

Publicato il 15/02/2019

N. 01071/2019REG.PROV.COLL.  
N. 07989/2018 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 Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7989 del 2018, proposto da M.G. Lorenzatto S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvia Verzaro, Carlo Infuso, Enrico Girardi, Alessandra Giovannetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alessandra Giovannetti in Roma, via Piemonte 39;

*contro*

A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Federico Bertorello, Andrea Rossi, domiciliato presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

*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 e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, I Sezione, n. 00679/2018, resa tra le parti, concernente il ricorso per l'annullamento, previa sospensione cautelare:

- del provvedimento di aggiudicazione di cui alla Determinazione n. 146 del

16.4.2018 del Direttore dell'Area Centrale Regionale Acquisto A.Li.Sa. Azienda

Ligure Sanitaria della Regione Liguria e, in parte qua, di tutti gli atti della Gara a

procedura aperta per l'affidamento della fornitura di Sistemi di diagnosi

dell'apparato digerente occorrenti alle AA.SS.LL., EE.OO. e IRCCS della Regione

Liguria, Gara n. 6897534, con cui è stata disposta l'aggiudicazione della fornitura

di Sistemi di diagnosi dell'apparato digerente a capsule deglutibili per lo studio

dell'intestino tenue a favore della società MEDTRONIC ITALIA S.p.A., nonché della nota di comunicazione del 19.4.2018 prot. n.

7519, alla società ricorrente, della

aggiudicazione definitiva;

- di ogni altro atto, ancorché non noto, presupposto, consequenziale e conseguente  
o comunque connesso o correlato con gli atti impugnati, ivi espressamente  
compresi, occorrendo, i verbali delle sedute pubbliche di gara del 7.3.2018 e  
6.4.2018,  
nonché per l'accertamento  
del diritto di MG Lorenzatto s.r.l. all'aggiudicazione a proprio favore della gara de  
qua e per la condanna di A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria al  
risarcimento in forma specifica ai sensi dell'art. 124 c.p.a.».

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria e di Medtronic Italia S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2019 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Silvia Verzaro e Piero Fidanza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

'FATTOeDIRITTO'

#### FATTO e DIRITTO

1 – L'appellante, azienda partecipante alla gara pubblica meglio individuata in premessa per la fornitura di capsule con videocamera per l'esame dell'apparato digerente, impugnava in primo grado l'aggiudicazione a MEDTRONIC ITALIA SPA, ed ora appella la

sentenza del TAR Liguria che ha dichiarato inammissibile il suo ricorso a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale escludente della contro interessata.

2 – In particolare, con deliberazione n. 397 del 8 luglio 2017, l'Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria – A.Li.Sa. indiceva una procedura aperta, da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per la fornitura di sistemi di diagnosi dell'apparato digerente a capsule deglutibili, di importo pari a € 638.120,00 per una durata di 3 anni e, all'esito della gara cui avevano partecipato tre concorrenti, l'appalto veniva aggiudicato a Medtronic Italia S.p.a. con 85,144 punti complessivi.

3 - M.G. Lorenzatto S.r.l., classificatasi al secondo posto della graduatoria con 80,794 punti, impugnava il provvedimento di aggiudicazione con ricorso innanzi al Tar per la Liguria, chiedendo anche l'aggiudicazione della gara a proprio favore e il risarcimento dei danni in forma specifica.

Parte ricorrente deduceva i seguenti motivi di gravame:

I) Inammissibilità o nullità dell'offerta economica presentata da Medtronic Italia S.p.a. Violazione della lex specialis (art. 4). Violazione del principio della par condicio degli operatori economici. Violazione dell'art. 95, comma 2, e dell'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016.

L'offerta dell'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara a causa dell'indeterminatezza cagionata dalla discordanza tra il ribasso e il prezzo ivi riportati, avendo Medtronic Italia S.p.a. indicato una percentuale di sconto o ribasso pari al 17,23% che, applicata al prezzo unitario a base d'asta di € 530,00, determinava un prezzo di € 438,68 per capsula, mentre nelle altre colonne dell'offerta economica era stato indicato un prezzo unitario di € 490,00;

II) Violazione dell'art. 95, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, dell'art. 6 del disciplinare di gara e della sezione A – capitolato tecnico, nonché dell'art. 4 del d.lgs. n. 50/2016 e del principio della par condicio con riferimento alla determinazione del punteggio dell'offerta tecnica della seconda classificata.

Relativamente al criterio di valutazione “frame/secondo”, la Commissione avrebbe erroneamente attribuito all'offerta della ricorrente un punteggio inferiore a quello di Medtronic, nonostante i rispettivi prodotti garantissero, con diverse modalità tecniche, lo stesso numero di immagini al secondo.

4 - Medtronic Italia S.p.a., peraltro, proponeva ricorso incidentale avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara nella parte in cui non era stata esclusa l'offerta della ricorrente principale, deducendo la “violazione e falsa applicazione degli artt. 68 e 95 del d.lgs. n. 50/2016. Violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per contraddittorietà, travisamento, disparità di trattamento, carente o omessa istruttoria”, in quanto il prodotto offerto dell'impresa Lorenzatto non avrebbe posseduto le caratteristiche richieste a pena di esclusione dalla legge di gara ed in quanto all'offerta tecnica della stessa impresa sarebbe stato erroneamente attribuito un punteggio eccessivo.

4. Il Tar per la Liguria, con sentenza n. 679 del 2018, accoglieva il motivo escludente del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria della gara Medtronic s.p.a. e pertanto dichiarava inammissibile il ricorso principale proposto da M.G. Lorenzatto.

5. Avverso tale sentenza, M.G. Lorenzatto s.r.l. proponeva appello innanzi il Consiglio di Stato deducendo i seguenti motivi di gravame:

- error in iudicando, violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi sull'interpretazione dei negozi giuridici (art. 1362 e ss. c.c.) e della lex specialis, difetto di motivazione;
- Violazione del principio di tassatività delle clausole di esclusione (art. 83, comma 8, d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.); eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzione della pubblica amministrazione;
- violazione e/o falsa applicazione dell'art. 100 c.p.c., violazione e falsa applicazione dell'art. 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3 della direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989 e del principio di effettività di tutela nell'ambito del contenzioso degli appalti pubblici (per omesso esame del ricorso principale);
- riproposizione dei due motivi di ricorso principale di primo grado supra trascritti e considerati quali motivi autonomi di appello alla sentenza impugnata.

6 - Si costituivano in giudizio A.Li.Sa. - Azienda Ligure Sanitaria della Regione Liguria e la contro interessata Medtronic Italia S.p.A., per difendere la legittimità della procedura e l'esattezza della sentenza di primo grado. Tutte le Parti hanno depositavano plurime memorie. In data 17.01.2019 la causa veniva infine trattenuta in decisione.

7 – Ai fini della decisione il Collegio rappresenta che con il primo motivo di gravame, volto a contestare l'accoglimento del ricorso incidentale, l'appellante sostiene che il giudice di prime cure abbia erroneamente interpretato il Capitolato Tecnico di gara (art. 1) in relazione alla “Cintura pluriuso” richiesta dalla Stazione Appaltante al fine di contenere i sensori che ricevono i segnali dalle video capsule, poiché MG Lorenzatto avrebbe presentato una “cintura monouso”, e non pluriuso, ritenendo che quest'ultima fosse richiesta

quale requisito di minima rispetto alla superiore “cintura monouso” in quanto superata dalla tecnologia della cintura monouso che avrebbe abbattuto i costi di manutenzione ed eventuale sostituzione.

8 – Inoltre, con il secondo motivo di gravame l’appellante ritiene che vi sia stata una violazione dell’art. 83, comma 8, del decreto legislativo n. 50 del 2016, che avrebbe dunque comportato un’invasione dei giudici di prime cure nella discrezionalità dell’Amministrazione per eccesso di potere, in quanto nella sentenza gravata il Tar per la Liguria, premesso che MG Lorenzatto, non ha impugnato la disposizione del Capitolato relativa alle cinture pluriuso ma si è limitata a spiegare i vantaggi della soluzione offerta, ha affermato che il prodotto offerto in spregio dei requisiti minimi della *lex specialis*, avrebbe dovuto comportare l’esclusione della società appellante dalla gara determinando, si afferma, un’invasione nella sfera della discrezionalità tecnica riservata all’Amministrazione alla luce di quanto normativamente sancito dall’art. 83, comma 8 del decreto legislativo n. 50 del 2016.

9 - Al riguardo, il Collegio osserva tuttavia che il TAR per la Liguria, nella sentenza de qua, ha ritenuto che la “cintura monouso” offerta fosse carente di uno dei requisiti essenziali richiesti dalla *lex specialis*. che, all’art. 1 del Capitolato Tecnico, rubricato “Caratteristiche generali e tecniche dei prodotti”, espressamente chiedeva la fornitura di “cinture pluriuso” e non di “cinture monouso”, anche qualora quest’ultime, come sostenuto da parte appellante, fossero dotate di una tecnologia ed efficienza migliore, dovendosi pertanto considerare la richiesta di una “cintura pluriuso”, in quanto inserita fra i requisiti di minima, non come una mera indicazione, ma come

un elemento fondamentale ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

10 – Alla stregua delle medesime considerazioni, il Collegio ritiene che la sentenza di primo grado abbia correttamente interpretato sia la *lex specialis*, sia le previsioni dell'art. 1362 e seguenti c.c. sulla interpretazione dei negozi giuridici, statuendo circa la necessità di sanzionare con l'esclusione la mancata offerta, da parte dell'appellante, della “cintura pluriuso” espressamente prevista dalla stazione appaltante quale requisito minimo della fornitura richiesta.

11 - Quanto all'invocato articolo 83, considera il Collegio che lo stesso stabilisce, al comma 8, che “le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle.”. Può dunque ritenersi che la sentenza gravata abbia applicato correttamente tale articolo, ritenendo che la carenza, nel prodotto presentato dall'appellante, del “requisito di minima”, costituito dalla cintura

pluriuso richiesta dall'art. 1 del Capitolato Tecnico di gara, potesse configurarsi come la mancanza di una "condizione di partecipazione" oggettiva, riferita alla necessaria qualità della prestazione e non ai requisiti dell'offerente, e quindi idonea a determinare l'esclusione dalla gara secondo le indicazioni espresse non dal giudice ma dalla stazione appaltante.

12 – Alla reiezione del primo motivo d'appello consegue la conferma dell'esclusione dell'appellante dalla procedura di gara de qua. Peraltro, con i successivi motivi d'impugnazione l'appellante ripropone, sostanzialmente, i motivi di primo grado e contesta il loro mancato esame, deducendo la violazione dei principi nazionali e comunitari di effettività del diritto, per la mancata valutazione della possibile utilità che la stessa avrebbe potuto comunque trarre dall'accoglimento del ricorso principale, in quanto ciò avrebbe potuto, afferma, indurre l'appaltante a ripetere la gara in sede di autotutela.

13 – Al riguardo, osserva il Collegio che il giudice di prime cure ha ritenuto di non dover esaminare i motivi proposti alla luce della giurisprudenza, anche di questa Sezione, secondo cui non vi sarebbe la necessità di affrontare le questioni proposte in un ricorso principale che riceva una declaratoria di inammissibilità a seguito di accoglimento di un ricorso incidentale, qualora tali questioni non comportino un vantaggio, anche mediato e strumentale, al ricorrente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 26 Agosto 2016, n. 3708).

Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria, richiamata anche dall'appellante, impone che il Giudice esamini entrambi i ricorsi, a prescindere dal vizio dedotto e dal numero dei partecipanti alla gara pubblica (Corte di Giustizia, 4 luglio 2016, C-689/2013,

Pugliese), così come sancito anche dall'art. 1, paragrafi 1, terzo comma, e 3 della Direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989.

Tale orientamento è stato recentemente recepito anche dalla giurisprudenza nazionale (Consiglio di Stato, Sez. V, sent. n. 3593/2017) e il medesimo tema, sul rapporto tra il ricorso principale ed incidentale, è stato anche oggetto dell'Ordinanza dell'Adunanza Plenaria dell'11 maggio 2018 che ha rimesso alla Corte di Giustizia la questione in termini più puntuali rispetto al ricorso Pugliese.

14 – Pertanto, pur se in accordo alla giurisprudenza nazionale tuttora dominante l'accoglimento del ricorso incidentale escludente (la cui esattezza deve essere confermata in appello, mancando nell'offerta dell'appellante un "requisito di minima" da ritenersi essenziale) precludeva l'esame del ricorso incidentale, dal cui accoglimento (mancando un'impugnativa dell'intera gara) non sarebbe potuta derivare alcuna utilità per la ricorrente, se non l'ipotetica ed indiretta suggestione (priva di rilievo giuridico) alla stazione appaltante di intervenire in autotutela, tuttavia, a fronte delle censure di violazione dei principi nazionali e comunitari che postulano l'effettività della tutela giurisdizionale assicurata ai cittadini ed alle imprese, dedotte in relazione al mancato esame del merito del ricorso principale da parte del giudice di primo grado, il Collegio ritiene di estendere l'esame alle censure del ricorso di primo grado, che vengono riproposte dall'appello in esame e che, peraltro, si palesano non fondate nel merito.

15 – In particolare, con la prima censura del ricorso di primo grado, l'odierno appellante ritiene che l'impresa aggiudicataria, MedTronic, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto nel modello

dell'offerta economica da questa presentata sarebbe riscontrabile una difformità tra il prezzo offerto e lo sconto percentuale indicato.

16 – peraltro, osserva il Collegio che l'art. 4 del Capitolato di gara stabiliva che "l'offerta economica" dovesse essere compilata in conformità all'allegato A2, con indicazione del prezzo "in cifre e in lettere". Dunque si evince che l'elemento fondamentale, di cui la Commissione Aggiudicatrice ha debitamente tenuto conto, era l'indicazione del prezzo, il quale doveva essere riportato in cifre e lettere, a nulla rilevando eventuali errori sullo sconto percentuale indicato da MedTronic, a maggior ragione alla stregua dell'art. 9 del Capitolato di gara, secondo il quale, ai fini della valutazione delle offerte, "tutti i valori assoluti saranno trasformati in valori percentuali (con tre cifre decimali) rispetto alla base d'asta", di modo che la Commissione ha eseguito tali calcoli autonomamente e non basandosi su quanto presentato dalle imprese partecipanti. Pertanto, l'errore in cui era incorsa l'impresa aggiudicatrice era facilmente superabile dalla Stazione Appaltante in sede di computo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avendo la società presentato tutti gli elementi utili a tale scopo, anche alla luce della giurisprudenza di questa Sezione per cui "le offerte ambigue, incerte, etc. debbono essere escluse qualora l'ambiguità dell'offerta non sia superabile mediante gli opportuni strumenti interpretativi" (sent. n. 1487 del 27.03.2014).

17 - Alla luce di quanto considerato, il Collegio non riscontra dunque alcuna discriminazione, avendo operato, la Commissione Aggiudicatrice, secondo i principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento richiesti dall'art. 95, comma 2, del d.lgs n. 50/2016.

18 - Con il secondo motivo di censura proposto in primo grado, e riportato pedissequamente nell'atto di appello, MG Lorenzatto ritiene che la Stazione Appaltante abbia erroneamente applicato il criterio di valutazione n. 5 "Frame per secondo acquisiti dalle videocamere", che riguarda il numero di immagini al secondo che la capsula endoscopica è in grado di catturare nel percorso all'interno dell'apparato digerente.

19 – in particolare, L'odierno appellante aveva presentato una capsula endoscopica contenente 2 videocamere in grado di catturare 3 immagini al secondo, mentre MedTronic si è aggiudicata un punteggio superiore con una capsula che conteneva una sola telecamera, che però catturava 6 immagini al secondo. Quindi, considera il Collegio, secondo le previsioni dell'art. 6 della lex specialis il criterio che doveva essere seguito, al fine di attribuire il punteggio, era la quantità di immagini che la videocamera riusciva a trasmettere in un secondo. Pertanto occorre considerare che, anche se l'appellante presentava un dispositivo con due telecamere, quest'ultime trasmettevano solo tre immagini al secondo ciascuna, immagini che non potevano essere facilmente unite a comporre un'unica sequenza o un unico quadro, ma che dovevano essere valutate ed analizzate separatamente, mentre la telecamera di MedTronic forniva automaticamente una completa sequenza di sei immagini al secondo, determinando la corretta attribuzione di un punteggio maggiore in suo favore.

20 – Conclusivamente, Il ricorso di primo grado dell'odierno appellante era infondato oltreché inammissibile come statuito dalla gravata sentenza del giudice di primo grado, che deve essere pertanto

integrata in tal senso nella parte motiva ma confermata nel dispositivo, conseguendone la reiezione dell'appello in epigrafe.

La complessità e novità delle questioni dedotte giustifica infine, la compensazione fra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

'P.Q.M.'

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

Compensa fra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Veltri, Presidente FF

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Raffaello Sestini**

**IL PRESIDENTE**  
**Giulio Veltri**

IL SEGRETARIO