Pubblicato il 16/01/2020

N. 00096/2020 REG.PROV.COLL.

N. 01307/2019 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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1307 del 2019, proposto da: Medical Care Projects S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Daniele Turco, con domicilio eletto in Giustizia, Pec Registri;

contro

Asl Salerno, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Valerio Casilli, con domicilio eletto in Giustizia, Pec Registri;

nei confronti

Ladurner Hospitalia S.r.l. non costituito in giudizio;
Linet Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Massimo Scalfati, Stefano La Marca, con domicilio eletto presso l'indirizzo e-mail dell'avv.to Massimo Scalfati in Giustizia, Pec Registri;

Per l'annullamento

A) della deliberazione del direttore generale dell'azienda sanitaria di salerno di aggiudicazione della "procedura di gara ex art. 36 del d.lgs. 50/2016 per la fornitura di n. 5 letti elettrici travaglio/parto. (progetti fv linea 10 di cui al dca 91 e 1015 fsn 2012-2013)", rdo n. 1721750, cig 72321628e0 (doc. 11);

B) del verbale della commissione valutatrice del 20.02.2019 prot. N. 49708 (allegato 5 del doc. 11);

C) del verbale della commissione valutatrice del 11.06.2019 prot. N. 146646 (allegato 6 del doc. 11) e del riepilogo delle attività di esame delle offerte per la rdo n. 1721750 (allegato 7 del doc. 11);

D) della nota dell'asl salerno – uoc gestione dell'acquisizione dei beni e dei servizi e economato- prot. N. 139446 del 04.06.2019 (doc. 8);

E) della nota dell'asl salerno – uoc gestione dell'acquisizione dei beni e dei servizi e economato- prot. N. 186033 del 26.07.2019 (doc. 20)

F) per quanto possa occorrere e nei limiti del ricorso, dei dati generali della procedura (doc. 1), del capitolato tecnico (doc.2) , unitamente all'allegato (doc.3);

G) di ogni altro atto preordinato, connesso o consequenziale a quelli impugnati, ivi compresi pareri, proposte o valutazioni

Quindi per la dichiarazione di inefficacia del contratto ove medio tempore stipulato

Nonché

Per il risarcimento dei danni patiti e patiendi derivanti dalle illegittime condotte dell'amministrazione

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Linet Italia S.r.l. e della Asl Salerno;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2019 il dott. Fabio Maffei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Deduce l'odierna ricorrente di aver partecipato alla gara indetta dall'Azienda Sanitaria Locale di Salerno, *ex* art. 36 D.Lgs. 50 del 18.4.2016, avente ad oggetto la fornitura di n. 5 letti da travaglio-parto, da destinare ai PP.OO. dell'Azienda appaltante, con importo a base d'asta determinato nella somma di 85.000,00 Euro.
Dopo l'apertura delle offerte economiche, la Linet S.r.l. si era classificava al primo posto, seguita dalla Ladurner ed, infine, dall'odierna ricorrente.
Nonostante avesse segnalato alla stazione appaltante la non conformità ai requisiti richiesti dal disciplinare di gara dei prodotti offerti sia dalla prima che dalla seconda classificata, con la nota prot. n. 139446 del giorno 04.06.2019, l'ASL aveva confermato il proprio positivo giudizio di conformità sulle offerte delle contro-interessate, disponendo, di conseguenza, in data 25.06.2019, l'aggiudicazione definitiva in favore della Linet Italia s.r.l.
Avverso il predetto provvedimento, insorge l'odierna ricorrente censurando l'operato della stazione appaltante con riguardo ai profili di seguito illustrati.
In primo luogo, i gravati provvedimenti erano stati adottati in palese violazione dell'art. 68 del D.Lgs. 50/2016 e della legge di gara. Invero, i prodotti offerti dalle imprese rispettivamente classificatesi al primo ed al secondo posto non rispondevano esattamente alle specifiche tecniche prescritte dal Capitolato. Quest'ultimo, difatti, aveva richiesto che i letti fossero dotati, tra l'altro, di un cuscino lombare incorporato con pressione regolabile nonché di un cuscino pelvico incorporato con pressione regolabile. Entrambe le partecipanti, per contro,

avevano offerto letti privi delle caratteristiche su indicate senza che la stazione appaltante avesse provveduto all'esclusione delle presentate offerte.

In secondo luogo, nella valutazione dei prodotti offerti appariva evidente l'errata valutazione in cui era incorsa la commissione giudicatrice, avendo quest'ultima attribuito, illogicamente ed immotivatamente, alle offerte presentate dalle contro-interessate dei punteggi più elevati rispetto a quello attribuito alla ricorrente, sebbene i prodotti offerti non presentassero le richieste caratteristiche tecniche ovvero avessero delle prestazioni qualitative nettamente inferiori rispetto ai letti offerti dalla terza classificata.

Infine, l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa per aver omesso di dichiarare la risoluzione contrattuale, disposta nei suoi confronti per grave inadempimento, dall'Azienda Ospedaliero Universitaria- Policlinico "*Paolo Giaccone*" di Palermo, con deliberazione n. 819 del 25/07/2018, così violando le prescrizioni poste dall'art. 80 al comma 5, lett. C).

Si costituivano l'amministrazione resistente e la controinteressata prima classificata, contestando entrambe l'ammissibilità e la fondatezza del proposto gravame sia perché i contestati requisiti non erano stati prescritti dal bando a pena di esclusione, sia perché la ricorrente non aveva superato la prova di resistenza in forza delle sollevate contestazioni al punteggio attribuito all'aggiudicataria.

All'udienza del 17 dicembre 2019, la causa, previo scambio di memorie riepilogative ex art. 73 c.p.a., è stata riservata per la decisione.

2.- Il ricorso è infondato.

2.1.- Muovendo dalla disamina delle doglianze sollevate dalla ricorrente, terza classificata, avverso l'offerta presentata dall'aggiudicataria, sicuramente priva di pregio si palesa la prima delle articolate censure, con cui la Medical Care Srl ha sostenuto la difformità dei prodotti offerti dalla Linet Srl rispetto alle prescrizioni di gara. Più in particolare, la ricorrente ha sostenuto che il bene da quest'ultima

offerto non fosse rispondente alle specifiche tecniche minime imposte dal capitolato, essendo privo sia del richiesto "*cuscino lombare incorporato con pressione regolabile*", sia dell'altrettanto prescritto "*cuscino pelvico incorporato con pressione regolabile*".

La censura non può essere condivisa.

Invero, per costante insegnamento giurisprudenziale, l'offerta del concorrente non conforme alle specifiche tecniche fissate nella legge di gara concretizza un'ipotesi di *aliud pro alio*, che determina l'esclusione dalla selezione anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso recepita nella medesima legge di gara (cfr., *ex plurimis*, C.d.S., Sez. III, sentenza n. 565/2018).

Tuttavia, nella vicenda in esame, a fronte della relazione tecnica corredante l'offerta presentata dall'aggiudicataria e dichiarativa delle prescritte caratteristiche tecniche come presenti nei prodotti offerti, la ricorrente si è limitata a contestarne la sussistenza in ragione della loro non evincibilità dalla campionatura allegata alla predetta relazione.

Orbene, per pacifica giurisprudenza, l'acquisizione di una campionatura riveste esclusivamente valore dimostrativo del prodotto (T.A.R. Lazio Roma, III quater, 19 marzo 2018, n. 3082; Cons. Stato, V, 30 gennaio 2017, n. 371; Cons. Stato, III, 03 febbraio 2017, n. 475) e serve a riscontrarne la conformità rispetto alle specifiche di gara ed agli standard di qualità che l'Amministrazione si è proposta di garantire con le suddette specifiche, tanto che si ammette perfino la integrabilità o sostituibilità del campione durante la gara e la possibilità che al relativo esame si proceda in seduta riservata (TAR Veneto, Venezia, III, 29 maggio 2017 nr. 521), nonché la differibilità del termine per la presentazione dei campioni (cfr.: Cons. Stato Sez. III, 08 settembre 2015, n. 4191) e la nullità di clausole di esclusione dalla gara per mancata presentazione della campionatura, stante la violazione del

principio di tassatività di cui all'art. 80, d.lgs. n. 50/2016 (cfr.: Cons. Stato, III, 03 febbraio 2017, n. 475 cit.).

La funzione assegnata alla campionatura non consiste, dunque, nell'integrare l'offerta tecnica, bensì di comprovare, con la produzione di capi o prodotti dimostrativi, detti appunto 'campioni', la capacità tecnica dei concorrenti e la loro effettiva idoneità a soddisfare le esigenze, spesso complesse, delle stazioni appaltanti. Il campione non è, dunque, un elemento costitutivo, ma semplicemente dimostrativo dell'offerta tecnica, che consente all'Amministrazione di considerare e vagliare l'idoneità tecnica del prodotto offerto: non costituisce una sua parte integrante, per quanto sia oggetto di un'apposita valutazione da parte della Commissione giudicatrice, perché la sua funzione è quella di fornire la 'dimostrazione delle capacità tecniche dei contraenti (cfr.: Cons. Stato, Sez. V, 30 gennaio 2017, n. 371).

Netta è dunque la distinzione, funzionale ancor prima che strutturale, tra la documentazione tecnica e la campionatura (campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire), sicché non può ritenersi corretto affermare che la campionatura sia parte integrante dell'offerta tecnica. Pertanto, una volta che i campioni possano essere cambiati dalla concorrente, anche successivamente alla presentazione delle offerte, per dimostrare la bontà della propria offerta tecnica, è indubbio che quest'ultima "*è e resta, nella sua essenza documentale, il parametro principale e imprescindibile al quale la stazione appaltante deve fare riferimento*" (cfr. Sez. III, n. 4190 del 8 settembre 2015; Consiglio di Stato sez. III, 20/03/2019, n.1853).

Alla luce delle superiori argomentazioni, pertanto, il giudizio della Commissione valutatrice doveva fondarsi, e si è correttamente fondato, soltanto sull'offerta tecnica, come descritta nella relazione e nelle schede tecniche dei prodotti, da cui si evinceva la presenza nel bene offerto delle caratteristiche tecniche prescritte dal capitolato di gara.

Ne consegue l'infondatezza della prima censura.

2.3.- Parimenti infondata è anche la seconda sequenza di censure che la ricorrente muove alle valutazioni operate dalla commissione giudicatrice in ordine alle caratteristiche del prodotto offerto dall'aggiudicataria mediante l'attribuzione di punteggi superiori rispetto a quelli attribuiti alla propria offerta.

Avendo, invero, la stazione appaltante operato le proprie scelte valutative in ragione dei dettagliati e puntuali criteri e indicatori previamente stabiliti nel capitolato tecnico di gara, appare evidente come al Collegio sia richiesto un inammissibile sindacato sostitutivo del giudizio tecnico espresso dal seggio di gara.

Non appare un fuor d'opera ribadire che le valutazioni delle offerte tecniche, effettuate dalla Commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dalla *lex specialis*, costituiscono un apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica, sì da rendere detta valutazione insindacabile, salvo che sia affetta da manifesta illogicità o erroneità.

Pertanto, la valutazione delle offerte, nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della Commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciutale, per cui, fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica, non espressamente dedotto nella presente fattispecie, sono inammissibili le censure che impingono il merito di valutazioni per loro natura opinabili. Le valutazioni delle offerte tecniche, effettuate dalla Commissione attraverso l'espressione di giudizi e l'attribuzione di punteggi, a fronte dei criteri valutativi previsti dalla *lex specialis*, costituisce apprezzamento connotato da chiara discrezionalità tecnica, sì da rendere detta valutazione insindacabile salvo che sia affetta da manifesta illogicità o erroneità (cfr. Cons. St., sez. III, n. 2550 del 2019; Cons. St., sez. III, 19 aprile 2019 n. 2550; TAR Campania, Napoli, sez. I, 30 luglio 2019 n. 4188; Cons. St., sez. V, 6 maggio 2019 n. 2893).

2.4.- Infine, il Collegio non può condividere la terza censura proposta dalla ricorrente con cui quest'ultima ha sostenuto l'illegittimità della disposta aggiudicazione per non aver l'Amministrazione tenuto conto della risoluzione contrattuale in cui era incorsa la Linet srl con riguardo ad altro contratto.

In merito, occorre considerare che, nella vicenda in esame, non può rinvenirsi la causa espulsiva della falsa dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara, constatandosi in merito che il contestato provvedimento di risoluzione è stato adottato dall'A.O. Universitaria Policlinico Paolo Giaccone di Palermo, in data 25/7/2018 (delibera n.819/2018) e, dunque, in epoca successiva alla data di presentazione dell'offerta di Linet ai fini della partecipazione alla procedura evidenziale oggetto della presente controversia (24/10/2017).

Sul punto, valga rammentare che, come recentemente ribadito dal giudice di appello, la dichiarazione resa dall'operatore economico nella domanda di partecipazione circa le pregresse vicende professionali suscettibili di integrare «gravi illeciti professionali» può essere omessa, reticente o completamente falsa; è configurabile omessa dichiarazione quando l'operatore economico non riferisca di alcuna pregressa condotta professionale qualificabile come «grave illecito professionale»; è configurabile dichiarazione reticente quando le pregresse vicende siano soltanto accennate senza la dettagliata descrizione necessaria alla stazione appaltante per poter compiutamente apprezzarne il disvalore nell'ottica dell'affidabilità del concorrente; è, infine, configurabile la falsa dichiarazione se l'operatore rappresenti una circostanza di fatto diversa dal vero. La distinzione tra le tre fattispecie non risiede, dunque, nell'oggetto della dichiarazione che è sempre lo stesso (la pregresse vicende professionali dell'operatore economico), quanto, piuttosto, nella condotta di quest'ultimo. Ciò vale a meglio spiegare anche il regime giuridico: soltanto alla condotta che integra una falsa dichiarazione, non ricorrente nella presente fattispecie in quanto riguardante una vicenda successiva alla data di

scadenza della presentazione delle offerte, consegue l'automatica esclusione dalla procedura di gara poiché depone in maniera inequivocabile nel senso dell'inaffidabilità e della non integrità dell'operatore economico. Ogni altra condotta, omissiva o reticente che sia, comporta, viceversa, l'esclusione dalla procedura soltanto per via di un apprezzamento da parte della stazione appaltante che sia prognosi sfavorevole sull'affidabilità dello stesso (cfr.: Consiglio di Stato sez. V, 12/04/2019, n.2407).

Allo stesso modo l'avvenuta risoluzione non avrebbe potuto determinare l'automatica esclusione dell'aggiudicataria come preteso dalla ricorrente, atteso che l'art. 80 comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50/2016 non comporta un'esclusione automatica ma richiede una valutazione discrezionale da parte della S.A. della gravità delle inadempienze che, pur non immediatamente riconducibili a quelle tipizzate (quanto agli effetti prodotti), siano tuttavia qualificabili come « gravi illeciti professionali » e siano perciò ostative alla partecipazione alla gara perché rendono dubbie l'integrità o l'affidabilità del concorrente.

Quando la Stazione Appaltante esclude dalla gara un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito professionale dovrà adeguatamente motivare in merito all'esercizio di siffatta discrezionalità e dovrà previamente fornire la dimostrazione della sussistenza e della gravità dell'illecito professionale contestato con mezzi adeguati (cfr. Cons. St., sez. III, 29 agosto 2018 n. 5084; Cons. St., sez. V, 2 marzo 2018 n. 1299).

3.- L'infondatezza delle censure proposte avverso l'aggiudicazione rendono improcedibile il ricorso limitatamente alle doglianze articolate avverso l'offerta della seconda classificata, stante la sopravvenuta carenza d'interesse, non potendo l'impresa ricorrente trarre alcun concreto vantaggio dal loro ipotetico accoglimento, in ragione della definitiva preclusione della possibilità di conseguire

il bene della vita ambito, ovverosia l'affidamento e la conseguente stipulazione dell'appalto.

4.- La complessità delle tematiche trattate, riguardanti sia i limiti di sindacabilità della discrezionalità tecnica di cui è espressione la valutazione delle offerte operata dalla stazione appaltante, sia il rapporto tra offerta tecnica e la campionatura allegata, inducono a ritenere sussistenti le ragioni necessarie per dichiarare l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte infondato ed in parte improcedibile;

Spese compensate.

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

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

Leonardo Pasanisi, Presidente

Angela Fontana, Primo Referendario

Fabio Maffei, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE	**IL PRESIDENTE**
Fabio Maffei	**Leonardo Pasanisi**

IL SEGRETARIO