

Pubblicato il 06/09/2019

N. 00785/2019REG.PROV.COLL.

N. 00163/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA

in sede giurisdizionale

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 163 del 2018, proposto da
OMISSIS in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Pietro Paterniti
La Via, Pierfrancesco Alessi, Claudio Milazzo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Salvatore Raimondi in Palermo, via G. Abela, 10;

contro

Azienda Sanitaria Provinciale n. 7 Ragusa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Nunzio Morello, 40;

nei confronti

OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato
Alessandro Carrubba, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio
eletto presso il suo studio in Catania, via Umberto, 303;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SICILIA - SEZ. STACCATA DI CATANIA n. 173/2018, resa tra le parti,
concernente aggiudicazione di gara per la fornitura di un sistema di elettrografia e telecardiologia da
destinare alla U.O. di cardiologia degli Ospedali Riuniti di Ragusa.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Provinciale n. 7 Ragusa e di OMISS S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2019 il Cons. Silvia La Guardia e uditi per le parti gli avvocati Pietro Paterniti La Via, Massimiliano Mangano, Alessandro Carrubba;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. – L'Azienda sanitaria provinciale n. 7 di Ragusa (di seguito, per brevità, ASP) avviò, giusta deliberazione n. 2345 del 13 ottobre 2016, una *“Procedura negoziata sul mercato elettronico della Pubblica Amministrazione per l'affidamento della fornitura di un sistema per il controllo ed il monitoraggio diretto e remoto degli esami e.c.g. eseguiti sia all'interno dell'unità operativa che nelle unità operative afferenti lo stesso presidio e/o i presidi ospedalieri dell'azienda”*, con applicazione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 95, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, sulla base dei seguenti fattori: al massimo 60 punti per la qualità e al massimo 40 punti per il prezzo offerto.

Il capitolato speciale prevedeva, ai fini dell'assegnazione dei complessivi 60 punti, i seguenti fattori ponderali: 1) elevata affidabilità comprovata dalla certificazione FDA (server + elettrocardiografi), punti 5; 2) acquisizione del segnale su almeno 12 derivazioni in simultanea con tecnologia wireless (elettrocardiografi), punti 5; 3) gestione del dato grezzo del tracciato ECG diagnostico (Server), punti 8; 4) possibilità di creare degli automatismi sul flusso di lavoro per effettuare stampe, invio email od operazione avanzate (Server), punti 7; 5) integrazione con i sistemi informativi ospedalieri esistente (server), punti 10; 6) modalità di acquisizione degli elettrocardiografi: risoluzione del segnale A/D (campionamento) e risposta in frequenza (elettrocardiografi), punti 10; 7) indicazione analisi automatica sulle patologie di Brugada (Server), punti 10; 8) plurime e qualificate installazioni nazionali ed internazionali per tutte le metodiche (server), punti 5.

La *lex specialis* di gara prevedeva, inoltre, espressamente l'onere di allegare all'offerta *“ampia documentazione tecnica, schede tecniche e/o depliant illustrativi, rilasciate esclusivamente dal produttore e/o distributore nazionale/importatore, in lingua italiana, attestanti le caratteristiche tecniche dei prodotti offerti”*, prevedendo che *“È ammessa la presentazione di ulteriore documentazione tecnica che la Ditta concorrente ritiene idonea per una più approfondita conoscenza delle caratteristiche e dei requisiti posseduti dall'attrezzatura offerta. La suddetta documentazione costituisce parte integrante e sostanziale. Dovrà essere redatta in lingua italiana o, se redatta in lingua straniera, dovrà essere allegata la relativa traduzione”*.

La gara, cui avevano partecipato tre imprese, venne aggiudicata alla OMISSIS s.r.l., che aveva ottenuto il punteggio complessivo di 58/60, di cui 40 per l'offerta tecnica; seconda classificata risultò la OMISSIS s.r.l. un punteggio di 55,5/60, di cui 36,17 per l'offerta tecnica.

II. - La OMISSIS impugnò l'aggiudicazione ed i presupposti verbali di gara dolendosi: 1) dell'omessa esclusione della OMISSIS dalla gara per aver allegato documentazione soltanto in lingua inglese; 2) dell'assegnazione di un punteggio eccessivo alla OMISSIS in relazione ai profili ponderali previsti.

Il Tar respinse il primo motivo di ricorso, sul rilievo che l'obbligo del deposito di documentazione tecnica in lingua solo italiana non era presidiato da alcuna sanzione espressa di esclusione dalla gara (posto che, diversamente, la previsione sarebbe stata sospettabile di contrarietà al diritto dell'Unione europea), ed il secondo ritenendo non emergesse alcuna manifesta illogicità negli scarti, non di assoluto rilievo, tra i punteggi assegnati, rispettivamente, alla impresa aggiudicataria e all'appellante.

III. – Con il presente appello, la OMISSIS ha impugnato la sentenza, deducendo i seguenti motivi:

1) erroneo rigetto del primo motivo di ricorso: violazione e falsa applicazione del capitolato speciale; eccesso di potere per difetto di istruttoria e contraddittorietà con precedenti manifestazioni della stessa amministrazione: la OMISSIS avrebbe allegato, per il criterio di cui al punto 7 “*Indicazione analisi automatica sulle patologie di Brugada (server)*” un documento, denominato “*Physician’s Guide*”, redatto esclusivamente in lingua inglese (ossia senza traduzione in italiano), in asserita violazione dell’art. 4 del capitolato speciale, e per di più illeggibile; nonostante ciò la Commissione avrebbe attribuito alla OMISSIS, per detto criterio, un punteggio pari a 10, nonostante la predetta documentazione nemmeno fosse suscettibile di valutazione, stante l’autovincolo rappresentato dalla normativa di gara; se detto autovincolo fosse stato rispettato, la OMISSIS avrebbe ottenuto un punteggio di 48 punti, anziché di 58, e la OMISSIS si sarebbe aggiudicata il contratto; il T.a.r., nella sentenza impugnata, per contro, avrebbe erroneamente ritenuto che l’appellata avesse chiesto l’esclusione della controinteressata aggiudicataria (invece la OMISSIS avrebbe unicamente richiesto di non valutare il predetto documento redatto in lingua inglese);

2) erroneità della sentenza impugnata in merito al secondo motivo di ricorso; violazione e falsa applicazione del capitolato speciale; eccesso di potere per illogicità manifesta e difetto di istruttoria; erroneamente la sentenza impugnata non avrebbe considerato manifestamente illogica l’attività valutativa della commissione; più in particolare, viene dedotto che:

- in relazione al fattore ponderale n. 2 – relativo al modello di elettrocardiografo offerto dai concorrenti – era prevista l’attribuzione di un punteggio massimo di 5 punti, avuto riguardo all’acquisizione del segnale su almeno 12 derivazioni in simultanea con tecnologia wireless; al riguardo, erroneamente la commissione giudicatrice avrebbe assegnato alla OMISSIS il punteggio di 3, ossia un punto per ciascun ecografo offerto, nonostante detti ecografi fossero del tutto sprovvisti di sistema wireless e, pertanto, privi della qualità espressamente richiesta per poter assegnare la premialità di cui al fattore ponderale n. 2, stabilita per la presenza del wireless e non per il numero di derivazioni (nella specie 15, invece di 12);

- in relazione al fattore ponderale n. 3 – relativo all’unità di acquisizione offerta dai concorrenti – era prevista l’attribuzione di un punteggio massimo di 8 punti, avuto riguardo alla gestione del dato grezzo del tracciato ECG diagnostico; per tale fattore la OMISSIS ottenne 8 punti (come la OMISSIS); senonché gli apparati forniti dalla OMISSIS sarebbero stati in grado di percepire una frequenza compresa tra 0.05 Hz e 300 Hz, mentre quelli offerti dalla concorrente OMISSIS, invece, sarebbero in grado di lavorare in un range compreso tra 0.05 Hz e 150 Hz, non utilizzabile per pazienti in età pediatrica; erronea sarebbe stata, dunque, l’attribuzione alle due offerte dello stesso punteggio;

- il fattore ponderale n. 5 – relativo al server offerto dai concorrenti - prevedeva l’attribuzione di un punteggio massimo di 10 punti per l’integrazione dell’hardware con i sistemi informativi ospedalieri e con l’infrastruttura esistente; ad entrambe le imprese sarebbe stato assegnato il punteggio massimo di 10 punti, sebbene solo l’offerta della OMISSIS fosse perfettamente integrata

al sistema informativo ospedaliero (SIO), al server cardiologico (Workstation ECG) e alla rete infarto regionale (IMA), al contrario di quella offerta dalla OMISSIS, asseritamente non in grado di interfacciarsi con la globalità dell'infrastruttura ospedaliera esistente;

- il fattore ponderale n. 6 – relativo all'unità elettrocardiografo – prevedeva l'attribuzione di un punteggio massimo di 10 punti, avuto riguardo alle modalità di acquisizione degli elettrocardiografi e, segnatamente alla risoluzione del segnale A/D (campionamento) e alla risposta in frequenza (elettrocardiografi); alla OMISSIS furono assegnati 10 punti contro gli 8 punti assegnati alla OMISSIS nonostante l'ecocardiografo offerto da quest'ultima avesse una migliore risoluzione del segnale A/D (campionamento) e una migliore risposta in frequenza, secondo quanto risultante dalle schede tecniche;

- il fattore ponderale n. 7 - relativo all'unità server – prevedeva l'attribuzione di un punteggio massimo di 10 punti, avuto riguardo all'analisi automatica sulle patologie di Brugada ed entrambe le imprese conseguirono il punteggio massimo, nonostante il prodotto offerto dalla OMISSIS fosse in grado di individuare unicamente il tipo I della patologia del Brugada, mentre quello offerto dalla OMISSIS sarebbe stato in grado di riconoscere tutte le tipologie della malattia e, specificatamente, Pattern Brugada tipo 1, Pattern Brugada tipo 2 e Pattern Brugada tipo 3;

3) erronea affermazione del Tribunale secondo cui gli scarti di punteggi denunciati nel ricorso di primo grado non sarebbero stati di assoluto rilievo: diversamente da quanto opinato dal T.a.r., già solo l'erronea attribuzione di 10 punti per il fattore ponderale n. 7 avrebbe determinato la prevalenza della OMISSIS.

Si è costituita in giudizio l'ASP, le cui argomentazioni difensive possono compendiarsi come segue:

- la redazione in lingua inglese (di diffusa conoscenza) di taluni depliant illustrativi dei prodotti può, tutto al più, costituire presupposto per l'attivazione di un procedimento di regolarizzazione, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, con richiesta di traduzione, ma non esplicitare effetto invalidante dell'offerta nel suo complesso con impedimento del suo esame;

- nel caso di specie non si sarebbe fatto luogo ad alcuna regolarizzazione, perché la commissione, formata da tecnici, ben avrebbe compreso il contenuto del documento;

- con riferimento alle doglianze relative all'assegnazione dei punteggi per l'offerta tecnica, la OMISSIS chiese la riassegnazione dei punteggi per alcuni fattori ponderali: la commissione procedette in tal senso, abbassando il punteggio che era stato assegnato alla OMISSIS ed aumentando quello assegnato alla OMISSIS; nonostante ciò, il punteggio complessivo della prima rimase comunque superiore a quello della seconda;

- in ogni caso, il giudizio in ordine alla congruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; inoltre, la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo; di qui l'inammissibilità delle censure dedotte sul punto.

Anche la OMISSIS si è costituita, argomentando che:

- l'appellante, non avendo riproposto la terza doglianza del ricorso originario, non avrebbe in alcun modo censurato la statuizione della sentenza là dove si è ritenuta l'offerta di OMISSIS priva di

carenze strutturali, ossia priva di un requisito essenziale prescritto dal disciplinare di gara, con conseguente passaggio in giudicato del corrispondente rigetto;

- il possesso della capacità nel prodotto offerto da OMISSIS di compiere l'analisi automatica delle Patologie di Brugada emergerebbe, oltre che dal contestato documento redatto in inglese, da altro documento prodotto in gara da OMISSIS, intitolato "*Descrizione Tecnica Sistema Gestionale Muse V9*";

- in ogni caso, nella commissione di gara erano presenti delle figure specifiche altamente qualificate, tra i quali cardiologi, che conoscevano la lingua inglese, in grado, pertanto, di leggere e comprendere il documento in questione;

- il disciplinare di gara avrebbe sì richiesto la produzione della documentazione tecnica in lingua italiana, o se straniera con traduzione in italiano, ma non avrebbe presidiato con sanzioni l'eventuale violazione di tale regola;

- per costante giurisprudenza, nelle gare pubbliche l'art. 67 del d.lgs. n. 163/2006 prevede l'utilizzo della lingua italiana per la redazione delle offerte, ma non anche per i documenti da allegare alle offerte, sicché la presentazione in sede di gara di un documento in allegato all'offerta redatto in lingua diversa da quella italiana e privo di relativa traduzione certificata non costituirebbe un valido motivo di esclusione dalla gara, ma al più potrebbe giustificare, ove necessaria, una richiesta di integrazione documentale;

- sarebbe inammissibile il secondo motivo di gravame, recante la riproposizione delle censure formulate in primo grado dirette contro l'attività discrezionale tecnica della commissione nella attribuzione dei punteggi per i diversi fattori ponderali previsti dal bando; sennonché la giurisprudenza avrebbe precisato i confini del sindacato giurisdizionale sull'esercizio della discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione relativamente alla valutazione sulla congruità delle offerte, chiarendo che le valutazioni espresse dalla commissione di gara devono intendersi estranee all'ambito oggettivo del vaglio giurisdizionale, il quale non potrebbe estendersi fino a scrutinare il merito dei giudizi tecnici (sostituendo così la propria valutazione a quella della commissione giudicatrice), se non nelle limitate ipotesi in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una delibazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica;

- in ogni caso, dalla lettura dell'allegato A al verbale di gara n. 3 si evincerebbe come la commissione di gara abbia esattamente percepito che il prodotto OMISSIS non avesse la connessione wireless, ma fosse dotato di 15 canali, laddove il prodotto di OMISSIS avesse la connessione wireless, ma solo 12 derivazioni e, nondimeno, il seggio di gara avrebbe valutato - non illogicamente - che il maggior numero di derivazioni senza connessione wireless giustificasse la differenza di punteggio attribuito al minor numero di derivazioni, seppure provviste di connessione wireless;

- inoltre il prodotto offerto dalla OMISSIS avrebbe perfettamente soddisfatto il parametro valutativo richiedente la "*Gestione del dato grezzo del tracciato ECG diagnostico (Server)*";

- con riferimento alla voce "*Integrazioni con sistemi informativi ospedalieri ed infrastruttura esistente (Server)*", il parametro qualitativo si sarebbe riferito esclusivamente all'integrazione col SIO (Sistemi Informativi Ospedalieri) e all'infrastruttura esistente del SIO stesso, in standard HL7 (come tra l'altro richiesto nelle caratteristiche tecniche minime del Capitolato), mentre non vi sarebbe stata traccia di un obbligo di integrazione con la rete IMA o con il server Telecardio

Modica, trattandosi di sistemi gestionali specifici e non del sistema informatico ospedaliero (fermo restando che tale integrazione sarebbe comunque tecnicamente possibile);

- con riguardo all'attribuzione del punteggio per la voce "*Modalità di acquisizione degli elettrocardiografi: risoluzione del segnale A/D (campionamento) e risposta in frequenza (elettrocardiografi)*", la pretesa superiorità del prodotto offerto dalla OMISSIS sarebbe smentita dalla circostanza che la commissione tecnica ha indicato nel fattore ponderale in parola la notazione 40,000 Hz per OMISSIS e 75,000 Hz per OMISSIS, così focalizzando la propria attenzione su una caratteristica del prodotto offerto dalla OMISSIS ritenendola migliore di quella, corrispondente, del prodotto offerto dall'appellante;

- infine, la OMISSIS avrebbe opinato che la soluzione tecnica offerta dalla OMISSIS fosse unicamente in grado di individuare il tipo I della patologia di Brugada e non anche i Pattern Brugada di tipo 2 e 3; in realtà, detti ulteriori tipi della patologia in discorso non sarebbero tipicamente ritenuti diagnostici e, quindi, la caratteristica pretesamente migliorativa del prodotto offerto dalla OMISSIS sarebbe, in realtà, del tutto ininfluenza.

Con ordinanza n. 146 del 16 marzo 2018 è stata respinta l'istanza cautelare proposta dalla OMISSIS.

Con ordinanza n. 429 del 19 luglio 2018 sono state disposte l'acquisizione dell'originale del documento intitolato "*Physician's Guide*" depositato dalla OMISSIS in occasione della partecipazione alla gara e verifica di carattere tecnico. Più in particolare, è stato ritenuto e disposto quanto segue: "*Ed invero, con riguardo al primo motivo dell'impugnazione, va osservato che l'art. 4 del capitolato speciale prescriveva che «(d)ovrà essere redatta in lingua italiana o, se redatta in lingua straniera, dovrà avere allegata la relativa traduzione» e che, nondimeno, l'eventuale violazione di tale regola di gara non era sanzionata a pena di esclusione. Né, del resto, la stazione appaltante avrebbe potuto prevedere in tal caso una misura espulsiva, dal momento che la stessa lex specialis abilitava l'Asp (e, quindi, anche il seggio di gara) a richiedere alle offerenti ulteriore documentazione.*

Orbene, in astratto, potrebbe ritenersi che l'omessa allegazione di una traduzione abbia dato luogo a una mera irregolarità dell'offerta e non anche a una sua invalidità e nemmeno a una preclusione per la commissione di valutare la documentazione anche in assenza di una traduzione. D'altronde, la conoscenza della lingua inglese costituisce ormai un patrimonio comune del mondo scientifico e ben può presumersene l'adeguata conoscenza anche da parte dei componenti della specifica commissione di gara.

Del resto, tale soluzione trova conferma nella giurisprudenza, posto che il Consiglio di Stato (sez. V, 10 gennaio 2012, n. 30), nella vigenza dell'art. 67 del d.lgs. n. 163 del 2006, ha enunciato il principio secondo cui la presentazione, in sede di gara, di un documento in allegato all'offerta, redatto in lingua diversa da quella italiana e privo di relativa traduzione certificata, non costituisce motivo di esclusione dalla procedura, con la conseguenza che la eventuale necessità della relativa omessa traduzione potrebbe, al più, configurare una richiesta di integrazione documentale.

Senonché il motivo denunciato potrebbe presentare una diversa consistenza là dove l'appellante adombra la possibilità che il predetto documento, intitolato «Physician's Guide» - al di là del profilo attinente alla omessa traduzione di esso - non sia stato affatto esaminato dal seggio di gara, in ragione della sua pressoché totale illeggibilità. A tale circostanza la OMISSIS accennò già nel ricorso originario (a pag. 4: «... documento ... peraltro quasi illeggibile, almeno nella copia

consegnata dalla stazione appaltante alla ricorrente in esito all'accesso agli atti») e l'illeggibilità del documento è stata ribadita anche in appello (a pag. 5).

13. Ai fini del decidere è allora necessario acquisire, presso la stazione appaltante, l'originale del documento in parola, come depositato dalla OMISSIS in occasione della partecipazione alla gara, onde poterne apprezzare la facilità di lettura.

14. Meritano un approfondimento di natura tecnica anche le ulteriori lagnanze formulate dalla OMISSIS in ordine alla pretesa illogicità delle valutazioni delle offerte, compiute dal seggio di gara, con riferimento ai fattori ponderali nn. 2, 3, 5, 6 e 7.

15. Il Collegio ritiene, infatti, necessario disporre un approfondimento tecnico finalizzato a scrutinare, non il merito intrinseco delle valutazioni compiute dalla commissione giudicatrice e riservate al seggio di gara, ma i presupposti logici di detti giudizi.

16. Più in dettaglio, siffatto approfondimento deve avere ad oggetto specifico i seguenti profili:

- il capitolato speciale (art. 6; pag. 8) prevedeva, per il fattore n. 2, la caratteristica così descritta: «Acquisizione del segnale su almeno 12 derivazioni in simultanea con tecnologia wireless (elettrocardiografi)»; orbene, premesso che la OMISSIS ha offerto 15 derivazioni in simultanea (circostanza comunque da verificare), senza la connessione con tecnologia wireless, occorre chiarire se il prodotto offerto dalla aggiudicataria sia funzionalmente equivalente, a prescindere da numero delle derivazioni, a quello funzionante con connessione wireless, ovvero se soltanto la presenza di tale tecnologia consentisse, o no, di conseguire gli obiettivi prestazionali avuti di mira dalla Asp con l'affidamento in questione (qualità elettrocardiografica in telecardiologia);

- il capitolato speciale (art. 6; pag. 8) prevedeva, per il fattore n. 3, la caratteristica così descritta: «Gestione del dato grezzo del tracciato ECG diagnostico (Server)»; ora, premesso che il prodotto offerto dalla OMISSIS risulterebbe in grado di percepire una frequenza compresa in un range più ampio e pure differenziato per i soggetti in età pediatrica (circostanza comunque da verificare), occorre comprendere se tale maggiore range di percezione delle frequenze e la sua differenziazione per i soggetti in età pediatrica sia un elemento indifferente, o no, ai fini della valutazione della qualità elettrocardiografica in telecardiologia;

- il capitolato speciale (art. 6; pag. 8) prevedeva, per il fattore n. 5, la caratteristica così descritta: «Integrazioni con sistemi informativi ospedalieri ed infrastruttura esistente (Server)»; al riguardo, occorre unicamente verificare se l'hardware offerto dalla OMISSIS fosse effettivamente in grado di supportare le stesse integrazioni del sistema offerto dalla OMISSIS (e anche l'integrabilità di quest'ultimo sistema deve essere verificata in concreto);

- il capitolato speciale (art. 6; pag. 8) prevedeva, per il fattore n. 6, la caratteristica così descritta: «Modalità di acquisizione degli elettrocardiografi: risoluzione del segnale A/D (Campionamento) e risposta in frequenza (elettrocardiografi)»; occorre chiarire il significato, dal punto di vista tecnico, delle notazioni 40,000 Hz per OMISSIS e 75,000 Hz per OMISSIS (v. le schede allegate al verbale di gara n. 3) e se essa individuino, o no, un elemento di maggiore qualità e, più in particolare, se detta qualità cresca con il crescere degli Hz;

- il capitolato speciale (art. 6; pag. 8) prevedeva, per il fattore n. 7, la caratteristica così descritta: «Indicazione analisi automatica sulle patologie di Brugada (Server)»; al riguardo la appellante afferma che la soluzione tecnica offerta dalla OMISSIS fosse unicamente in grado di individuare il tipo 1 della patologia di Brugada e non anche i Pattern Brugada di tipo 2 e 3; una volta verificate

in fatto tali circostanze, occorre chiarire se l'individuazione di ulteriori tipi della predetta patologia sia effettivamente irrilevante a fini diagnostici.”.

Una volta espletati i predetti incombenzi, le parti hanno dimesso memorie e repliche.

L'appellante rimarca che il documento prodotto, unico che avrebbe consentito alla OMISSIS di ottenere il punteggio massimo (10 punti) per il fattore ponderale n. 7, è effettivamente illeggibile; lamenta, poi, che il verificatore abbia inviato una comunicazione via pec al domiciliatario anziché ai procuratori, assegnando un ristrettissimo termine per l'invio di non ben specificata documentazione, e non abbia effettuato una verifica, non essendosi recato presso la stazione appaltante ma limitato a operare una valutazione tecnica sui documenti inviati dalla OMISSIS, e contesta alcune indicazioni del verificatore, commentandone altre, con richiamo alle depositate controdeduzioni alla relazione di verifica e ad ulteriore documentazione.

L'ASP puntualizza che il documento “*Physician's Guide*” è stato prodotto, ai fini della partecipazione alla gara, in formato digitale, con ciò consentendo l'ingrandimento; sostiene che le risultanze della verifica hanno confermato ampiamente la legittimità della valutazione espressa dalla Commissione di gara; eccepisce l'inammissibilità della produzione documentale di OMISSIS del 14 gennaio 2019.

La OMISSIS si riporta alle conclusioni del verificatore, sostenendo che, nonostante l'ostruzionismo dell'appellante, che aveva comportato che il verificatore prendesse “per buone” le affermazioni tecniche contenute nell'atto di appello, l'esito della verifica riveli l'inconsistenza tecnica delle censure avversarie.

IV. – Il Collegio, considerate le conclusioni della disposta verifica, da cui non vede ragione di discostarsi, ritiene che l'appello è infondato.

Con riferimento al primo motivo, si rileva che, la disciplina di gara, pur prevedendo che la documentazione tecnica dovesse essere presentata in lingua italiana, non contemplava (né avrebbe potuto, come già osservato con l'ordinanza n. 429/2018) l'esclusione in caso di violazione di tale regola e, quindi, non impediva alla Commissione la valutazione di documenti a corredo delle offerte non suffragati dal rispetto di tale requisito, abilitandola semplicemente a esigere dall'offerente, ove in concreto necessario, la relativa traduzione.

Quanto alla predicata illeggibilità del documento “*Physician's Guide*”, non si ritiene determinante la constatata circostanza della accentuata ristrettezza dei caratteri della versione cartacea del documento, acquisita a seguito dell'ordinanza n. 249/2018, tenuto conto che si tratta di procedura negoziata sul mercato elettronico della Pubblica Amministrazione e che la produzione in formato digitale della documentazione ne consente l'ingrandimento, per una più agevole lettura.

Relativamente al secondo motivo, si osserva quanto segue.

Va, innanzitutto, rilevato, quanto alla lamentata irrivalenza della richiesta di documentazione da parte del verificatore, perché indirizzata al domiciliatario e non al procuratore di parte appellata, che la mancata trasmissione di tale documentazione non ha comportato per la stessa alcun pregiudizio, atteso che nella relazione dimessa si puntualizza che “*in assenza di informazioni ottenibili in maniera indipendente dalla ditta appellante, si assume essere vero quanto affermato dai legali di quest'ultima in merito a tali prestazioni, come ipotesi necessaria (ancorché più favorevole alla ditta appellante) per poter rispondere quanto più precisamente possibile ai quesiti posti*”.

Venendo ai criteri per l'attribuzione dei punteggi, l'appellante insiste, quanto al n. 2, relativo alla caratteristica della *“Acquisizione del segnale su almeno 12 derivazioni in simultanea con tecnologia wireless (eletrocardiografi)”*, nel sostenere che la premialità di punti era riservata ai prodotti dotati della tecnologia wireless, di cui evidenzia la maggiore comodità. Il quesito posto con l'ordinanza n. 429/2018 era diretto a verificare la sussistenza o meno dell'equivalenza funzionale, a prescindere dal numero di derivazioni, del prodotto offerto dalla OMISSIS rispetto a prodotti funzionanti con connessione wireless ed il verificatore ha affermato che *“alla questione se “soltanto la presenza di tale tecnologia consentisse di conseguire gli obiettivi prestazionali avuti di mira dalla ASP con l'affidamento in questione” si può rispondere senz'altro negativamente”*. Tanto, da un lato, evidenziando come il collegamento non wireless presenti vantaggi in termini di fedeltà del segnale ECG registrato rispetto al segnale originario, e dall'altro sottolineando *“come nel capitolato speciale (art. 1) si richieda la fornitura di “UNITA' DI ACQUISIZIONE E TRASMISSIONE ECOCARDIOGRAFICA CARRELLATE etc.”, quindi la richiesta di un “Cavo di acquisizione ECG preferibilmente wireless” è motivata con tutta probabilità da una auspicata maggiore comodità d'uso nel caso wireless (peraltro possibile anche con il prodotto offerto dalla aggiudicataria, come opzione facoltativa), e non da una specifica tecnica dirimente, essendo comunque gli elettrocardiografi, in quanto carrellati, dotati di mobilità sufficiente al loro impiego nella rispettiva U.O., una volta connessi fisicamente al cavo di acquisizione dei segnali ECG.”* Il verificatore ha, poi, confermato la presenza, nel prodotto offerto dalla OMISSIS, di 15 derivazioni in simultanea. Se ne ritrae che la valutazione espressa dalla Commissione attribuendo il punteggio massimo di 5 punti ad un prodotto (di terza concorrente) con 18 derivazioni e wireless, un punteggio intermedio al prodotto OMISSIS, con 12 derivazioni e wireless, e il punteggio più basso (3 punti) al prodotto OMISSIS, con 15 derivazioni e senza wireless, non evidenzia profili di palese illogicità.

Relativamente al fattore ponderale n. 3 *“Gestione del dato grezzo del tracciato ECG diagnostico (Server)”*, per cui tanto la OMISSIS che la OMISSIS hanno ottenuto il punteggio massimo di 8 punti, la tesi dell'appellante dell'erroneità dell'attribuzione del punteggio paritario, a fronte dell'affermato vantaggio qualitativo della propria offerta costituito dal maggior range di percezione del prodotto offerto (fra 0,05 Hz e 300 Hz) rispetto a quello della OMISSIS (che giunge alla frequenza limite superiore di 150 Hz), non ha trovato conforto nella relazione del verificatore. L'appellante ne critica le conclusioni, sostenendo che non si comprenda perché, pur avendo riconosciuto che la caratteristica presentata dal prodotto offerto da OMISSIS poteva presentare dei vantaggi nel caso pediatrico, il verificatore non ne abbia tratto la conseguenza che un prodotto in grado di eseguire un corretto tracciato per soggetti sia in età adulta che in età pediatrica è meritevole di un punteggio maggiore di quello assegnabile ad un prodotto che può eseguirlo solo per soggetti in età adulta. Tuttavia, dall'ampia esposizione dedicata al quesito su detto fattore chiaramente emerge il duplice ordine di ragioni che hanno indotto il verificatore a ritenere fondata la valutazione della commissione. Da un lato, la relazione chiarisce che la caratteristica riassunta nel fattore n. 3 attiene alle caratteristiche gestionali del sistema richiesto, come anche evidenziato nell'indicazione tra parentesi *“Server”*, e non agli ecocardiografi, intendendosi per gestione del dato grezzo del tracciato ECG diagnostico, la capacità del sistema Server di archiviare tale dato, non sottoposto ad alcuna elaborazione (e quindi senza influenza della scelta dei parametri di visualizzazione da parte dell'operatore), e di fornirli dietro interrogazione specifica da parte dell'utente. Con la conseguenza che le caratteristiche dell'ecocardiografo, tra le quali vi è la risposta in frequenza, non sono state dal verificatore ritenute rilevanti per le proprietà richiamate dal fattore n. 3 del capitolato speciale, *“per cui è ragionevole assumere che tali caratteristiche – in modo fondato e condivisibile – non siano state prese in considerazione nell'attribuzione del relativo punteggio”*. Dall'altro lato, la relazione chiarisce che, anche a prendere in considerazione l'aspetto della frequenza, i due prodotti avevano ognuno caratteristiche vantaggiose rispetto all'altro, quello proposto da OMISSIS avendo una frequenza limite superiore maggiore e quello OMISSIS una frequenza limite inferiore minore (0,01 Hz), ma, soprattutto, considerato che il ruolo del software è di rilievo primario nel contributo al

risultato finale e che il confronto puntuale dei due software proposti riferito al caso pediatrico, in cui vi è potenziale vantaggio correlato alla risposta in frequenza di taglio superiore maggiore di 150 Hz, era in favore dell'offerta risultata aggiudicataria, con la conseguenza che *“si può affermare che sono stati proposti elementi contrastanti, per cui non si ravvisa un'evidente superiorità di un'offerta rispetto all'altra, per questo specifico aspetto.”*

Anche l'attribuzione del punteggio per il fattore ponderale n. 3 si sottrae, quindi, alla critiche dell'odierna appellante. E così pure l'attribuzione del punteggio per la caratteristica n. 5 *“Integrazioni con sistemi informativi ospedalieri e infrastruttura esistente (Server)”*, che ha visto a entrambe le imprese assegnato il punteggio massimo di 10 e riguardo alla quale il verificatore ha concluso che *“anche considerando una (peraltro indimostrata) superiore connettività del prodotto OMISSIS, non appare irragionevole che la commissione di gara abbia dato lo stesso punteggio ai prodotti offerti da OMISSIS ed OMISSIS”*. Occorre rammentare che l'appellante aveva affermato la superiorità della propria offerta perché perfettamente integrata, a differenza del prodotto offerto da OMISSIS che non sarebbe stato in grado di interfacciarsi con la globalità dell'infrastruttura ospedaliera, al sistema informativo ospedaliero (SIO), al server cardiologico (Workstation ECG) e alla rete infarto regionale (IMA). Il verificatore ha rilevato che il requisito di cui al punto 5 era *“specificamente indirizzato ad assicurare la compatibilità fra Server e SIO, con un protocollo di comunicazione bidirezionale che rispetti le specifiche dello standard internazionale HL7”*, mirava *“ad assicurare la pronta disponibilità dei dati anagrafici e clinici all'operatore, in modo da poter sempre integrare quanto dimostrato dai tracciati ECG (anche in modalità di consultazione remota) con i dati del paziente, al fine di assicurare l'affidabilità della diagnosi”* ed era assolto dal prodotto offerto da OMISSIS. Il verificatore ha, altresì, evidenziato che una potenziale fonte di confusione era data dal fatto che nel capitolato speciale si parlava sia di sistema informativo ospedaliero, al singolare, che di sistemi informativi ospedalieri, ma che era logico ritenere che il fattore n. 5 si riferisse al SIO *“potendo eventualmente identificare i “sistemi informativi ospedalieri”, di cui al capitolato, al più con dei sottosistemi o moduli componenti del SIO, quindi gerarchicamente inferiori rispetto al SIO nel suo complesso”* ed ha precisato che *“nel capitolato speciale non è stata fatta alcuna menzione delle reti citate dall'appellante”*. Ha, inoltre, chiarito che esiste la possibilità tecnica che il sistema Server sia interfacciabile non solo con il SIO, ma anche con altre reti, come sostenuto dall'appellante, ma ha espresso dubbi sulla relativa auspicabilità dal punto di vista funzionale e di architettura del sistema complessivo; ed ha puntualizzato che rimane impregiudicata la possibilità di gestire i tracciati ECG dell'archivio cardiologico anche ad altri livelli, esterni al SIO, *“stante il fatto che può essere controllata dal SIO medesimo”*, che non deve in nessun caso essere bypassato nel corso della comunicazione dei dati clinici.

L'appellante, in memoria, contesta la conclusione del verificatore, obiettando che *“all'interno dei chiarimenti forniti dalla ASP di Ragusa in data 10 marzo 2017 viene specificato che “è richiesta interfacciabilità con i sistemi di telemetria e monitoraggio holter recentemente acquistati dall'ASP (marca Mortara)” (cfr. doc. 1, punto 2, della produzione OMISSIS del 14.01.2019)”*.

Al riguardo, il Collegio rileva l'inammissibilità, ex art. 104 c.p.a., della produzione del predetto documento, di cui, dunque, non può tenersi conto, ed osserva, comunque, che l'appellante neppure afferma l'inidoneità del prodotto offerto dalla OMISSIS ad interfacciarsi con detti sistemi di telemetria e monitoraggio holter, limitandosi a segnalare l'assenza di una *“esplicita conferma”* in tal senso (OMISSIS, per parte sua, in replica, afferma che il sistema Muse offerto è interfacciabile con i sistemi di monitoraggio Mortara così come con qualsiasi altro sistema che esporti dati in modalità standard), né afferma che i dati forniti da detti sistemi non confluiscono nel SIO, sicché, al di là della novità dell'argomentazione, essa non vale a sminuire la conclusione cui è giunto il verificatore. Mancano, in conclusione, elementi concreti che inducano a ritenere palesemente illogica l'attribuzione del punteggio per il considerato fattore ponderale.

Per quanto riguarda il fattore ponderale n. 6 *“Modalità di acquisizione degli elettrocardiografi: risoluzione del segnale A/D (Campionamento) e risposta in frequenza (elettrocardiografi)”*, l'appellante contesta, in memoria, la conclusione esposta dal verificatore di preferibilità del prodotto offerto da OMISSIS per la più alta frequenza di campionamento, obiettando che il relativo sistema offre una frequenza di 75.000 Hz unicamente ai fini della rilevazione degli spike del pacemaker, ma l'elettrocardiografo può contare su di una frequenza di 16.000 Hz, inferiore dunque ai 40.000 Hz del prodotto OMISSIS, che inoltre ha una miglior risposta in frequenza, compresa tra 0.05 Hz e 300 Hz. Tali obiezioni non inducono a discostarsi dall'esito, sul punto, della verifica, considerato che dall'esplicazione del verificatore si rileva che i valori di 40.000 Hz, per OMISSIS, e 75.000 Hz, per OMISSIS, presi in considerazione, si riferiscono entrambi *“al campionamento digitale pacemaker”, quindi a una situazione complessa, in cui al normale segnale elettrofisiologico generato dal cuore (e registrato come ECG) si sovrappone il segnale proveniente da un pacemaker*”; il verificatore ha, quindi, posto a confronto, dati omogenei, ritratti dalla richiamata documentazione tecnica. Né il verificatore ha ignorato l'aspetto delle risposte in frequenza, riguardo al quale aveva già esposto le proprie considerazioni (sopra in sintesi riferite) trattando del fattore ponderale n. 3, escludendo un'evidente superiorità del prodotto offerto da OMISSIS, in considerazione delle qualità del software offerto da OMISSIS.

Con riferimento al fattore n. 7, il verificatore, dopo aver premesso che occorre fare una netta distinzione tra i concetti di *“pattern di Burgada”* e *“patologia di Burgada”*, chiarendo che quest'ultima è un'unica sindrome, ben caratterizzata, mentre a livello di tracciato ecografico si riconoscono tre pattern, che differiscono per le caratteristiche del relativo tracciato ECG, ha concluso affermando che il requisito richiesto *“può ritenersi soddisfatto dai prodotti sia dell'aggiudicataria che dell'appellante, dato che entrambi i prodotti sono in grado di segnalare il tipo 1 di pattern di Burgada, ovvero l'unico dei tre tipi di pattern che, in base all'orientamento corrente in campo internazionale nel settore cardiologico, consenta un'indicazione – non diagnosi – di patologia di Burgada (da confermare tramite diagnosi del clinico).”*.

L'appellante, in memoria, insiste nel sostenere l'irrazionalità dell'attribuzione di un medesimo punteggio alle due imprese, quando solo la OMISSIS, come confermato dal verificatore, proponeva un prodotto che dava indicazione automatica anche dei pattern di Burgada 2 e 3, e riporta un passaggio della dimessa nota del prof. Domenico Corrado relativo alla rilevanza di riconoscere i quadri elettrocardiografici tipo 2 e 3, perché possono evolvere spontaneamente nel tipo 1 diagnostico, nonché al relativo rilievo prognostico in alcune tipologie di pazienti.

La OMISSIS, nella memoria di replica, insiste, con richiami alle linee guida internazionali, nel rimarcare il carattere non diagnostico delle informazioni ritraibili dai tracciati di tipo 2 e 3, perché necessitanti di ulteriori analisi farmacologiche e cliniche per giungere all'eventuale diagnosi di patologia di Burgada.

Orbene, il verificatore, riguardo alla domanda se l'individuazione di ulteriori tipi di pattern di Burgada fosse o meno irrilevante a fini diagnostici, ha rilevato che probabilmente la risposta più appropriata sarebbe quella di uno specialista in cardiologia, soggiungendo che *“in ogni caso, si rileva che in letteratura, come prima discusso, è opinione comune che il pattern di tipo 1 abbia una valenza diagnostica molto superiore ai pattern di tipo 2 e 3, tale da non potersi proporre realisticamente un confronto tra il tipo 1 e gli altri due tipi di pattern, in relazione al requisito in oggetto”*. In precedenza, il verificatore, si era soffermato su una rassegna di letteratura rilevante per l'argomento e aveva dato risalto al *“documento recente di grande rilevanza ... dato dalle Linee Guida della Società Europea di Cardiologia”*, evidenziando come esso confermasse che il pattern di Burgada di tipo 1 ha una potenzialità diagnostica non paragonabile a quello degli altri due tipi e

soggiungendo che “E’ il caso di sottolineare che nelle raccomandazioni della ESC i pattern di Burgada di tipo 2 e 3 non sono menzionati in relazione alla diagnosi di SB.”.

Anche nel passaggio della nota del prof. Corrado riportato nella memoria dell’appellante, del resto, viene definito “*diagnostico*” il tipo 1.

Se ne ritrae che il paritario apprezzamento, sotto il profilo considerato, delle offerte delle due imprese non travalica i margini dell’opinabilità tecnica e non evidenzia quella macroscopica illogicità suscettibile di rilevare nell’ambito del presente sindacato di legittimità.

L’appello va, pertanto, respinto.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

Le spese della verifica restano definitivamente a carico dell’appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l’appellante a rifondere all’Azienda appellata e alla OMISSIS s.r.l. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in euro 2.000,00 (duemila), oltre accessori di legge, per ciascuna parte.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente FF

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvia La Guardia, Consigliere, Estensore

Giuseppe Verde, Consigliere

Maria Immordino, Consigliere

L'ESTENSORE
Silvia La Guardia

IL PRESIDENTE
Giulio Castriota Scanderbeg

IL SEGRETARIO