



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 Lazio  
(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10651 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sediin S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI con Webkornet S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Nerio Carugno, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, Largo Arenula, 34;

***contro***

Asl 110 - Rieti, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Nicola Marcone, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

***nei confronti di***

Kay Systems Italia S.p.a., non costituita;

***per l'annullamento***

del provvedimento n. 25475/10 di esclusione dalla gara per "l'affidamento del servizio di fornitura del sistema tecnico e manutenzione di un sistema grid medical storage per l'archiviazione delle immagini, dei referti e delle cartelle cliniche prodotti dalle u.o. facenti capo all'Azienda USL di Rieti"

e per il risarcimento danni ai sensi dell' art. 120 c.p.a.;

e con i motivi aggiunti notificati in data 29.4.2011:

per l'annullamento

del verbale della Commissione di gara n. 10 del 21.3.2011 e della deliberazione n. 286/D.G. del 24.3.2011 che approvava il predetto verbale, con cui la Commissione sostanzialmente confermava la non conformità dell'offerta tecnica proposta dalla ricorrente a quanto richiesto dall'oggetto della gara;

e di ogni altro atto presupposto o consequenziale;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ASL 110 - Rieti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 dicembre 2011 il Consigliere Solveig Cogliani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso indicato in epigrafe, la parte istante premesso di aver presentato domanda di partecipazione alla gara indetta in data 27.1.2010 per l'affidamento "del servizio di fornitura del sistema tecnico e manutenzione di un sistema Grid Medical Storage per l'archiviazione delle immagini, dei referti e delle cartelle cliniche prodotti dalle U.O. facenti capo alla AUSL di Rieti", per la durata di 6 anni, esponeva che a seguito della valutazione delle offerte tecniche, la stessa era esclusa insieme ad altre due concorrenti per non conformità tecnica dell'offerta rispetto al capitolato d'appalto, con conseguente aggiudicazione della gara all'odierna controinteressata.

Pertanto, la Società Sediin in proprio e quale mandataria della costituenda A.T.I. con la società Webkerner proponeva ricorso, chiedendo l'annullamento dei provvedimenti di esclusione e di aggiudicazione alla controinteressata Kay Systems Italia S.p.a. per i seguenti motivi:

1 – eccesso di potere per travisamento, illogicità, difetto di ragionevolezza ed erroneità nei presupposti, illogicità ed incongruenza della motivazione con cui il raggruppamento facente capo alla società Sediin era escluso in ragione della non corrispondenza dei servizi offerti ai protocolli di storage CIFS e NFS richiesti dal capitolato speciale, poiché contrariamente a quanto affermato dall'amministrazione, la modalità di condivisione attivata con il servizio MetaArchive offerto non richiedeva ulteriori substrati

software, mentre la proposta tecnica conteneva unicamente quale servizio aggiuntivo e migliorativo il MetaPacs, che consente una modalità avanzata di scambio delle immagini diagnostiche in grado di estendere le potenzialità del sistema tramite un'acquisizione diretta delle immagini predette presenti nel PACS dipartimentale;

2 – eccesso di potere per difetto di ragionevolezza e violazione della lex specialis e del principio di proporzionalità, poiché in ogni caso è da considerarsi sproporzionata la sanzione dell'esclusione, dovendo semmai l'amministrazione procedere all'attribuzione di minor punteggio;

3 – eccesso di potere e violazione di legge, del principio di favor participationis, di libera concorrenza e parità di trattamento e non discriminazione di cui all'art. 2, d.lgs. n. 163 del 2006, nonché erroneità dei presupposti ed illogicità poiché tutte le società partecipanti, ad eccezione della controinteressata, sono state escluse sia nella fase di verifica della documentazione sia nella fase di verifica dell'offerta tecnica, vulnerando i principi di concorrenza e competitività.

Per tali motivi, la parte ricorrente chiedeva l'annullamento dei provvedimenti gravati ed il risarcimento dei danni causati dall'illegittima esclusione.

Si costituiva la AUSL intimata contro deducendo l'inammissibilità delle censure dirette a contestare le valutazioni tecniche riservate alla commissione. Precisava, inoltre, che l'esclusione doveva ritenersi

legittima poiché l'offerta presentata dalla Società istante si presentava con caratteristiche difformi da quelle prescritte nel bando e nel disciplinare di gara e non corrispondenti dunque alle esigenze dell'amministrazione. Ancora evidenziava che l'art. 5.3 del disciplinare di gara, in conformità a quanto previsto dall'art. 55, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006, espressamente prevede la possibilità di aggiudicare qualora pervenga o rimanga valida o accettabile una sola offerta.

La Sezione con ordinanza n. 88 del 2011 respingeva la richiesta cautelare. Tuttavia, a seguito della riforma di tale provvedimento operata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 662 del 2011, che disponeva una nuova valutazione dell'offerta, la Commissione, in data 21.3.2011 confermava sostanzialmente la non conformità dell'offerta tecnica all'oggetto della gara.

Pertanto, avverso tale ulteriore provvedimento e contro la deliberazione di relativa approvazione del 24.3.2011, la Società istante proponeva motivi aggiunti, lamentando i vizi già censurati con l'atto introduttivo del ricorso e chiedeva consulenza tecnica sugli aspetti relativi alla valutazione effettuata dalla Commissione.

Avverso tali motivi resisteva ulteriormente la AUSL di Rieti.

Con ordinanza n. 143 del 2011, confermata in sede di appello, questa Sezione respingeva l'istanza cautelare formulata con i motivi aggiunti. All'udienza del 5.12.2011, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

1 – In via preliminare osserva il Collegio che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che “l'impresa la quale, nel partecipare ad una gara, abbia formulato una offerta tecnica difforme dalle prescrizioni del bando di gara può invocare il proprio incolpevole affidamento, al fine di evitare l'esclusione dalla gara medesima, solo se l'errore in cui è incorsa sia stato indotto dalla stessa amministrazione che ha bandito la gara” (Consiglio Stato, Sez. V, 04 novembre 2004, n. 7140).

Da tale principio, cui il Collegio ritiene di poter aderire, deriva la conseguenza che laddove non sussista, come nella specie, la circostanza che l'amministrazione abbia contribuito alla genesi dell'errore, la riscontrata difformità dell'offerta tecnica dalle prescrizioni della “lex specialis” comporta inevitabilmente l'esclusione dalla gara.

Nè può condividersi l'affermazione che tale misura nel caso in esame sarebbe eccessiva, potendo la Commissione invece procedere attraverso una graduazione del punteggio.

Infatti, alla stregua della massima sopra riportata, la valutazione in termini di minor o maggior punteggio può essere svolta dalla Commissione quando comunque sia verificata la corrispondenza tra offerta e prescrizioni del bando, altrimenti dovendosi arrivare all'assurda affermazione che l'amministrazione debba procedere a valutare offerte che non attengano all'oggetto di gara.

Ne consegue, che perdono valore anche le censure svolte dall'istante

con riferimento alla violazione dei principi di massima partecipazione, competitività e libera concorrenza. Infatti, in materia di appalti il bilanciamento tra i vari valori in gioco può risolversi a vantaggio dell'affidamento, da intendersi quale espressione del "favor participationis" e dei principi invocati dalla ricorrente, nella sola ipotesi in cui l'amministrazione abbia concorso alla scarsa comprensione della "lex specialis", dovendo i principi stessi risultare compatibili con la preminente protezione dei valori primari della garanzia del pari trattamento dei concorrenti (v. in tal senso la citata decisione n. 7140/2004).

Non rileva, altresì, il fatto che tutte le altre ditte concorrenti, tranne l'aggiudicataria, siano state escluse in corso di gara poiché il bando espressamente consentiva l'aggiudicazione anche nell'ipotesi in cui fosse stata presentata una sola offerta.

2 - Pertanto, sgomberato il campo di indagine dalle altre censure, l'esame, in questa sede, deve essere concentrato sul primo motivo di ricorso che attiene sostanzialmente alla valutazione tecnica espressa dalla Commissione in ordine alla non corrispondenza della offerta presentata dall'istante a quanto richiesta dalla lex specialis.

Osserva il Collegio che il Capitolato speciale di appalto espressamente prevedeva la fornitura e l'allestimento di una infrastruttura per l'archiviazione e la conservazione on line dei documenti sanitari attraverso "Modalità di accesso applicativi/Infrastruttura attraverso protocolli storage di rete

standard quali CIFS e NFS” (art. 2), come ulteriormente specificato dall’art. 5.1.1.

Le conclusioni della Commissione, riportate nel verbale agli atti di causa, sono nel senso di escludere la ricorrente per la non corrispondenza tecnica della proposta alle esigenze della AUSL. Infatti la Commissione rilevava che la modalità di accesso Metapacs, che permette di scambiare documenti tra due aree storage diverse non era corrispondente con la modalità richiesta dal capitolato di “protocolli di storage in rete CIFS e NFS”, che permette di fornire alle applicazioni le risorse storage in rete, ovvero scrittura e/o lettura diretta sulle risorse di storage, senza la necessità di ulteriori substrati. La modalità MetaArchive, che consente la modalità di trasferimento file attivando la condivisione di una cartella sui computer presenti in rete locale non era, peraltro, ritenuta equivalente a quanto richiesto dal capitolato, come già sopra precisata.

La parte ricorrente contestava il giudizio della Commissione, deducendo l’erroneità della valutazione, per aver l’amministrazione effettuato l’esame essenzialmente sulla modalità Metapacs, da ritenersi proposta aggiuntiva e migliorativa, senza prendere in considerazione quella MetaArchive, offerta in via principale.

Osserva il Collegio che si verte, nella specie, chiaramente sul merito delle valutazioni tecniche operate dalla commissione, che appare precluso alla sindacabilità di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia inficiato da un macroscopico travisamento di fatto



o da un'evidente illogicità per la insussistenza dei fatti assunti ad oggetto della valutazione ovvero per l'illogicità di quest'ultima e la incongruenza delle relative conclusioni.

Orbene, nel caso che occupa, va rilevato che la Commissione prende le mosse proprio dalla proposta della ricorrente ove è precisato, al capitolo 4 (come riportato nel verbale della Commissione medesima n. 9 del 20.10.2010), che l'utilizzo di MetaArchive riguarda l'archiviazione dei documenti, mentre il sistema MetaPacs riguarda l'archiviazione delle immagini. Entrambi i sistemi non consentono una archiviazione diretta dei dati sicchè risulta più complesso il trasferimento dei dati stessi.

Si tratta, quindi, secondo le valutazioni della Commissione ribadite in sede di ulteriore valutazione dell'offerta, di due sistemi completamente diversi e non già di un sistema fondamentale e di un altro semplicemente migliorativo sicchè l'offerta tecnica prevede un sistema di acquisizione dati non conforme a quanto richiesto dal capitolato speciale.

In relazione a quanto precede deve escludersi il vizio prospettato dalla parte ricorrente poiché correttamente la Commissione si è pronunciata su entrambi i sistemi di cui all'offerta, sulla base delle condizioni proposte dall'interessata, rilevandone la non conformità a quanto richiesto dal capitolato. Ne consegue che non sono riscontrabili i denunciati profili di travisamento dei fatti e di illogicità posti a fondamento del motivo di ricorso e, quindi, non si ravvisa la

necessità di disporre una consulenza tecnica d'ufficio, come auspicato dalla difesa istante, atteso quanto desumibile dalla documentazione in atti e dalle precisazioni contenute nel successivo verbale n. 10 del 21.3.2011, impugnato con i motivi aggiunti, con le quali la Commissione sostanzialmente confermava le valutazioni già espresse, specificando ulteriormente la motivazione dell'esclusione.

Poiché avverso tale ulteriore atto, emesso a seguito della fase cautelare, il ricorrente ha sostanzialmente riproposto i medesimi vizi elevati con l'atto introduttivo del giudizio, non possono che richiamarsi al riguardo le considerazioni sopra svolte, con la conseguenza che tanto il ricorso che i motivi aggiunti devono essere respinti.

3 – Le spese di lite seguono la soccombenza e sono determinate in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00), da liquidarsi a favore della AUSL costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge. Condanna la parte ricorrente al pagamento a favore della AUSL costituita delle spese di lite, determinate in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 dicembre  
2011 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/01/2012

IL SEGRETARIO

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