

Deliberazione 241Adottata dal Commissario Straordinario in data 17 FEB. 2016

Oggetto: MEDTRONIC ITALIA Spa c/Azienda Ospedaliera G. Brotzu – Presa d'atto Sentenza del Consiglio di Stato n.193 del 20/01/2016.

Pubblicata all'albo pretorio dell'Azienda a partire dal 18 FEB. 2016 per 15 gg. consecutivi e posta a disposizione per la consultazione*Il Direttore Amministrativo*

Il Commissario Straordinario	Dott.ssa Graziella Pintus
Coadiuvato dal Direttore Amministrativo	Dott.ssa Laura Balata
e dal Direttore Sanitario	Dott.ssa Maria Gabriella Nardi

Su proposta dell'Ufficio Legale

PREMESSO - che con deliberazione del Commissario Straordinario n. 348/2015 del 12 marzo 2015 veniva aggiudicata a STRYKER ITALIA Srl la procedura aperta per la fornitura di un service completo di trapani e frese per la struttura complessa di Neurochirurgia per anni tre, con opzione di rinnovo per altri due anni - Codice CIG 54984898A8;

- che il 24.4.2015 veniva notificato ricorso nanti il Tar Sardegna su istanza di MEDTRONIC ITALIA Spa;
- che il T.A.R. per la Sardegna, con sentenza n. 937 del 10.7.2015, ha respinto il ricorso.
- che la società Medtronic ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea
- che con Sentenza n.193 del 20.1.2016 il Consiglio di Stato ha respinto l'appello ;

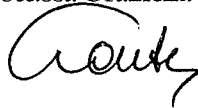
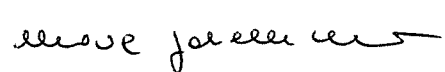
RITENUTO di dover adottare provvedimento formale di presa d'atto della sentenza, per gli effetti conseguenti sulla procedura di gara;

Con il parere favorevole del Direttore Amministrativo e del Direttore Sanitario

## DELIBERA

Per i motivi indicati in premessa:

- Di prendere atto della Sentenza del Consiglio di Stato n.193 del 20/01/2016 con la quale è stato respinto l'appello di MEDTRONIC ITSALIA SpA avverso la sentenza del TAR di Cagliari n. 937 del 10.7.2015;
- Di dare mandato al Servizio Acquisizione Beni e Servizi per i conseguenti provvedimenti.

Il Commissario Straordinario  
Dott.ssa Graziella PintusIl Direttore Amministrativo  
Dott.ssa Laura BalataIl Direttore Sanitario  
Dr.ssa Maria Gabriella Nardi



## 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 7003 del 2015, proposto da Medtronic Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso lo Studio Grez in Roma, Corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

Azienda Ospedaliera Brotzu, n.c.;

nei confronti di

Neuromed S.p.A. e Stryker Italia S.r.l., n.c.;

per la riforma;

della sentenza del T.A.R. per la Sardegna Sezione I, n. 937 del 10 luglio 2015, resa tra le parti, concernente la fornitura di un service completo di trapani e frese per la struttura complessa di neurochirurgia dell'Azienda Ospedaliera Brotzu.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2015 il Cons. Dante D'Alessio e udito per la parte appellante l'avvocato Antonio Sasso, su delega dell'avv. Piero Fidanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.- L'appellante società Medtronic Italia, di seguito anche solo Medtronic, ha partecipato alla gara indetta dall'Azienda Ospedaliera Brotzu di Cagliari, di seguito Azienda Ospedaliera, per la fornitura di un service completo di trapani e frese per la struttura complessa di neurochirurgia, classificandosi al terzo posto della graduatoria di merito, con complessivi punti 74.6391 (punti 60 per l'offerta tecnica e punti 14.6391 per l'offerta economica, con un ribasso del 12,41%), dietro alla società Neuromed, classificatasi seconda, con complessivi punti 77.4282 (punti 42 per l'offerta tecnica e punti 35.4282 per l'offerta economica, con un ribasso del 30,04%) e alla società Striker Italia, risultata aggiudicataria, con complessivi punti 78,00 (punti 38 per l'offerta tecnica e punti 40 per l'offerta economica, con ribasso del 49,12%).

La società Medtronic ha impugnato l'esito della gara e i relativi atti davanti al T.A.R. per la Sardegna sostenendone l'illegittimità per diversi profili.

2.- Il T.A.R. per la Sardegna, con sentenza n. 937 del 10 luglio 2015, ha respinto il ricorso.

La società Medtronic ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea.

3.- Con il primo (e centrale) motivo l'appellante ha sostenuto che le due concorrenti che l'hanno preceduta nella graduatoria di merito (Striker Italia e Neuromed) dovevano essere escluse dalla gara per le carenze della loro offerta tecnica. Infatti l'apparato da loro proposto non rispettava le caratteristiche tecniche minime richieste dall'All. E al Capitolato di gara.

La società Medtronic ha sostenuto che erroneamente il T.A.R. ha ritenuto che la disposizione del Capitolato, secondo cui le apparecchiature e gli accessori dovevano rispondere alle "specifiche di massima" indicate nell'All. E, doveva ritenersi prevalente sulla disposizione (contenuta nell'All. E) secondo cui il service doveva avere «la dotazione e le caratteristiche minime di seguito indicate».

Peraltro, ha aggiunto l'appellante, l'art. 6 del Capitolato prevedeva l'esclusione dalla gara delle offerte con carenze nelle schede tecniche.

L'appellante ha anche aggiunto che il forte ribasso dell'offerta economica (per l'aggiudicataria di circa il 50%) doveva ritenersi correlato al fatto che le due offerte erano costituite da proclotti diversi ed inferiori rispetto a quelli (minimi) richiesti per la partecipazione alla gara.

4.- Al riguardo, si deve preliminarmente ricordare che, come questa Sezione ha più volte, anche di recente, affermato, l'accertata carenza di requisiti tecnici dell'offerta, ritenuta essenziale dalla stazione appaltante, può legittimamente determinare l'esclusione dalla gara dell'impresa che ha presentato l'offerta priva dei necessari requisiti (Consiglio di Stato Sezione III, n. 5477 del 3 dicembre 2015, n. 3275 del 1 luglio 2015).

4.1.- Nelle indicate decisioni si è anche chiarito che tale conclusione non si pone in contrasto con la disposizione dettata dall'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti, introdotta dall'art. 4 comma 2 del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011 n. 106, che prevede che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, oltre quelle indicate nello stesso comma 1 bis e riguardanti il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

Lo scopo della disposizione dettata dall'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti è, infatti, principalmente quello di evitare la possibile esclusione da una gara non a causa della mancanza dei requisiti (soggettivi o oggettivi) di partecipazione ma a causa del mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa esplicita, mentre l'esclusione da una gara è ben possibile a causa dell'accertata mancanza dei requisiti necessari dell'offerta che erano stati richiesti per la partecipazione alla gara.

5.- Nella fattispecie, il Capitolato di gara stabiliva, all'art. 2 punto a), che le apparecchiature oggetto della gara dovevano essere corredate di tutti gli «accessori necessari al suo buon funzionamento» e «rispondere alle specifiche di massima indicate nella scheda tecnica allegata (Allegato E) da considerare parte integrante» del Capitolato.

L'art. 6 del Capitolato, al punto 1, stabiliva poi che l'analisi delle schede e del materiale illustrativo presentato dai concorrenti doveva essere effettuato articolo per articolo, «con la verifica della corrispondenza con le caratteristiche di capitolato della qualità del materiale (c) della idoneità rispetto alle esigenze del Reparto».

Sempre l'art. 6 precisava, infine che le carenze nelle schede tecniche costituivano causa di esclusione dalla gara.

5.1.- Nell'Allegato "E" del Capitolato, l'Azienda Ospedaliera ha quindi indicato le caratteristiche tecniche del service oggetto dell'appalto e, quindi, le caratteristiche del trapano elettrico richiesto (velocità, sistema di irrigazione regolabile, manipolo del motore, attacchi) e la commessa strumentazione con «la seguente dotazione e le caratteristiche minime di seguito specificate».

L'Azienda Ospedaliera appaltante ha, in particolare, richiesto un apparato dotato, fra l'altro, di una console di comando, dotata di un monitor (preferibilmente touch screen), di un sistema di irrigazione integrato e regolabile, della possibilità di connessione di diversi manipoli, di un pedale multifunzione, di frese con irrigazione (per la chirurgia endonasale), ed inoltre di uno *Shaver/Debrider* (con vari attacchi) per la chirurgia endoscopica nasale, di tre sistemi motorizzati pneumatici con determinate caratteristiche minime ed infine di vari attacchi.

6.- La società Medtronic ha insistito anche in appello nel sostenere che le due concorrenti che l'hanno preceduta nella graduatoria di merito (Striker Italia e Neuromed) dovevano essere escluse dalla gara perché la loro offerta tecnica non rispettava quelle caratteristiche tecniche che l'All. E al Capitolato di gara richiedeva come caratteristiche minime della fornitura.

6.1.- La censura, come correttamente ha ritenuto il T.A.R., non è fondata.

Risulta chiaramente dagli atti di gara che l'offerta dell'appellante Medtronic era risultata la migliore per il profilo tecnico e che le società Stryker Italia e Neuromed erano risultate assegnatarie di un punteggio tecnico meno elevato in relazione alla minore complessiva qualità dei sistemi offerti.

Tuttavia l'apposita Commissione Giudicatrice, che era composta da esperti del settore fra i quali il dott. Francesco Floris, all'epoca Direttore F.F. della Struttura Complessa di Neurochirurgia dell'Azienda Ospedaliera e quindi della Struttura che avrebbe dovuto utilizzare il sistema oggetto della gara, ha ritenuto comunque le offerte presentate dalle società Stryker Italia e Neuromed pienamente rispondenti ai requisiti essenziali richiesti per la fornitura in oggetto.

Le offerte presentate dalle società Stryker Italia e Neuromed non potevano, in conseguenza, essere escluse dalla gara per il mancato integrale rispetto di alcune delle caratteristiche tecniche della complessiva dotazione indicate nell'Al.l.E, facendo applicazione dei principi generali che si sono prima ricordati e tenuto conto che, nella fattispecie, come pure si è ricordato, l'art. 2, punto a), del Capitolato di gara aveva stabilito che le apparecchiature oggetto della gara dovevano essere corredate di tutti gli «accessori necessari al suo buon funzionamento» e «rispondere alle specifiche di massima indicate nella scheda tecnica allegata (Allegato E)».

6.2.- Non si può giungere, in particolare, a conclusione diversa per il fatto che l'Al.l. "E" al Capitolato, aveva richiesto per una parte della dotazione oggetto della gara, dei requisiti "minimi", tenuto conto che la Commissione Giudicatrice, in base a quanto disposto dall'art. 2, punto a), del Capitolato di gara, doveva verificare la presenza dei requisiti tecnici essenziali dell'apparato richiesto e quindi valutare se le offerte presentate, nel loro complesso, risultavano rispondenti alle funzioni per le quali il service doveva essere acquistato, nel rispetto di massima dei requisiti tecnici indicati nell'Al.l. E.

Ed è del tutto evidente che, sulla base delle disposizioni del Capitolato che si sono ricordate, la Commissione Giudicatrice, una volta accertata la generale idoneità tecnica dei sistemi offerti, nel rispetto delle "specifiche di massima" indicate nell'Allegato E, non avrebbe potuto procedere alla esclusione delle controinteressate società Stryker Italia e Neuromed, a causa del mancato integrale rispetto di alcune delle caratteristiche tecniche (minime) indicate nell'Al.l. E, se ritenute non rilevanti. Fermo restando la possibile migliore valutazione tecnica delle offerte che, come quella presentata dall'appellante, risultavano più aderenti alla caratteristiche tecniche indicate nell'Al.l. E.

7.- Non può essere, quindi, censurato l'operato della Commissione Giudicatrice che avendo ritenuto, in applicazione della suddetta disposizione del Capitolato di gara, che gli apparati offerti dalle società Stryker Italia e Neuromed erano idonei all'uso per il quale dovevano essere acquistati, non ha escluso dalla gara le due società controinteressate a causa del mancato integrale rispetto delle caratteristiche tecniche indicate nell'Al.l. E al Capitolato.

7.1.- Né, come ha sostenuto l'appellante nel quinto motivo, era necessaria una separata fase di verifica della conformità delle offerte alle caratteristiche minime richieste nel Capitolato ben potendo la Commissione di gara effettuare tale valutazione nel corso dell'esame delle offerte presentate.

8.- Con il secondo motivo la società Medtronic ha insistito nel sostenere che le controinteressate società Stryker Italia e Neuromed dovevano essere escluse dalla gara anche perché risultavano prive di idonee referenze bancarie.

In fatti, Neuromed aveva presentato una sola referenza bancaria e Stryker Italia aveva presentato una sola referenza della Bank of America - Merrill Lynch, che era riferita tuttavia al gruppo "Stryker Corporation" di cui la "Stryker Italia" fa parte.

8.1.- Il motivo, come ha già ritenuto il T.A.R., non è fondato.

L'art. 41, del codice dei contratti consente la prova del requisito di solidità economica e finanziaria dell'impresa partecipante ad una gara pubblica anche attraverso la presentazione dei bilanci di impresa (comma 2) o, nel caso di giustificati motivi, di altra idonea documentazione (comma 3) e tale disposizione, anche se non richiamata espressamente nel bando, è stata ritenuta correttamente applicabile nella fattispecie.

8.2.- In ogni caso, contrariamente a quanto ritenuto dall'appellante, l'eventuale genericità delle referenze bancarie non avrebbe potuto condurre all'esclusione dalla gara ma semmai il ricorso al soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 46 comma 1 del Codice dei contratti, che è stato ritenuto applicabile sia ai documenti formati dal concorrente, sia nei confronti di quelli preconstituiti provenienti da soggetti diversi (Consiglio di Stato Sez. III, n. 5704 del 17 dicembre 2015).

9.- Con il terzo motivo la società Medtronic ha sostenuto che Neuromed doveva essere esclusa anche per aver inserito nella busta amministrativa il valore commerciale delle apparecchiature offerte, in violazione del principio di commissione fra offerta tecnica ed economica.

9.1.- Il motivo, a prescindere da possibili profili di inammissibilità (riguardando solo una delle due imprese che precedono l'appellante nella graduatoria finale di merito) non è comunque fondato.

Il T.A.R. ha correttamente evidenziato, infatti, che il principio secondo cui è vietata la commissione tra l'offerta tecnica e quella economica, che ha il fine di prevenire il pericolo che gli elementi economici possano influire sulla previa autonoma valutazione dell'offerta tecnica, non può essere inteso in modo assoluto ben potendo nell'offerta tecnica essere inclusi anche alcuni elementi economici, resi necessari dagli elementi qualitativi da fornire, purché tali elementi economici non consentano di ricostruire la complessiva offerta economica.

Come poi ha ritenuto il T.A.R., nella specie, i dati erano comunque pubblici e facilmente reperibili *all'unde* e non costituivano un'anticipazione dell'offerta economica che doveva essere formulata con il ribasso sul prezzo indicato a base d'asta.

10.- Con il quarto motivo la società Medtronic ha sostenuto che Neuromed ha presentato una falsa dichiarazione, ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti, procedendo ad una doppia crociataura delle caselle predisposte (a pag. 3) nel modello di domanda di ammissione, in relazione alla situazione di controllo di cui all'art. 2359 del codice civile.

Il motivo, a prescindere dai possibili suindicati profili di inammissibilità, è comunque manifestamente infondato e pretestuoso.

10.1.- Neuromed era, infatti, incorsa in un chiaro errore materiale, nel procedere ad una doppia crociataura per la stessa voce della domanda, e tale errore poteva essere comunque facilmente oggetto di successiva verifica e correzione.

La Commissione di gara ha quindi correttamente ritenuto di non poter escludere dalla gara la Neuromed. Risultava peraltro comune dalla visura camerale che la società Neuromed era controllata dalla società Picard S.r.l. (che non ha partecipato alla gara) per il 79,5%.

In ogni caso l'appellante non ha fornito alcuna dimostrazione, nemmeno in giudizio, della possibile erroneità delle conclusioni alle quali sul punto è giunta l'Azienda Ospedaliera.

11.- Con il sesto e ultimo motivo la società Medtronic ha sostenuto, in via subordinata, l'illegittimità della *lex specialis* di gara per aver previsto l'inserimento nella busta amministrativa del "listino prezzi".

Ma, come ha correttamente ritenuto il T.A.R., l'inserimento nella busta amministrativa di elementi economici comunque conoscibili da parte della Commissione (perché resi pubblici), non costituisce elemento di individuazione dell'offerta economica che doveva essere formulata con l'applicazione di un ribasso rispetto alla base d'asta, né poteva determinare un illecittimo condizionamento nella autonoma valutazione dell'offerta tecnica.

12.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto e l'appellata sentenza del T.A.R. per la Sardegna Sezione I, n. 937 del 10 luglio 2015 deve essere integralmente confermata.

13.- Nulla deve essere disposto per le spese considerate la mancata costituzione nel giudizio di appello delle parti intimiate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente  
Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore  
Massimiliano Noccelli, Consigliere  
Alessandro Palanza, Consigliere  
Stefania Santolero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

IL 20/01/2016

IL SEGRETARIO

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