società l'A.M., poi esclusa, e la M.I., risultata aggiudicataria.

1.3. In particolare, l'esclusione della A.M. è stata disposta dall'Azienda U.D.B. in ragione della non conformità del prodotto offerto rispetto a due requisiti minimi richiesti dal capitolato (allegato A): "la console chirurgo deve essere dotata di una configurazione in grado di permettere un'agevole visione sulla sala e sul paziente" e "i carrelli braccia devono poter essere utilizzati da uno a quattro simultaneamente durante la procedura chirurgica".

1.4. L'A.M. ha quindi chiesto al Tar di Bologna la caducazione dell'intera procedura di gara per asserita illegittimità dei criteri di valutazione dell'offerta on /off indicati nel bando e l'annullamento della sua esclusione, sostenendo che le suddette caratteristiche tecniche erano comunque possedute dal sistema robotico offerto. Con motivi aggiunti ha poi ulteriormente contestato la sua esclusione e prospettato l'irregolarità dell'offerta della società aggiudicataria.

2. Il Tar con la sentenza indicata in epigrafe (n. 77 del 2023) ha respinto il ricorso e i connessi motivi aggiunti, condannando la ricorrente alle spese di giudizio.

2.1. Lo stesso Tribunale ha infatti ritenuto che il metodo di valutazione on/off, pur ridimensionando in parte il margine di apprezzamento del merito tecnico dell'offerta, non lo avrebbe escluso, anticipando, piuttosto, la valutazione dei requisiti tecnici che dovevano essere necessariamente presenti. Per il Tar un'offerta che non possedesse le caratteristiche essenziali, cioè i requisiti minimi delle prestazioni previste dalla lex specialis della gara, risultava carente di una condizione di partecipazione alla procedura selettiva. Nel caso di specie, la ricorrente era stata esclusa per aver offerto un prodotto che la Commissione giudicatrice ha ritenuto non conforme ai requisiti minimi prescritti in quanto la console chirurgo non era dotata di una configurazione in grado di permettere un'agevole visione sulla sala e sul paziente ed i carrelli braccia non potevano essere utilizzati fino a quattro simultaneamente durante la procedura chirurgica.

2.2. Il giudice di primo grado ha anche ritenuto infondate le censure mosse al bando con riferimento alla modalità di attribuzione del punteggio di tipo on/off che nella sostanza anticipava la valutazione dei requisiti tecnici necessari.

3. Contro la suddetta sentenza ha proposto appello la società A.M. sulla base dei seguenti motivi di gravame di seguito sinteticamente indicati:

i) erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto le censure relative all'impianto della lex specialis di gara. Il compendio dei criteri di valutazione sarebbe stato infatti inadeguato ed in contrasto con quello scelto dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In sostanza, la modalità di attribuzione del punteggio di tipo on/off non avrebbe consentito di apprezzare, oltre alle caratteristiche tecniche minime di cui all'allegato A del capitolato, le ulteriori caratteristiche migliorative cui poteva essere attribuito un punteggio di 37 punti. Inoltre, l'utilizzo del criterio on/off avrebbe neutralizzato gli aspetti qualitativi dell'offerta dirottando la valutazione sugli aspetti quantitativi in un contesto nel quale le caratteristiche del robot richiesto erano state individuate dalla stazione appaltante secondo una configurazione di un sistema presente sul mercato (la presenza di uno schermo piatto con display in 3D ad alta definizione appannaggio della sola ditta aggiudicataria);

ii) non sarebbero ricorsi i due profili di non conformità dell'offerta, che hanno determinato l'esclusione della ricorrente, in quanto la configurazione del suo sistema robotico si sarebbe caratterizzata, anche in assenza di uno schermo piatto con display 3D, per un sistema equivalente di visione 3D integrato

mediante un monitor ad immersione. Inoltre, l'assenza della possibilità di utilizzare quattro carrelli braccia simultaneamente durante la procedura chirurgica non poteva essere interpretata nel senso di non ritenere conforme un'offerta che consentisse di utilizzare fino a tre braccia;

iii) erroneità della sentenza nella parte in cui, nel respingere i motivi aggiunti, non ha ritenuto di ravvisare l'irregolarità dell'offerta dell'aggiudicataria in quanto parziale nella compilazione delle relative schede (in particolare, la mancanza di indicazioni del costo unitario di listino del kit monouso e la percentuale di sconto applicata);

iv) il giudice di primo grado non avrebbe, infine, reso alcuna statuizione in ordine all'istanza istruttoria presentata dalla ricorrente.

4. Si sono costituite in giudizio la M.I. e l'Azienda U.D.B. rispettivamente il 20 aprile e il 3 maggio 2023, chiedendo il rigetto dell'appello.

5. L'8 maggio 2023 la M.I. ha depositato una memoria.

6. Nella camera di consiglio del 18 maggio 2023 l'istanza di sospensione degli effetti della sentenza impugnata, presentata contestualmente al ricorso, è stata rinviata al merito.

7. Il 14 settembre 2023 l'appellante ha poi depositato documenti, compreso un file video autorizzato con D.P. n. 1059 del 5 settembre 2023, e il 19 settembre 2023 una memoria.

8. Anche l'Azienda U.D.B. ha depositato il 14 settembre 2023 una memoria ed ulteriori documenti.

9. Tutte le parti costituite hanno infine depositato repliche il 22 settembre 2023.

10. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 5 ottobre 2023 senza che le parti abbiano insistito per la trattazione della domanda cautelare.

Motivi della decisione

11. L'appello non è fondato.

12. La controversia in esame riguarda la procedura per la fornitura di un sistema di chirurgia robotica da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante l'attribuzione di 70 punti per l'offerta tecnica e di 30 punti per quella economica. In particolare, posti i requisiti tecnici minimi, l'offerta tecnica, ai sensi dell'art. 171. del disciplinare, è stata suddivisa per 37 punti alle caratteristiche tecniche del sistema, per 23 punti alla proposta di collaborazione tecnico scientifica, per punti 4 alle caratteristiche organizzative del servizio post vendita e per punti 6 alle condizioni di fornitura.

12.1. La procedura è stata preceduta da un'indagine di mercato finalizzata a verificare la presenza di operatori economici in grado di fornire un robot adeguato a soddisfare le esigenze cliniche. All'esito dell'indagine l'Amministrazione appaltante (l'Azienda U.D.B., di seguito Azienda) ha definito la lex specialis scegliendo una procedura aperta senza limitazioni di accesso.

12.2. Contro il bando di gara l'A.M. ha tuttavia proposto ricorso dinanzi al Tar di Bologna, sostenendo che il bando fosse stato modellato, quanto ai requisiti, sul sistema offerto da M.. Lo stesso Tribunale con sentenza n. 655 del 2022 ha però dichiarato inammissibile il ricorso per carenza di interesse (il bando non sarebbe stato immediatamente escludente anche alla luce del principio di equivalenza dell'offerta introdotto dallo stesso disciplinare).

12.3. Più nel dettaglio, le caratteristiche tecniche minime definite dall'Azienda sono state indicate nell'allegato A del capitolato. In particolare, è stata prevista la presenza di un grande schermo piatto con display in 3D ad alta definizione e di una console chirurgica in grado di permettere un'agevole visione sulla sala e sul paziente, nonché da 1 a 4 carrelli braccia da utilizzare simultaneamente durante la procedura chirurgica (nell'allegato A.1. sono state poi previste diverse caratteristiche tecniche migliorative sulla base del quali sarebbe stato attribuito, secondo una modalità on/off, il punteggio

dell'offerta tecnica).

12.4. Alla gara hanno comunque partecipato sia la M.I. che la A.M., ma quest'ultima è stata esclusa per mancanza dei suddetti requisiti minimi dall'Azienda appaltante con Det. n. 2456 del 10 ottobre 2022.

12.5. Nella sostanza il sistema robotico dell'aggiudicataria M. (denominato H.) vedeva la presenza di uno schermo piatto 3D visibile con i relativi occhiali da tutta la sala operatoria e da quattro carrelli braccia ad uso anche simultaneo, mentre il sistema della A.M. (denominato Da Vinci) era costituito da un monitor con schermo immersivo in 3D e da tre carrelli braccia.

12.6. La società esclusa ha quindi proposto ricorso al Tar di Bologna che con la sentenza impugnata lo ha respinto.

13. Ciò premesso, il primo motivo di appello è infondato, a prescindere dai rilievi delle parti intime in odine all'inammissibilità dello stesso (l'eccezione è già stata formulata in primo grado in relazione alla carenza di interesse per un profilo, quello dell'illegittimità del parametro on/off, che non avrebbe inciso sull'esclusione).

13.1. Il disciplinare di gara prevedeva, come sopra ricordato, che dei 70 punti complessivamente riservati alla qualità delle offerte 37 punti fossero dedicati a valutare le caratteristiche tecniche del sistema sulla base di un metodo on/off (il punteggio veniva predeterminato in misura fissa e attribuito per intero soltanto in caso di ricorrenza dell'elemento tecnico considerato).

13.2. In proposito, non può essere condivisa la tesi dell'appellante secondo cui l'utilizzo di tale parametro si sarebbe posto in contrasto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, poiché non avrebbe consentito di apprezzare la qualità dei prodotti offerti e, conseguentemente, non avrebbe garantito un confronto concorrenziale effettivo, in violazione dell'art. 95 del codice dei contratti pubblici (D.Lgs. n. 50 del 2016).

13.3. La valutazione on/off prevista dalla lex specialis non si pone infatti in contrasto con il comma 10 bis del citato art. 95 non superando l'ambito della sua applicazione il tetto massimo del 30% del punteggio complessivo assegnabile alla componente economica dell'offerta. Relativamente invece alla componente tecnica, la stazione appaltante ben poteva nella sua discrezionalità privilegiare parametri di valutazione di tipo oggettivo non essendo incompatibile tale scelta discrezionale con la disciplina in tema di offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. [Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 2020, n. 2094](#) e [7 giugno 2021, n. 4301](#)).

13.4. In sostanza, non è riscontrabile un'apposita previsione normativa che imponga alla stazione appaltante di definire criteri caratterizzati dal punteggio graduabile, implicante l'esercizio di un potere discrezionale in fase applicativa, all'atto della valutazione delle singole offerte acquisite in sede procedimentale, in luogo del dato oggettivo della compresenza o meno (cioè con il metodo si/no) di alcuni elementi.

13.5. Quanto all'evocato adeguamento della lex specialis alle caratteristiche tecniche del sistema robotico dell'impresa aggiudicataria, va poi evidenziato che la stessaricorrente ha ritenuto di possedere i requisiti necessari avendo peraltro chiesto l'attribuzione dei 37 punti previsti per le caratteristiche tecniche dall'allegato A1 del disciplinare e comunque dichiarando l'equivalenza delle caratteristiche tecniche della sua offerta.

14. Anche il secondo motivo di appello è infondato.

14.1. La Commissione di gara ha rilevato la non conformità del sistema offerto dall'appellante verbalizzando nella seduta del 7 ottobre 2022 che "La console chirurgo deve essere dotata di una configurazione in grado di permettere un'agevole visione sulla sala e sul paziente. 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 V.X.I. impedisce al chirurgo primo operatore la visione completa sulla sala e sul paziente. La

ditta A.M. 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".

14.2. Come risulta evidente la mancanza di uno schermo piatto con display 3D e di conseguenza l'assenza di una visione agevole sulla sala e sul paziente costituiva, con effetti escludenti, una non conformità alle caratteristiche tecniche minime indicate nell'allegato A, punto 2.2. Né sembra irragionevole il giudizio di non equivalenza del monitor 3D fornito dall'appellante che per la sua natura immersiva (l'operatore deve guardare attraverso una console chiusa) non poteva ritenersi integrare la necessità della visione diretta sulla sala e sul paziente.

14.3. D'altra parte, la diversa conformazione dello strumento di visione non può essere compensata, come sostiene parte appellante, dalla presenza di un più avanzato sistema di visione 3D in alta definizione. La valutazione sull'equivalenza infatti non può riguardare le performance prestazionali, ma solo se il prodotto offerto soddisfa in modo sostanziale le caratteristiche indicate dalla legge di gara come imprescindibili (visione completa sulla sala e sul paziente).

14.4. Peraltro, nel caso l'offerta comprenda una soluzione la quale, sul piano oggettivo funzionale e strutturale, non rispetta le caratteristiche tecniche obbligatorie previste nel capitolato di appalto per i beni oggetto di fornitura, non può ritenersi operante il principio dell'equivalenza (cfr. [Cons. Stato, sez. V, 20 giugno 2022, n.5034](#)).

14.5. Quanto alla mancanza nel sistema offerta dalla società ricorrente dei quattro carrelli braccia, va rilevato che tale requisito era anch'esso posto dall'allegato A del capitolato "I carrelli braccia devono poter essere utilizzati da uno a quattro simultaneamente durante la procedura chirurgica". Nell'offerta dell'appellante invece è stato previsto l'utilizzo simultaneo di almeno di tre braccia.

14.6. In sostanza, il sistema offerto dalla ricorrente non poteva essere utilizzato con un numero inferiore alle tre braccia, mentre quello dell'aggiudicataria opera con quattro braccia che possono essere utilizzate in più combinazioni alternative ed anche simultaneamente (la clausola di gara, come ha fatto la Commissione, doveva essere interpretata in senso piano laddove richiama l'utilizzo da uno a quattro con l'aggiunta dell'avverbio simultaneamente).

14.7. Né il requisito appare irrazionale o comunque estraneo alla materia degli interventi robotici. Come emerge dalla documentazione prodotta in giudizio dalla società intimata, la tecnologia a quattro braccia indipendenti consente di utilizzare un solo braccio per la tenuta dell'endoscopio e realizzare così interventi di chirurgia mini invasiva non roboticamente assistita. La modularità consente quindi di utilizzare la piattaforma sia per procedure di chirurgia robotica assistita, sia per interventi in cui tale tecnica è combinata alla chirurgia laparoscopica.

15. Anche il terzo motivo di appello è infondato. Le contestate irregolarità nell'offerta della società aggiudicataria non sembrano sussistere tenuto conto che né il "Costo unitario di listino" né la "% Sconto applicata" costituivano elementi essenziali dell'offerta (contrariamente al costo del Kit nel suo complesso che invece è stato indicato nell'allegato E dell'offerta dell'aggiudicataria, come correttamente rilevato dal Tar).

15.1. L'aggiudicataria ha poi indicato il tempo massimo del ripristino della funzionalità del sistema (tre giorni lavorativi) e, nell'offerta economica, i costi aziendali relativi alla salute e sicurezza sul lavoro per l'importo di euro 20.171,72, nonché i costi della manodopera per un'incidenza pari all'11,53%.

16. Con il quarto motivo di appello la ricorrente lamenta che il giudice di primo grado non avrebbe disposto in ordine alla richiesta di una istruttoria. La censura non è fondata.

16.1. In via generale, va evidenziato che la mancata pronuncia su una istanza istruttoria non integra di per sé il vizio di omessa o insufficiente motivazione su un punto decisivo della controversia, occorrendo che la risultanza processuale ovvero l'istanza istruttoria non esaminate attengano a

circostanze che, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità, avrebbero potuto condurre ad una decisione diversa da quella adottata. Nello specifico, l'istanza era intesa a sindacare le valutazioni tecniche della Commissione di gara e dunque l'esercizio del potere discrezionale della stessa che non era comunque risultato affetto, per le ragioni indicate nella sentenza appellata, da errori o da profili di irrazionalità.

17. Per le ragioni sopra esposte, l'appello va respinto e, per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

18. Tenuto conto della complessità anche tecnica della controversia le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 3464 del 2023, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Conclusioni

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere, Estensore

Giulia Ferrari, Consigliere