

Publicato il 13/03/2018

N. 00307/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00155/2018 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 per il Veneto

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 155 del 2018, proposto da:

Canon Medical Systems S.r.l. (Già Toshiba Medical Systems S.r.l.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Rossi, Roberto Montorzi, con domicilio eletto presso lo studio Maurizio Di Rocco in Venezia - Mestre, via Aleardi 41;

contro

Regione del Veneto, in persona del Presidente p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ezio Zanon, Emanuele Mio, con domicilio eletto presso lo studio Ezio Zanon in Venezia, Cannaregio 23;

Azienda Zero della Regione Veneto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Garofalo, con domicilio eletto presso il suo studio in Venezia,

Piazzale Roma N. 468/B;

Regione Lombardia, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Ge Medical Systems Italia Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Romana Correnti, Andrea Di Leo, Franco Zambelli, con domicilio eletto presso lo studio Franco Zambelli in Mestre, via Cavallotti 22;

per l'annullamento

- del decreto n. 202 del 29.11.2017, comunicato in data 30.11.2017, del Direttore dell'Unità Operativa Acquisti Centralizzati Ssr – Crav – della Regione del Veneto – Giunta regionale, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione alla GE MEDICAL SYSTEMS ITALIA S.p.A. del lotto 4 della “gara d'appalto a mezzo procedura aperta per l'affidamento della fornitura in convenzione triennale, prorogabile per ulteriori 180 giorni, di TAC e Risonanze Magnetiche per i fabbisogni delle Aziende Sanitarie della Regione del Veneto e della Regione Lombardia” (doc. 1);

– di tutti i verbali delle sedute di gara nella parte in cui, in particolare dei verbali delle sedute del 9.8.2017 (seduta riservata), 9.8.2017 (seduta pubblica), 13.9.2017, 27.9.2017, 18.10.2017, 8.11.2017 (ultima tra quelle di valutazione delle offerte tecniche) con relativi allegati e 8.11.2017 (di valutazione delle offerte economiche e redazione delle graduatorie provvisorie), relativamente al lotto 4, non hanno previsto l'esclusione dalla gara della GE MEDICAL SYSTEMS ITALIA S.p.A. e/o nella parte in cui alla suddetta non è stato attribuito un punteggio pari a “0” per tutti i criteri di valutazione concernenti la qualità delle immagini relative agli esami diagnostici TAC fossa cranica posteriore, TAC del Torace, TAC

dell'Addome superiore diretto, arterioso e portale; TAC delle Pelvi parti molli e osso e TAC del Cuore, con conseguente mancata esclusione dalla gara lotto 4 della GE MEDICAL SYSTEMS ITALIA S.p.A. e/o, comunque, mancata aggiudicazione del lotto 4 alla CANON MEDICAL SYSTEMS S.r.l. (già TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS S.r.l.) (doc. da 2 a 8);

- del provvedimento di recepimento degli esiti della gara da parte della Regione Lombardia, dal contenuto e dagli estremi sconosciuti, eventualmente medio tempore emanato;

- delle convenzioni nelle more eventualmente stipulate dalla Regione Lombardia e/o dalla Regione Veneto con la GE MEDICAL SYSTEMS ITALIA S.p.A.;

- per quanto occorrer possa:

- di tutti gli atti ed i provvedimenti di gara, ed in particolare del Bando di gara (pubblicato nella G.U.U.E. n. 2017/S 059-110779 del 24/03/2017 e nella G.U.R.I. V Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 39 del 03/04/2017 (doc. 9), gli avvisi di rettifica pubblicati sulla G.U.U.E n. 2017/S 097-192410 del 20/05/2017 e sulla G.U.R.I. V Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 58 del 22/05/2017) (doc. 10), del Disciplinare di gara, in particolar modo dell'art. 8 laddove prevede che le sedute di apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica, si sarebbero svolte con modalità riservata (doc. 11), e del Capitolato tecnico (doc. 12) e di tutti gli allegati ad essi e, comunque, dell'intera lex specialis di gara laddove preveda deroghe alla pubblicità delle sedute di gara;

- del decreto del Direttore dell'Unità Organizzativa Acquisti Centralizzati SSR- CRAV n. 57 del 22.03.2017, con cui sono stati

approvati, rispettivamente, il bando di gara G.U.U.E., il bando di gara G.U.R.I. e il Disciplinare di gara con i suoi allegati;

- del decreto del Direttore dell'Unità Organizzativa Acquisti Centralizzati SSR- CRAV n. 91 del 17.05.2017 con cui sono stati rettificati il Disciplinare di Gara, il Capitolato Tecnico, lo Schema di convenzione e l'Allegato tecnico “valutazioni immagini sistemi TAC” inerenti la gara in questione e sono stati posticipati al 16.06.2017 ore 15:00 i termini di presentazione delle offerte;

- di ogni altro atto presupposto, successivo, connesso e conseguente quand'anche sconosciuto;

e per il conseguimento dell'aggiudicazione della gara – lotto 4 - e la stipula delle relative convenzioni per la fornitura dell'oggetto del lotto 4 in favore della CANON MEDICAL SYSTEMS S.r.l. (già TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS S.r.l.)

previa dichiarazione di inefficacia delle convenzioni nelle more eventualmente stipulate dalla Regione Lombardia e/o dalla Regione Veneto con la GE MEDICAL SYSTEMS ITALIA S.p.A. con espressa dichiarazione di disponibilità della CANON MEDICAL SYSTEMS S.r.l. (già TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS S.r.l.) al subentro nelle stesse ex att.

122-124 c.p.a.,

nonché per il risarcimento in forma specifica e/o per equivalente dei danni subiti e subendi da parte CANON MEDICAL SYSTEMS S.r.l. (già TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS S.r.l.),

in subordine per l'annullamento e la ripetizione dell'intera gara solo nella denegata ipotesi in cui questo Ecc.mo TAR adito ritenga di non accogliere le sopra menzionate domande di annullamento in parte qua degli atti e dei provvedimenti impugnati ai fini dell'esclusione

della GE dalla gara e/o, comunque, dell'aggiudicazione del lotto 4 alla CANON MEDICAL SYSTEMS S.r.l. (già TOSHIBA MEDICAL SYSTEMS S.r.l.) e del subingresso della suddetta nelle convenzioni eventualmente medio tempore stipulate dalla Regione del Veneto e/o dalla Regione Lombardia con GE MEDICAL SYSTEMS ITALIA S.p.A., ovvero per il risarcimento dei danni in forma specifica e/o per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione del Veneto, dell'Azienda Zero della Regione Veneto e di Ge Medical Systems Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 il dott. Marco Rinaldi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Col ricorso in riassunzione all'esame, pervenuto all'attenzione di questo Tribunale a seguito di declaratoria d'incompetenza del Tar Lazio, Toshiba Medical Systems s.r.l., cui è succeduta in corso di causa Canon Medical Systems s.r.l., ha impugnato l'aggiudicazione del lotto n. 4 disposta in favore della GE Medical System Italia s.p.a. e gli atti della gara bandita dalla Regione Veneto «per l'affidamento della fornitura in convenzione triennale, prorogabile per ulteriori 180 giorni, di TAC e Risonanze Magnetiche per i fabbisogni delle

Aziende Sanitarie della Regione del Veneto e della Regione Lombardia, deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere.

Dopo aver svolto una premessa introduttiva sui fatti di causa, la ricorrente ha, in particolare, dedotto i seguenti vizi: 1) la violazione e la falsa applicazione della legge di gara, del d.lgs. n. 50/2016, del principio della par condicio tra i concorrenti, efficienza e buona amministrazione, degli artt. 3 e 97 Cost., l'illogicità manifesta, il difetto di istruttoria, l'erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, il travisamento dei fatti e di motivazione per mancata esclusione dell'offerta della GE dalla gara per omessa presentazione di dati essenziali a integrare la documentazione tecnica richiesta; 2) la violazione e la falsa applicazione della legge di gara, del d.lgs. n. 50/2016, del principio della par condicio tra i concorrenti, l'illogicità manifesta, il difetto di istruttoria, il travisamento dei fatti e di motivazione per non essere stato attribuito alla GE un punteggio pari a "0" per tutti i criteri di valutazione concernenti la qualità delle immagini relative agli esami diagnostici (TAC fossa cranica posteriore, TAC del torace, TAC dell'addome superiore diretto, arterioso e portale, TAC delle pelvi parti molli e osso e TAC del cuore), con conseguente mancata esclusione dalla gara (lotto 4) della GE e/o, comunque, mancata aggiudicazione del lotto 4 alla ricorrente e per la richiesta di risarcimento del danno; 3) in subordine, la violazione e la falsa applicazione del d.lgs. n. 50/2016, del principio della pubblicità delle sedute e di trasparenza dell'azione amministrativa, l'illogicità manifesta, il travisamento dei fatti e l'errore nei presupposti.

Si sono costituite in giudizio le Amministrazioni resistenti, ad eccezione della Regione Lombardia, e la controinteressata, contrastando analiticamente le avverse pretese.

Alla camera di consiglio in epigrafe indicata, ritenuti sussistenti i presupposti di cui all'art. 60 c.p.a., la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso non merita accoglimento per le ragioni di seguito sinteticamente esposte.

Infondato è il primo motivo di ricorso con cui la ricorrente deduce che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per non aver presentato report dosimetrici riferibili o associabili alle singole immagini TAC, in violazione di quanto previsto dall'art. 2 del disciplinare di gara (sostiene Canon che le immagini medicali depositate dalla controinteressata solo all'apparenza sarebbero correlate da report dosimetrici, ma in realtà ne sono prive atteso che i report prodotti non appaiono riferibili alle immagini TAC depositate).

L'assunto è privo di pregio.

Giova premettere che la Commissione giudicatrice, composta da qualificati esperti del settore (tre Dirigenti Medici di U.O.C. Radiologia, un Dirigente Ingegnere e un Dirigente Fisico), ha ritenuto che i dati dosimetrici presentati nel report erano congrui con la qualità delle immagini presentate.

Tale valutazione, espressione di discrezionalità tecnica, non appare al Collegio inattendibile o frutto di travisamento né evidenza profili di manifesta illogicità, irragionevolezza, abnormità.

Appare, piuttosto, verosimile ritenere che, come sostenuto dalla stazione appaltante, le discrasie ravvisabili tra le immagini prodotte

da GE e i corrispondenti report dosimetrici siano dovute esclusivamente alla procedura di anonimizzazione imposta dalla stessa *lex specialis* al fine di garantire la *privacy* del paziente sottoposto a TAC.

La ricorrente non ha, in ogni caso, fornito prova dei propri assunti in quanto, al di là dei dubbi e delle supposizioni svolte, non è stata in grado di dimostrare che le immagini diagnostiche prodotte in gara dalla controinteressata non siano effettivamente associabili ai dati indicati nei report dosimetrici e che le discrasie ravvisabili nel materiale radiologico di cui trattasi siano imputabili a una causa diversa dal processo di anonimizzazione dei dati.

Essendo rimasta indimostrata l'ipotesi di una illecita manipolazione o falsificazione del materiale radiologico, va disattesa anche la censura, strettamente correlata a quella sopra esaminata e respinta, con cui la ricorrente deduce che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per non aver raggiunto il punteggio tecnico minimo richiesto dalla *lex specialis* (art. 6 del disciplinare) o comunque avrebbe dovuto conseguire un punteggio più basso per la qualità delle immagini.

L'attribuzione di punteggio e il complessivo giudizio formulato dalla commissione di gara con riferimento all'offerta tecnica della controinteressata - pur opinabili come tutti i giudizi tecnici espressi dalle commissioni giudicatrici nell'ambito di procedura di gara da aggiudicarsi col metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa - non appaiono al Collegio manifestamente irragionevoli o implausibili, rientrando in quella soglia di fisiologica ed ineliminabile opinabilità (cd. margine di elasticità) che caratterizza l'esercizio della cd. discrezionalità tecnica e risulta insindacabile dal G.A.. E, invero, laddove non emergano travisamenti, pretestuosità o evidenti

irrazionalità, ma solo margini di fisiologica opinabilità e non condivisibilità della valutazione tecnico-discrezionale operata dalla P.A., il G.A. non può sovrapporre alla valutazione opinabile del competente organo della P.A. la propria: diversamente opinando egli sostituirebbe un giudizio opinabile (quello della commissione giudicatrice) con uno altrettanto opinabile (quello del consulente o del giudice), assumendo così un potere che la legge riserva alla P.A..

Privo di pregio è, infine, il motivo di ricorso con cui l'odierna istante, lamentando la violazione del principio di pubblicità della gara, chiede l'annullamento della procedura selettiva e la sua ripetizione, poiché le sedute di gara (salvo quella relativa all'apertura del plico contenente la documentazione iconografica) si sono svolte con modalità riservata e i concorrenti non hanno potuto partecipare all'apertura di alcuna delle buste contenenti la documentazione amministrativa, l'offerta tecnica e l'offerta economica.

La doglianza è infondata.

La procedura selettiva oggetto della presente controversia è stata gestita con sistemi telematici.

In proposito, la giurisprudenza amministrativa si è espressa nel senso della non necessarietà, nell'ambito delle procedure telematiche, di sedute pubbliche per l'apertura delle offerte (Consiglio di Stato, sez. III, 3 ottobre 2016, n. 4050; id., sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990; Tar Sardegna 665/2017): tale orientamento risulta trasfuso, a livello normativo, nell'art. 58 d. lgs. 50/2016, che non ha codificato, in relazione alle procedure gestite in forma telematica, alcuna fase pubblica.

La gara telematica, per le modalità con cui viene gestita, consente di tracciare qualsivoglia operazione di apertura dei file contenenti

offerte e documenti di gara, assicurando, in tal modo, il rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità che devono presiedere le procedure di gara pubbliche.

In definitiva, il principio è che la gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella conservazione dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara può accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data e all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura. Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (Consiglio di Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990).

Pertanto, il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi ma proprio l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato (Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388).

La reiezione della domanda di annullamento comporta per tabulas il rigetto della domanda risarcitoria.

Per quanto sin qui esposto, il ricorso deve essere respinto, assorbita ogni altra difesa od eccezione, anche di rito, svolta dalle parti resistenti o dalla controinteressata, con condanna della ricorrente al pagamento delle spese di lite, come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la parte ricorrente a rifondere All'Azienda Zero e alla ditta controinteressata le spese di lite, liquidate in € 3000,00 (tremila/00) per ciascuna, oltre accessori di legge, se dovuti.

Spese compensate nei confronti della Regione Veneto.

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

Così deciso in Venezia nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente

Marco Rinaldi, Referendario, Estensore

Michele Pizzi, Referendario

L'ESTENSORE
Marco Rinaldi

IL PRESIDENTE
Claudio Rovis

IL SEGRETARIO